

محتويات العدد الأول ٢٠١٨ "المجلد الثالث"

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

● أبحاث في القانون العام

- ١- طابع السلطة العامة في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة في القانون
١٤٤ السنة ٢٠١٧ ولائحة التنفيذية بشأن تقنين أوضاع واضعي اليد على أراضي الدولة.
د/ ميادة عبدالقادر
- ٢- أسواق الأوراق المالية وآليات الرقابة عليها وكيفية حسم منازعاتها (دراسة مقارنة).
د/ دويب حسين صابر
- ٣- توسع ديوان المظالم في الأخذ بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء .
د/ شادي محمد عرفه حجازي
- ٤- تقارير الأداء (أو الكفاية) وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ بشأن نظام
إدارة الأداء لموظفي الحكومة في دولة الإمارات العربية المتحدة .
د/ موسى مصطفى شحادة

● أبحاث في الشريعة الإسلامية

- ٥- إحياء نظام الوقف الخيري والتطوير الشامل لمراحل التأسيس والإدارة والتنمية .
د/ شبل إسماعيل عطية

● أبحاث في القانون المدني

- ٦- أحكام العلاقة بين مقدمي خدمة الإنترنت والمستخدمين بشأن انتهاكات حقوق الملكية الفكرية .
د/ دعاء حامد محمد عبدالرحمن
- ٧- الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث .
د/ عطا سعد محمد حواس
- ٨- القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي .
د/ يونس صلاح الدين علي
- ٩- تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في مسؤوليته المدنية عن الضرر وفقاً للتشريع الإماراتي.
د/ محمد عبد السلام أحمد عمر

• أبحاث في القانون التجارى

١٠- التنظيم القانونى لإعادة هيكلة الشركات التجارية لإنقاذها من الإفلاس .

د/ علاء التميمى

١١- التنظيم القانونى لتعثر الشركات المساهمة العامة فى قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته .
د/ مؤيد احمد عبيدات

• أبحاث فى قسم الإقتصاد والمالية العامة

١٢- ميزانية الأساس الصفري "المفهوم،التقييم،الإعداد" . د/ هيثم محمد حرمي شريف

• أبحاث فى قسم المرافعات المدنية والتجارية

١٣- خصوصية الأحكام الإجرائية لدعوى مسئولية الناقل الجوي وفقا للاتفاقات الدولية والقانون المصري .
د/ أسامة الروبي

١٤- سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات . د/ مجدى عبد الغنى خليف

١٥- الدور الإجرائى للوقت "دراسة تحليلية مقارنة فى القانون المصري والنظام السعودي" .

د/ محمود على عبد السلام وافي

١٦- " فكرة العدالة فى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية " (دراسة تحليلية) .

د/ عبدالله خليل الفرا

• أبحاث فى القانون الدولى

١٧- النظام القانونى الدولى لضمانات الاستثمار . د/ أكرم مصطفى الزغبى

١٨- القيود الواردة على سلطان إرادة الدول فى إقامة السدود على الأنهار الدولية (دراسة تطبيقية على سد النهضة الاسيوي) .

د/ سامى محمد عبد العال

طابع السلطة العامة
دراسة في ضوء القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية
بشأن تقنين أوضاع واضعي اليد على أراضي الدولة

الدكتورة

مياده عبدالقادر إسماعيل

مدرس بقسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

إشكالية البحث

تواترت كتب الفقهاء وأحكام القضاء على تقرير قواعد القانون الخاص التي تحكم علاقات الأفراد بصدد عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة معللين ذلك بأن الدولة تتعامل بوصفها فرداً عادياً عند الولوج في تلك المعاملات وإلا عزف الأفراد عن التعامل معها باعتبار أن موضوع هذه المعاملات من البيوع والإيجار وغيرها من التصرفات تدخل فيها الدولة كمنافسة للأفراد، ومن ثم تضحى كالفرد في شأن تلك التصرفات.

وقد اختلفت أحكام القضاء في ذلك على مستوى جهتي القضاء - العادى والادارى - مع تأكيد الطابع المدنى تارة لمثل هذه العقود بما يدخلها في اختصاص جهة القضاء العادى، فى حين اعتناق بعض الأحكام الأخرى عكس ذلك فى تارات أخريات بما مؤداه تقرير اختصاص القضاء الإدارى بتلك المنازعات، هذا بالإضافة إلى ما يحاط بتلك العقود من إجراءات تتعلق بالتقييم وتحديد الأسعار وشروط للتعاقد وتقرير المحاكم فى بعض الأحكام التفرقة بين مرحلتى التعاقد وما يسبقها، حتى يصل ذلك التعارض إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل فى تحديد جهة الاختصاص فى أكثر من منحنى يخص التعاقد المتعلق بأملاك الدولة الخاصة وإجراءاته كما سنوضح لاحقاً.

وترى الباحثة أن هذه العقود قد أحيطت بعديد من مظاهر السلطة العامة والطبائع الاستثنائية الذى قد تثير اللبس حول تصنيف هذه العقود، بحيث أن الأمر - من وجهة نظرنا - لم يبت محسوماً لصالح مدنية تلك العقود، وهو ما يعضده تضارب وتناقض الأحكام القضائية بين جهتي القضاء بل بين المحاكم المختلفة للجهة القضائية الواحدة، آية ذلك تعدد احكام الدستورية العليا الفاصلة فى تناقض الأحكام فى شأن ذلك الموضوع بين إسناد الاختصاص فى شأن هذه العقود أو قراراتها الملحقة بها أو السابقة عليها لاختصاص جهة القضاء العادى فى بعض الأحيان وتقرير اختصاص جهة القضاء الادارى فى أحييين أخرى.

وتطبيقاً لذلك، فقد قررت المحكمة الدستورية ذلك فى حكم لها(١) :- "وحيث إن من المقرر قانوناً، أن العقود التى تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، ولا من العقود المدنية بالضرورة، وإنما مرد الأمر فى تكييفها إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون الخاص أو العام، وكان من المسلم كذلك، أن هذه العقود لا تنتظمها مرحلة واحدة تبرم بعد انتهائها،

(١) قضية رقم ٢١ لسنة ٣٦ قضائية المحكمة الدستورية العليا "تنازع" جلسة ٩٠ مايو ٢٠١٥م.

بل تتداخل في مجال تكوينها مراحل متعددة يمهد كل منها لما يليها، ليكون خاتمتها العقد في صورته الكاملة، ذلك ان الإدارة لا تتمتع في مجال إبرامها لعقودها- بالحرية ذاتها التي يملكها أشخاص القانون الخاص في نطاق تلك العقود التي يدخلون فيها، بل عليها أن تلتزم طرفاً بعينها توصلاً إلى اختيار المتعاقد معها، مع تقيدها في كل ذلك بالقواعد التي تمثل الإطار القانوني المنظم للعلاقة العقدية التي تبرمها.

وهدياً على ما تقدم، فإنه باستقراء احكام القضاء فيما يخص التصرف في أملاك الدولة الخاصة نجد أن هناك خلطاً في تحديد طبيعة تلك العقود المدنية أو الإدارية، ذلك أن منطق العموم وفقاً لما درجت عليه كتب الفقه ان العقود والقرارات المتعلقة بإدارة أو التصرف في أملاك الدولة الخاصة ينزع عنها الطابع الإداري باعتبارها لا تخص مرفقاً عاماً وهو أحد شروط العقد الإداري، وهو ما اختلفت عليه أحكام القضاء ذاتها التي تردد ذات العبارات في كثير من أحكامها، وخير دليل على ذلك حكم الدستورية السابق الإشارة إليه وهو يخص قرارات هيئة المجتمعات العمرانية في تحصيل فروق أسعار الأراضي المخصصة، وقد اعتبرتها المحكمة منازعة إدارية رغم أنها تخص أراضي مملوكة للدولة ملكية خاصة.

وذلك الخلط دعانا إلى الوقوف على طابع السلطة العامة في تلك العقود والتي حكمها العديد من القوانين واللوائح، وقد لاحظنا الطابع الاستثنائي لهذه العقود في كافة مراحلها سواء في المرحلة السابقة على التعاقد او داخل العقد ذاته أو في مرحلة التنفيذ، وسنعرض لذلك في ضوء أحكام القضاء مهدين بذلك القاعدة القائلة بمدنية تلك العقود على وجه مطلق حيث ان الإدارة دائماً لها مبرراتها في اعتناق الجانب الاستثنائي في التعاقد وصولاً لتحقيق المصلحة العامة.

وقد تنوعت الأطر الشرعية الحاكمة للتصرف في املاك الدولة الخاصة سواء على مستوى الأراضي الفضاء أو الميينة أو الزراعية أو الصحراوية وسواء كانت بغرض التنمية السياحية أو الصناعية أو استصلاح الأراضي، ولكن نؤثر الحديث بصفة خاصة عن تقنين أوضاع واضعى اليد على املاك الدولة في ضوء القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٨، وذلك بالتأكيد على ذلك في ضوء القوانين السابقة التي سنعرض لها من خلال نصوصها أو احكام القضاء الصادرة في شأنها ولا شك من اهمية ذلك البحث في إرساء أطر وقواعد ثابتة لتحديد جهة الاختصاص القضائي في شأن تلك العقود والقرارات المرتبطة بها وهو ما يثير اللبس

حتى تلك الآونة الحالية ويتضح ذلك من خلال أحكام الدستورية في التنازع بين الأحكام الصادرة في شأن تلك المنازعات والتي سنعرض له في ختام هذا البحث.

مقدمة

مفهوم النزاع العادي للإدارة:

وهي الأعمال التي تباشرها الإدارة العمومية وتخضع لأحكام القانون الخاص فتنزل فيها لمرتبة الأفراد وتتجرد من كافة امتيازات السلطة العامة الممنوحة لها، فتقوم بالتصرف وفقاً لأحكام القانون الخاص مبتغية بذلك تحقيق مصلحتها ومن المفروض أن يختص القضاء العادي بالنزاعات المترتبة عنها(١).

وجوهر هذه الفكرة يرجع إلى فكرة القانون العام ذاتها والقائمة على وضع الإدارة في مركز أعلى من الفرد بوصفها الطرف المستوحي تحقيق الصالح العام، وهذا التمايز بين موقفي الإدارة والأفراد ليس بالضرورة يمتد إلى كل معاملات الإدارة، فكثيراً تحتاج الإدارة ومن منطلق تحقيق مصالحها إلى التعامل على قدم المساواة مع الأفراد.

ومن وجهة نظرنا، ان ما تواتر عليه رأي الفقه والقضاء يعد منطقياً في معاملات الإدارة البسيطة- قليلة القيمة والأهمية-؛ أما إذا تعلق الأمر بمعاملة يرد محلها على قيمة عالية، فهنا تلتزم الإدارة بقيود استثنائية حماية لهذا المال باعتباره محققاً لوجه المصلحة العامة. ويبقى الأمر ليس محسوماً في تحديد طبيعة العلاقة الواردة على هذه المعاملات حتى تتضح معوقاتهما القانونية بما يدخلها في إطار هذه العلاقة المدنية أو تلك المنتمية إلى طائفة القانون العام.

وما يسترعى الانتباه هو ان كثيراً من أحكام القضاء- على نحو ما سيلي عرضه- أقرت الطبيعة المدنية لتلك العقود ومن ثم التسليم بالطبيعة العادية لتلك المنازعة بما يلحقها باختصاص القضاء العادي على الرغم من انها تحاط في اجراءاتها بطبائع استثنائية لا تمثل لها في علاقاتها بالأفراد، وما كان من القضاء في بعض أحكامه- إلا التفرقة بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين العقد ذاته بما لا يلبي- من وجهة نظرنا- النأي بهذا العقد عن علاقات القانون العام.

(١) رسالة لنيل شهادة الماجستير مقدمة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق إلى جامعة العربي من مهيدي أم البواقي بعنوان "النزاع العادي للإدارة العمومية، تاريخ المناقشة ٢٠١٦/١١/١٧ ص ١٤.

ولا ينال ذلك من ان الإدارة يمكنها ان تباشر التصرفات القانونية التي يقوم بها الأفراد والتي تكون بارادة منفردة (١) كالوصية، التنازل عن الحق العيني، الإقرار، الإبراء، الوعد بجائزة، والوقف، كل ما في الأمر أن نزع الصفة العامة عن تلك التصرفات لا يتأتى إلا بتصرف الإدارة على نحو مماثل بالفعل لتصرفات الأفراد، وإلا دخلت هذه العلاقة في إطار القانون العام بوصفها الأصل في معاملات الإدارة في ظل النظام اللاتيني الذي يخضع الإدارة لقواعد استثنائية لا مثيل لها في علاقات الأفراد بعضها البعض.

التمييز بين التعاقدات المدنية والتعاقدات الإدارية:

وإن كنا لسنا بصدد الحديث عن تعاقدات الدولية الإدارية والمدنية باعتبارها من الأمور المتعارف عليها، ومن النظريات الأساسية للقانون الإداري، إلا أننا نجد أنه من الضرورة التمهيد- وإن كان عرضاً- لهذا التمايز بين هذين النوعين من العقود حيث أنه أساس بحثنا، ومرده إلى التفرقة بين جوهر القانونين العام والخاص وما تخضع له الإدارة من نظام قانوني حيال تعاقداتها المتباينة، لننتقل من ذلك نحو طبيعة عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة موضوع بحثنا.

وتعرف المحكمة الإدارية العليا العقد الإداري أنه هو الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص(٢)..

(١) تباشر الإدارة بعض التصرفات بالإدارة المنفردة منها ما نص عليه صراحة المشرع الجزائري ومثال لذلك التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني والتجاري و الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري للإدارة العمومية هنا المتمثلة في الدولة و الجماعات المحلية باشرت تصرف قانوني بإرادتها المنفردة بالتنازل عن أملاكها الخاصة بهدف تمكين كل مواطن جزائري من حيازة سكن لائق، وبتطبيق هذا القانون على أرض الواقع أثرت عدة منازعات تعلقت بالأملاك العقارية القابلة للتنازل والأشخاص الذين يخول لهم الاستفادة من التنازل، وهي في جلها منازعات عادية للإدارة العمومية لأنها تتعلق بتصرف قانوني وارد على نوبتها الخاص.

- إجماع الملاك الشاغرة ضمن الأملاك الخاصة للدولة، والملاك الشاغرة هي تلك التي لا مال لها والمهمة والتركبات التي لا مال لها أو في حالة تخطى أحد الورثة عن حصته في التركة، فوفقاً للمادة ٣٩ من القانون ٩٠-٣٠ فإن الملاك الشاغرة تزول ملكيتها للدولة فالدولة وارث لمن لا وارث له وهو ما تنص عليه المادة ١٨٠ من قانون الأسرة فوفقاً للمادة ١٧٤ من المرسوم التنفيذي ٤٢٧-١٢ تقوم الدولة بالمطالبة بإجماع التركبات والملاك الشاغرة ضمن الأملاك الخاصة للدولة أمام الجهات القضائية المختصة.

- ويمكن للإدارة العمومية ان تكون طرفاً في تصرف صادر بالإدارة المنفردة، فيمكن لأي شخص ان يوصى للإدارة العمومية بأمواله والوصية هي عبارة عن تملك مضاف بعد الموت، وكذلك يمكن لأي شخص أن يهب ماله للإدارة العمومية والهبه عبارة عن عقد وهو تملك بدون عوض.

(2) المحكمة الإدارية العليا- طعن ٣٣٩ لسنة ٢٧-١٩٨٣/١١/١٩: المجموعة لسنة ٢٩-١٤-١٤ بند ١٤-ص ٩٦.

وفي ذلك تقرر المحكمة في حكم آخر ان "العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرطاً أو شروطاً غير ملوثة في عقود القانون الخاص (الطعن ٥٧٦ لسنة ١١-١٩٦٧/١٢/٣٠: مجموعة المحكمة في ١٥ سنة- ج ٢ ص ١٨٣١).

وانظر أيضاً المحكمة: طعن ٣١٢٨ لسنة ٣٥-١٩٩٥/١١/٢٤: مجموعة الأربعين عاماً- ص ٩٨ طعن ٣٩٨٦ لسنة ٣٥-١٩٩٢/٩/١٥- المجموعة السابقة، وللمحكمة القضاء الإداري، انظر قضية ١١٨٤ لسنة ٤-١٩٦١/١/٢٥: المجموعة- السنة ١٥- بند ١٩٩- ص ٢٧٠؛ قضية ١٠٥ لسنة ١١-١٩٦١/٦/٤: المجموعة- السنة ١٥- بند ١٨٣- ص ٢٥١-٢٥٢.

ومن ثم يلزم اجتماع ثلاثة أركان في العقد الموصوف إدارياً وهم ان يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، وان يتعلق بإدارة او تسيير مرفق عام، وان يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة (١).

ومن ثم إذا انتفت احد هذه الشروط الثلاثة، نزع عن العقد إداريته ليصبح عقداً مدنياً تحكمه قواعد القانون الخاص، ومن ثم يخضع لاختصاص جهة القضاء العادى فى منازعاته وقد قررت المحكمة الإدارية العليا ذلك وقضت بأنه:- "ومن حيث إنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً نشاطه بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص، ذلك أن الإدارة حينما تبرم عقداً من العقود فلا يعد بذاته عقداً إدارياً إذ أن العقود التى تبرمها كشخص من أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها فى إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يعد إدارياً يأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص، وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التى يتحقق بتوافرها مناط العقد الإدارى فإنه يكون من عقود القانون الخاص كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوى عام أولاً يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً او تسييراً او أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص (٢).

وإذا افتقد العقد أحد هذه الشروط، تعد المنازعات الناشئة عنها من المنازعات المدنية الذى يختص بنظرها القضاء العادى وفى ذلك قضت محكمة النقض فى العديد من أحكامها أنه:- "لما كانت المحاكم المدنية هى السلطة الوحيدة التى تملك حق الفصل فى المنازعات التى تثور بين الأفراد والحكومة بشأن تبعية الأموال المتنازع عليها للدولة أو بشأن ما يدعيه الأفراد من حقوق عينية لهم عليها باعتبار أن القضاء المدنى هو صاحب الولاية العامة فى نظر المنازعات المدنية والتجارية، وكان البين من الأوراق أن التكييف الصحيح

(١) انظر أ. د سليمان مجد الطماوى، الأسس العامة "العقود الإدارية" دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٥٩ وما بعدها وفى ذلك أيضاً د. أنس جعفر "العقود الإدارية" دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات فى مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة، ص ١٣، ١٤- وانظر أيضاً الدكتور مجد فؤاد عبد الباسط العقد الإدارى المعوقلة- الإجراءات- الآثار؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦.

(٢) ظن إدارية عليا ٥٥٤٤ لسنة ٤٤٨ عليا فى جلسة ٢٠٠٦/١/١٧ عن حكم دائرة توحيد المبادئ فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤٤ بجلسة ١٩٩٧/١/٢.

للنزاع في ضوء طلبات المدعين انه نزاع على الملكية، تختص بنظره والفصل فيه المحاكم المدنية دون غيرها، و كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى ذلك وقضى بالغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم الإختصاص الولائي فإنه يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة في القانون" (١).

وبالرغم من اختلاف النظام القانوني الحاكم للعقد الإداري عن العقد المدني الذي تيرمه الإدارة إلا انه يخضع للأصول العامة المقررة في التعاقد بشكل عام وهي قواعد تحكم العقود سواء غدت ذات طبيعة مدنية أم طبيعة إدارية، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه "ومن حيث إن هذا النعي سديد ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية تخضع للأصل العام المقرر بنص المادة ١٤٧ من القانون المدني وهو أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، كما انه يجب تنفيذها بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسيرها أخذاً بما هو مستقر في شأن تفسير العقود بصفة عامة من أنه إذا كانت عبارات العقد صريحة وواضحة فإنها لا تحتل تأويلاً ولا تسمح بالانحراف عن مدلولها الظاهر" (٢).

وهدياً على ما تقدم فقد رسم القضاء بوصفه قضاءً انشائياً- ثلاثة شروط لاعتبار العقد ادارياً من بينها أن يتعلق العقد بمرفق عام بحيث إذا افتقد العقد هذا الشرط وتناول معاملات على غير هذه المرافق، تعد هذه العقود مدنية، وترتيباً على ذلك، تعد العقود بحسب الأصل التي تيرمها الإدارة فيما يخص أملاك الدولة الخاصة وحسب ما جاء في نظريات القضاء من عقود الدولة المدنية التي يختص بنظرها القضاء العادي.

وقد قررت محكمة القضاء الإداري الطابع المدني لعقود التصرف في املاك الدولة الخاصة من خلال حكمها بأنه:- "فإن المستقر عليه ان العقود التي تيرمها جهة الإدارة مع الغير بشأن أموالها المملوكة لها ملكية خاصة تعتبر عقوداً إدارية يختص مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عنها باعتبار ان قاضي الأصل هو قاضي الفرع باعتبار أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتعلقاً نشاطه بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص" (٣).

(١) الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٧ مكتب فني ٤١ صفحة رقم ٤٤٥ بتاريخ ١٧/٧/١٩٩٠.

(٢) طعن رقم ٦١٤٨ لسنة ٤٦ ق.ع جلسة ٢٠٠٦/٢/٢١.

(٣) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٤١٩٣٦ لسنة ٢٠١١/٥/٢١.

وهكذا، فإن الأصل العام المقرر لمثل هذه العقود أنها عقود مدينة تخضع منازعاتها الناشئة عنها إلى القضاء العادي، وهو مالا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه، ويؤكد ذلك تباين أحكام القضاء وتضاربها في كثير من الأحيان في تقرير ذلك الطابع المدني لتلك العقود، وخير دليل على ذلك اشتغال هذه العقود على وسائل استثنائية سواء في المرحلة السابقة على العقد أو في العقد ذاته أو في مرحلة التنفيذ بحيث تظهر الإدارة في مركز أعلى من الأفراد حفاظاً على المصلحة العامة ويتبدى ذلك واضحاً من خلال الإجراءات التي عينها المشرع للتصرف في العقارات والأراضي المملوكة للدولة بوصفها مالا خاصاً مملوكاً للدولة، وهو ما سنعرض له في ضوء قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٨ حيث تكشف الدولة عن وجهها في استعمال سلطتها العامة وتتجلى مظاهر هذه السلطة من خلال الضوابط والقيود القانونية على سلطة الإدارة في التصرف في هذه الأراضي والعقارات.

التمييز بين الأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للدولة.

ويعد ذلك تمييزاً ضرورياً في مجال بحثنا وهو ما نوجزه على وجه السرعة، لاستجلاء أموال الدولة الخاصة التي يجوز التصرف فيها.

وقد نصت المادة ٨٧ من التقنين المدني على أنه "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهوري) أو قرار من الوزير المختص".

ومن ثم فإن معيار المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة سواء لمنفعة الجمهور مباشرة أو لخدمة مرفق عام بحيث انه إذا أنتهى تخصيص هذا المال للمنفعة العامة أضحي مالا خاصاً مملوكاً للدولة (١).

وقد أقرت محكمة النقض في العديد من أحكامها عمومية الكثير من الأموال منها جسور النيل ومجراها (٢) و الشواطئ (٣) والجبات (٤).

كما أن الأسواق العامة التي تخصصها الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى للنفع العام تعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز للسلطة الإدارية التصرف فيها إلا على سبيل

(١) أسامة عثمان، أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة والعامة في ضوء القضاء والفقه، ومنشأة المعارف ص ١١٦، وفي ذلك أيضاً د. إبراهيم شبحا، الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، الجزء الأموال العامة دار المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ، ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) طعن رقم ٤٣/٣٨٧ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩، م (٧٨) منى.

(٣) طعن رقم ٥٤/٢٤٢٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠.

(٤) الجبات اعتبارها أموال عامة مادامت معدة المنفق فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة، حصرها والإشراف عليها للمجالس المحلية ق ١٩٦٦٥ ولائحته التنفيذية، طعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٥٧ ق.

الترخيص المؤقت وهو بطبيعته غير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً لداعي المصلحة العامة الحق في الغائة أو الرجوع فيه قبل حلول اجله ويكون منحه للمنتفع مقابل رسم لا أجرة، ولما كان كل أولئك من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون العام، ولا يخضع للقانون الخاص أو القيود التي تفرضها قوانين إيجار الأماكن، وكان الواقع في الدعوى أن محل التصرف الصادر من محافظة الإسكندرية هو أحد محلات سوق النصر التجارى الذى أقامته المحافظة، وخصصته لخدمة مرفق من المرافق العامة، فإنه الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وقضى باختصاص المحاكم العادية بنظر الدعوى يكون مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه(١).

وتعرف أملاك الدولة الخاصة "الدومين الخاص" ما لم يخص للمنفعة العامة، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوى العام ملكية خاصة، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة(٢) ولا يمكن حصر تلك الأموال ويعرفها القانون باتها:- "الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام أو التابعة لأيهما، وأموال الأوقاف الخيرية...." المادة ٩٧٠ مدنى.

ومن ثم فإن أملاك الدولة الخاصة هي:-

أولاً: أموال الشركات المساهمة العامة(٣): وذلك هو الأصل ما لم ينص على خلاف ذلك فى القرار أو القانون الصادر بإتسائها، أما أموال الهيئات العامة فإنه ولن كان لها ميزانية خاصة إلا أنها تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليها أحكامها وتتحمل الدولة عجزها ويؤول إلى الدولة ما تحققه من أرباح، وتعتبر أموالها من حيث الأصل أموال عامة لأن الهيئة لا تمارس أعمالاً تجارية وإنما تقوم بخدمات من نفس طبيعة الخدمات التي تؤديها المصالح الحكومية(٤).

(١) الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٤١ ق مكتب فى ٢٦ صفحة رقم ١٢٢٠ جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦، والطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥١ مكتب فى ٤٠ صفحة رقم ٤٣٤ تاريخ ١٩٨٩/٥/٢٥.

إضافة إلى الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٧٣، ١٩٧١/٤/٨ حيث قرر أن: "المباين العامة تعتبر طبقاً لنص المادة ٨٧ من القانون المدنى من أملاك الدولة العامة- وتصرف الإدارة فيها- وعلى ما جدى به قضاء هذه المحكمة- لا يكون إلا على سبيل الترخيص وهو مؤقت يبيع للسلطة المرخصة دوماً ولدواعي المصلحة العامة الحق في الغائة أو الرجوع فيه ولو قبل حلول اجله وكل أولئك من الاعمال الادارية التي يحكمها القانون العام ولاولاية للمحاكم فى شأنها ولا تخضع للقانون الخاص.

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ج ٨ ص ١٥٤ بند ٧٨.

(٣) الوسيط للدكتور السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٤) وقد كان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ عرف الهيئة العامة بأنها المنشأة لإدارة مرفق عام تمييزاً لها عن المؤسسات العامة التي تعمل فى مجال اقتصادى أو زراعى أو تجارى أو تعاونى ويعد هذا القانون الفريد فى مصر الذى وضع مغايرة قانونية بين لفظى الهيئة العامة والمؤسسة العامة.

ثانياً: أموال القطاع العام: وقد ترتب على ذلك إنشاء منشآت لها الشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الدولة.

ثالثاً: الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها: وهي تعتبر ملكاً للدولة عملاً بالمادة ١/٨٧٤، ٢ مدنى.

رابعاً: تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة: فقد نصت المادة (٨٨) مدنى بأن "تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك للمنفعة العامة"^(١).

وتمثيلاً لذلك، نقل هضبة الأهرام من الملكية العامة إلى أملاك الدولة الخاصة وناط بالمؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق تعميرها واستغلالها عن طريق شركاتها الخاصة- وتعرض هذا القرار لانتقادات شديدة فى مجلس الشعب الذى توصى بإلغائه- فى ١٩/٦/١٩٧٨ وصادر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٧٨ بإلغاء القرار رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٧٥، وصادر القرار من وزير الثقافة رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٨ باعتبار الأراضي المحيطة بالأهرامات الموضحة الحدود والمعالم بالخريطة المرفقة به من الآثار- أساس ذلك: أن هذه المنطقة أثرية بطبيعتها تضم تراث مصر العريق وترقد فيها حضارتها التاريخية الباقية على مر العصور

أثر ذلك: عدم جواز المساس بها أو التصرف فيها^(٢).

ويترتب على تلك التفرقة أثر هام فيما يتعلق بإضفاء حماية استثنائية للأموال العامة بوصفها محققة للمنفعة العامة للجمهور، وهذه الحماية معيارها عدم خروج هذه الأموال المخصصة للمنفعة العامة عن ملكية الدولة أو حوزتها بما يضر بالصالح العام حيث يترتب على خروجها حرمان الجمهور من الانتفاع بها واستعمالها.

(١) ويرى الدكتور السنهورى أن الطريق الفعل الذى به ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة هو نفسه يكون بانتهاء الفرص الذى من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة، كما قد يخصص الشيء للمنفعة العامة بطريق رمضى وينتهى تخصيصه بطريق فعلى، وكذلك قد يخصص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى وينتهى تخصيصه بطريق رسمى، الوسيط المرجع السابق، ص ١٦٢. وقد قرر القضاء العديد من أملاك الدولة الخاصة فى أحكامه غصون عرض أمر النزاع على هذه الأموال، فالأراضي الصحراوية تعد من الموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومن ثم يجوز التصرف فيها بالبيع أو التأجير للأفراد (م ٨٧ مدنى)، والمانتان (٢، ٣) من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٦ طعن رقم ١٦٢٧/٥٣ ق.ع جلسة ١٩٩٣/٥/١٢.

وقد قررت محكمة النقض "إذا كانت أراضي طرح النهر وعلى ما أنصحت عنه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله والفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ولا تأخذ صفة المال العام إلا إذا خصصت بالفعل للمنفعة العامة.

طعن رقم ١٧٠٨ لسنة ٦٢ القضائية جلسة ٢٧ فبراير ٢٠٠٠.

(٢) طعن رقم ٢٣٤٧ لسنة ٣٣ ق.ع جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.

وترتيباً على ذلك، لا يجوز تملك الأموال العامة بالتقادم حتى لو توافرت شروط وضع اليد الهادئة المكسبة للملكية لأنه يرتب نقل ملكية المال من الدولة إلى الأفراد ومن الجدير بالذكر، أن هذه الحماية مقررة لصالح أملاك الدولة الخاصة أيضاً، وقد أكد القضاء ذلك في كثير من أحكامه فقد قرر ان "أموال الدولة العامة والخاصة وكذلك الأموال المملوكة للأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها في المادة ٩٧٠ من القانون المدني- لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، ولا يجوز التعدي عليها، وللوزير المختص أو المحافظ أو من يفوضه سلطة إزالة التعدي على تلك الأموال بالطريق الإداري، واستخدام هذه السلطة منوط بتوافر أسبابها من حدوث اعتداء ظاهر على أملاك الدولة أو محاولة غصبها(١).

ولا يجوز الحجز على الأموال العامة باعتبار أن مآل الحجز هو التصرف في هذه الأموال ومن ثم خروجها عن ذمة الدولة وانتهاء انتفاع الجمهور بها. وأخيراً لا يجوز التصرف في الأموال العامة بما يخرج المال العام عن ذمة الدولة، في حين يجوز التصرف في أملاك الدولة الخاصة.

ومن ثم يقع التصرف في الأموال العامة باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد قضت محكمة النقض أنه: "وحيث إن النعي في شقة الثانی سديد ذلك ان من المقرر- في قضاء هذه المحكمة- انه متى كان العقد قد تناول التصرف في أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وفي هذه الحالة لا يعذر المشتري الحائز بجهله عيوب سنده كما أن الشواطي تعتبر في حكم المادة ٨٧ من القانون المدني من الأموال العامة"(٢).

ومن الجدير بالذكر ان العبرة في اعتبار المال عاماً هو حقيقة هذا المال وليس بما يصدر فقط عن قرارات باعتبار هذا المال عاماً أو خاصاً.

وفي ذلك قضت محكمة النقض انه: "وحيث أن النعي في شقة الثانی سديد ذلك ان المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أنه متى كان العقد قد تناول التصرف في أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام

(1) دعوى رقم ٦٣ لسنة ١٩٨١/١٢/٣١- محكمة قضاء إداري جلسة ٢٠٠٤/١٢/٧، وفي ذلك أيضاً حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٧٥٠ لسنة ٥٠ في جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ وقد قررت: "أموال شركات القطاع العام غير التابعة لمؤسسة عامة او هيئة عامة أصبح محضوراً تملكها بالتقادم إلا إذا اكتمل هذا التقادم قبل تاريخ نفاذ القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ في ١٩٨٠/٨/١٣، وفي ذلك أيضاً الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٢٠ في جلسة ١٩٧٨/٥/٦، لإدعاء محافظة القاهرة ملكيتها لقطعة أرض ملكية خاصة دون منازعة من جهة المدعين الذين تشبثوا بمجدد حيازتهم لهذه الأرض- قرار المحافظ بإزالة التعدي المدعين على قطعة الأرض المذكورة إدارياً سلامته قانوناً على اعتبار أن وزير الإسكان والمرافق لمختص قانوناً بإزالة التعدي قد فرض المحافظين بمنع التعدي على أموال الحكومة وإزالته- سبق صدور حكم من محكمة القاهرة للأمور المستعجلة وتأييده استثنائياً بتمكينهم من الاستراد لها دون التعرض لمدى ثبوت ملكيتهم لها.....

(2) محكمة النقض طعن رقم ١٨٢٣٤ لسنة ٧٦ ق، جلسة ١٣ يونيو ٢٠١٥م وفي ذلك أيضاً م. نقض م١٨٩- ٨٧٩/٤/٢٧/١٩٦٧.

العام، وفي هذه الحالة لا يعذر المشتري الحائز بجهله عيوب سنده كما ان الشواطي تعتبر في حكم المادة ٨٧ من القانون المدني من الأموال العامة. لما كان ذلك، وكان بيان حقيقة واقع الأرض موضوع عقد البيع المؤرخ ١٩٩٣/١٠/٣٠ وما إذا كانت أملاك عامة من عدمه هو أمر لازم لتطبيق احكام القانون يتعين على محكمة الموضوع استظهاره شريطه ان يقوم ذلك على أسباب سائغة تترد إلى ماله أصل ثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها في حكمها. لما كان ذلك، وكان الطاعنان قد تمسكا في دفاعهما أمام محكمة الموضوع بأن الأرض موضوع عقد البيع المؤرخ ١٩٩٣/١٠/٣٠ هي أرض أملاك عامة، وكان البين من تقرير الخبير المنتدب أن تلك الأرض من الأملاك العامة فإن الحكم المطعون فيه إذ طرح هذا الدفاع وأقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على محدد القول بأن الثابت بالعقد أن المحافظ أصدر قراراً باعتبار مشروع مركز الفردقة السياحي مشروعاً خاصاً من مشروعات المحافظة ويمول ذاتياً وتشرف المحافظة على تنفيذه مما يعد التصرف في أرض المشروع ليس تصرفاً في أملاك عامة لا يجوز التصرف فيها دون أن يستظهر حقيقة هذه الأرض أو يفتن إلى حقيقة ما أثبتته الخبير الذي أفاد أن الأرض أملاك عامة فإنه يكون معيباً بالقصور في التسييب والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه في هذا الخصوص" (١).

ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة إلا من خلال التصرفات الإدارية وهي:

١- التراخيص: وهو قرار يصدر بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية يمكن الشخص الخاص بالانتفاع بجزء من المال العام يختلف في مداه وفيما يخوله للأفراد من حقوق على المال العام بحسب ما إذا كان هذا الانتفاع عادياً او غير عادى إذا كان متفقاً مع الغرض الأصلي الذي خصص المال من اجله فمن المقرر في قضاء محكمة النقض، ان تصرف السلطة الإدارية في الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص، وهذا يعتبر بذاته، وبطبيعته مؤقتاً، وغير ملزم للسلطة العامة التي لها دائماً لداعى المصلحة العامة الحق في الغائه، والرجوع به قبل حلول أجله، ثم هو - عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه، واعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه، كل أولئك أعمال إدارية، يحكمها القانون العام، وكون الترخيص يصرف مقابل رسم يدفع لا يخرج من طبيعته تلك، ولا يجعله عقد إيجار.

(١) محكمة النقض، الطعن رقم ١٨٢٣٤ لسنة ٧٦ق، يوم السبت ٢٦ شعبان سنة ١٤٣٦هـ الموافق ١٣ من يونيو سنة ٢٠١٥.

"وبأنه" من المقرر أن الترخيص يشغل العقار لا يرد إلا على الأموال العامة للدولة أو الشخص الاعتبارى العام، إذ كان يلزم لاعتبار العقد إدارى ان يكون للدولة أو مالها من الأشخاص العامة طرفاً فيه وان يحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى العقود المدنية التى تنظمها قواعد القانون الخاص علاوة على أن يكون- وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة متصلاً بمرفق عام اتصالاً يتحقق به معنى المشاركة فى تسييره(١).

كما يجوز التصرف فى المال العام بين الجهات الادارية المختلفة، ويرجع ذلك إلى وحدة الدومين العام وعدم انتهاء تخصيصه للمنفعة العامة وبعد ذلك من قبيل التصرفات الادارية الجائزة على المال العام.

ويتضح ذلك من خلال فتوى(٢) الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع عند نظرها نزاع بين هيئتين إداريتين، وورد فى هذه الفتوى ما يلى من مبادئ:-

١- استظهرت الجمعية العمومية ان الأموال العامة هى تلك العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص وان الأصل فى ملكية الدولية ملكية عامة أنها تستهدف إدارة المرافق العامة التى تضطلع بأعبائها وأن الانتفاع بالمال العام يكون بدون مقابل لأنه لا يخرج عن كونه استعمالاً للمال العام فيما أعد له ويكون نقل الانتفاع به بين أشخاص القانون العام بنقل التخصيص والإشراف الإدارى على هذه الأموال ولا يعد ذلك من قبيل النزول عن املاك الدولة أو التصرف فيها.

٢- وحدة الدومين العام: حيث قررت الجمعية أنه: "وذلك لأنه لا يصح القول بتعدد الدومين العام استناداً إلى المادة (٨٧) من القانون المدنى لأن هذه المادة وردت فى شأن تحديد صفة المال العام المخصص للمنفعة العامة سواء كان تحت يد الدولة أو الأشخاص

(١) طعن نقض ٢٤، ٧١١، ١٩٧٣/٥/٨، وفى ذات المعنى الطعن رقم ٤٨ لسنة ٣٧ق- جلسة ١٩٧٣/٥/٨ من ٢٤ ص. ٧١١ وقضت بان "تصرف السلطات الادارية فى الاملاك العامة لانفعاغ الأفراد بها لا يكون إلا بترخيص وبمك طبيعته معن الأجل غير ملازم للسلطة المرحضة التى لها دائماً اداعى المصلحة العامة الحق فى الغائه والرجوع فيه قبل أجله ثم هو فوق ذلك خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه.

م. نقض م رقم ١٥ لسنة ٣٠٢ جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣.

وفى ذات المضمون "الأموال العامة الانتفاع بها بموجب ترخيص مقابل رسم، وليس بمقابل لجرة اعتبار ذلك الأعمال الادارية أثره: خروجه عن ولاية القضاء العادى طعن ٢٦٤٧ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٧/٣/٥. وايضاً الطعن رقم ١٧٦٩ و ١٩٢٢ لسنة ٢٩ ق.ع جلسة ١٩٨٥/١١/٩ "الفقرة الأولى من الملة (٢) من القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حماية الآثار- والمادة (٨٧) من القانون المدنى.

الأراضى الأثرية تدخل ضمن املاك الدولة العامة ولا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم- قرار وزير الثقافة رقم ١٩٧ لسنة ١٩٧٣ بنقل أرض من املاك الدولة العامة إلى املاك الدولة الخاصة يقتصر أثره على مجرد إزالة صفة النفع المذكور ولا يصحح التصرفات الباطلة التى سبق ان أجزتها هيئة تعبير الصحارى فى هذه الأرض وقت ان كانت من املاك الدولة العامة- أساس ذلك: ان التصرف الذى وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً يعتبر والعلم سواء فلا ينتج أثره ولا يرد عليه اجازة أو تصحيح- لا يغير من ذلك صدور قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٢٤ لسنة ١٩٧٨ باعتبار تلك الأراضى منافع عامة بوصفها منطقة أثرية.

(2) فتوى رقم ٢٠٩ بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢١ ملف ٣٣١٧/٢/٣٢ جلسة ٢٠٠٤/٢/١٨.

الاعتبارية العامة بل أن نصوص القانون المدنى تعين على القول بوحدة الدومين العام فالمادتان (٨٧) و(٨٨) حين تعرضتا لأحوال تخصيص المال العام للنفع العام أو انتهاء هذا التخصيص وفقد صفته كمال عام قضتا بأن يكون التخصيص أو الإهاء بقانون أو مرسوم أو بقرار من الوزير المختص أو بالفعل ومفاد ذلك أيضاً أنه حيث يكون التخصيص أو الإهاء بعمل قانونى فإن المشرع حصر ذلك العمل فى قانون أو مرسوم أو قرار وزارى وهى أدوات لا تصدر إلا عن الحكومة وهو ما يعنى إنفراد الدولة بملكية الدومين العام ولو كانت تحت يد غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة.

٣- بالرغم من وحدة الدومين العام، إلا أن الجهة التى لها الإشراف الإدارى فقط على هذه الأموال يكون لها حق التصرف باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل فى ذلك ومن ثم فإن نقل الانتفاع بأموال الدولة بين أشخاص القانون العام إنما تترخص فيه الجهة التى لها الإشراف الإدارى على هذه الأموال باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل فى ذلك بما لا يجوز معه لأية جهة أخرى لا ولاية لها على هذه الأموال أن تتدخل من تلقاء نفسها بتقرير أو إنهاء التخصيص أو تغيير وجه النفع العام دون سند من واقع أو قانون إذ أن وصف الجهة بأنها من أشخاص القانون العام لا يستتهدض لها حقاً فى تقرير أو نقل أو إنهاء وجه النفع العام للمال العام الخاضع لإشراف جهة أخرى.

٤- الأصل أن يتم تبادل المال العام بين الجهات الإدارية يتم دون مقابل، ولكن ذلك لا يمنع من الاتفاق بين هذه الجهات على عكس ذلك، وفى ذلك قررت الفتوى أن:-
ومن ثم فإن تغيير تخصيص وجه النفع العام يكون دون مقابل والأملك العامة تخرج عن دائرة المعاملات بما نص عليه من عدم جواز بيعها أو التصرف فيها ولكن إذا حدث وجرى اتفاق بين جهتين عامتين بأن تؤدى إحداهما للأخرى مبلغاً من المال مقابل انتقال الإشراف على مال عام إليها فانه تسرى على ذلك القواعد العامة من ضرورة الإلتزام بما اتعدت عليه ارادة الطرفين وأن مصدر الإلتزام بأداء المقابل لا يتأتى من نقل التخصيص من وجه من أوجه المنفعة العامة التابع لإحدى الجهات العامة إلى وجه آخر تابع لجهة أخرى من الجهات العامة وإنما يتأتى مصدر التزام الجهة المنقول إليها الإشراف على المال العام أما أملاك الدولة فيجوز التصرف فيها وفقاً لإجراءات محددة رسمها المشرع يضمن بها الشفافية والمساواة وتحقيق أكبر عائد ممكن تحقيقاً للمصالح العام".

ومن ثم صدرت العديد من القوانين التى تنظم كيفية التصرف فى أملاك الدولة الخاصة أحدثها القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ الخاص بالتصرف إلى واضعى اليد على أراضى

الدولة وتتضح جوانب السلطة العامة في ذلك القانون وهو موضوع بحثنا، وذلك لا بد من العرض إيجازاً لطابع السلطة العامة حيال العقد الإداري ومبررات تلك السلطة في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة ومصادر تقريرها.

طابع السلطة العامة في عقود التصرف في أملاك الدولة.

تواترت آراء الفقهاء وأحكام القضاء على اشتراط تعلق العقد الذي تبرمه الدولة بمرفق عام حتى يعد إدارياً، ومن ثم فإن المعاملات التعاقدية التي ترد على أملاك الدولة الخاصة يضى عليها الطابع المدني باعتبار ان الدولة في هذا المجال تتعامل بوصفها فرد عادي يشبه في معاملاته معاملات الأفراد في علاقات القانون الخاص. وفي الواقع ان هذا القول لا يمكن التسليم به على إطلاقه، ذلك أنه باستقراء القوانين المتعاقبة التي تحكم النظام القانوني للتصرف في أملاك الدولة الخاصة سواء لأفراد عاديين او لوأضى اليد نجد ان هذه العلاقات قد أحيطت بسياج من الإجراءات التي تجعل الإدارة في مركز متميز عن وضع الأفراد المتعاملين معاً، كما يفرض عليها قيود استثنائية في هذه العقود لا مثيل لها في علاقات القانون الخاص.

وفي الواقع، فإن هذه الامتيازات الاستثنائية للإدارة والقيود الواردة عليها في تعاقدها المتعلقة باملاك الدولة الخاصة لها ما يبررها، فقد يرجع ذلك إلى عدة أسس، الأول أهمية المال موضوع التعاقد بالنسبة للدولة أو الجمهور، الثاني ارتفاع قيمته حيث قد تصل قيمة تلك الأموال إلى مبالغ طائلة مما يفرض على الإدارة إحاطة عملية التصرف في هذه الأموال بقدر من الضمانات يكفل عدم إهدار هذه الأموال، والثالث: ضمان مبدأ الشفافية في هذه المعاملات بحيث ان هذه الأموال تصبح حق لكل مواطن تملكها طالما استوفى الاشتراطات اللازمة و اتبع الإجراءات ومنها دفع الثمن المناسب الذي تتطلبه الإدارة، والقول يغير ذلك قد يشوب هذه التعاقدات شبهات الفساد والمحسوبية واهدار المال العام (حصيلة البيع)، السبب الرابع: وهو ملكية الدولة لأملكها يختلف عن ملكية الفرد لماله والذي يحرص من منطلق مصلحته الشخصية التي لا يشاركه فيها احد على الحصول على اكبر عائد من تعاقده، وهو ما لا يتوافر لذى موظفى الإدارة حيث إن تصرفاتهم تصب لصالح المجموع بما يلقى التزاماً على الدولة من خلال قوانينها وقراراتها بمراعاة تلك المصلحة من خلال إجراءات استثنائية تكفل حصول الدولة على حقاها، السبب الخامس: وهو محصلة كل الأسباب السابق الإشارة إليها وهو تحقيق الصالح العام حيث إن كل تصرفات الدولة لا بد أن تستهدف تحقيق تلك المصلحة ولن يتأتى ذلك إلا باحاطة علاقات

الإدارة بامتيازات وقيود استثنائية تضمن لها تحقيق تلك المصلحة لو كانت بصدد تصرفها في أملاكها الخاصة حيث أن هناك من تلك الأموال ما تعلق قيمتها وتزداد أهميتها عن معاملات الإدارة بخصوص تسيير المرفق العام، ولا ننسى ان ضمان حسن التصرف في هذه الأموال يلقي بأكبر الأثر على المنفعة العامة وان كان بصورة غير مباشرة فحصولية التصرف في هذه الأموال تؤول إلى خزانة الدولة لتتفق منها على المرافق العامة والخدمات التي تقدمها للمواطنين ودفع عجلة الإنتاج.

ومن الجدير بالذكر أن مصدر الطابع الاستثنائي في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة قد يكون القوانين(١) التي تصدر عن البرلمان لتنظيم التصرف في أملاك الدولة الخاصة كالقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧، وقد يكون مصدرها اللوائح التي تصدر عن رئيس الوزراء(٢) والتي قد تكون تنفيذاً لتلك القوانين كقرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ والذي صدر كلائحة تنفيذية للقانون المذكور، وقد يكون مصدرها قرارات الإدارة، والتي تصدر عن الجهات المناط بها التعاقد على هذه الأملاك كقرارات المحافظين(٣) والقرارات الصادرة عن إدارات أملاك الدولة على مستوى المحافظات. وترسم هذه القرارات وسائل اقتضاء الثمن وتنفيذ بنود التعاقد، ويحدد القانون واللوائح الجزاءات التي تفرض على المتعاقد معها.

وإن كنا لسنا بصدد عرض تفصيلي للامتيازات الاستثنائية للجهة الإدارية حيال العقد الإداري، إلا أننا تشير إلى بعض السلطات الاستثنائية الواردة في العقد الإداري تمهيداً- في مجال بحثنا- لاستجلاء ملامح السلطة العامة في إجراءات التصرف في أملاك الدولة الخاصة سواء فيما يخص المراحل السابقة على إبرام العقد أو داخل العقد ذاته أو في مراحل تنفيذ التعاقد.

ومقتضى توافر هذه الشروط غير المألوفة أن الإدارة تعمل في إبرام العقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها... (٤).

(1) وقد صدرت العديد من القوانين التي تنظم التصرف في أملاك الدولة الخاصة سنورها عند الحديث عن التطور التشريعي لتلك القوانين ومنها قانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة وتعديلاته القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠١٦، وقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة والقانون.

(2) وقد أنط دستور ٢٠١٤ برئيس الوزراء إصدار اللوائح بعد أن كان اختصاصاً مقررأ لرئيس الجمهورية في دستور ١٩٧١ كقرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦، وقرار رئيس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ بشأن التصرف إلى واضعي اليد، وقرار رئيس الوزراء رقم ٢٨٤٣ لسنة ٢٠٠٩ بشأن ضوابط بشأن تقنين وضع اليد على الأراضي المملوكة للدولة.

(3) كقرار محافظ الاسكندرية رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٨٢ بإعداد قواعد بيع وتأجير الأراضي المملوكة للدولة ووحدات الحكم المحلي في نطاق محافظ اسكندرية، وقرار رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٨ بشأن التظلم من قرارات لجان التتمين، وقراره رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تعديل القواعد المطبقة على أملاك الدولة، وقراره رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٧ بإصدار قواعد بيع وتأجير الأراضي المملوكة للدولة ووحدات الإدارة المحلية في نطاق محافظة الاسكندرية، والقرار أن رقما ٣٢٤ لسنة ١٩٨٢، ١٠٨٥ لسنة ١٩٩٩ بشأن تسوية الحيازة.

(4) المحكمة الإدارية العليا- الطعنان ٢٥١ و ٢٩٠ لسنة ٢٥ ق ١٦/١٩٩٢: مجموعة الأربعين عاماً- ص ٢٣٣.

ويكتفى قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتوافر أحد الشرطين، ذلك أنه إذا اتصل العقد اتصالاً قوياً ومتيناً بتنفيذ المرفق العام، فإن ذلك يكفي لاعتباره إدارياً في غيبة أي شرط غير مألوف في نطاق القانون الخاص - ربما لأن الاتصال بتنفيذ مرفق العام على هذه الدرجة يمكن أن يعد في ذاته وضعاً غير مألوف في العلاقات الخاصة البحتة، أما إذا لم يكن العقد متصلاً بنشاط مرفق عام أو كان اتصاله به ضعيفاً، فهنا يكون المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العقد الإداري هو الشروط غير المألوفة (١).

أما عن القضاء الإداري المصري فاشتراط ضرورة اجتماع شرطي الشروط غير المألوفة مع عنصر المرفق العام حتى يعتبر العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام عقداً إدارياً، بل إنه يعتبر الشرط الحاسم والفاصل في هذا الصدد، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضاف على العقد تلك الصفة إذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتفى عنه عندئذ وصف العقد الإداري (٢).

وفي واقع الأمر، أننا ندرس في هذا البحث حال توافر شروط غير مألوفة في عقد التصرف في أملاك الدولة، ومقتضى ذلك انتفاء الشرط الثاني المرتبط بضرورة ارتباط العقد بتسيير مرفق عامة على الرغم من جلاء الطابع غير المألوف تصرف الإدارة في شأن تلك الأملاك، والأمر هنا لا يتعلق بإثبات إدارية العقد حيث أن شرط تعلق العقد الإداري بمرفق عام - ليست متوافرة، وإنما يرتبط الأمر هنا ببيان ملامح السلطات العامة في هذه العقود وبذلك إهدار لما درج عليه الاتجاه القضائي والفقهى من اعتبار الدولة تتصرف بوصفها فرداً عادي حين تتعامل على أملاكها الخاصة.

ومن أمثلة تلك الشروط المدرجة داخل العقد حق تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة، وحق فرض جزاءات مباشرة على المتعاقد مع الإدارة؛ ومن أمثلة طابع السلطة العامة قبل إبرام العقد الإداري، تحديد ثمن التعاقد من قبل لجان، وضع شروط لاحية للعقد المراد إبرامه (٣) لا يمكن التفاوض عليها والقيود الواردة على كيفية اختيار المتعاقد؛ أما في مرحلة التنفيذ اقتضاء الثمن من خلال اتباع إجراءات الحجز

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري - المعوقات - الاجراءات - الآثار، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٥١، وفي ذلك أيضاً د. محمد الشافعي أبو رأس، العقود الادارية، ص ٣١ وما بعدها، وفي ذلك أيضاً د. أسن جعفر، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.
(٢) المحكمة الإدارية العليا - طعن ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق - ١٩٩٥/١/٢٤: مجموعة الأربعين عاماً - ص ٩٨-٩٩. ومحكمة القضاء الإداري انظر قضية ٣٤٨٠ لسنة ٩٩ ق - ١٩٥٧/٦/٢ - المجموعة السنة ١١ بند ٣١٦ - ص ٤٩٢؛ قضية ٨٧٠ لسنة ٩٥ ق - ١٩٥٦/١٢/٩.
(٣) مجرد الإحالة إلى كراسة الشروط يعتبر في ذاته مؤشراً لتضمين العقد شروطاً استثنائية ولكن يجب أن تتضمن الكراسة فعلاً شروطاً استثنائية وإلا انعدمت فائدتها في التعرف على طبيعة العقد (د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية ١٩٨٤ - ص ٨٤).

الإدارى، والتفويض بالطريق المباشر دون اللجوء إلى القضاء من خلال توقيع جزاءات على المتعاقد دون اتفاق مسبق على ذلك.

ونرى- من وجهة نظرنا- ان لفظ السلطة العامة التى تملكها الجهة الادارية له من العمومية والشمول الذى يستغرق به مجموعة الشروط غير المألوفة فى العقد مؤدى ذلك ان لفظ السلطة العامة أوسع مدلولاً من فكرة الشروط غير المألوفة، فالسلطة العامة تنبئ فى أية إجراءات تتخذها الإدارة فى مراحل العقد المختلفة وتظهر فيها الدولة بوجه للسلطة العامة فى مواجهة الأفراد.

وتختلف الشروط الاستثنائية عن شروط عقود الأديان، فعقود الإذعان المعروفة فى مجالات القانون الخاص، ويستطيع القاضى فى هذه الأخيرة تعديلها وإعفاء الطرف الضعيف منها، مبيناً فى هذا الصدد: إن عقود الإذعان تتميز باجتماع مشخصات ثلاثة: الأول، تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات، والثانى إحتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث يوجب عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق الى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها، ولا تتوافر فى العقد موضوع النزاع، والذى التزام المدعى عليه بمقتضاه بالتدريس مدة الخمس سنوات التالية مباشرة لإتمام دراسته بمعهد المعلمين بالزيتون هذه الخصائص الثلاثة؛ لأن التعليم بعد الحصول على شهادة توجيهية ليس مقصوداً على هذا المعهد دون غيره فالطالب يمكنه أن يختار بكامل حريته الالتحاق بأى مدرسة او معهد أو كلية وهى كثيرة ومتعددة، وأن يسلك طريق التعليم الذى يرتضيه ويتفق مع ميوله ودراسته، وليس هناك ما يرغمه إطلاقاً على الالتحاق بمعهد المدرسين دون ان تكون له فى ذلك رغبة خاصة (١).

هذا مع ملاحظة انه من أوضح مميزات العقد الإدارى أنه يحوى شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، وهذه الشروط الشاذة ليست شروطاً تعسفية لأن طبيعة العقد الإدارى تقتضيها وهذا العقد يقوم بين طرفين غير متكافئين يخضع فيه صالح الفرد الخاص لصالح المجموعة، ومن ثم فإن النصوص الواردة فى التعهد المبرم بين المدعية والمدعى عليه الأول التى تلزمه بالتدريس لمدة خمس سنوات تالية مباشرة لإتمام الدراسة بالمعهد وإلا كان مسئولاً عن تعويض الوزارة عما صرفت عليه من نفقات التعليم

(١) محكمة القضاء الإدارى قضية ٣١٧ لسنة ١٩٥٧/٣/٣.

إنما هي نصوص استثنائية تحدد طبيعة العقد وهو أنه من العقود الإدارية ولا يعتبر بالتالى شروطاً إذعانية بالمعنى المفهوم فى نطاق القانون الخاص.

مبحث تمهيدى

نطاق تطبيق قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

فى إطار حرص الدولة على تقنين أوضاع الحائزين لعقارات الدولة، ووضعى اليد عليها، أصدرت الدولة القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ بشأن بعض قواعد وإجراءات التصرف فى أملاك الدولة الخاصة. وقد شكّلت لجنة لاسترداد أراضي الدولة بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٥ (١)، وقد قامت اللجنة بإصدار بعض التوصيات فى اجتماعها الدورى رقم (٩٦).

١- قيام المحافظات بتفعيل دور مجموعات العمل التى تم تشكيلها طبقاً للكتاب الدورى رقم (١٨٥) بتاريخ ٢٠١٨/٨/١٦ وتعيين قائد لها مع موافاة وزارة التنمية المحلية باسم قائد مجموعة العمل لتكون مهمته ما يلى:

أ- متابعة تنفيذ دورة التقنين بالمحافظة.

ب- حلقة الوصل والربط بين المحافظة ووزارة التنمية المحلية مع قيامه بالحضور للوزارة كل ١٥ يوماً لمراجعة ما تم تنفيذه وحل المشاكل فى حينه.

٢- المبالغ التى سبق تحصيلها من المواطنين قبل صدور القانون (١٤٤) لسنة ٢٠١٧ تحت بند (جدية تعاقد- تحت الحساب-) وائ تعاملات قبل ٢٠١٧/٧/٣٥ وقبل ٢٠١٨/٦/١٤ (بعد صدور القانون) من أجهزة الدولة وجهات الولاية يتم نهو تقنينها فى حالة انطباق شروط التقنين المحددة بالقانون تحقيقاً لمصادقية الدولة.

٣- سرعة قيام المحافظات بإنهاء إجراءات الفحص والمعاینات للأراضى التى تم سداد رسومها.

٤- وضع أولويات وأسبقيات للأراضى الأكثر مساحةً والتى لها مردود وعائد اقتصادى كبير للدولة.

٥- التأكيد على عدم جواز استفادة أى فرد أو أسرة أو جمعية أو شركة بالتقنين طبقاً للقانون أكثر من مرة واحدة.

(١) كتاب دورى رقم ٢٤٢ لسنة ٢٠١٨ للسادة المحافظين بشأن قرارات وتوصيات الاجتماع الدورى رقم (٩٦) للجنة استرداد أراضي الدولة بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٥، رئاسة مجلس الوزراء الأمانة العامة.

ويأتى ذلك فى إطار دور القانون فى وضع أحكام التصرف فى أملاك الدولة الخاصة حيث نصت المادة (٣٢) من الدستور على أنه:- "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها....."

"ويحدد القانون أحكام التصرف فى أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك". وهديا على ما تقدم، فقد أحال الدستور إلى السلطة التشريعية لتنظيم إجراءات التصرف فى أملاك الدولة الخاصة، أصدرت السلطة التشريعية العديد من القوانين من بينها القانون المذكور.

وقد أرسى هذا القانون أحكام وإجراءات التصرف فى أملاك الدولة الخاصة إلى واضعى اليد عليها تقنيا لأوضاع هؤلاء، وسوف نتناول فى هذا المبحث التمهيدي نطاق تطبيق هذا القانون من الوجهتين الموضوعية والزمنية، لنعرض بعد ذلك لملامح السلطة العامة للإدارة فى تصرفها فى هذه الأملاك لوضعى اليد سواء فى المرحلة السابقة على التعاقد أو فى مرحلة العقد أو مرحلة ما بعد التعاقد (مرحلة التنفيذ)، وتقسم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين:

المطلب الأول: النطاق الموضوعى لتطبيق القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

المطلب الثانى: الحدود الزمنية لتطبيق القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

المطلب الأول

النطاق الموضوعى لتطبيق القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

نحدد فى هذا المطلب نطاق تطبيق القانون من الوجهة الموضوعية بحيث نستعرض أنواع التصرفات الداخلة فى تطبيق هذا القانون من ناحية، ومحل هذه التصرفات من ناحية أخرى وذلك من خلال الفرعين التاليين:-

الفرع الأول: صور التصرفات الواردة فى القانون.

الفرع الثانى: العقارات محل سريان القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

الفرع الأول

صور التصرفات الواردة فى القانون

تنص المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن الأحكام المنفذة للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ بشأن بعض قواعد وإجراءات التصرف فى أملاك الدولة

الخاصة (١) على أنه: " مع عدم الاخلال بأحكام قانون البناء المشار إليه, يكون التصرف في الأراضي بالبيع أو الايجار المنتهى بالتملك أو الترخيص بالانتفاع لو اضعى اليد الذين قاموا بالبناء عليها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

ونصت المادة الثانية من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧:- "مع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن التنمية المتكاملة في شبه جزيرة سيناء, للجهة الادارية المختصة إزالة التعديات..... ويجوز لها التصرف في الآرضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والخاضعة لولايتها بطريق الاتفاق المباشر لو اضع اليد الذى قام بالبناء عليها بالفعل, أو لمن قام باستصلاحها أو باستزراعها بالفعل, قبل تاريخ العمل بهذا القانون, وذلك بعد موافقه وزارة الدفاع(٢).

وهكذا فإن اللاحة للتنفيذية قد حددت صور التصرفات التى يسرى عليها هذا القانون, والتى تتلأم مع موضوع تقنين اوضاع و اضعى اليد على هذه العقارات, فأجاز لجهة التعاقد(٣) سواء كانت الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بحسب الأحوال التصرف فى هذه العقارات لو اضعى اليد عليها بالبيع و الايجار المنتهى بالتملك أو الانتفاع, هذه هى الصور الثلاثة التى قررتها اللاحة التنفيذية للتصرف.

ويثور التساؤل كيف تختار الإدارة بين هذه الصور الثلاثة؟ وقد حددت المادة (١٣) من هذا القرار شروط التعامل بالبيع على هذه العقارات بحيث إذا انتفى أحد هذه الشروط, غدا العقار ليس محلاً لهذا النوع من التصرف, وهذا الأمر يتبدى فيه قيد استثنائى على الجهة المتعاقدة بحيث تلتزم بالبيع إذا ما توافرت هذه الشروط, فى حين تلجأ إلى الايجار أو الانتفاع فى إذا تخلف أحد الشروط المدرجة فى نص المادة ١٣ من هذا القرار.

وقد اشترطت المادة (١٣) عدة شروط لتعامل الإدارة بالبيع إلى و اضعى اليد على العقارات وهى(٤):-

(١) نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية الصادر فى ٢٥ ربيع الأول سنة ١٤٣٩هـ الموافق ١٤ ديسمبر سنة ٢٠١٧, العدد ٥٠, تلغ, السنة الستون.

(٢) وقد نصت المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ والذي جاء بالأحكام المنفذة للقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ فى شأن التصرف فى أملاك الدولة الخاصة على أنه:- " يكون التعامل بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال أو اعتماد نتيجة بقرار من الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة مالكة العقار بحسب الأحوال".

(٣) المادة السادسة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧, والمادة الحادية عشر.
(٤) وقد حددت المادة الرابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ شروطاً عامة للتعامل على العقارات الميينة بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستغلالها لو اضعى اليد قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليها إذا كان البناء عليها بغرض السكنى لو اضعى اليد قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليها إذا كان البناء عليها بغرض السكنى لو اضعى اليد وأسرته أو لأحد المشروعات الإنتاجية الصغيرة أو المتناهية الصغر ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الأراضى القضاء المقام عليها منشآت خفيفة قابلة للإزالة أو المحاطة بأسوار أو تلك التى تتعارض مع مقتضيات الأمن القومى والطيران المدنى وبصفة عامة أى وضع لا يستند لمظهر جدى و حقيقى.

وقد حددت المادة التاسعة من القرار المذكور شروط التصرف بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال فى الحالات سالفة البيان وفقاً لشروط عامة وهى.

- ١- ألا يكون العقار محل الطلب مخصصاً لمنفعة عامة.
 - ٢- ألا يكون هناك خلاف أو نزاع على الأرض أو صدر بشأنها حكم نهائى لصالح الجهة المعنية بالأرض وأن تكون الحيازة محل وضع اليد ظاهرة وهادئة ومستقرة.
 - ٣- أن يقدم الطالب المستندات الرسمية التى تثبت بها ان وضع اليد قبل ٢٠١٢/١/١٩ تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥ المشار إليه.
 - ٤- يحظر على الأسرة الواحدة (الزوج والزوجة والأولاد القصر) الاستفادة أكثر من مرة بالنسبة لكل حالة من الحالات التى يشملها أحكام هذا القرار ويجب ألا تكون قد استفادت الأسرة من أية قوانين أو قرارات للاعتداد بالملكية أو لتقنين اوضاع اليد سابقة على هذا القرار وذلك فى غير حالة التعامل على زوائد التنظيم.
 - ٥- أن يقدم الطالب تعهداً يلتزم بموجبه بعدم التصرف فى الأرض بأى نوع من أنواع التصرفات أو التنازل عنها خلال خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد ويجوز التنازل للزوج أو الزوجة أو الأولاد الذين تنطبق عليهم ضوابط وأحكام التملك المشار إليها قبل نهاية هذه المدة بشرط الحصول على موافقة جهة الولاية على الأرض وموافقة مجلس إدارة الجهاز الوطنى لتنمية شبه جزيرة سيناء والجهات المعنية المشار إليها وسداد كامل المستحقات عن الأرض.
 - ٦- فى حالة الإخلال بأى شرط من الشروط التى يتم التعامل على أساسها يكون العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى أو اتخاذ أى إجراء قانونى آخر ولا يكون للمتعامل معه أى حق فى طلب تعويض أياً كان صورته وفى هذه الحالة يتم المقاصة بين ما دفعه المتعامل معه من أقساط ومقابل حق الانتفاع المستحق عن المدة من وضع اليد حتى الفسخ.
- ونعرض لصور التصرف الثلاثة - بايجاز - من خلال ما يلى:-
- ١- البيع: والأصل فيها أنها من عقود القاتون الخاص، فهو من العقود المسماة فى القانون الخاص، ويرى البعض (١) أن التجاء الإدارة إليه بمثابة الاعلان عن نيتها فى

١. ألا يكون العقار محل الطلب مخصصاً لمنفعة عامة.
 ٢. أن تكون الحيازة محل وضع اليد ظاهرة وهادئة ومستقرة.
 ٣. يحظر على الأسرة الواحدة [الزوج- الزوجة- الأولاد القصر] الاستفادة أكثر من مرة من أحكام هذا القرار فى غير حالة التعامل على زوائد التنظيم.
 ٤. وفى حالة الإخلال بأى شرط من الشروط التى يتم التعامل على أساسها يُكُونُ العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى أو اتخاذ أى إجراء قانونى آخر ولا يكون للمتعامل معه حق فى طلب تعويض أياً كان صورته وفى هذه الحالة يتم المقاصة بين ما دفعه المتعامل معه من أقساط ومقابل حق الانتفاع المستحق عن المدة من وضع اليد حتى الفسخ.
 (١) د. سليمان الطمارى، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص ١٥٤، ١٥٥.

استعمال وسائل القانون الخاص، ومن ناحية فإن المال العام كما هو معلوم لا يقبل التصرف فيه، ومن ثم فإن البيع ينصب عادة على مال من أموال الدومين الخاص، وخصص المشرع الفصل الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني المواد فيما ٤٨١/٤١٨ وهو بذلك يخرج عن ولاية هذه المحكمة لتستقل بالنظر قسى المنازعات المترتبة عليه المحاكم المدنية ذات الولاية العامة فى المسائل المتفرعة عن القانون الخاص..... (١).

وإذا كان الأصل العام هو مدنية تلك العقود إلا أنه يجوز أن تكون إدارية إذا ما انتوت الإدارة استعمال وسائل القانون العام حيال ذلك العقد، وإذا ارتبط بتسيير مرافق عامة أو تنظيمها ويتميز عقد البيع عن عقود الامتياز حيث إن الأولى تنطوى على نقل الملكية إلى الشخص الخاص فى حين يتعلق عقد الامتياز باستغلال والانتفاع بهذا المرفق من خلال إدارته من قبل القطاع العام، كما يختلف عن المقايضة أو عقود التبادل (٢) وغيرها من عقود القانون الخاص.

والبيع صورة من صور التصرف الواردة فى القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولاحتته التنفيذية، والتي لا يمكن أن ترد على الأموال العامة الغير جائز التصرف فيها. خلاصة القول: أن عملية البيع التى تباشرها الجهة الادارية ترد على أملاكها الخاصة، قد تتعلق بتسيير مرفق، وقد تستعمل فيها الإدارة وسائل القانون العام، فإذا ما توافرت تلك الشروط، عد العقد إدارياً وإن كان الأصل هو مدينة تلك العقود باعتبار أن الدولة تباشر بيوعها على النحو الذى يتصرف به الأفراد.

٢- عقود الأيجار المنتهى بالتملك:

وهو عقد يمنح بمقتضاه واضع اليد الحق فى الانتفاع بالعقار، وينتهى هذا العقد بتملك العقار، ونعتقد أن هذا العقد يعالج حالة عدم مقدرة واضع اليد من سداد كامل قيمة العقار

(١) محكمة القضاء الإداري، الفقة رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية.

(٢) التبادل قد يكون عقد إدارياً خاضعاً فى أحكامه للتنظيم المعمول به فى مجال تسيير وإدارة الأملاك الوطنية، إذا ما تمت عملية التبادل بين الدولة وإحدى المجموعات العمومية الإقليمية، وقد يكون عقداً مدنياً خاضعاً للأحكام العامة للقانون المدني، إذا ما تمت عملية التبادل بين الدولة من جهة وبين الخواص من جهة أخرى. أما عقد بيع أملاك الدولة العقارية الخاصة فهو كما سبق توضيح ذلك- لا يكيف إلا كعقد مدنى محض.

بالإضافة إلى أن العوض أو المقابل فى عقد التبادل لا يكون أبداً مبلغاً من النقود، إنما يكون عقاراً، هذا الأخير غالباً ما يكون متناسب فى قيمته وموقعه مع العقار المبذل به. أما فى البيع عموماً فالعوض لا يمكن أن يكون إلا مبلغاً من النقود يعكس قيمة العقار محل البيع، فالمقايضة هى مبادلة شيء بشئ آخر، فى حين أن البيع هو مبادلة شيء بمبلغ من النقود يسمى الثمن. لكن قد يتشابه الأمر إذا اختلفت قيمة الأشياء المتبادلة، مما قد يضطر أحد الطرفين إلى إستكمال الفارق نقداً، ومثال ذلك أن يبدل شخص منزله بمحل مملوكاً لشخص آخر، على أن يضيف له هذا الأخير مبلغ نقدي يعوض الفرق بين قيمة المنزل وقيمة المحل. وهنا يقع التساؤل فيما إذا كان العقد بيعاً أو مقايضة؟ والإجابة هى أن العقد يكيف على حسب فرق الثمن المدفوع، فإذا كان الثمن المدفوع أكبر من قيمة الشيء المتبادل به كيب العقد على أنه بيع، أما إذا كان الثمن المدفوع أقل من قيمة الشيء المتبادل به كان العقد مقايضة.

دفعة واحدة، أو إذا تخلف أحد شروط التعامل بالبيع على هذه العقارات والواردة في نص المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

ويعد بداية انتهاء هذا العقد بالتملك، اتساقاً مع الغاية من القانون، وهو توفيق أوضاع واضعي اليد على العقارات المبنية أو المستزرعة أو القابلة للاستصلاح، وحسم أمر تملكهم لهذه العقارات بصفة نهائية عن طريق تملكهم لتلك الأراضي مقابل استيفاء الدولة لكافة مستحقاتها المالية كما سنرى لاحقاً.

وتمثيلاً لعقود الإيجار كوسيلة للتصرف إلى واضعي اليد، ما ورد في قانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وتطبيقاً لذلك ما ورد في قضاء المحكمة الإدارية العليا من أنه "ومن حيث أن استصلاح واستزراع الأراضي الصحراوية وكسب ملكيتها والاعتداد بها والتصرف فيها وإدارتها والانتفاع بها يتم وفقاً لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١م في شأن الأراضي الصحراوية، ومقتضى نص المادة (١٣) من هذا القانون أن يكون استغلال الأرض عن طريق تأجيرها لمدة ثلاث سنوات فإذا أثبتت الجدية في الاستصلاح خلالها تملك الأرض لمستأجرها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم القيمة الإيجارية المسددة من ثمن الأرض، وإذا لم تثبت الجدية اعتبر عقد الإيجار مفسوخاً من تلقاء نفسه، وإعمالاً لذلك صدر قرار وزير الزراعة رقم ١٠٨١ لسنة ١٩٨٩م وتضمن تأجير المساحات التي يثبت من معاينتها قيام واضعي اليد عليها بإجراءات جادة لاستصلاحها أو استزراعها، وعلى الأخص توفير مصدر رى مقنن ومرخص به نظير قيمة إيجارية سنوية قدرها عشرون جنيهاً للقدان وعلى أن يكون التأجير لمدة ثلاث سنوات بهدف التملك طبقاً لأحكام المادة (١٣) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١م وعلى ذلك فإن جهة الإدارة ملزمة بتملك الأراضي لو اضعى اليد متى توافرت فيهم شروط التملك....." (١).

٣- الترخيص بالانتفاع:

وهو تصرف صادر بالارادة المنفردة للجهة الإدارية يمكن واضع اليد على العقار من الانتفاع بذلك العقار مع استيفاء الدولة للمقابل المالي لهذا الانتفاع. وتعد هذه الوسيلة من الآليات الملائم وردوها على المال العام حيث أنها تعد من قبيل التصرفات الإدارية حيث أن الترخيص بوصفه قراراً إدارياً يمكن الإدارة من أن تفرض إرادتها على الطرف الأخر

(١) محكمة إدارية عليا، الطعن رقم ١١٢٠٣ لسنة ١٤٧ق عليا جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤م-الدائرة الأولى عليا. وقد أكدت المحكمة ذلك الحكم أن أملاك الدولة التي يتم ربطها بمقابل انتفاع بعد بمثابة تخصيص لو اضعى اليد، ويحق لهم تملكها بسعر المثل طبقاً لتقرير الخبير.

دون حاجة لموافقته، وذلك على خلاف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين(١). وهذه تعد من التصرفات الواردة في هذا القانون والتي تظهر فيها الدولة بطابع السلطة العامة حيث تملك هنا وبراءة منفردة ولاية إمضاء القول على الغير دون اتفاق أو تفاوض.

وقد وردت هذه الصور للتعامل على سبيل الحصر في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧، إعمالاً لذلك تخرج العديد من التصرفات من نطاق إعمال هذا القانون، ويقصر القانون التعامل على أملاك الدولة الخاصة من خلال هذه الصور الثلاثة دون غيرها من التصرفات الادارية الواردة على الأملاك الأميرية وذلك كالتراخيص(٢) وقرارات التخصيص الواردة على املاك الدولة.

- التصرف بالطريق المباشر وفقاً لقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧:

نصت المادة الثانية من هذا القانون على انه:- "مع عدم الاخلال، ويجوز لها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة والخاضعة لولايتها بطريق الاتفاق المباشر لوضع اليد الذي قام بالبناء عليها بالفعل، أو لمن قام باستصلاحها أو باستزراعها بالفعل، قبل تاريخ العمل بهذا القانون، وذلك بعد موافقة وزارة الدفاع وفق الشروط والقواعد التي تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

ولا تسرى على هذا التصرف احكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، إلا فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون ولما لا يتعارض مع احكامه.

وتنص المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ الخاص بتقنين أوضاع وأضعى اليد في شبه جزيرة سيناء على أنه:- "يكون التعامل بالبيع على الأراضي المبنية او المستصلحة والمستزرعة بطريق الاتفاق المباشر وذلك بالقواعد والشروط والضوابط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار، وتعتمد نتيجة التصرف بقرار من

(1) وقد انتهى الأمر بالمحاكم المدنية وعلى رأسها محكمة النقض- إلى أنكار الصفة التعاقدية على الاتفاقات السليقة، واعتبرتها مجرد تراخيص- أي قرارات إدارية، حكم محكمة النقض المصري الصادر في ١٣/١١/١٩٤٤ والذي جاء فيه "أن تصرف السلطات الإدارية في الأملاك العامة لانفعا الأفراد بها لا يكون إلا بترخيص، والترخيص بحكم طبيعته معيق الأحل، غير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً لدواعي المصلحة العامة، الحق في العامة والرجوع فيه قبل حلول أجله- إن اعطاء الترخيص ورفضه والغاؤه والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام، وصدور الترخيص مقابل رمسي لا يمكن ان يخرج عن طبيعته ولا يجعله عقد ايجار عادي خاضع لأحكام القانون المدني.

مجموعة رسمية سنة ١٩٤٦، ص ١٤٢، وراجع حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر في ٧ مارس ١٩٣٨ بشأن شغل مساحات معينة داخل الأسواق العامة المملوكة للحكومة.

(2) تصرف السلطة الإدارية في أملاك الدولة العامة لا يكون إلا على سبيل الترخيص والترخيص بطبيعته مؤقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً لدواعي المصلحة العامة الحق في الغائه والرجوع فيه ولو قبل حلول أجله وكل أولئك من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون العام وتخرج عن ولاية المحاكم العادية لتدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري طبقاً لقانون مجلس الدولة. محكمة النقض، الطعن رقم ٣٨٧، لسنة ٤٣ مكتب في ٣٢ صفحة رقم ٢٤٨٥ بتاريخ ١٩٨١/٢/٢٩.

الوزير المختص أو المحافظ المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة صاحبة الولاية على الأرض بحسب الأحوال".

ونصت المادة الرابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ الصادر بالأحكام المنفذة لقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ في فقرته الأولى على أنه:- "يكون التصرف المشار إليه بالمادتين الأولى والثانية من هذا القرار بطريق الاتفاق المباشر بناء على طلب يقدم من واضع اليد إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذا القرار.

ومن ثم فإن هذا القانون قرر طريق الاتفاق المباشر بخلاف الأصل في تعاقدات الدولة والتي تتبع فيها طريق المناقصات والمزايدات حيث ان الأصل هو اتباع طريق البيع بالمزايدة لما يحاط بهذا الطريق بسياج من الضمانات والإجراءات التي تكفل مبادئ العلانية والشفافية في عملية البيع.

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أن "الأصل في بيع أملاك الدولة الخاصة أن يكون بالمزاد العلني أو بعطاءات داخل مظاريف مختومة ويجوز استثناء حصول البيع بالممارسة في أحوال خاصة وإذا كانت المادة الثالثة من شروط بيع أملاك الدولة الخاصة الصادر بها قرار ناظر المالية في ٢١ من أغسطس سنة ١٩٠٢- بناء على ما خولته إياه المادة السادسة في دكرينو ٣ فبراير ١٨٩٢ الخاص بضريبة ما يباع من أطيان الحكومة- قد تحدث عن طلبات الشراء وأشارت إلى كثرة الراغبين ومراعاة الطلبات في ترتيب طرح الأملاك له للبيع لا إعلان الراغبين باليوم الذي ستطرح فيه فإنها تكون قد عنت البيع بالمزاد سواء أكان علانية أم كان بمظاريف. اما البيع بالممارسة فلم تتحدث عنه إطلاقاً فكان حكمه متروكاً للقواعد العامة(١).

ولذلك فلم تكن هذه هي المرة الأولى(٢) التي يتقرر فيها البيع بالممارسة لوضعي اليد(٣) حيث ان ذلك يتناسب مع الأسباب التي فرض من أجلها هذا الاستثناء والحكم

- (١) محكمة النقض، الطعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ جلسة ١٩٤٨/١٢/٩ ٤٤ حكم اخر بيع بالمزاد.
- (٢) بالقوانين والقرارات السابقة التي تحكم للتصرف في أملاك الدولة إلى واضعي اليد ومنها قرار رئيس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ قرر في المادة الأولى "يستبدل بنص المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه للنص الآتي:
- "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ = وقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣١ لسنة ١٩٨١ المشار إليها، يجوز للجهات الإدارية كل في دائرة اختصاصها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة لوضعي اليد عليها قبل العمل بأحكام القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه بالطريق المباشر وبمن المثل في تاريخ وضع اليد عليها. الجريدة الرسمية- العدد ٢٢ في أول من يونية سنة ١٩٩٥.
- (٣) فقد كانت المادة ٣٠ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨- تحت عنوان "بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها شخصية اعتبارية و"الترخيص بالانتفاع واستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية، والمقاصف عن طريق فريدة علنية عامة أو محلية" وتنص المادة ٣١ منه على أن:- "يجوز في الحالات العاجلة التي لا

يدور مع العلة وجوداً وهدماً، ويرجع خروج الإدارة على الأصل العام- وهو التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات- إلى سببين، الأول: هو تقنين أوضاع واضعى اليد على أملاك الدولة الخاصة والذين قاموا بالبناء على هذه العقارات أو استصلاحها أو استزراعها وفي ذلك تحقيق مصلحة لوضع اليد الذى تكبد تكاليف البناء واستصلاح العقار، والسبب الثانى: هو استدعاء الدولة لكافة حقوقها المالية المهذرة من خلال تقاضيتها المقابل المالى لهذه العقارات الذى يعد محل اعتداء من قبل الأفراد ينتفعون بها دون أداء مقابل هذا الانتفاع للدولة.

ونلاحظ أن المشرع قد منح الجهة الإدارية المختصة (الخاضع لولايتها العقار) فى القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ سلطة تقديرية فى التصرف بالطريق المباشر إلى واضعى اليد على الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة، بحيث يبقى للإدارة حق تقديرها إذا كانت تتصرف وفقاً لطريق الممارسة أم قد تقدر لاعتبارات معينة الرجوع إلى الأصل العام والتعاقد بطريق المزايدة والمناقصة، وقد أورد نص المادة الثانية من القانون المذكور قديماً على التصرف بالطريق المباشر فى هذه العقارات وهو موافقة وزير الدفاع بعد تقدير الشروط والقواعد التى تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

وقد تقرر ذات الطريق فى التصرف إلى واضعى اليد فى شبه جزيرة سيناء بمقتضى قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧.

وقد تضمنت عبارات المادة الرابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٨ التزام الإدارة بالتصرف إلى واضعى اليد على أملاك الدولة الخاصة، ومقتضى ذلك أنه قد حجب عن الإدارة سلطتها التقديرية فى الخيار بين الطريق المباشر فى التعاقد وطريق المناقصات والمزايدات حيث نصت المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء على أن يكون التعامل بالبيع على الأراضى المبنية أو المستصلحة والمستزعة بطريق الاتفاق المباشر

تحتل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من (أ) رئيس الهيئة. (ب) الوزير المختص ومن له سلطته أو المحافظ فيما لا يجاوز قيمته خمسين ألف جنيه".
ومؤدى ذلك طبقاً لما استقر عليه افتاء الجمعية العمومية، أن بصور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصلر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والعمل به، أضحى جميع أشخاص القانون العام بما فيها المحافظات وغيرها من وحدات الإدارة المحلية خاضعة لأحكامها، بما لا مناص معه من التزامها حال قيامها ببيع أو تأجير العقارات أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستعمالها، بأحكام الباب الثالث من هذا القانون فيما تضمنه من وسائل وإجراءات للتعاقد، والتى لا يجوز التعاقد فيها بالاتفاق المباشر إلا فى الحدود المبينة فى البندين: (أ)، (ب) من المادة (٣١) منه، إذا ما توافرت حالة الاستعجال، وقد استمر الحال على ذلك منذ صدور القانون عام ١٩٩٨ إلى أن تم تعديله بموجب القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦، الذى عمل به من أول الشهر التالى لتاريخ نشره فى ٢٠٠٦/٧/١٥، وذلك بإضافة مادة جديدة برقم (٣١ مكرراً) أنه يجوز استثناء من أحكام المادتين (٣) و(٣١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات التصرف فى العقارات بطريق الاتفاق المباشر لواضعى اليد عليها الذين قاموا بالبناء عليها بحد أقصى مائة فد فى الأراضى الصحراوية والمستصلحة، وعشرة أفدية فى الأراضى الزراعية القديمة، وذلك بالنسبة إلى زوائد التنظيم، وفى غير ذلك من حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات إجتماعية واقتصادية تقضىها المصلحة العامة....."
فتوى رقم ٥ لسنة ٦١ تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/١١/١٥ رقم الملف ٢٥٠٧/٧.

وذلك بالقواعد والشروط والضوابط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار وتعتمد نتيجة التصرف بقرار من الوزير المختص أو المحافظ المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة صاحبة الولاية على الأرض بحسب الأحوال".

ولا شك ان ذلك يعد مخالفاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية حيث ان مخالفة قرار رئيس مجلس الوزراء لنص المادة الثانية من القانون يعد - إهدراً لمبدأ المشروعية الذي يعطي السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللائحة التنفيذية للقانون بما ليس فيه تعديل أو زيادة أو تقييد غير متطلب لنصوص القانون(١). وبناء عليه فإن سلب اللائحة الاختصاص التقديري للجهة صاحبة الولاية في التصرف والذي أسند لها بمقتضى نص المادة الثانية من القانون تعد مخالفة لمدى القوة القانونية الملزمة للقواعد القانونية وفقاً لتدرجها المستند إلى المعيار الشكلى لإصدار القاعدة.

الفرع الثاني

العقارات محل سريان قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

ونعالج هذا الفرع من خلال تناول العقارات التي يسرى عليها قواعد هذا القانون، والأخرى التي يحظر التعامل عليها لاعتبارات قدرها المشرع سواء متعلقة بمسائل الدفاع أو الأمن أو طبيعة هذه العقارات أو أهميتها الجغرافية وسنعرض لذلك من خلال النقطتين التاليتين:-

أولاً: العقارات موضوع التصرف في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧:

حدد القانون في مادته الثانية العقارات التي يسرى عليها هذا القانون، والتي يحق للجهة صاحبة الولاية التعامل عليها بالبيع أو التأخير أو الترخيص بالانتفاع أو الاستغلال، وهي "الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة والخاضعة لولايتها بطريق الاتفاق المباشر لواقع اليد الذي قام بالبناء عليها بالفعل، أو لمن قام باستصلاحها أو باستزراعها بالفعل، قبل تاريخ العمل بهذا القانون.....".

ونصت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية للقرار بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه "يكون التعامل بالبيع على الأراضي المبنية أو المستصلحة والمستزعة بطريق الاتفاق المباشر وذلك بالقواعد والشروط والضوابط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار

(١) د محمد رفعت عبد الوهاب، د. ميادة عبد القادر إسماعيل، أصول القضاء الإداري ضوابط المشروعية- دعوى الالغاء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، وفي ذلك أيضاً أ. د حسين عثمان، قانون القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص ١٩ وما بعدها.

وتعتمد نتيجة التصرف بقرار من الوزير المختص او المحافظ المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة صاحبة الولاية على الأرض بحسب الأحوال(١).

وقد حدد القرار المذكور بذلك ثلاثة فئات يسرى عليها القرار بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ وهى الأراضى المبنية، الأراضى المستصلحة، والأراضى المستزرعة، ويجمع كل هذه الفئات ان هذه الأراضى قد استخدمت بالفعل من واضعى اليد عليها فى أغراض البناء أو الاصلاح أو الزراعة بحيث أنه تكبد النفقات فى سبيل القيام بمثل هذه الأعمال، ويبقى استيفاء الدولة لحقوقها المالية كاملة من ثمن العقار ومقابل الانتفاع به.

وقد حددت اللائحة التنفيذية للقانون اشتراطات معينة للتعامل على هذه العقارات لواضعى اليد عليها تختلف باختلاف الغرض المستخدم من أجله العقار، ونوضح ذلك فيما يلى:

١- العقارات المبنية بغرض السكنى، ويشترط فيها(٢):-

أ- أن تكون الأرض مقام عليها بناء بغرض السكنى لواضع اليد وأسرته من الزوجة والأولاد القصر.

ب- تحديد الجهة صاحبة الولاية على الأرض المساحة موضوع التعامل بهذا القرار طبقاً لموقعها ويجب ألا تزيد فى جميع الأحوال عن ستمائة متر مربع وذلك بالنسبة للأرض المقام عليها البناء والمساحة الملحقة به والتي تعد مرفقاً له ويجب أن يكون البناء مستقراً بحيزه ثابتاً فيه وقائماً حتى تاريخ العمل بالقانون المشار إليه ما لم يكن قد هلك بسبب القوة القاهرة وفى حالة وجود مساحة من الأرض تزيد على مساحة التعامل-

(1) كان قانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ ألغى بصور القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧، وصدر قانون تنفيذ تعاقبات الجهات العامة رقم ١٢ لسنة ٢٠١٨ والذي ألغى قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٩ حيث يعد الأول تعديلاً تشريعياً على الأخير، وقد نص قرار رئيس مجلس الوزراء الذى تضمن الأحكام التنفيذية لذلك القانون على أنه:- "يكون التعامل على العقارات المبنية بالبيع أو التاجير أو الترخيص بالانتفاع بها أو بسفلالها لواضعى اليد الذين قاموا بالبناء عليها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه إذا كان البناء قد تم بغرض السكنى لواضع اليد وأسرته او لأقامته احد المشروعات الانتاجية الصغيرة أو المتناهية الصغر.

ونص فى مادته التعامل: "يكون التعامل على زوائد التنظيم بالشروط الآتية:". فى حين لم يتطرق قنون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ للتعامل على زوائد التنظيم بعكس ما ورد فى قرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦.

(2) م ٧ من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧، وقد كان اللائحة التنفيذية رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الصادرة لتنفيذ أحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ قد وضعت اشتراطاً فى مادته الخامسة للتصرف فى زوائد التنظيم:- وهى

- أن تكون المساحة محل التعامل واقعة ضمن زوائد التنظيم فى تاريخ التعامل.
- أن تكون المساحة المعتبرة زوائد تنظيم ملاصقة لعقار مملوك لمقدم طلب الشراء التاجير أو الترخيص بالانتفاع او بالاستغلال لخدمات الحكومية.

- أن يترتب على التصرف فى هذه المساحة لغير الطالب إلحاق ضرر به.
- ألا يترتب على التعامل الإضرار بأى من الواجهات أو مداخل العقارات الملاصقة.
- أن يكون التعامل بالتقدي الذى لا يخل بحق المظل وبحق المرور إلى الطريق العام.
- واشتراطات أخرى وذلك فى الأراضى التى تمتد زراعتها قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ سواء الأراضى الصحراوية المستصلحة أو الأراضى للزراعية القديمة وهى:
- ألا تزيد مساحة الأراضى الصحراوية المستصلحة والمستزرعة على مائة فدان.
- ألا تزيد مساحة الأراضى الزراعية القديمة على عشرة أفدنة.
- أن يتوفر للأرض مصدر دائم للرى.

المبنى والأرض الملحقة به والتي مرفقاً للعقار - ولها ضرورة للبناء يتم تقييمها بواسطة لجنة التقييم وبالأسعار السائدة.

٢- الأرض المبنية بغرض إقامة احد المشروعات الانتاجية الصغيرة او المتناهية الصغر. ويشترط للتعامل عليها ما يلي:-

أ- يجب ان تتوفر فيها احكام القانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون تنمية المنشآت الصغيرة ولائحته التنفيذية.

ب- أن تكون مساحة البناء تتفق مع طبيعة نشاط الشركة أو المنشأة ورأس مالها المدفوع وعدد العاملين فيها.

ج- أن تكون الشركة أو المنشأة تمارس بالفعل نشاطاً اقتصادياً إنتاجياً أو خدمياً أو تجارياً.

ذ- الالتزام بأحكام قانون البيئة الصادر بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.

ويكون لراغبي التملك من واضعي اليد التقدم بطلباتهم خلال سنة واحدة من تاريخ العمل بهذا القرار.

٣- الأراضي التي تم استصلاحها واستزراعها سواء كانت الأراضي الصحراوية أو الأراضي الزراعية القديمة (١) ويحكم التصرف في الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١، ويكون استصلاح هذه الأراضي وكسب ملكيتها والاعتداد والتصرف فيها وادارتها والانتفاع بها وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات المتعددة له.

ولكن حدد القانون كيفية التصرف في الأراضي الصحراوية لواضعي اليد عليها وفقاً لأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية.

وتعد أراضي البحيرات والسياحات التي يتم تجفيفها مناطق استصلاح واستزراع وفقاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة.

حيث من المقرر في قضاء محكمة النقض- أن مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية والذي جرى العمل به من ١/٩/١٩٨١ ان أراضي البحيرات التي يتم تجفيفها والداخلة في خطة التجفيف لأغراض الاستصلاح

(1) انظر أسامة عثمان، أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف ص ١٩٥، حيث يعرض للتظيم القانوني لكيفية تاجير الدولة وتسقيها في الأراضي الزراعية.

والاستنزاع تعتبر في حكم الأراضي الصحراوية الخاضعة بهذا القانون، ومفاد النص في المادة (١٨) من ذات القانون يدل على ان المشرع جعل من بين وسائل كسب ملكية الأراضي الصحراوية وما في حكمها الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ الاستيلاء عليها مصحوباً بالاستصلاح والاستنزاع والتعمير حفزاً للأفراد والجماعات على تعمير هذه الأراضي" (١).

ويشترط اللوحة التنفيذية للتصرف في الأراضي التي تم استصلاحها واستزراعها قبل العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥ سواء كانت من الأراضي الصحراوية أو الأراضي الزراعية القديمة ما يلي (٢):-
- ألا تزيد مساحة الأراضي الصحراوية المستصلحة والمستزرعة على مائة فدان للفرد ومائتي فدان للأسرة وتشمل الأسرة الزوجات والأولاد القصر غير المتزوجين دون الإخلال بالحد الأقصى للملكية في الأراضي الصحراوية الخاضعة للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١.

- ألا تزيد مساحة الأراضي الزراعية القديمة على عشرة أفدنه.

- أن يتوفر للأرض مصدر ري دائم.

وتعد هذه الشروط تقييداً استثنائياً لتصرف الجهة صاحبة الولاية في العقارات ليس له مثل في علاقات القانون الخاص، فوضع حد أقصى لعدد الأفدنة التي يمكن التصرف فيها للفرد أو الأسرة قيلاً لا مثيل له في تصرفات الأفراد، أو تحديد مساحات معينة لإمكانية التصرف في الأراضي المبنية واشتراط الالتزام بأحكام قانون البيئة بالنسبة للعاملين في الأنشطة الاقتصادية أو الانتاجية وتدخل كلها في إطار الشروط القانونية التي لا يمكن التفاوض عليها نظراً لارتباطها بالصالح العام ومبادئ الشفافية والمساواة بين المواطنين. في حين حدد قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ الصادر بالأحكام المنقذة للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ذلك المحل في مادته الثانية والتي نصت على أنه:- مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمي ٥٠ لسنة ١٩٦٩ و ١٤٣ لسنة ١٩٨١ المشار إليهما، وغيرهما من القوانين المنظمة للحد الأقصى لملكية الأراضي يكون التصرف في الأراضي المستصلحة أو المستزرعة قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار

(١) محكمة النقض، الطعن رقم ١٩٦٢ لسنة ٧١، جلسة ٢٤/١٢/٢٠١٢ مكتب في ٢٣ ق ٢٨ ص ١٩٧.

(٢) نص المادة الثامنة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧.

إليه، بذات طرق التصرف المشار إليها بالمادة الأولى من هذا القرار، على أن يتوافر للأرض مصدر للرى.

ولم يشترط القرار رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ مجموعة الاشتراطات التي تطلبها القرار رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ ويرجع ذلك للطبيعة الجغرافية والدواعى الأمنية الحساب التي تحيط بمنطقة شبه جزيرة سيناء والتي تختلف عن المناطق الأخرى فى جمهورية مصر العربية إلى الحد الذى صدر لها قرار بقانون خاص بها يختلف عن القواعد المقررة للتصرف إلى واضعى اليد فى سائر أنحاء الجمهورية الأخرى.

ثانياً: العقارات محظور التصرف فيها وفقاً لأحكام هذا القانون:

يسرى هذا القانون على الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومن ثم يخرج عن نطاق تطبيق هذا القانون كل ما يتعلق بالأموال العامة "الدومين العام". وهذا أمر بدهى حيث أن هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو التعامل عليها. وفى ذلك قضت محكمة النقض أن "الأراضي الأثرية تدخل ضمن أملاك الدولة العامة ولا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم- قرار وزير الثقافة رقم ١٩٧ بنقل أرض من أملاك الدولة العامة (أثار) إلى أملاك الدولة الخاصة يقتصر أثره على مجرد إزالة صفة النفع المذكور ولا يصح التصرفات الباطلة التى سبق أن أجرتها هيئة تعميم الصحارى فى هذه الأرض وقت ان كانت من أملاك الدولة العامة- أساس ذلك: أن التصرف الذى وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً يعتبر والعدم سواء فلا ينتج أثراً ولا يرد عليه إجازة أو تصحيح- لا يغير من ذلك صدور قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٢٤ لسنة ١٩٧٨ باعتبار تلك الأرض منافع عامة بوصفها منطقة أثرية"(١).

إضافة إلى ذلك، أورد قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن توفيق أوضاع واضعى اليد على أراضى شبه جزيرة سيناء عدداً من العقارات التي يحظر على الجهة صاحبة الولاية التصرف فيها إما لأنها تتنافى مع الحكمة التى تغياهاها المشرع من التصرف فى هذه العقارات، إضافة لاعتبارات أمنية، أو لدواعى المصلحة العامة. ترتيباً على ذلك يحظر التصرف.

ووفقاً لما جاء فى اللائحة التنفيذية للقرار بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ فيما يلى من عقارات:-

(1) طعن رقم ١٧٦٩ و ١٩٢٢ لسنة ٢٩ ق. ع جلسة ١١-٩-١٩٨٥، المكتب الفنى "٣١" ص ١٣١ القاعدة رقم (١٩).

١- الأراضي الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥:-

وهي الأراضي المتعلقة بشبه جزيرة سيناء وهي كامل محافظتى شمال وجنوب سيناء والمناطق الواقعة داخل الحدود الإدارية لمحافظة السويس والاسماعيلية وبورسعيد، وذلك نظراً للطبيعة الأمنية الخاصة لأرض سيناء والمراد به توفيق الأوضاع القانونية بالنسبة للمشروعات والأنشطة تحت التأسيس.

٢- طائفة من العقارات المستثناة من التصرف فيها وهي:-

١- المناطق الإستراتيجية ذات الأهمية العسكرية ونطاقات امنها والتي لا يجوز تملكها وفقاً لأحكام قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠١.

٢- المناطق المتاخمة للحدود بالمنطقة طبقاً لقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٤٤ لسنة ٢٠١٤ بشأن تحديد المناطق المتاخمة لحدود جمهورية مصر العربية والقواعد المنظمة لها وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٩٥٧ لسنة ٢٠١٤.

٣- الجزر الواقعة بالبحر الأحمر.

٤- المحميات الطبيعية والمناطق الأثرية بالمنطقة وحرمها ويكون استغلالها واستخدامها طبقاً لأحكام القوانين والقرارات المنظمة لكل منها(١).

٣- الأراضي الفضاء المقام عليها منشآت خفيفة قابلة للإزالة، أو المحاطة بأسوار.

٤- الأراضي التي يتعارض التصرف فيها مع مقتضيات الأمن القومي والطيران المدني.

٥- الأراضي التي لا يستند وضع اليد فيها على مظاهر حقيقية وجدية وغير مستقرة(٢).

أما اللاحة التنفيذية للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ فقد أخرجت عن نطاق سريان هذا القانون(٣).

١- الأراضي الفضاء المحاطة بأسوار: وقد يرجع ذلك إلى أن واضع اليد لم يستخدمها ولم يقيم عليها المباني أو استصلحها أو استزرعها، وبقيت على حالتها فمن الطبيعي أن تؤول ملكيتها إلى الدولة باعتبارها مالكة هذا العقار، وقد يرجع ذلك إلى عدم جدية وضع اليد على هذه العقارات وأن ليس هناك مظاهر مستقرة تؤكد ذلك الحال.

(١) م الثالثة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ الخاص بوضع قواعد وشروط تملك واضعى اليد على أراضى شبه جزيرة سيناء.

(٢) م ٩ من ذات القرار.

(٣) م ٣ من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧.

٢- العقارات التي يتعارض التصرف فيها مع مقتضيات الدفاع أو الأمن القومي أو الطيران المدني.

٣- العقارات التي لا يستند وضع اليد فيها إلى مظهر جدى وحقيقي.

المطلب الثاني

الحدود الزمنية لتطبيق القانون

لا جدل حول الأثر الفوري والمباشر لتطبيق القوانين والقرارات الصادرة بأحكام قانونية لتنظيم مسألة أو موضوع بعينه، وقد نصت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ على أن: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره. يبصر هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها، ومن ثم لا يمتد إعمال القانون إلى ما سبق من حالات. وهذا ما تؤكد دائماً أحكام القضاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا حينما عرض عليها مدى التطبيق الزمني لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث قررت:- "... وعلى ذلك فإن الأحكام التي وردت في القوانين أو اللوائح التي كانت سارية قبل نفاذه وتتعارض مع نصوص هذا القانون تعتبر منسوخة جملة وتفصيلاً ولا يجوز إعمالها في ظل المجال الزمني لسريان القانون الجديد سالف الذكر وتلتزم الجهات الخاضعة لأحكام القانون المذكور عند تصرفها في الأراضي المملوكة للدولة بالإجراءات والقواعد والأحكام المنصوص عليها في ذلك القانون وإلا كان تصرفها مخالفاً للقانون.

"ومن حيث إنه- بالبناء على ما تقدم- فإن أى إعلان من جانب أية جهة إدارية عن التصرف في أملاك الدولة أو طلبات تقدم إلى وحدات الإدارة المحلية بشأن طلب شراء الأراضي المملوكة للدولة أو المملوكة لها أو تأجيرها أو الترخيص بالانتفاع بها بعد نفاذ القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فإنها تخضع لأحكامه، أما عمليات بيع أو تأجير الأراضي المملوكة للدولة ووحدات الإدارة المحلية المعلن عنها قبل نفاذ القانون المذكور فإنها تظل محكومة بالقواعد القانونية التي كانت قائمة ومنتجة لآثارها عند إجراء هذه التصرفات احتراماً للمراكز القانونية الذاتية المكتسبة لذوى الشأن لخلو القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من نمة نص يقرر سريان أحكامه على الوقائع السابقة على سريانه بأثر رجعي"(١).

(١) محكمة إدارية عليا، طعن رقم ٩٨٢٠ لسنة ٤٧ق. ع جلسة ٢٠٠٣/٧/٦.

مؤدى ذلك أن التصرفات السابقة على قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨- تظل محكومة بالقواعد القانونية التي كانت قائمة ومنتجة لأثارها عند إجراء هذه التصرفات وذات الأمر ينطبق على قانون تنفيذ تعاقدات الجهات العامة الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠١٨.

وقد نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ والمتضمنة الأحكام التنفيذية للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ على أنه:- "مع عدم الإخلال بأحكام قانون البناء المشار إليها، يكون التصرف في الأراضى بالبيع أو الإيجار المنتهى بالتملك أو الترخيص بالانتفاع لواقعى اليد الذين قاموا بالبناء عليها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه".

وقد تضمنت القوانين والقرارات السابقة التي تناولت بالتنظيم التصرف فى أملاك الدولة الخاصة إلى الأفراد أو لواقعى اليد على العقارات ذات التنظيم ومنها قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ (١) المنظم لأحكام القرار بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥ المتعلق بقواعد وشروط تملك واقعى اليد على أراضى فى شبه جزيرة سيناء، وينسحب ذات الحكم على قرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بأحكام بتنفيذية للقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المعدل لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ (٢).

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ للتصرف فى الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة بالطريق المباشر وبثمن المثل فى تاريخ وضع اليد عليها وحيث قررت أنه يشترط للتصرف فى الأرض الفضاء توافر إحدى الحالات الآتية:-

(١) فقد نصت المادة الثالثة من هذا القرار على أنه:- "مع عدم الإخلال بحق الدولة فى إزالة أى تعد بالطريق الإدارى يعمل بأحكام هذا القرار فى شأن قواعد وشروط تملك واقعى اليد على أراضى شبه جزيرة سيناء قبل ٢٠١٢/١٩ تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن التتمية المتكاملة فى شبه جزيرة سيناء المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥.

(٢) نصت المادة الرابعة من هذا القرار فى فقرته الأولى على أنه:- "يكون التعامل على العقارات المبنية بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستغلالها لواقعى اليد الذين قاموا بالبناء عليها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه إذا كان البناء قد تم بفرض السكنى لواقعى اليد وأسرتة أو إقامة أحد المشروعات الانتاجية الصغيرة أو المتناهية الصغر".

وقد ردد قرار محافظ الإسكندرية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٧ بإصدار قواعد بيع وتأجير الأراضى المملوكة للدولة ووحدات الإدارة المحلية فى نطاق محافظة الإسكندرية ذات عبارات المادة الرابعة من قرار رئيس الوزراء فنصت على أنه:- "يكون التعامل على العقارات المبنية بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستغلالها لواقعى اليد الذين قاموا بالبناء عليها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه إذا كان البناء عليها بغرض السكنى.....

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الأراضى القضاء المقام عليها منشآت خفيفة قابلة للإزالة أو المحاطة بأسوار أو تلك التى تتعارض مع مقتضيات الأمن القومى والطيران المدنى وبصفة عامة أى وضع لا يستند لمظهر جدى وحقيقى.

ولا تسرى أيضاً على الأراضى الصادر بشأنها قرارات بالبيع من اللجان المختصة بمحافظى الإسكندرية قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ وقرار السيد رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦.

١- أن يكون واضح اليد قد أقام على الأرض ذاتها منشآت أو مبان يترتب على إزالتها أضرار يتعذر تداركها أو تفويت مصالح جوهرية له
٢- ان تكون الأرض لازمة لمشروعات مملوكة لوأضع اليد وتعتبر مكملة أو لازمة لهذه المشروعات.

٣-

٤- ان تكون الأرض مستغلة في مشروعات إنتاجية أو خدمية أو سياحية، ترى الجهة المختصة معها بيعها لوأضع اليد عليها". ومن مفاد ذلك ان تطبيق أحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليها، وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٧٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقرار رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥، الصادر نفاذاً له، على الأرض الفضاء، على نحو يجوز معه للجهة الإدارية المختصة ان تتصرف في هذه الأرض لوأضع اليد عليها، هو أن يكون وضع اليد تم قبل نفاذ هذا القانون في ١/٤/١٩٨٤ بحسبان أن القواعد والإجراءات التي نص عليها هذا القرار، طبقاً لسابق افتاء الجمعية العمومية، لا ينبغي ان تخالف احكام القانون الصادرة تنفيذاً له، وإنما يجب أن تدور في ملكة وتلتزم به.

"لما كان ذلك، وكانت الأوراق المعروضة خلت مما عساه أن يفيد أن الأرض محل طلب الرأي كانت محلاً لوأضع اليد او التعامل عليها يجهاز أملاك الدولة بالاسكندرية، سواء من قبل شركة الاستثمارات الفندقية والعقارية أو من قبل الحائزين السابقين لهم وهم وذلك قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه في ١/٤/١٩٨٤؛ وإنما الثابت من الأوراق أن بدء التعامل عليها يتم في ١٢/٣/١٩٨٥ و ٢٩/٥/١٩٨٦ و ٢٩/١٢/١٩٨٦.

"ومن تم فإن أحكام القانون المذكور وقرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه، لا سريان على هذه الأرض، على نحو يمتنع عنه التصرف فيها وفقاً لأحكامهما للحالة المعروضة"(١).

مؤدى كل ما سبق، هو الأثر الفوري لتطبيق القانون، فأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولاحته التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ تستهدف سريان أحكامها هذا على الحالات المستقبلية، ولا ينال من ذلك اشتراط القانون وضع اليد على العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة قبل تاريخ العمل بهذا القانون، حيث ان الأثر الفوري يتسحب إلى تقنين وضع اليد أى التعامل بالبيع أو التأجير المنتهى بالتملك أو الترخيص بالانتفاع إلى

(١) فتوى رقم ٥ لسنة ٦١ تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/١١/١٥، تاريخ الفتوى ٢٠٠٦/١١/١٥ رقم الملف ٢٥٠/٢/٧.

واضعى اليد قبل العمل بهذا القانون، والقول بغير ذلك يفتح الباب على مصراعية للتحايل بوضع اليد على عقارات الدولة بغية تملكها بعد صدور هذا القانون حيث إن الحكمة التي تفيهاها المشرع هي تسوية أوضاع الحائرين أو المنتفعين من هذه الأملاك كى تحصل الدولة على حقوقها فى مواجهة هؤلاء، وليس تقنين استيلاء الأفراد على أملاك الدولة فى المستقبل وإلا عد ذلك تحفيزاً للأفراد لوضع يدهم على تلك الأخيرة وتملكها بعد ذلك بمقتضى القانون المذكور.

وقد تضمن القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ نسخاً ضمناً لأحكام تقنين وضع واضعى اليد على أملاك الدولة الخاصة الذين قاموا بالبناء عليها (أيا كان الغرض من البناء) او باستصلاحها او استزراعها؛ والواردة بالمادة (٣١ مكرراً) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وتسرى المادة (٣١ مكرراً) المشار إليها فيما يتعلق بالفروض التي لم يشملها بالتنظيم القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧، وهديا على ما تقدم ينطبق قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ إذا كان وضع اليد قبل تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ والمتضمن إضافة المادة (٣١ مكرراً) إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات - ولم يكن هناك تعاقد بين الجهة الإدارية وبين واضع اليد لتقنين وضع واضع اليد (أو على الأقل اعتماد السلطة المختصة لنتيجة عمل اللجان المختصة تمهيداً لإبرام العقد، بحيث لم يستقر له مركزاً قانونياً قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ فيكون القانون الواجب للتطبيق هو القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه، ويتم السير فى إجراءات التقنين وفقاً للقواعد وبالضوابط والشروط التي صدر بها قرار مجلس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧) (١).

وبعد ان عرضنا لنطاق تطبيق القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ من الوجهتين الموضوعية والزمينية، نعرض فى هذا البحث لطابع السلطة العامة فى عقود تصرف الدولة فى الأملاك الخاصة إلى واضعى اليد عليها فى ضوء القانون المشار إليه مع استعراض ذلك فى ضوء القوانين السابقة على هذا القانون مستعينين فى ذلك بأحكام القضاء فى جهتى القضاء العادى والإدارى.

(١) كتاب دورى صادر من الامانة العامة لرئاسة مجلس الوزراء لجميع السادة المحافظين بتاريخ ١ فبراير ٢٠١٨. =وقد جاء فى مستهل هذا الكتاب "فى ضوء الاستفسارات الواردة من بعض المحافظات والمتعلقة بنطاق تطبيق احكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ بشأن بعض قواعد وإجراءات التصرف فى أملاك الدولة الخاصة من حيث الزمان.....".

ونعرض بعد ذلك لمشكلة الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود في ظل تضارب أحكام بين جهتي القضاء بل بين أحكام جهة القضاء الواحدة، ثم نعرض لحسم الاختصاص في أكثر من وجهة من خلال احكام الدستورية المتعلقة بتناقض الأحكام والمتعلقة بهذا الموضوع.

وهكذا نسرد هذه الأفكار من خلال خطة البحث الآتية:--

الفصل الأول: طابع السلطة العامة في التصرف إلى واضعي اليد على املاك الدولة الخاصة.

الفصل الثاني: القيود الاستثنائية على تصرفات الإدارة إلى واضعي اليد والاختصاص القضائي للمنازعات الناشئة عن تلك التصرفات.

الفصل الأول

طابع السلطة العامة فى التصرف إلى واضعى اليد على املاك الدولة الخاصة

تمهيد وتقسيم:-

يهدف هذا البحث إلى الوقوف على الطابع الاستثنائى الذى يحاط بعقود التصرف فى املاك الدولة الخاصة لواضعى اليد، فليس كما درجت كتب الفقه أن الدولة حينما تتعامل على املاكها الخاصة تتصرف بوصفها فرد عادى وإنما تتصرف على نحو يحقق الصالح العام ويهدف إلى استئداء مستحققاتها التى قد يعتدى عليها، وليس فى ذلك وجه للغرابة حيث أن ارتفاع قيمة هذه الأملاك وأهميتها فى عديد من الحالات يفرض على الدولة التصرف وفق آليات وضوابط محددة متمتعة فى ذلك بامتيازات استثنائية لا مثل لها فى علاقات الأفراد بعضهم البعض.

ويتضح ذلك الطابع من خلال ما تتمتع به الإدارة من صلاحيات يجعلها فى مركز أعلى من مركز المتعاقد معها حتى أنها تملى عليها شروطاً لا تقبل التفاوض، هذه الشروط غالباً يفرضها القانون والقرارات على الجهة صاحبة الولاية ضماناً لحسن التصرف فى هذه الأملاك، وتحقيقاً لمبادئ الشفافية والنزاهة، وضماناً لاستئداء الدولة لقيمة حقيقية وعادلة لهذه الأملاك.

ومن ثم سنقف على ملامح السلطة العامة التى تميز هذه العقود، وهذا لا يعنى تحول طبيعة تلك العقود إلى السمة الإدارية حيث انها رغم ذلك تفتقد أحد شروط هذا العقد وهو "تعلقه بتنظيم وتسيير المرافق العامة" وهو ما لا يتحقق فى عقود التعامل على املاك الدولة الخاصة وإن كان يحدث جدلاً عملياً وقضائياً نتعرض له فى الفصل الثانى.

ويتجلى هذا الطابع الاستثنائى فى مراحل العقد المختلفة سواء ما يتعلق بمرحلة الإبرام وهى مرحلة سابقة على التعاقد ذاته، وأيضاً الامتيازات المرتبطة بالعقد ذاته، ومرحلة التنفيذ، ونتناول هذه المراحل من خلال المخطط الآتى:

المبحث الأول: طابع السلطة العامة فى مرحلة إبرام العقد.

المطلب الأول: الشروط العامة للتصرف إلى واضعى اليد.

المطلب الثانى: طرفا التعاقد.

المطلب الثالث: اجراءات التعاقد وتحديد الثمن.

المبحث الثانى: الطابع الاستثنائى فى مرحلة التنفيذ.

المبحث الأول

طابع السلطة العامة فى مرحلة إبرام العقد

تقديم ونقسيم:-

مرحلة إبرام العقد من العمومية بحيث تشمل كل القرارات التى تتخذها الإدارة والجراءات القانونية التى تلتزمها قبل قبول التعاقد من قبل الجهة صاحبة الولاية(١), كما انها تمتد لتشمل أيضاً مضمون العقد وما حواه من بنود لا مقابل لها فى العقود المبرمة بين الأفراد. وترتيباً على ذلك سنعرض ما يخص هذه السمة الاستثنائية من خلال ما يلى:-

المطلب الأول

الشروط العامة للتصرف إلى واضعى اليد وفقاً

للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

الأصل فى عقود القانون الخاص هو أن الأفراد أحرار فى التصرف فى أملاكهم دون قيود أو شروط عليهم, ومن ثم فوضع اشتراطات محددة للجهة صاحبة الولاية بحيث إذا ما توافرات يحق لها التصرف تعد من السمات الاستثنائية التى لا مثيل لها فى علاقات الأفراد.

وقد تناولنا فيما سبق, أن القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ منح الإدارة سلطة تقديرية للتصرف إلى واضعى اليد حينما أورد لفظ "ويجوز لها التصرف فى بطريق الاتفاق المباشر لواضع اليد.....". مؤدى ذلك أمران:- الأول: يعطى للجهة الإدارية أحقية التصرف من عدمه إلى واضعى اليد خاصة إذا ما تعلق عدم التصرف بناحية أمنية أو استراتيجية أو تحقيقاً لمصلحة عامة, وهذا هو الأصل فى تصرف الإدارة فى أملاكها الخاصة حيث لا تجبر على التصرف فى أملاكها وإن كان القانون قد قدر لغاية بعينها ضرورة تقنين أوضاع واضعى اليد على هذه العقارات, وفى ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا- سلطة الإدارة التقديرية بوصفها القاعدة العامة حيث قضت:- "ومن حيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ فى شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف فى أملاك الدولة الخاصة وقرار رئيس مجلس الوزراء بقواعد التصرف فى أملاك الدولة إلى واضعى اليد عليها ان المشرع قد أجاز للجهات الإدارية المختصة

(1) الجهة صاحبة الولاية هى الجهة المشرفة على العقارات وأملاك الدولة, ويكون لها حق التعاقد والتعامل عليها بالبيع, وتشترك عدة قوانين فى تحديد تلك الجهة مظهر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة وقوانين الإدارة المحلية, والقوانين المنظمة للتصرف فى أملاك الدولة الخاصة وغيرها من القوانين المحددة للجهة التى يحق لها قبول التعاقد على البيع أو الأيجار و الانتفاع بأملاك الدولة الخاصة.

التصرف بالبيع في الأراضي المملوكة لها ملكية خاصة، وذلك لوضعي اليد على هذه الأراضي، سلطة جهة الإدارة في بيع هذه الأراضي هي محض سلطة تقديرية باعتبار ان حق الدولة وغيرها من الجهات الإدارية في أموالها الخاصة هو حق ملكية شأنها في ذلك شأن الأفراد، ومن ثم فإنها لا تجبر على بيع أملاكها بل تكون دائماً بالخيارين ان تبقى عليها وأن تستعمل سلطتها المخولة لها بمقتضى المادة (٩٧٠) مدني في إزالة التعدي تقع عليها، فإذا اختارت الدولة بيع أراضيها لوضعي اليد عليها ففي هذه الحالة يكون عليها أن تلتزم القواعد المقررة للبيع وفقاً لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤م ولقرار رئيس مجلس الوزراء سالف الذكر، كما يجب ان يلتزم المتعامل معها القواعد الواردة في القانون والقرار المنفذ له، وهو بطبيعة يعالج أوضاع مؤقتة" (١).

الأمر الثاني: الأصل في التصرف إلى واضع اليد على العقار وفقاً لهذا القانون هو الطريق المباشر لكن ذلك لا يمنعها من الرجوع إلى القاعدة العامة في التعاقد على أملاك الدولة ومؤداه اللجوء إلى التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات (٢).

ويشترط القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ أن يكون واضع اليد قد أقام البناء عليها بالفعل، أو استصلاحها أو استزراعها بالفعل (٣)، فهذا هو مبرر التصرف إلى واضع اليد بالطريق

(١) المحكمة الإدارية العليا الدائرة الأولى، الطعن رقم ٢٣٨٨ لسنة ٤٤٤ عليا، جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤م وفي ذلك أيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: "لئن كان القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ أجاز للجهة الإدارية بيع أراضيها إلى واضعي اليد عليها، إلا أن ذلك لا يعني بحل تقرير حق قانوني لوضعي اليد في شراء الأراضي محل وضع يدهم أو إكسابهم مركزاً قانونياً حيال تلك الأراضي مما يتمتع معه على الجهة الإدارية التصرف في أراضيها لمن سواهم، فالأمر لا يعدو أن يكون رخصة قررها القانون للجهة الإدارية من شأنها ان يتيح لها بيع أراضيها المملوكة لها ملكية خاصة لمن يضعون اليد عليها طبقاً للشروط والضوابط التي تضمنتها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ - لا جناح على الجهة الإدارية ان قامت باختيار الطريقة التي تراها مناسبة للتصرف في أملاك الدولة الخاصة لمن لا يكون واضعاً اليد عليها خاصة وأنه من المقرر قانوناً أن وضع اليد على أملاك الدولة عموماً ليس من شأنه أن يكسب واضع اليد أي حق في تملك الأراضي محل وضع اليد، الأمر الذي يستفاد منه أن القانون لم يلزم الجهة الإدارية بضرورة بيع الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة لوضعي اليد عليها وإنما حولها سلطة تقديرية وفقاً للضوابط المقررة بقرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه - القرار الصادر من الجهة الإدارية يخضع لرقابة القضاء الإداري عند الطعن فيه. الطعن رقم ٦٠ لسنة ٤٠ القضائية، جلسة ٢٨ من يناير ١٩٩٦، المكتب الفني لرئيس مجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الواحدة والأربعون الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٥ إلى آخر مارس سنة ١٩٩٦) ص ٣٩٣.

(٢) وقد حدد القانون الجديد رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الصادر بقانون تنظيم تعاقبات الجهات العام والذي حل محل القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر بقانون المناقصات والمزايدات حالات الاتفاق المباشر بأنها:

حالات التعاقد بلا تفاق المباشر:

١- الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الامكان توقعها او التنبؤ بها او التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري ولا تحتمل اتباع اجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما.

٢- وجود مصدر واحد فقط لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد او لديه الحق الحصري أو الاحتكاري لموضوع التعاقد.

٣- تحقيق أغراض التكامل مع ما هو موجود، ولا يوجد له سوى مصدر واحد.

٤- عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، ويتقضى الضرورة الفنية تنفيذ بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.

٥- الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ اجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفاءة سير العمل بالجهات الادارية، وألا يكون ناجماً عن سوء التقدير أو التأخير في اتخاذ الاجراءات.

٦- في حالة التوحيد القياسي مع ما هو قائم.

٧- في حالات تعزيز السياسات الاجتماعية والاقتصادية التي تتبناها الدولة.

ويتبين الحصول على عرض أسعار عند التعاقد بلا تفاق المباشر في الحالات المبينة قرين بنود ٥، ٦، ٧.

(٣) م ٢ من قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

المباشر حيث أنه أقام مبان، ولذا اشترطت اللائحة التنفيذية لهذا القانون ان يكون البناء مستقراً بحيزه ثابتاً فيه وقائماً حتى تاريخ العمل بالقانون المذكور (١) وينسحب ذات الحكم على الأراضى المستصلحة أو المستزرعة قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ على أن يتوافر للأرض مصدر للرى (٢). والحكمة من ذلك غلق باب التحايل على الدولة لتملك عقاراتها بحجة وضع اليد على العقار.

وتشترط اللائحة التنفيذية أيضاً للتصرف بالطريق المباشر فى العقار ضرورة تقديم طلب من واضع اليد إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذا القرار، لأنه صاحب المصلحة فى شراء العقار ولا بد ان يكون ذلك بناء على مبادرة منه تبنىء عن إرادته ورغبته فى شراء ذلك العقار وإلا عد ذلك تنازلاً عن حقه المقرر له بمقتضى نصوص القانون.

ونظراً للطبيعة الخاصة لشبه جزيرة سيناء، فقد تشدد قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ - بشأن قواعد وشروط تملك واضعى اليد على أراضى فى شبه جزيرة سيناء - فى شروط التصرف إلى واضعى اليد والذين قاموا بالبناء عليها أو التى تم استصلاحها واستزراعها، فاشترطت فى المتصرف إليه عدة اشتراطات بأن يكون من الأشخاص الطبيعيين حامل الجنسية المصرية وحدها دون غيرها من أى جنسيات أخرى ومن أبوين مصريين وللأشخاص الاعتبارية المصرية المملوك رأس مالها بالكامل لمصريين بعد موافقة وزارتى الدفاع والداخلية وجهاز المخابرات العامة ومجلس إدارة الجهاز الوطنى لتنمية شبه جزيرة سيناء.

ورببت اللائحة جزاء البطلان المطلق فى حالة مخالفة هذا الشرط، فتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولكل ذى شأن الطعن على هذا التصرف ولا يجوز شهره (٣).

إضافة إلى الشروط السابق الإشارة إليها والتى تخص بالتعامل على العقارات بالبيع لواضعى اليد الذين قاموا بالبناء والواردة فى المادة السابعة من القرار المذكور، والبناء بغرض إقامة أحد المشروعات الانتاجية الصغيرة أو المتناهية الصغر، أو التعامل على الأراضى التى تم استصلاحها واستزراعها والتى وردت شروط التصرف فيها إلى واضعى اليد فى المادة الثامنة من ذات القرار.

(١) م الأولى من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧.

(٢) المادة الثانية من القرار المذكور.

(٣) المادة الرابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧.

وقد كان قانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ الملغى ضمناً بصدور القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ يضع حداً أقصى مائة فدان في الأراضي الصحراوية والمستصلحة، وعشرة أفدنة في الأراضي الزراعية القديمة، وكذلك بالنسبة لزوائد التنظيم، وفي غير ذلك من حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة (١). واشترطت اللاحة التنفيذية لهذا القانون عدة شروط سبق ذكرها عند الحديث على محل التصرف للتعامل على مساحات زوائد التنظيم (٢)؛

والتعامل على الأراضي الصحراوية أو الأراضي الزراعية القديمة. وقد تطلب القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة (٣)، شروطاً للمتصرف إليه لا تختلف كثيراً عما ساقه القانون رقم ١٤٤.

وقد قضت محكمة النقض أن: "المادة (١) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة - المشرع في القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه، قد وضع شروطاً للتصرف - في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة بالبيع إلى واضعي اليد عليها، بأن اشترط أن يكون وضع اليد قبل نفاذ هذا القانون، وأن يتم البيع بالممارسة، وأن يتقدم صاحب الشأن بطلب الشراء خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقانون، وأن يتم البيع وفقاً للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس الوزراء في ضوء الاعتبارات

(١) تنص م ٢١ مكرر من هذا القانون على أنه:- استثناء من أحكام المادتين (٣٠، ٣١) من هذا القانون، يجوز التصرف في العقارات أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستغلالها بطريق الاتفاق المباشر لواضعي اليد عليها الذين قاموا بالبناء عليها أو لمن قام باستصلاحها واستزراعها من صغار المزارعين بحد أقصى مائة فدان في الأراضي الصحراوية والمستصلحة، وعشرة أفدنة في الأراضي الزراعية القديمة وكذلك بالنسبة إلى زوائد التنظيم، وفي غير ذلك من حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار رئيس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية، يتضمن الشروط التي يلزم توافرها لإجراء التصرف أو الترخيص، وتحديد السلطة المختصة بإجرائه واعتماده وأسس تقدير المقابل للعائل له وأسلوب سداه".

(٢) تنص المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ على أنه:

يكون التعامل على مساحات زوائد التنظيم بالشروط الآتية:-

١. أن تكون المساحة محل التعاقد واقعة ضمن زوائد التنظيم في تاريخ التعامل.
٢. أن تكون المساحة المعتبرة زوائد تنظيم ملاصقة لعقار مملوك لمقدم طلب الشراء أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال.

٣. أن يتركب على التصرف في هذه المساحة لغير الطالب إلحاق ضرر به.

٤. ألا يترتب على التعامل الإضرار بأي من الواجهات أو مداخل العقارات الملاصقة.

٥. أن يكون التعامل بالقدر الذي لا يخل بحق المطل وبحق المرور إلى الطريق العام.

مادة سادسة:-

يكون التعامل على الأراضي التي تمت زراعتها قبل العمل بأحكام القانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ سواء الأراضي الصحراوية المستصلحة أو الأراضي الزراعية القديمة وفقاً للشروط الآتية:

١- ألا تزيد مساحة الأراضي الصحراوية المستصلحة والمستزرعة على مائة فدان.

٢- ألا تزيد مساحة الأراضي الزراعية القديمة على عشرة أفدنة.

٣- أن يتوفر للأرض مصدر ري دائم.

وتردنت ذات العبارات في قرار محافظ الإسكندرية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٧.

(٣) الجريدة الرسمية في ٣١ مارس سنة ١٩٨٤ - العدد ١٣ مكرر.

المشار إليها بالنص، وقد صدر تنفيذاً لذلك قرار رئيس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ بقواعد التصرف فى أملاك الدولة الخاصة إلى واضعى اليد عليها، ومن ثم ونزولاً على ما تقدم، فإن أى قرار يصدر من جانب الإدارة إعمالاً لنص المادة (١) المشار إليها هو قرار إدارى، يؤكد ذلك أن المشرع جعل سلطة الإدارة إزاء التصرف سلطة تقديرية، ولا جدال ان السلطة التقديرية هى مناط قيام القرار الإدارى وهى محل رقابة المشروعية التى يختص بها القضاء الإدارى عند النعى على القرار بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، إلى جانب أن إعمال الإدارة لهذه السلطة يأتى فى مرحلة سابقة على إبرام عقد البيع الذى هو أحد عقود القانون الخاص، وكل من التصرفين (القرار والعقد) منفصل عن الآخر سواء من حيث النظام القانونى أو الاختصاص القضائى الذى يخضع له كل منهما مما لا يسوغ معه الخلط بينهما" (١).

المطلب الثانى

طرفا التعاقد

تمهيد وتقسيم

نتناول بالشرح فى هذا المطلب تحديد جهتى التعاقد والشروط التى لابد من توافرها فى كلا الطرفين، فنحدد الجهة صاحبة الولاية فى التصرف إلى واضعى اليد بحيث يكون لها الإشراف على هذه الأملاك وبيعها، وشروط المتصرف إليه حتى يعتد له بالبيع بالطريق المباشر كطريق استثنائى على الأصل العام وهو التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات. وسنحدد طرفى التعاقد وشروطهما من خلال الفرعين التاليين:-

- (١) طعن رقم ٢٢٢٨ لسنة ٤٤ ق.ع- جلسة ٢٠٠٢/١/١٩.
- وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٨٤٣ لسنة ٢٠٠٩ تنفيذاً لأحكام القانونين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وقانون المناقصات والمزايدات ونص فى مادته الثانية على أنه:- "يعتد بوضع اليد على الأراضى الزراعية أو المستصلحة أو الأراضى الصحراوية أو غيرها من أراضى القضاء والبناء المملوكة للدولة بحسب الأحوال وفقاً للأجراءات الآتية:-
- ١- يقدم صاحب الشأن طلبه خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القرار على نموذج تعدده الجهة المعنية بالأراضى محل الطلب، يتضمن كافة البيانات عن الطالب والأرض المطلوب تملكها.
- ٢- كافة المستندات والتعاملات التى تفيد فى إثبات تاريخ وضع اليد قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ ولانحته التنفيذية.
- ٣- تكون المستندات موثقة أو صادرة عن جهة حكومية أو ثابتة التاريخ وفقاً للشرىعات المنظمة لإثبات التاريخ.
- ٤- بطاقة الحيازة الزراعية إذا وجدت، من الجمعية التعاونية الزراعية المختصة وفقاً لأحكام قانون الزراعة المشار إليه.
- ٥- بطاقة خنمات ملاك وحائزى الأراضى المستزرعة بالمناطق الصحراوية إن وجدت.
- ٦- ما يفيد سداد أى مبالغ أو مستحقات لجهة حكومية.
- ٧- ما يفيد زراعة الأراضى أو استثمارها أو إقامة منشآت أو غيرها على الأراضى محل وضع اليد.
- وينص فى مادته الثالثة على أنه يشترط للاعتداد بوضع اليد ما يأتى:
- ١- ألا يكون هناك خلاف أو نزاع على الأراضى، صدر بشأنه حكم لصالح الجهة المعنية بالأرض.
- ٢- ألا تكون الأرض مخصصة لمشروع ذى نفع عام.
- ٣- أن يتم تقدير الثمن بواسطة اللجان المختصة بالجهة ذات الولاية على الأرض بالأسعار السائدة عام ٢٠٠٦.
- ٤- أن يقدم الطالب تعهداً بعدم التصرف فيها خلال خمس سنوات من تاريخ الاعتداد بوضع اليد.
- ٥- أن يسدد الطالب مقابل الانتفاع الذى تحدده الجهة ذات الولاية خلال فترة وضع اليد وحتى تاريخ تقديم طلبه وفقاً لأحكام هذا القرار.
- ٦- يتم سداد المبالغ المستحقة (الثمن- مقابل الانتفاع) خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار الطالب بالاعتداد بوضع اليد.

الفرع الأول: الجهة الإدارية صاحبة الولاية في التعاقد.

الفرع الثاني: المتصرف إليه وفقاً لقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

الفرع الأول

الجهة الإدارية صاحبة الولاية في التعاقد

وهي التي يكون لها حق الاشراف على عقارات الدولة، والتصرف فيها، وتحدد هذه الجهة بنصوص القوانين والقرارات الصادرة في شأن تنظيم التصرف في أملاك الدولة الخاصة.

وقد أورد القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ تنظيماً قانونياً للتصرف إلى واضعي اليد على أملاك الدولة الخاصة وأقاموا عليها البناء، أو قاموا باستصلاحها أو باستزراعها بالفعل، قبل تاريخ العمل بالقانون المذكور محدداً في ذلك الجهة صاحبة الولاية في التصرف بلفظ الجهة الإدارية المختصة(١).

وقد رددت اللائحة التنفيذية(٢) ذات عبارة القانون ليحيل القانون ولائحته التنفيذية إلى القانون المحدد للجهة صاحبة الولاية في التصرف في أملاك الدولة الخاصة وهو القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١(٣) والمعدل بمقتضى القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠١٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة(٤).

وقد حدد القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ الجهة صاحبة الولاية في التصرف على النحو التالي:-

١- التصرف في الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية:-

وميز القانون في ذلك بين المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضي الصحراوية و هذه لا يجوز تملكها، ويحدد هذه المناطق قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع، وبين ما عدا ذلك من الأراضي

(1) ورد لفظ "الجهة الإدارية المختصة" في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ بوصفها صاحبة التصرف في أملاك الدولة الخاصة لواضعي اليد عليها، وذلك في المادة الثانية والتي أشارت إلى ".....للجهة الإدارية المختصة إزالة التعديلات التي تقع..... ويجوز لها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة.....".
وتشير أيضاً المادة الثانية من ذات القانون إليها "ويكون التصرف..... بناء على طلب يقدم من واضع اليد إلى الجهة الإدارية المختصة.....".

وفي ذلك أيضاً المادة الرابعة وتنص على أنه:- "يجوز للجهة الإدارية المختصة تفويض المحلف.....".
والمادة الخامسة التي تشير إلى تشكيل لجان في كل جهة إدارية مختصة.....

(2) انظر قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ في مئذنة الرابعة والخامسة.

(3) نشر في الجريدة الرسمية العدد ١٠ (مكرر) بتاريخ ١٣ مارس ١٩٩١.

(4) الجريدة الرسمية- العدد ٤٥ مكرر (٥) في ١٦ نوفمبر سنة ٢٠١٦.

الصحراوية وهي المناطق التي تشملها خطة مشروعات استصلاح الأراضي، أو مناطق إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة، أو المناطق السياحية أو مناطق التنمية الصناعية(١)، ويصدر بتحديد تلك المناطق قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص، وتتولى الهيئة العامة للتنمية السياحية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض إقامة المناطق السياحية.

وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع بينما تختص هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة(٢).

وأضاف التعديل الأخير الصادر بالقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠١٦ سلطة الهيئة العامة للتنمية الصناعية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض التنمية الصناعية.

٢- الأراضي المعدة للبناء المملوكة لها أو للدولة، والأراضي القابلة للاستزراع، وفرق القانون في ذلك بين نوعين(٣):-

أ- الأراضي الواقعة داخل الزمام: تتولى وحدات الإدارة المحلية كل في نطاق اختصاصها إدارة واستغلال والتصرف في هذه الأراضي، ويضع المحافظ بعد موافقة المجلس الشعبي المحلي للمحافظة قواعد التصرف في هذه الأراضي مراعيًا في ذلك القواعد العامة التي يقرها مجلس الوزراء على أن تعطى الأولوية في هذا التصرف لأبناء المحافظة المقيمين فيها العاملين في دائرتها.

ب- الأراضي المتاخمة والممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلو مترين:- تتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة هذه الأراضي واستغلالها والتصرف فيها، ويحدد مجلس الوزراء نصيب المحافظة في حصيلة إدارة واستغلال والتصرف في هذه الأراضي.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا وهي بصدد تحديد جهة الاختصاص في التصرف في أملاك الدولة الخاصة أنه: "ومن حيث إنه عن موضوع الطعن، فإن نصوص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية

(١) أضيف لفظ مناطق التنمية الصناعية بمقتضى التعديل الأخير المذكور.

(٢) م ٢ من قانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١.

(٣) م الرابعة من ذات القانون.

خاصة والتصرف فيها قد وضعت الاجراءات والشروط المتعلقة بتأجير الاراضى الفضاء والمبنية والتصرف فيها المملوكة للدولة ملكية خاصة، وحظر وضع اليد أو حيازة العقارات الداخلية فى ملكية الدولة الخاصة والتي تسرى على أحكامه بأية صفة إلا وفقاً لأحكامه وأبطل كل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكامه، وقد صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملك الدولة الخاصة والذي يسرى اعتباراً من ١٣/٣/١٩٩١، ناصاً فى مادته الأولى على سريان احكامه على أملك الدولة الخاصة ومحددأ فى مادته الثانية وسائل إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية وقد نص فى مادته الثامنة على الغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

"وقد نصت المادة الرابعة من هذا القانون (٧ سنة ١٩٩١) على ان، تتولى الإدارة المحلية كل فى نطاق اختصاصها....." وتسرى أحكام المادة ٣٦ من قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ على ما ينول إلى المحافظة وغيرها من وحدات الإدارة المحلية من حسيلة إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى المشار إليها.

"ومن حيث إنه يبين من أحكام القانون المشار إليه أنه جاء لتنظيم الجهات التى تشرف ويكون لها حق إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى كانت خاضعة للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فأعطت الاختصاص لوحدات الإدارة المحلية فى إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى المعدة للبناء المملوكة لهذه المحافظات او للدولة. وكذلك الأراضى الصحراوية الخاضعة للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ الجهات متعددة طبقاً لنص المادة الثانية منه، بينما أعطت فى المادة الثالثة للهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية الاختصاص بإدارة أراضى البحيرات والسياحات التى يتم تجفيفها وأراضى طرح النهر، بينما أعطت نصوص القانون الاختصاص فى إدارة الأراضى المناخمة والممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلو مترين للهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية بعد استصلاحها بناءً على خطة قومية تصنعها وزارة استصلاح الأراضى، ومما تقدم يبين أن القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ المشار إليه قد نقل الاختصاص بإدارة واستغلال الأراضى

المملوكة للدولة ملكية خاصة ومنها الأراضي المبنية إلى وحدات الإدارة المحلية وبالتالي فهي المنوط بها استغلالها وتأجيرها والتصرف فيها دون أي جهة أخرى" (١).

ومن الجدير بالذكر أن قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ قد أجاز للجهة الإدارية المختصة تفويض المحافظ في التصرف واتخاذ جميع الإجراءات وفقاً لأحكام هذا القانون في الأراضي المملوكة لهذه الجهات ملكية خاصة والخاضعة لولايتها، ويكون للمحافظ المختص ولاية التصرف لوضع اليد بالنسبة للأراضي التي ليس لها جهة ولاية.

وينسحب ذات التنظيم على التصرف في العقارات إلى واضعي اليد عليها - طالما توافرت الاشتراطات السابق عرضها - في أراضي شبه جزيرة سيناء وذلك بمقتضى المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ والتي نصت على أن يكون التعامل بالبيع على الأراضي المبنية أو المستصلحة والمستزرعة بطريق الاتفاق المباشر وذلك بالقواعد والشروط والضوابط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار وتعتمد نتيجة التصرف بقرار من الوزير المختص أو المحافظ المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة صاحبة الولاية على الأرض بحسب الأحوال" (٢).

وهكذا فقد أناط القانون بالمحافظ التصرف في أملاك الدولة الخاصة وأجاز التعويض إليه في شأن هذا الاختصاص، ومن ثم يختص بالتعامل على أراضي الدولة الداخلة في نطاق المحافظة كما يجوز للجهة صاحبة الولاية أيا كانت وزير أو رئيس هيئة تفويضه في هذا الشأن كما يعد المحافظ الجهة صاحبة الولاية في الأراضي التي ليس لها جهة ولاية أو إشراف وذلك وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

وتمثيلاً لاختصاص المحافظ بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة في قضاء محكمة للنقض، فقد ذهبت إلى أن "النص في المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ المعمول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٨/٧/١٩٧٦ (العدد ٢٨) والذي يحكم واقعة الدعوى على أنه يرخّص للمحافظين - كل في دائرة اختصاصه في أن يبيعوا بالممارسة العقارات للحكومة ملكية خاصة الواقعة داخل نطاق المدن

(١) محكمة إدارية عليا طعن رقم ٤٢٤٥ لسنة ٤٥ ق. ع جلسة ٢٠١٠/٣/١٣ طعناً في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بطنطا بجلسته ١٩٩٩/٢/٢١ في الدعوى رقم ٧٠٣ لسنة ١ ق.
وقد كان التصديق على عقود البيع لأراضي الدولة المملوكة للإصلاح الزراعي ق ٣ لسنة ١٩٨٦ عقود لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨، المكتب الفني ٤٧ ج ١ رقم الصفحة ٧٤٨ قاعدة رقم ١٣٩.
(٢) وقد كان القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ الملغى الصادر بتعديل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يطبق ذات الحكم وبحيث يكون التعامل بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال واعتماد نتيجة لما ورد في المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية بقرار من الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة مالكة العقار بحسب الأحوال.
وسنر قرار محافظ الإسكندرية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٧ لنص في مادته الثالثة على أن "يكون التعامل بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو الاستغلال بقرار من السيد الوزير لمحافظ الإسكندرية.

والقرى وذلك بعد موافقة اللجنة التنفيذية يدل على أن الاختصاص ببيع العقار المشار إليها بطريق الممارسة معقود للمحافظين دون سواهم كل في دائرة اختصاصه بعد موافقة اللجنة التنفيذية بالمحافظة (١).

وقد قضت ذات المحكمة في ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة. والتصرف فيها وقانون الحكم المحلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩: "الاختصاص بالتصرف فى الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة أصبح موزعاً بين كل من وزارة الزراعة التى تتبعها الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ووزارة استصلاح الأراضى والمحافظات تختص وزارة الزراعة وهيئة الإصلاح الزراعى كأصل عام بالإشراف على الأراضى الزراعية داخل الزمام وخارجه لمسافة كيلو مترين وعلى الأراضى البور الواقعة فى هذا النطاق - تختص وزارة استصلاح الأراضى والجهات التابعة لها بالإشراف على الأراضى الصحراوية الواقعة خارج هذا النطاق - تختص المحافظات بالأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام أى الأراضى البور التى تقوم باستصلاحها، قرار محافظة الجيزة الصادر فى ١٩٨٢/٤/٥ بتخصيص أرض زراعية تابعة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى لإقامة مركز لباب شبرامنت عليها - صدوره عن جهة غير مختصة قانوناً بالتصرف فى هذه الأراضى - صدور القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٤ بعد ذلك ونصه فى المادة الأولى على أن تعتبر الأراضى الواقعة فى أملاك الدولة الخاصة التابعة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية التى تصرفت فيها المحافظات أو صندوق أراضى الإستصلاح حتى ١٩٨٢/١٠/٢٩ مملوكة لتلك المحافظات أو الصندوق فى تاريخ التصرف فيها - اعتبار قطعة الأرض المتنازع عليها بحكم القانون مملوكة لمحافظة الجيزة (٢).

(١) محكمة النقض، الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٥٥٩ - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٨ وفى ذلك أيضاً قضت ذات المحكمة أن "التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يتم بين الحكومة وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه وهو معقود وفقاً للمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ الذى يحكم واقعة النزاع للمحافظين دون سواهم كل فى دائرة اختصاصه بعد موافقة اللجنة التنفيذية بالمحافظة".

طعن رقم ٧٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨، وفى ذات المعنى الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢ والطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٢ والطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٣، والطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠.

(٢) الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٢٩ ق. ع جلسة ١٩٨٤/٦/٢٣ المكتب التى سنة ٢٩ ص ١٢٩١ القاعدة رقم ٢٠٥. وقضت أنه: "أعطى المشرع للمحافظ - بعد موافقة المجلس الشعبى المحلى للمحافظة فى حدود القواعد التى يضعها مجلس الوزراء ان يقدر قواعد التصرف فى الأراضى المعدة للبناء المملوكة للدولة ووحدات الإدارة المحلية والأراضى القابلة للاستزراع على أن تعطى الأولوية لأبناء المحافظة المقيمين فيها والعاملين بها - يجوز ان تنظم هذه القواعد حالات التصرف فى هذه الأراضى دون مقابل لأغراض التعمير والإسكان واستصلاح الزراعة وتبنيتها للزراعة.

طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٣ ق. ع جلسة ٢٠٠١/٢/٢١، سنة المكتب الفنى ٤٦ ص ٩٣٥ القاعدة ١١٠.

وقد حرصت المحكمة على تأكيد تمثيل المحافظ لمحافظته وأنه يرأس جميع أجهزة المحافظة ويمثلها أمام الغير فمن المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أن المحافظ في دائرة اختصاصه هو الرئيس لجميع الأجهزة والمرافق وأنه هو الذى يمثل المحافظة امام القضاء وفى مواجهة الغير "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك ان المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- ان المحافظ فى دائرة اختصاصه هو الرئيس لجميع أجهزة والمرافق وإنه هو الذى يمثل المحافظة امام القضاء وفى مواجهة الغير. لما كان ذلك وكان النزاع المطروح يدور حول طلب صحة عقد ونفاذ البيع الصادر من جهاز تخطيط وتنمية البحيرات المرة التابع لمحافظة الإسماعيلية، فإن المطعون ضده الأول بصفته يكون هو الممثل لها وبالتالي يكون هو صاحب الصفة فى الاختصاص فى الدعوى دون غيره وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر القانونى فإن النعى عليه بهذا الخصوص يكون على غير أساس"(١).

وعلى نقيض ذلك، أناط القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ السابق ذكره التصرف فى أراضى طرح النهر بوزير الإصلاح الزراعى وفى ذلك قضت الإدارية العليا أنه "من حيث إن المادة (١١) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤م بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها كانت تنص قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١م وعلى ان يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة.

كما كانت المادة (١٣) تنص على أنه "لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى المعادى".

"وعلى ذلك فإن الاختصاص بالتصرف فى أرض طرح النهر فى تاريخ صدور القرار المطعون فيه فى ١٩٨٥/٧/٨م كان معقوداً لوزير الإصلاح الزراعى، وإذ صدر القرار المطعون فيه من محافظ القليوبية فإنه يكون قد خالف القانون مما يتعين القضاء بالغاؤه، ولا وجه لما تضمنه الطعن من اختصاص المحافظ طبقاً لأحكام قانون الإدارة المحلية فى التصرف فى أراضى طرح النهر ذلك أن الاختصاصات المخولة للمحافظ بالتصرف فى الأراضى المملوكة للدولة طبقاً لهذا القانون مقصورة على الأراضى المعدة للبناء والأراضى القابلة للاستزراع داخل الزمام والأراضى المتاخمة التى تمتد لمسافة

(١) الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٥٩ القضائية جلسة ٥ مارس ١٩٩٧، وفى ذات المعنى الطعن رقم ١٧٠٨ لسنة ٦٢ القضائية جلسة ٢٧ فبراير ٢٠٠٠.

كيلومتريين وتتولى المحافظة استصلاحها وليس من بينها أراضي طرح النهر التي قرر
المشرع صراحة اختصاص وزير الإصلاح الزراعي بتخصيصها" (١).

الفرع الثاني

المتصرف إليه وفقاً لقانون ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

لم يشترط قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ في المتصرف إليه سوى انه قد وضع يده على
عقارات الدولة وقام بالفعل بإقامة البناء أو استصلاح أو استزراع هذه الأراضي قبل
تاريخ العمل بهذا القانون.

ومؤدى ذلك أمرين، الأول: أنه لا يشترط مدة محددة لوضع اليد على هذه العقارات،
والثاني: وهو التساؤل حول مدى جواز أن يكون المتصرف إليه جهة إدارية أخرى ذلك
أن الجهة صاحبة الولاية يكون لها الحق في تقاضى حقوقها حتى في مواجهة الجهات
الإدارية الأخرى، ذلك انه وإن كان مقررأ وحدة الدومين العام وعدم تعدده إلا أن الجهة
التي لها الإشراف الإدارى فقط على هذه الأموال يكون لها حق التصرف باعتبارها
صاحبة الاختصاص الأصيل فى ذلك، وفى ذلك رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى
والتشريع حيث جاء فى فتواها:- "ومن ثم فإن نقل الانتفاع بأموال الدولة بين أشخاص
القانون العام إنما تترخص فيه الجهة التى لها الإشراف الإدارى على هذه الأموال
باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل فى ذلك بما لا يجوز معه لأية جهة أخرى لا ولاية
لها على هذه الأموال أن تتدخل من تلقاء نفسها بتقرير أو إنهاء التخصيص أو تغيير وجه
النفع العام دون سند من واقع أو قانون إذ أن وصف الجهة بانها من أشخاص القانون
العام ليستتھض لها حقائق تقرير أو نقل أو إنهاء وجه النفع العام للمال الخاضع
لإشراف جهة أخرى" (٢).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٥٣٤ لسنة ٣٦ق، عليا جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١م الدائرة الأولى عليا.
وفى ذات المعنى حكم محكمة النقض رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢، وذلك فى ظل قانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٦٤،
وقررت أن: "وأورد للفصل الثانى من الباب الخامس من اللائحة التنفيذية قواعد وشروط البيع لهذه الأغراض مدينون المادة ٢٦٣ من
هذه اللائحة أن طلبات شراء الأراضي الصحراوية تقدم إلى الإدارة العامة- للتمليك بالمؤسسة العامة لتعمير الصحارى متضمنه
بيانات معينة، ومرفقاً لها مستندات خاصة على نحو ما حددته المادتان ٢٦٤، ٢٦٥، وأوجب المادة ٢٦٨ عرض طلبات الشراء
المستوفاه على وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضي للتخصيص فى البيع بعد التحقيق من أن الأراضي محلها
لست..... للنظر فى التصديق عليها ومن بعده وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضي للتصديق عليها، ونصت المادة
٢٧١ من اللائحة التنفيذية على أن يتم اعتماد البيع إلى طالب شراء الأراضي الصحراوية من مدير المؤسسة المصرية العامة لتعمير
الصحارى بعد التحقق من صحة إجراءات البيع وقواعده ومطابقتها لأحكام القانون واللائحة المذكورة ويبلغ هؤلاء باعتماد البيع اليهم
وبإمكانه الأساسية مع تحديد الجهة التى تنتمون إليها للتوقيع على عقود البيع الابتدائية ومؤدى هذه النصوص مجتمعة أن بيع
الأراضي الصحراوية لغير غرض استصلاحها وزراعتها يجب ان يصدر الترخيص فيه والتصديق على الثمن المحدد له من وزير
الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضي....."

الطعن رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢.
(٢) فتوى رقم ٢٠٩ بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢١ ملف رقم ٣٣١٧/٢/٢٢ جلسة ٢٠٠٤/٢/١٨.

وقد اشترط قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ شروطاً لوضع اليد المتصرف إليه فى شبه جزيرة سيناء تتماشى مع الطبيعة الخاصة لتلك الأراضى، فاستلزم بالنسبة للأشخاص الطبيعية ان يكون من حاملى الجنسية المصرية وحدها دون غيرها من أى جنسيات أخرى و من أبوين مصريين، واشترط أن يمتلك الشخص الاعتبارى رأس المال بالكامل لمصريين.

واشترط لفتحة التصرف موافقة وزارتى الدفاع والداخلية وجهاز المخابرات العامة ومجلس إدارة الجهاز الوطنى لتنمية شبه جزيرة سيناء وإلا عد التصرف باطلاً بطلاً مطلقاً (١).

المطلب الثانى

إجراءات التعاقد وتحديد الثمن

تمهيد وتقسيم

نعرض فى هذا المطلب لإجراءات التعاقد على أملاك الدولة الخاصة وفقاً لهذا القانون بدءاً بركنى الإيجاب والقبول و ما يظهر فى ذلك من خصوصية فى إتمام التعاقد فى تلك العقود تختلف عن سواها من عقود الأفراد، ثم نعرض لإجراءات التعاقد التى تحاط بضمانات وخطوات استثنائية ضماناً للشفافية فى كل مراحل العقد خاصة المتعلقة بتحديد أثمان العقارات محل التصرف بالبيع أو الايجار المنتهى بالتملك أو الترخيص بالانتفاع، ونعرض لذلك من خلال الفروع الآتية:-

الفرع الأول: ركنى الإيجاب والقبول

الفرع الثانى: إجراءات التعاقد الاستثنائية

الفرع الثالث: تحديد الثمن وسداده

الفرع الأول

ركنى الإيجاب والقبول

وقد أثرنا تحديد هذين الركنين فى فرع مستقل ودراستهما فى ضوء احكام القضاء نظراً لاختلافهما عن قواعد القانون الخاص، حيث يعد الإيجاب فى ذلك النظام الاخير هو العرض الصادر من طرف متضمناً أركان التعاقد ويرد عليه بالقبول أو الموافقه، ومؤدى ذلك هو انعقاد العقد وقد يكون القبول ضمناً يستفاد من ملاسبات وظروف تدل بواقع الحال على قبول الإيجاب، ولسنا هنا بصدد مناسبة عرض القواعد العامة للإيجاب

(1) المادة ٤ من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧.

والقبول فى القانون الخاص بقدر استجلاء الجانب الاستثنائى فى عقود التصرف إلى واضعى اليد على أملاك الدولة الخاصة والتي تنسحب على كافة هذه العقود كما سيتضح غضون عرضنا لأحكام القضاء ويذهب فى ذلك فقهاء القانون المدنى بتعريف الإيجاب

وفى البداية يجب أن ننوه أن الأصل فى تعاقدات الدولة هو اتباع طريق المناقصات والمزايدات(١)، وهذا ما أكدنا عليه سابقاً وذلك سواء فى تعاقداتها الإدارية التى تخضع لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذى حل محله قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨(٢). واستثناء يجوز التعاقد بالاتفاق المباشر فى بعض الحالات كحالة الضرورة أو المسائل الفنية أو حالات تخص الأمن القومى.

ومن المفترض أن اعلان الدولة عن رغبتها فى بيع أراضيها أو أملاكها الخاصة وفرض شروط محددة يتم التعاقد على أساسها وتقدير الثمن بمثابة إيجاب من الدولة يلتقى بقبول راغب الشراء لينتقد العقد إلا أن التعاقد فى مجال التصرف فى أملاك الدولة الخاصة والتقاء الإيجاب والقبول يتم على نحو مغاير للتعاقدات الخاصة بين الأفراد وذلك على النحو التالى:

أولاً: اعلان الجهة الإدارية المختصة عن رغبتها فى البيع حتى- فى مجال أعمال سلطتها المقيدة(٣) للبيع على النحو الذى جاء فى قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧- واتباع اجراءات البيع ووضع الشروط مع تئمين العقار يدخل فى مرحلة المفاوضات التى

(١) طعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ق سابق الإشارة إليه، والطعن رقم ٣٥ لسنة ٣٢ق سابق الإشارة إليه، وفى ذلك أيضاً بطعن ٢/١٣ لسنة ٥٧ق سابق الإشارة إليه.

(٢) الجريدة الرسمية- العدد ٣٩ مكرر (د) فى ٣ أكتوبر سنة ٢٠١٨.

بعد تغيير اسم القانون- من وجهة نظرنا- له مدلول، فالعدول عن لفظ المناقصات والمزايدات إلى لفظ تنظيم تعاقدات الجهات العامة يعد أكثر دقة حيث أن احكام هذا القانون تتعلق بتنظيم التعاقدات التى تبرمها الدولة ليا كان طريق التعاقد سواء كان طريق المزايدات أو المناقصات وهو الأصل أو طريق الاتفاق المباشر، وفى الواقع قد يكون ذلك اللفظ له دلالة فى اتساع دائرة تعاقدات الدولة بطريق الاتفاق المباشر وهو ما ورد بالفعل فى القانون فى كثير من المواضع كما أوضحنا سابقاً.

(٣) وعلى خلاف ذلك كان قانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٤ فى شأن التصرف فى أملاك الدولة الخاصة قد أعطى للإدارة سلطة تقديرية للتصرف إلى واضعى اليد وفى ذلك قضت محكمة النقض أنه:- "ولئن كان القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ أجاز للجهة الإدارية بيع أراضيها إلى واضعى اليد عليها، إلا أن ذلك لا يعنى بحال تقرير حق قانونى لواضعى اليد فى شراء الأراضى محل وضع يدهم أو اكسابهم مركزاً قانونياً حيال تلك الأراضى مما يتمتع معه على الجهى الإدارية التصرف فى أراضيها لمن سواهم، فالأمر لا يدعو أن يكون رخصة قررها القانون للجهة الإدارية من شأنها أن يتبع لها بيع أراضيها=المملوكة لها ملكية خاصة لمن يضعون اليد عليها طبقاً للشروط والضوابط التى تضمنها قرار رئيس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥- لا جناح على الجهة الإدارية أن قامت باختيار الطريقة التى تراها مناسبة للتصرف فى أملاك الدولة الخاصة لمن لا يكون واضعاً اليد عليها خاصة وأنه من المقرر قانوناً أن وضع اليد على أملاك الدولة الخاصة عموماً ليس من شأنه أن يكسب واضع اليد أى حق فى تملك الأراضى محل وضع اليد الأمر الذى يستفاد منه أن القانون لم يلزم الجهة الإدارية بضرورة بيع الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة لواضعى اليد عليها وإنما حولها سلطة تقديرية وفقاً للضوابط المقررة بقرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه- القرار الصادر من الجهة الإدارية يخضع لرقابة القضاء الإدارى عند الطعن فيه.

الطعن رقم ٦٠ لسنة ٤٠ ق، ع- جلسة ١٩٩٦/١/٢٨.

لا تمثل إيجاباً صادراً من الدولة وإن كان ذلك ينطبق على سلطة الإدارة في التصرف حال تمتعها بسلطة مقيدة فإنه من باب أولى يسرى عليها عند تمتعها بسلطة تقديرية، حيث يكون لها الحق في عدم إتمام البيع حتى لو أعلنت عن رغبتها في البيع. وهدياً على ما تقدم، فإن الإجراءات التي تتخذها الإدارة لعرض أملاكها الخاصة للبيع أو للتعامل عليها تعد تفاوضاً وليس إيجاباً صادراً عن الإدارة.

وفي ذلك قضت المحكمة أن التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه، وهذا التصديق على عقد بيع الأراضى موضوع الدعوى يكون معقوداً لمجلس إدارة تلك الهيئة وهذا التصديق هو الذى يمثل ركن القبول بالبيع ولا يعتبر إعلان الهيئة أو من يمثلها عن رغبتها في البيع ولا الإجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء أو ممارسة على الثمن إيجاباً من جانبها ذلك أن الإيجاب فى هذه الحالة إنما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول الهيئة بعد ذلك للبيع على النحو سالف البيان" (١).

ويترتب على عدم اعتبار عرض الإدارة لبيع أملاكها إيجاباً عدم جواز إلزام الحكومة باتمام البيع، وفى ذلك قضت محكمة النقض أن "عدم تعرض القرار الجمهورى رقم ٨٣٦ لسنة ١٩٥٧ لكيفية التعاقد بالبيع أثره. وجوب أعمال القواعد المنظمة لبيع أملاك الدولة الخاصة. مؤداها. التعاقد بشأن هذه الأملاك بين الحكومة وطالبى الشراء. عدم تمامه إلا بالتصديق عليه من المحافظين كل فى دائرة اختصاصه اعتبار التصديق قبولاً بالبيع وعدم اعتبار القرار المذكور إيجاباً من الحكومة أو وعداً منها بالبيع عدم جواز إلزامها بإتمامه أو ترتيب آثار العقد مجرد طلب المستأجر الشراء. عله ذلك للقاضى تقدير أحقيته فى الطلب بالثمن المقرر للأرض وقت بداية التأجير متى توافرت شرائطه" (٢).

ثانياً: ولذا فإن الإيجاب فى بيع أملاك الدولة الخاصة له طبيعته المستقلة والتمتازة عن التعاقد فى مجال القانون الخاص فالإيجاب- كأصل عام- هو العرض الذى يعبر به

(١) الطعن رقم ٢٢٥٦ نقض لسنة ٥٦ جلسة ١٩٩٦/٥/٨. وفى ذلك أيضاً قضت ذات المحكمة أنه "وإن التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبى الشراء- إلا بالتصديق عليه ممن يملكه- إذ أن هذا التصديق هو القبول بالبيع ولا يعتبر إعلان الحكومة عن رغبتها فى البيع ولا الإجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسه على الثمن إيجاباً من جانبها ذلك أن الإيجاب فى هذه الحالة إنما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول الحكومة بعد ذلك للبيع على النحو السالف البيان.

محكمة النقض الطعن المقيد فى جدول المحكمة برقم ٥٩٧٣ لسنة ٧٥ ق، جلسة ١٧ فبراير سنة ٢٠١٦.

(٢) الطعن رقم ٤٧٨٠ و ٥٠٩٥ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٠٠٢/٢/١٣- وفى ذلك أيضاً الطعن رقم ٤٤٩، ٤٦٨، ٥٧١، ٥٩٧ لسنة ٧٠ قضائية جلسة ٢٠٠٢/١/٣.

الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد- ولا يعتبر التعاقد تاماً وملزماً إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه(١).

وتؤكد محكمة النقض على ذلك بقولها: "ولا يعتبر إعلان الهيئة أو من يمثلها عن رغبتها في البيع ولا الإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبي الشراء أو ممارسة على الثمن إيجاباً من جانبها ذلك أن الإيجاب في هذه الحالة إنما يكون من راغب الشراء بتقديمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول الهيئة بعد ذلك للبيع على النحو سالف البيان"(٢).

ثالثاً: أن القبول في عقود بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم إلا بتصديق الجهة صاحبة الولاية على أملاك الدولة الخاصة فهنا يلتقى قبول الجهة الإدارية مع عرض المشتري فينقذ العقد، وقد كان لوزير المالية هو سلطة التصديق على عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة ذلك وحتى صدور قانون الحكم المحلي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، وقد قضت محكمة النقض أن "التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبي الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكها، وهو ما كان معوداً لوزير المالية وفقاً للمادتين ١٨، ١٩ من المنشور رقم ١٠٠ لسنة ١٩٠٢ الصادر من نظارة المالية في شأن شروط وقيود بيع أملاك الميرى الحرة ثم المحافظين كل في دائرة اختصاصه بالنسبة للأراضي الواقعة في نطاق المدن والقرى- وفقاً لقرار التفويض رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٦١ الصادر من وزير الإسكان أو القرار الجمهوري رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ أو المادة ٢٩ من قانون الحكم المحلي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ حسب النطاق الزمني لكل منهم.. (٣).

ومن ثم لا يتم انعقاد العقد إلا بقبول الجهة الإدارية وذلك بتصديقها على العقد وفي ذلك قضت محكمة النقض أن "وأن التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبي الشراء- إلا بالتصديق عليه ممن يملكه- إذ إن هذا التصديق هو القبول بالبيع ولا يعتبر إعلان الحكومة عن رغبتها في البيع ولا الإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبي الشراء وممارسة على الثمن إيجاباً من جانبها ذلك

(١) الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ق- جلسة ١٩٩٦/٥/٨- سنة المكتب الفني ٤٧ ج ١ رقم الصفحة ٧٤٨ قاعدة رقم ١٣٩.
(٢) الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨، الحكم سابق الإشارة إليه وقضت أيضاً في حكم قديم لها بأنه "ولا يعتبر إعلان هذه المصلحة عن رغبتها في البيع ولا الإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبي الشراء وممارسة على الثمن إيجاباً، نللك أن الإيجاب في هذه الحالة، إنما يكون من راغب الشراء بتقديمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع.

طعن رقم ١٢ لسنة ٣٢ق- جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ وفي ذلك أيضاً الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٢٣، والطعن رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢.
(٣) الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٥٦ق- سابق الإشارة إليه.

ان الإيجاب في هذه الحالة إنما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول الحكومة بعد ذلك للبيع على النحو سالف البيان" (١).
لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بتأكيد الحكم الابتدائي باحتساب التكلفة الفعلية للمحلات موضوع النزاع حسبما ورد بتقارير الخبراء المرفقة على مجرد قوله - ان الثابت بالأدوات أن محافظ بورسعيد هو أحد طرفي العقد سند الدعوى ومن ثم فلا حاجة إلى تصديقه وذلك برغم أن البيع مازال في مرحلة المفاوضات حول الثمن، و خلت الأوراق من ثمة عقود أبرمتها الجهة الإدارية مع المطعون ضدهم بشأن هذه المحلات و تم التصديق عليها من الجهة صاحبة الاختصاص على النحو السالف البيان ومن ثم لم يصيروا مشتريين بعد، وهو ما أثبتته خبير الدعوى بتقريره.....".

وقد قضت ذات المحكمة في حكم آخر:- "وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه بصدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن نظام الحكم المحلي فقد أصبح الاختصاص ببيع أملاك الدولة الخاصة معقوداً للمحافظين دون سواهم كل في نطاق المحافظة التي يمثلها، لما كان ذلك، وكان الواقع في الخصومة المطروحة ان جهاز تخطيط وتنمية البحيرات المرة قد أعلن عن رغبته في بيع الأراض محل النزاع لواضى اليد عليها وأخطر الطاعن بذلك، فتقدم لشرائها، وتمت الموافقة على طلبه من المطعون ضده الأول، محافظ الإسماعيلية الذي وافق على البيع وعلى تقدير اللجنة المشكلة بتقدير سعر الأرض وأخطر الطاعن بذلك وبتكليفه بدفع الثمن المحدد إذا ما رغب في شرائها على ما هو ثابت يخطاب جهاز هيئة البحيرات المودع صورته بالأوراق والذي لم يجحد صدوره عن تلك الإدارة، بما يكون معه البيع قد انعقد صحيحاً مستوفياً أركانه بين الطاعن والمطعون ضده الأول وفقاً للشروط المعلن عنها" (٢).

وقد اناط المشرع في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة إلى واضعى اليد عليها بالجهة الإدارية المختصة، وقد عرفت المادة الأولى الجهة الإدارية باتها الوزارة أو المحافظة أو الهيئة العامة أو الجهاز التابع للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي لها سلطة الإدارة والاستغلال والتصرف في أملاك الدولة الخاصة الخاضعة لولايتها، ومن ثم لا ينعقد العقد إلا بتصديق الجهة صاحبة الولاية في

(1) حكم نفض، الطعن المفيد في جدول المحكمة برقم ٥٩٧٣ لسنة ٧٥ق في يوم الأربعاء ٨ من جماد أول سنة ١٤٣٧هـ الموافق ١٧ من فبراير ٢٠١٦م.
(2) الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٥٩ القضائية جلسة ٥ من مارس ١٩٩٧.

القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ على النحو السابق الإشارة إليه، فيختص المحافظ بالتصديق على عقود بيع الأراضي الواقعة داخل الزمام وحتى كيلو مترين خارج الزمام ويجوز للجهة الإدارية المختصة تفويضه في التصرف واتخاذ جميع الإجراءات، كما يحق له التصرف لوضاع اليد بالنسبة للأراضي التي ليس لها جهة ولاية وفقاً للمادة الرابعة من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

رابعاً: أن التصديق الذي يشكل ركن القبول في العقد كما قد يكون صريحاً يتمثل في وضع المحافظ المختص توقيعه أو بصمة خاتمه على العقد فإنه يكون أيضاً بالتعبير عن الإرادة ضمناً ويستفاد مما يحيط بظروف التعاقد من ملابسات وحينئذ يكون استخلاص الإدارة الضمنية من اتخاذ صاحبها موقفاً لا تدع ظروف الحال وملابساته شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود حسبما تقضى بذلك المادة ٩٠ من القانون المدني.

فقد عرض على المحكمة طلب صحة ونفاذ عقد بيع حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ مدنى الغردقة الابتدائية على الطاعنين بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقدي البيع المؤرخين ١١/٨/١٩٩٠، ٣٠/١٠/١٩٩٣ المتضمنين بيعهما إليها قطعتى الأرض الميمنتين بالصحيفة مقابل ثمن إجمالي مقداره ١٥٤٢٠٠ جنيه دفع بالكامل، نديت المحكمة خبيراً وبعد أن أودع تقريره قضت بتاريخ ٢٥/٢/٢٠٠٦ بالطلبات، استأنف الطاعنان هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٨٤ لسنة ٢٥ ق استئناف قنا و بتاريخ ٧/١١/٢٠٠٦ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعنان فى هذا الحكم بطريق النقض.....

" وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعى به الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون، وذلك من وجهين وفى بيان الوجه الأول..... وحيث إنه فى بيان الوجه الثانى يقول الطاعنان إن عقدي البيع موضوع التداعى لم يتم التصديق عليهما من الطاعن الأول "محافظ البحر الأحمر" وبالتالي لم ينعقد البيع صحيحاً كما ان عقد البيع المؤرخ ٣٠/١٠/١٩٩٣ باطل لوروده على أرض أملاك عامة للدولة وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك بصدقه ونفاذ العقدين استناداً إلى أن الطاعن الثانى "رئيس مدينة الغردقة قام بتوقيعها بموجب تفويض من الطاعن الأول "محافظ البحر الأحمر" فى حين أن الأوراق قد خلت من هذا التفويض كما انه لا يجوز للمحافظ ان يفوض غيره فيما هو مفوض فيه، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يستوجب نقضه".

وحيث إن النعى فى شقّه الأول مردود ذلك بأن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه ولنن كان التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم بين الحكومة وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه وهو معقود وفقاً للمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون نظام الحكم المحلى- للمحافظين دون سواهم كل فى دائرة اختصاصه بعد موافقه اللجنة التنفيذية بالمحافظة إذ إن هذا التصديق هو قبول بالبيع إلا أن هذا التصديق كما قد يكون صريحاً يتمثل فى وضع المحافظ المختص توقيعه أو بصمة خاتمه على العقد فإنه يكون أيضاً بالتعبير عن الإرادة ضمنياً ويستفاد مما يحيط ظروف التعاقد من ملابسات وحينئذ يكون استخلاص الإرادة الضمنية من اتخاذ صاحبها موقفاً لا تدع ظروف الحال وملابساته شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود حسبما تقضى بذلك المادة ٩٠ من القانون المدنى. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الشركة المطعون ضدها قد قامت بدفع كامل الثمن الذى حددته المحافظة التى قامت بإرسال كتاب إلى كل من هيئة سوق المال وإلى مدير الشهر العقارى بالغرندقة يفيد قيام الشركة المطعون ضدها بسداد الثمن وقامت بإصدار تراخيص البناء كما طلبت المحافظة فيما بعد فى كتاب صادر منها بفسخ عقد البيع المؤرخ ١٠/٣٠/١٩٩٣ بعد أن تبين لها أن الأرض موضوع العقد هى أملاك عامة، بما يعد ذلك جميعه بمثابة الموافقة الضمنية من المحافظ المختص صاحب الصفة فى بيع الأرض محل عقد البيع المؤرخ ١١/٨/١٩٩٠ وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم حكم القانون ويكون النعى عليه فى هذا الشأن على غير أساس(١).

الفرع الثانى

إجراءات التعاقد الاستثنائية

سنوضح فى هذا الفرع إجراءات التعاقد التى تظهر فيها الدولة بطابع السلطة العامة فى مجال بيع أملاك الدولة الخاصة والتى تتماثل مع نظيراتها فى العقود الإدارية، وتتبدى هذه الملامح من خلال المبادئ الحاكمة لتعاقدات الدولة سواء فى مجال العقد الإدارى فى مجال التعاقد على أملاك الدولة الخاصة، حيث إن تلك المبادئ تستهدف دائماً تحقيق الصالح العام وتوفير مبادئ الشفافية والعلانية فى تعاقدات الدولة، وهو غاية أى عمل إدارى، ومن ثم تظل السمات المشتركة فى إجراءات التعاقدات الإدارية والمدنية التى تبرمها الدولة قائمة تأسيساً على وحدة الغاية والهدف.

(١) محكمة النقض الطعن رقم ١٨٢٣٤ لسنة ٧٦ق، جلسة ١٣ يونية سنة ٢٠١٥م.

ويحكم العقد الإدارى عدة مبادئ عامة (١) لا بد من توافرها كى تضمن صحة وسلامة الغاية من إبرام العقد، و يتم ذلك من خلال الاعلان عن البيع وجدية المنافسة لاتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة او الممارسة لكى يتقدم بعطائه او يعرضه للتعاقد مع الإدارة، وهذا المبدأ لا يعنى انعدام سلطة الإدارة فى تقدير صلاحية المتقدمين وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى استبعاد غير الكفاء وغير الصالحين للتعاقد ومن يقتضى الصالح العام بصفة عامة استبعادهم، ويمكنهم هذا الحق فى كافة المراحل العقدية، وسواء قبل التقدم بالعطاءات و العروض او بعد التقدم بها وحتى البت فيها (٢).

ويجب أن تتوافر أيضاً مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين للتعاقد مع الدولة، ولا سبيل للمفاضلة بين المواطنين فى التعاقد مع الدولة إلا بما يسهم بصورة أفضل فى تحقيق الصالح العام، والدليل على ذلك أن الأصل فى تعاقدات الدولة هو اتباع طريق المناقصات والمزايدات والخروج عن ذلك الطريق لا يتم إلا استثناءً فى حالات مقرررة بنص القانون كما أشرنا سابقاً (٣).

ومن الاستثناءات على ذلك الطريق فى التعاقد القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ (٤) والذى قنن التعاقد إلى واضعى اليد على أراضى الدولة بالطريق المباشر وثمة إجراءات فى ذلك القانون لحفظ حقوق الدولة المالية وضمان مبدأ الشفافية فى تقييم الأرض، والتحقق من توافر شروط للتعامل على النحو السابق توضحه.

(١) وفى شأن حكمة ومبررات هذه المبادئ تقرر المحكمة الإدارية العليا- ويعد التنويه الى كون المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة، وذلك وقت ان كانت المناقصة هى وحدها فى موقع القاعدة العامة ومميزاتها فى هذا الصدد ستتجنب أيضاً إلى الممارسة العامة بعد ان جاورتها فى هذا الموقع بنص قانون المناقصات والمزايدات الحالية- أنه لا يتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت المناقصة بالسرية التامة وجعل مبدأ المساواة بين المتنافسين هو المبدأ السائد دون أى تمييز لحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطراب حيل المنافسة الذى يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة عن الهدف الذى تقررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها. وشروط المناقصة على هذا الوضع هى بمثابة قانون التعاقد، فلم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ بها وإنما وضعها كإن للمصلحة العامة فلا سبيل للانفكاك منها وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به ولا يترتب عليه أى أثر لأنه يناقض الأساس الذى قامت عليه المنافسة بين المتنافسين.

طعن ١٥٥٨ لسنة ٦٦- ١٩٩٢/١١/٢٤ (المجموعة - السنة ٨- بند ١١- ص ١١٣)

وأيضاً تبين الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع أن هذه المبادئ العامة هى التى نظل المناقصات جميعها ويقيظها بسياج من الضمانات يمنع العبث فى إجراءاتها والتلاعب فى نتائجها، فإذا حبيت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التى تطرحها الجهات الإدارية، فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة فى نتائجها بعد أن غابت عنها المبادئ التى تحكمها والضمانات التى تكفل صحتها وسلامتها فتوى ٥٠٠ فى ١٩٩٢/٦/١٩- جلسة ١٩٩٣/٥/٣- مجموعة الأريبعين عاماً- ص ٢٧١.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإدارى المقومات- الإجراءات- الآثار- دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦، ص ١٢٠، وفى ذلك أيضاً د. سليمان الطماوى الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة العامة، ص ١٩٩١، ص ٢٤٦.

(٣) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات فى مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود BOT، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤٣، وما بعدها.

(٤) ورد النص على التعاقد بالطريق المباشر مع واضعى اليد على أراضى الدولة فى المادة الأولى من هذا القانون وهذا ما أكتننه اللائحة التنفيذية له وأيضاً نص عليه قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧، والذى جاء بالأحكام التنفيذية للمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥، ونص فى مادته الخامسة: "يكون التعامل بالبيع على الأراضى الميينة أو المستصلحة والمستزرعة بطريق الاتفاق المباشر، وذلك بالقواعد والشروط والضوابط.....".

وقد عين القانون ولائحته التنفيذية عدداً من الإجراءات لضمان التصرف إلى واضعي اليد على أراضي الدولة على نحو محقق للصالح العام ويضمن استئداء الدولة لكافة حقوقها مع الحفاظ على حق واضعي اليد فيما أقاموه من بناء أو استصلاح أو استزراع لتلك الأراضي وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

أولاً: تقديم طلب

ويعد ذلك طريقاً استثنائياً لإعلان المشتري رغبته في الشراء، فالأمر في ظل علاقات الأفراد قائم على التفاوض على عكس ما هو سائداً في بيع أملاك الدولة الخاصة، ويتقدم واضع اليد بالطلب إلى الجهة الإدارية المختصة وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر الضوابط والشروط المشار إليها في المادة الثانية بالجريدة الرسمية، ويجوز مد هذه الفترة لمدة أخرى بقرار من مجلس الوزراء، والحكمة من هذه المدة هو إعلان الدولة عن رغبتها الملحة في تفتين أوضاع واضعي اليد. على أراضي الدولة وتحصيل حقوقها المالية من هؤلاء.

وتفرض رسوم على الطلب وهو رسم فحص لا يقل عن ألف جنيه ولا يزيد على مائة ألف جنيه وهي من سمات السلطة العامة للإدارة وهي تتصرف مع الأفراد، والتي تفرض بمقتضى قانون حيث تكون جبايتها ملزمة للأفراد، وقد استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفيوى والتشريع ذلك في فتوى لها قررت أن:- "واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم- وحسبما جرى عليه إفتاؤها- أن الرسم مبلغ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة جبراً من الخاضع له نظير خدمة معينة تؤديها الدولة إليه. فلا يفرض الرسم إلا بناء على قانون، يكتفى فيه تقرير مبدأ الرسم، ويترك شروط دفعه وتحديد سعره إلى سلطة أخرى يحددها القانون"(١).

(١) الفتوى ملف رقم ٣٩٣٠/٢/٣٢ تاريخ ٢٠١٠/١٢/١٤ وفي ذات المعنى فتوى ملف رقم ٣٨٩٨/٢/٣٢ ٢٠١١/١/٢٤.

وفي فتوى أخرى رقم ١٣٧ بتاريخ ١٩٩٩/١٥/١٣٧٩٩/٤/٨٦- جلسة ٢٧ من يناير سنة ١٩٩٩.

قررت الجمعية أنه:-

"جامعة الأزهر- رسوم- تحصيل مبالغ من الطلاب مقابل حصولهم على استمارات الالتحاق بالمدينة الجامعية هو في حقيقته رسم فرضته الجامعة دون سند من القانون- مؤدى ذلك: عدم مشورعية تحصيل تلك المبالغ. استظهرت الجمعية العمومية ان الرسم لا يفرض إلا بناء على قانون ويمكن ان يكتفى فيه بتقرير مبدأ الرسم ويترك شروط دفعه وتحديد سعره إلى سلطة أخرى. فالرسم بمعناه القانونى هو مبلغ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة كرها من الفرد نظير خدمة معينة تؤديها الدولة اليه وهو كذلك يتكون من عنصرين أولهما ان الرسم يدفع مقابل خدمة معينة والثانى انه لا يقع لختياراً لتما يودى كرها بطريق الإلزام وتستأديه الدولة من الأفراد بما لها عليهم من سلطة الجباية شأنه في ذلك شأن الضريبة. وقد تقدم هذه الخمة للفرد دون أن يطلبها وقد تقدم له ولو أظهر رغبته عنها ويمثل عنصر الأكره هنا في حالة الضرورة القانونية التي تلجئ الفرد إلى المرفق العام لإقضاء هذه الخمة لما قد ترتب على التخلف عن طلبها من جزاء أو أثر قانونى ضار قد يتمثل في حرمانه من الحصول على الخمة التي يودبها المرفق. وبطبيق هذه القواعد على المعروضة فإن الطالب الذى يريد الالتحاق بالمدينة الجامعية يجد نفسه أمام ضرورة لا فكاك منها يلترزم معها بشراء استمارة الالتحاق بالمقابل الذى حددته إدارة الجامعة بمقتضى قرار رئيس الجامعة رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار اللائحة المالية والإدارية لحسابات تحسين الخدمة بالمدن الجامعية وإلا فإنه سوف يحرم من الالتحاق بالمدينة بما يتحقق معه عنصر الإكراه فى الإلتزام بإداء المقابل الذى حددته الإدارة للحصول على هذه الاستمارة وبالتالي يتحقق معه معنى الجبلة وتكون القيمة التى حددتها الجامعة للحصول على استمارة الالتحاق بالمدينة الجامعية هى رسماً من حيث طبيعتها القانونية ومن حيث

ويتضمن الطلب اسم واضع اليد، ورقمه القومي، ومحل إقامته، ومحله المختار، وموقع العقار المطلوب التعامل عليه ومساحته، وأسلوب التصرف المطلوب، ويرفق بالطلب إيصال سداد رسم الفحص المنصوص عليه بالمادة السادسة من هذا القرار، وكافة الأوراق التي يراها لازمة لتأكيد وضع يده قبل العمل بأحكام القاتون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه.

وقد تضمنت اللائحة التنفيذية رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ التزام الجهة الإدارية المختصة وهي الهيئة أو الوزارة أو المحافظة بالاعلان عن فتح باب تلقي الطلب من راغبي تقنين الأوضاع وذلك في مزار الوحدات المحلية على أن يتضمن الإعلان المدة المحددة لتقديم الطلبات والجهة التي تقدم إليها والبيانات والمستندات المطلوبة وما يطلب سداده من مبلغ لفحص الطلب(١).

وهو ذات ما انتهجته اللائحة التنفيذية رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بالأحكام التنفيذية للقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ الملغى وذلك في مادتها الثالثة حيث اشترطت الاعلان عن فتح باب تلقي الطلبات من راغبي تقنين أوضاعهم وذلك في صحيفة يومية واسعة الانتشار على يومين، على أن يتضمن النشر المدة المحددة لتقديم الطلبات والجهة التي تقدم إليها والبيانات والمستندات المطلوبة وما يطلب سداده من مبلغ لفحص الطلب. ويتم الاعلان عن تلك الطلبات والعقارات محل هذه الطلبات بمقر الوحدة المحلية التي تقع في دائرتها العقارات محل التصرف.

ولا يرتب مجرد تقديم الطلب أية حقوق قانونية لو اضع اليد او ترتيب التزام على جهة الولاية بالتصرف إليه، حيث إن ذلك لا يعد سوى إيجاباً من واضع اليد يستلزم انتهائه بتصديق الجهة صاحبة الولاية على عقد البيع، ولا يعد تقديم الطلب سوى إجراء تمهيداً سابقاً على انعقاد العقد(٢).

تحصيلها جبراً- الأصل ان الرسم- على نحو ما سلف- لا يفرض إلا بناء على قانون. وقد خلا القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها وكذلك لائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٧٥ من نص يصلح سنداً لفرض الرسم المشار إليه أو بخول الجامعة تحديد مبلغ معين يجبي من كل من يريد أن يلتحق بالمدينة الجامعية ولا يصلح سنداً لذلك ما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤١ من اللائحة التنفيذية من أن رسوم الإقامة في المدن الجامعية تحدد بقرار من المجلس الأعلى للأزهر بعد أخذ رأي مجلس الجامعة لأن المبالغ التي تجبي مقابل الحصول على استمارة الالتحاق لا تدخل في مفهوم رسوم الإقامة. هذا وقد خلال قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ كذلك ولائحته التنفيذية من نصوص تسمح بفرض المقابل المشار إليه- مودى ذلك: عدم قانونية تحصيل تلك المبالغ".

(١) راجع المادة السادسة من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ الصادر بشأن قواعد وتملك واضعى اليد على أراضى فى شبه جزيرة سيناء.

(٢) وفى ذلك قضت محكمة النقض انه:-

"التعاقد بشأن بيع املاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه، وهو ما كان معوداً لوزير المالية وفقاً للمادتين ١٨، ١٩ من المنشور رقم ١٠٠ لسنة ١٩٠٢ الصادر من نظارة المالية فى شأن شروط وتقيود بيع املاك الميرى الحرة ثم المحافظين كل فى دائره اختصاصه بالنسبة للأراضى الواقعة فى نطاق المدن والقرى- وفقاً لقرار التفويض رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٦١ الصادر من وزير الاسكان أو القرار الجمهورى رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ أو المادة ٢٩ من قانون الحكم المحلى.

ثانياً: فرض رسوم على راغبي التعاقد مع الجهة الإدارية

وهي من السمات الاستثنائية حيث سلطة الإدارة في فرض رسوم على راغبي التعاقد معها تعد من أوجه السلطة العامة التي لا مثيل لها في علاقات القانون الخاص.

وقد نصت على ذلك المادة الرابعة من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ على ايداع رسم فحص، مصاحباً لتقديم الطلب بحيث لا يقل عن ألف جنيه ولا يزيد عن مائة ألف جنيه.

وقد حددت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية رسم الفحص المسدد عند تقديم الطلب وفقاً للفتات الآتية:-

٣٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التي لا تزيد مساحتها عن عشرة أفدنة.

٤٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التي تزيد مساحتها عن عشرة أفدنة حتى مائة فدان.

٥٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التي تزيد مساحتها عن مائة فدان حتى ألف فدان.

٧٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التي تزيد مساحتها عن ألف فدان حتى ثلاثين ألف فدان.

١٠٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التي تزيد مساحتها عن خمسين ألف فدان.

٣٠٠٠٠ جنيه عن كل فدان من الأراضي الزراعية الداخلة في كردونات المباني، على أن يتم حساب قيمة الرسم بقسمة فئته على ٢٤ ومراعاة الحد الأدنى للرسم وقدره ١٠٠٠ جنيه.

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ حسب النطاق الزمني لكل منهم، أما بالنسبة للأراضي المملوكة للإصلاح الزراعي فإنه لما كان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٦ في شأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعي والمنطبق على واقعة الدعوى- قد نص في المادة السادسة منه على أنه- فيما عدا الأراضي الخاضعة للقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه يجوز لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي التصرف في أراضي الإصلاح الزراعي بالممارسة لواجبي اليد عليها بالثمن الذي تقدره اللجنة العليا لتقدير اثمان اراضى الدولة وذلك بالشروط ووفقاً للضوابط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون- وإذ أوردت المادة الثامنة من لائحته التنفيذية قواعد وشروط البيع بالممارسة لواجبي اليد على هذه الأراضي ومن بينها- حصر ومسح الأراضي محل وضع اليد ثم عرض بيانات هذه الأراضي على مجلس إدارة الهيئة عن طريق الإدارة العامة للاستيلاء والتوزيع للنظر في التصرف فيها بالممارسة لواجبي اليد عليها ثم بيعها بالثمن الذي تقدره اللجنة العليا لتقدير اثمان اراضى الدولة، ثم يؤدي المشتري الثمن كاملاً ويجوز تسيطه وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من مجلس إدارة الهيئة..... ويضع مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي نموذج عقد البيع متضمناً الشروط السابقة والشروط الأخرى التي يقررها المجلس- مما مفاده أن التصديق على عقد بيع الأراضي موضوع الدعوى يكون معقوداً لمجلس إدارة تلك الهيئة وهذا التصديق هو الذي يمثل ركن القبول بالبيع ولا يعتبر إعلان الهيئة أو من يمثلها عن رغبتها في البيع ولا الإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبي الشراء أو ممارسة على الثمن إجلالاً من جانبها ذلك أن الإيجاب في هذه الحالة إنما يكون من راغب الشراء بتقنمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول الهيئة بعد ذلك للبيع على النحو سالف البيان.

الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨، سنة المكتب الفنى "رقم الصفحة - ٧٤٨ - قاعدة رقم - ١٣٩ -".

١٠٠٠ جنيه للأراضي المقام عليها بناء خارج كردون القرى سواء فى زمامها أو بداخل زمام عزبة أو كفر أو بصورة عشوائية.

٥٠٠٠ جنيه للأراضي المقام عليها بناء داخل كردون القرى.

١٠٠٠٠ جنيه للأراضي المقام عليها بناء داخل كردون المدن.

٢٠٠٠٠ جنيه للأراضي المقام عليها بناء داخل عواصم المحافظات.

إضافة إلى ذلك، أجازت اللاحة التنفيذية للجنة المشكلة بمقتضى القانون لفحص طلبات معاينة العقار على الطبيعة وذلك بعد سداد رسم المعاينة للتحقق من مظاهر وضع اليد وتوافر الاشتراطات التى يتطلبها القرار، وتحرير محضر بالمعاينة وكروكى بموقع العقار وتفصيله الهندسية و مساحته وحدوده(١).

وقد وضعت المادة الخامسة من القانون حداً أقصى بحيث لا يجاوز هذا الرسم ألف جنيه عن كل فدان من الأراضي الزراعية أو المستصلحة ولا يجاوز عشر جنيهات عن كل متر للأراضي المقام عليها بناء.

وفرض الرسوم بمقتضى القانون تعد من الطبائع الاستثنائية فى التعاقدات حتى لو كانت بصدد مرحلة تمهيدية للتعاقد حيث يظهر فيها وجه السلطة العامة للدولة، وهذا ما أكدته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى طلب الرأى فى مدى قانونية قيام شركة المعمورة للتعمير والتنمية السياحية بقرض رسوم عبور على الأفراد والسيارات لبوابات الشركة بمنطقة المعمورة ودخول منطقة الشاطئ دون صدور قرارات من المجلسين التنفيذى والشعبى لمحافظة الاسكندرية بشأنها، ومدى أحقية محافظة الإسكندرية فى تحصيل نصيب من هذه الرسوم، ذكر فيها أن شركة المعمورة تمتنع عن سداد حصة المحافظة من الرسوم التى تقوم بتحصيلها من الأفراد والسيارات التى تعبر بوابات

(١) المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧، وقد حننت المادة السادسة هذا الرسم على النحو التالى:-

ويكون رسم معاينة العقار على الطبيعة المنصوص عليها بالمادة الخامسة من هذا القرار على النحو الآتى:

١٠٠٠ جنيه للأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة بحد أقصى عشرة أفدنة.

١٠٠ جنيه عن كل فدان من الأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التى تزيد مساحتها عن عشرة أفدنة حتى مائتى فدان بحد أدنى ١١٠٠ جنيه.

٩٠ جنيه عن كل فدان من الأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التى تزيد مساحتها عن مائتى فدان حتى ألف فدان بحد أدنى ٢٠٠٠٠ جنيه.

٨٠٠ جنيه عن كل فدان من الأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التى تزيد مساحتها عن ألف فدان حتى خمسين ألف فدان بحد أدنى ٩٠٠٠٠ جنيه وبحد أقصى ١٢٠٠٠٠ جنيه.

٣ جنيهات عن كل فدان من الأراضي الزراعية أو الصحراوية المستصلحة أو المستزرعة التى تزيد مساحتها عن خمسين ألف فدان بحد أقصى ٢٠٠٠٠٠٠ جنيه.

١٠٠٠ جنيه على كل فدان من الأراضي الزراعية أو كسورها الداخلة فى كردونات المباني. جنيهات عن كل متر مربع للأراضي

المقام عليها بناء خارج كردون القرى.

٥ جنيهات عن كل متر مربع للأراضي المقام عليها بناء داخل كردون القرى،

٨ جنيهات عن كل متر مربع للأراضي المقام عليها بناء داخل كردون المدن.

١٠ جنيهات عن كل متر مربع للأراضي المقام عليها بناء داخل عواصم المحافظات.

المعمورة والرسوم الخاصة ببيع الكارنيهات, على الرغم من أن هذا الرسم اختصاص أصيل للإدارة المحلية جهازها التنفيذي والشعبي, والتمس الشاكي تحصيل هذه الرسوم عن طريق المحافظة دعماً لصندوق الخدمات بها لحاجته الشديدة لهذه الموارد. فقام السيد سكرتير عام المحافظة باستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة, التي قامت بعرض الموضوع على هيئة اللجنة الأولى لقسم الفتوى, التي قررت إحالته إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لما أنسته فيه من أهمية(١).

ثالثاً: تشكيل لجان لفحص الطلبات واختصاصات هذه اللجان

وهي لجان مشكلة لفحص الطلبات والمستندات المقدمة وفقاً لأحكام القانون والبت فيها, لها أن تطلب استيفاء الأوراق من طالبي تقنين وضع اليد وفقاً للشروط الواردة بالمادة الثانية من هذا القانون وتتناول شرح هذه اللجان من خلال النقاط الآتية:

١- تشكيل هذه اللجان

تشكل هذه اللجان في كل جهة إدارية مختصة بقرار من الجهة صاحبة الولاية أيأ كانت الوزير او المحافظ أو رئيس الهيئة أو رئيس الجهاز بحسب الأحوال. وتضم عناصر فنية و مالية وقانونية لا يقل المستوى الوظيفي لأى منها عن مدير عام او ما يعادله(٢), ويشترط فيهم الخبرة و الكفاءة.

ويراعى تمثيل كل من وزارة الموارد المائية والرئى والهيئة العامة للخدمات الحكومية والهيئة المصرية العامة للمساحة ومصلحة الضرائب العقارية بالإضافة إلى عضو إدارة الفتوى المختصة أو مفوض المحافظة بحسب الأحوال.

وتستطيع اللجنة الاستعانة بمن تراه لازماً لمعاونتها فى المهام الموكولة إليه(٣).

والعلة من تشكيل هذه اللجان ضمان الشفافية فى فحص الطلبات وإعمال قواعد المساواة بين الأفراد ومراعاة اعتبارات الصالح العام ومنها الأمن القومى, وذلك على النحو الذى يتم فيه التعاقد الإدارى بطريق المناقصات والمزايدات والتي يقوم على التعاقد مجموعة من اللجان الفنية والمالية ولجان البت فى الطلبات وفتح المضاريف حين إرساء العطاء(٤).

(١) فتوى ملف رقم ٦٧٢/٣٧, ٦٧٢/٣٠, ٢٠١٠/٨/٣٠.

(٢) المادة الخامسة من قانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

(٣) للمادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧.

(٤) وقد أوضح القرار رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ الصادر بشأن قواعد التملك فى شبه جزيرة سيناء أنواع هذه اللجان على النحو الذى كان قائماً فى القرار رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ المعمول به قبل إصدار قانون رقم ١٤٤ وحدد اختصاصات كل لجنة على حدة وذلك فى مادته الحادية عشر والتي نصت على يصدر الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بحسب الأحوال قراراً بتشكيل لجان تختص بمباشرة إجراءات التعامل طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥ وذلك على النحو التالى:-

ولا جدال في ان التعاقد من خلال هذه اللجان ضمانا لتحقيق الصالح العام لهو من متطلبات الحياة الإدارية العامة التي تسبغ التعاقد بطابع السلطة العامة، ذلك ان التعاقد في القانون الخاص فيما بين الأفراد أو التجار لا يمر بمثل هذه الإجراءات الروتينية على العكس فإن التعاقد هنا تحسب كفاعته على قدر سرعته ومد ما يميز الطابع التجارى فى التعاقد.

٢- اختصاصات هذه اللجان. وقد حددت المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء اختصاصات هذه اللجان بالنص على ما يلى:-

أولاً: اللجنة الفنية:

١- يتم تشكيلها من عناصر فنية ومالية وقانونية وتختص بفحص الأوراق والمستندات المقدمة ولها ان تستوفى من مقامي الطلبات ما تراه لازماً من بيانات ومستندات للتحقق من توافر الشروط المنصوص عليها بهذا القرار.
٢- يجب ان تقوم اللجنة بالمعينة على الطبيعة للتحقق من مظاهر وضع اليد وتوافر الاشتراطات التي يتطلبها القرار وتحرر محضر بالمعينة وكروكي بموقع العقار وتفاصيله الهندسية ومساحته وحدوده ويوقع من كل اعضاء اللجنة.
ثالثاً: لجنة البت فى الطلبات:

٣- يتم تشكيل هذه اللجنة برئاسة أحد شاغلي الوظائف القيادية بالجهة الإدارية صاحبة الشأن لا تقل درجته الوظيفية عن وكيل وزارة وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية من ذوى الخبرة والكفاءة وتضم فى عضويتها ممثل وزارة المالية بالجهة وعضو عن إدارة الفتوى بمجلس الدولة أو مفوض الدولة بالمحافظة واستزاعها واستزاعها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقرار بقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٥ ولائحته التنفيذية المشار إليها.

٣- تعد اللجنة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهاء المدة المحددة لتقديم الطلبات تقريراً أو نتائج أعمالها تبين فيه توصياتها وأسبابها بالنسبة لقبول أو رفض الطلبات المقدمة إليها ويتم إعلان التقرير بلصقه على مقر الوحدة المحلية.
٤- لكل ذى شأن التظلم من التقرير خلال خمسة عشر يوماً من الإعلان إلى اللجنة التى تتولى إيداء رأيها فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التظلم.

ثانياً: لجنة التقييم:

١- يتم تشكيلها من عناصر فنية ومالية وقانونية ذات خبرة من الجهة الإدارية المختصة وممثل عن وزارة المالية واللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية وتختص بتحديد المقابل العادل الذى يتم التعامل على أساسه بما يكفل التوازن بين المصلحة العامة للدولة والبعد الاجتماعي والاقتصادي لوضعى اليد وبمراعاة ما يأتى:-
أ- تاريخ وضع اليد ومنته.

ب- طبيعة استغلال العقار ونوع النشاط والعائد منه إن وجد.
ج- سعر المتر أو الفدان وقت التعامل (سعر المثل بالمنطقة).
د- ما تم إنفاقه بمعرفة واضع اليد حتى تاريخ التعامل.
هـ- موقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة.
و- غير ذلك من عناصر مؤثرة فى تقدير المقابل (درجة التميز- موقع الأرض داخل/ خارج الزمام- مدى توافر المرافق والبنية الأساسية لها الخ).

٢- تعد اللجنة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تلقيها تقرير اللجنة الفنية تقريراً أو نتائج أعمالها توضح به الأسس التى استندت إليها فى تحديد المقابل العادل ويتم إعلان تقرير اللجنة بلصقه على مقر الوحدة المحلية ولكل ذى شأن التظلم من التقرير خلال خمسة عشر يوماً من الإعلان إلى اللجنة التى تتولى إيداء رأيها فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التظلم.

٣- يكون المقابل فى حالات التعامل بالبيع على مساحات الأراضى المقام عليها بناء بغرض السكنى فى غير المناطق السياحية والساحلية داخل المدن والقرى واحد جنيه/ م فى المدن ونصف جنيه/ م فى القرى وذلك مراعاة للبعد الاجتماعي.
٤- يكون تحديد المقابل فى حالات التعامل بالبيع على مساحات الأراضى المقام عليها بناء بغرض إقامة أحد المشروعات الإنتاجية الصغيرة أو المتناهية الصغر وفقاً لما تقرره جهة الولاية المختصة.

تعد من قبيل القرارات الإدارية السابقة على تكوين العقد إذا اجتمعت لها مقومات القرار الإداري من حيث كونها صادرة عن جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة، ذلك أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد فى حرية التعبير عن الإرادة فى إبرام العقود، إنما تلزم فى هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمتها المشرع فى القوانين واللوائح ضماناً للوصول إلى أفضل الشروط والمناسبة وأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة لا يتدح فى ذلك أن تمدد هذه الإجراءات أو تسهم فى تكوين العقد أو كون العقد مدنياً ما تختص به جهة القضاء العادى.

وتختص اللجنة بمباشرة إجراءات التصرف طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه، ولها على الأخص فى سبيل مباشرة اختصاصها ما يأتى:

أولاً- فحص الأوراق والمستندات المقدمة من واضعى اليد، ولها ان تستوفى من مقدمى الطلبات أو من الجهات المختصة ما تراه لازماً من بيانات ومستندات للتحقق من توافر الشروط المنصوص عليها بهذا القرار، فإذا تبين للجنة استيفاء الطلب ظاهرياً للشروط المنصوص عليها بالقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه وهذا القرار، فلها ان تخطر مقدم الطلب على عنوان المدون ببطاقة الرقم القومى المرفق صورة منها بالطلب او على عنوانه المحدد بالطلب بضرورة سداد رسم المعاينة المنصوص عليه بالمادة السادسة من هذا القرار خلال شهر من تاريخ الإخطار.

ثانياً- معاينة العقار على الطبيعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ سداد رسم المعاينة للتحقق من مظاهر وضع اليد وتوافر الاشتراطات التى يتطلبها القرار، وتحرير محضر بالمعاينة وكروكى بموقع العقار وتفصيله الهندسية ومساحته وحدوده.

ثالثاً- تحديد مقابل التصرف، وبمراعاة ما يأتى:

- ١- طبيعة العقار ونوع النشاط والعائد منه- إن وجد-
 - ٢- سعر المتر أو الفدان وقت التصرف بناء على سعر المثل بالمنطقة.
 - ٣- موقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة.
 - ٤- وغير ذلك من عناصر مؤثرة فى تقدير المقابل (درجة التميز- موقع الأرض داخل/ خارج الزمام- مدى توافر المرافق والبنية الأساسية لها إلخ).
- رابعاً- اعتماد تقرير شهري من مركز تحليل الصور الفضائية وتحديد المتغيرات المكائنية بوزارة التخطيط والإصلاح الإدارى بالتنسيق مع إدارة المساحة العسكرية لاعتماد وجود العقار قبل صدور القانون والفترة الزمنية المستحقة لمقابل الانتفاع.
- خامساً- تحديد مقابل الانتفاع عن فترة وضع اليد وحتى تاريخ تقدم الطلب وفقاً لأحكام هذا القرار.

سادساً- استيفاء موافقة وزارة الدفاع على التعامل والتصرف وفق الشروط والقواعد التى تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

٢- أثر القرارات الصادرة عن هذه اللجان

تعد القرارات الصادرة عن هذه اللجان ليست نهائية، ويحتاج إلى اعتماد من الوزير أو المحافظ أو رئيس الهيئة أو الجهاز على حسب الأحوال وكذا لا يرتب تقديم الطلب وغيره

من الإجراءات التمهيدية أى حقوق قانونية لوضع أو ترتيب التزام على جهة الولاية بالتصرف إليه.

وفى ذلك قضت المحكمة أنه " ومن حيث إنه وترتيباً على ما تقدم ولما كانت الأوراق قد خلت من ثمة قرار إدارى فى الشأن المطعون عليه وكانت مذكرة التفاهم الموقعى فيما بين وزارة القوى العاملة وبين الجانب السعودى لا ترقى إلى مرتبة القرار الإدارى النهائى القابل للطعن عليه أمام محاكم مجلس الدولة، فضلاً عن عدم انضوائها على ما يمكن اعتباره قراراً إدارياً بالترخيص للنسوة المصريات بالعمل خارج البلاد كخدمات منازل، وهو الأمر الذى تضحى معه الدعوى موجهة إلى غير قرار إدارى قابل للطعن عليه بدعوى الإلغاء، وتدعو بذلك مفتقدة محلها حقيقة بعدم القبول" (١).

ولا يجوز النظر فى أى طلب بعد فوات الميعاد المحدد بالمادة الثالثة وهو ثلاثة أشهر من تاريخ وضع الضوابط والشروط التى يصدر بها قرار من رئيس الوزراء.

ويلقى القانون على عاتق اللجنة التزامين بعد اتخاذ القرارات الباتة فى طلب التقنين، الالتزام الأول ومتعلق باعداد محضر بنتائج أعمالها من القرارات المتخذة وبيان أسباب القبول أو الرفض ويرفع هذا المحضر للجهة المختصة على النحو سابق الإشارة، الالتزام الثانى: وهو إخطار ذوى الشأن بقرار القبول أو الرفض وذلك بعد اعتماده من الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو رئيس الجهاز بحسب الأحوال لاعتماده.

وفوض القانون اللاحة التنفيذية فى تحديد كيفية إخطار مقدمى الطلبات بقراراتها، وقد حددها قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ فى مادته الخامسة أن يتم الإخطار بموجب كتاب موصى عليه يعلم الوصول على العنوان المدون بالطلب أو على عنوانه الثابت ببطاقة الرقم القومى المرفق صورتها بطلب تقنين وضع اليد.

٣- التظلم من قرارات اللجان

حددت اللاحة التنفيذية ميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار لتقديم ذوى الشأن تظلمهم يسقط بعدها حقهم فى تقديم التظلم، ويقدم التظلم إلى اللجنة ذاتها التى أصدرت القرار. وتفصل اللجنة فى هذا التظلم خلال خمسة عشر يوماً.

ولا يخل ذلك بحق ذوى الشأن فى الطعن على هذا القرار بدعوى الإلغاء، بشرط اعتماده من الجهة الإدارية المختصة حتى يصير نهائياً فتقبل دعوى الإلغاء عليه، ومن الجدير بالذكر أن هذا الطعن لا يعد طعناً على العقد، وإنما هذه القرارات تنفصل عن العقد ويمكن

(١) محكمة القضاء الإدارى، دعوى رقم ٢٧٢٩٤ لسنة ٦١ق- جلسة ٢٧/٢٠٠٩.

الطعن عليها استقلالاً بوصفها من القرارات المنفصلة التي تصدر في المراحل التمهيدية لإبرام العقد.

حيث ميزت محكمة النقض في بعض أحكامها بين المرحلة السابقة على التعاقد باعتبارها مرحلة تمهيدية تسبق إبرام العقد ما يتخذ غضون تلك الفترة من قرارات وإجراءات وبين العقد ذاته وفي ذلك قضت بأنه: "لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق- وبما لا خلاف عليه بين الطرفين- أن جهة الإدارة إذا رغبت في بيع الأعيان محل التداعي المملوكة لها ملكية خاصة للمطعون ضده واضع اليد عليها بطريق الممارسة أصدر محافظ القليوبية تمهيداً لبيعها لواعي لوضع اليد قرار بتشكيل اللجنة خاصة لتقدير أثمان الأعيان محل التداعي وقدرت اللجنة المختصة ثمن بيع المتر للأرض محل وضع يد المطعون ضده للتعاقد على هذا الأساس وطبقاً لهذا الثمن فإن هذه الإجراءات تعد من قبيل القرارات الإدارية السابقة على تكوين العقد إذا اجتمعت لها مقومات القرار الإداري من حيث كونها صادرة عن جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة، ذلك أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إنما تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح ضماناً للوصول إلى أفضل الشروط المناسبة وأكثرها تحقيقاً للمصلحة العامة لا يقدح في ذلك أن تمهد هذه الإجراءات أو تسهم في تكوين العقد أو كون العقد مديناً ما تختص به جهة القضاء العادي(١).

وتتولى وزارة المالية إعداد نماذج استرشادية للعقود التي تحرر طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧(٢)، وتنشأ بكل جهة إدارية قاعدة بيانات لكافة العقارات المملوكة لها وما تم التصرف فيه طبقاً لأحكام هذا القرار، وأسلوب التصرف وقيمته، والبيانات الكافية عن المتصرف إليهم.

(1) محكمة النقض، الطعن المقيّد في جدول المحكمة برقم ٤٨٤٥ لسنة ٧٢٢، جلسة يوم الثلاثاء ٦ من جماد آخر سنة ١٤٣٤هـ الموافق ١٦ من إبريل سنة ٢٠١٣م.

وفي ذات المضمون قضت "ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مودى البندين الخامس والعاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، والمادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاءً وتعديلاً ووقف التنفيذ، وتعبيراً عن الأضرار الناشئة عنها معقود كأصل عام لجهة القضاء الإداري فليس للمحاكم العادية أي اختصاص بالطلبات المتعلقة بها ولو عرض النزاع بصفة بتعية، كما لا تختص عند الفصل في المنازعات المدنية والتجارية البحتة التي تقع بين الأفراد والحكومة والهيئات العامة بتأويل الأمر الإداري أو تعديله وليس لها أن توقف تنفيذه أو تتجاهله أو لا تلتزم بأثره، وأن القرار الإداري هو القرار الذي تفضح به الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة غاية....."

محكمة النقض الطعن المقيّد في جدول المحكمة برقم ١٢١٧٤ لسنة ٧٨ القضائية جلسة يوم الأحد ٢٣ من ذي الحجة سنة ١٤٣٧هـ الموافق ٢٥ سبتمبر سنة ٢٠١٦م.

(2) م ١٠م من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧.

وتخطر كل من الهيئة العامة للخدمات الحكومية والمركز الوطني لتخطيط استخدامات أراضي الدولة بصفة دورية بكافة ما يتم اثباته من بيانات بتلك الجهات لاثباتها بقاعدة البيانات المنشأة لدى كل منهما (١).

رابعاً: التسجيل في الشهر العقاري

أوجب المشرع في قانون الشهر العقاري شهر جميع التصرفات التي من مقتضاها إنشاء أو نقل أو تغيير أو انقضاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، وذلك بطريق التسجيل ورتب على عدم التسجيل أثراً بالغ الخطورة مقتضاه بقاء الحق على حالة وكأنه لم يرد عليه أي تصرف، فلا ينشأ الحق ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول سواء في العلاقات بين ذوى الشأن أو بين الغير ولم يجعل المشرع للتصرف من أثر في هذه الحالة سوى الالتزامات الشخصية بين أطرافه، ولم يجز المشرع المساس بالمحرمات المشهورة عن طريق التسجيل إلا بمقتضى أحكام نهائية.

وفي صدد إجراءات الشهر حدد المشرع دور ذوى الشأن ودور مصلحة الشهر العقاري على نحو واضح، فبدأها بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى المصلحة التي تلتزم بقيده حسب تاريخ وساعة تقديمه، وحدد للمصلحة المحرمات التي تختص بشهرها سواء بطريق التسجيل أو القيد أو التأشير على الهامش. كما حدد لها المحرمات التي تقبلها في إثبات أصل الملكية أو الحق المراد تسجيله أو قيده.

وفي هذا الشأن لم يخولها سلطة في رفض المحرمات المشهورة إلا إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقي، ولضمان سلامة وجدية عملية الشهر ألزم المصلحة بفحص الطلب وإعادته إلى الطالب مؤشراً عليه برأيها إما بقبول الشهر أو رفضه، وفي الحالة الأخيرة ألزمها بتسبب رفضها وبيان المستندات اللازم استيفائها لإتمام الشهر، كما أخضع قرارها لرقابة القضاء فحول صاحب الشأن حقاً في الاعتراض على رأي المصلحة. كما أوجب المشرع أيضاً على مصلحة الشهر العقاري أن تتأكد من عدم تعارض هذه المحرمات مع مستندات المالك الحقيقي وذلك حماية للملاك وغيرهم من أصحاب الحقوق العينية من شهر المحرمات بطريق غير مشروع من أصحاب الحقوق بما يكفل وضع حد لاغتصاب الحقوق العينية والملكية بعقود مصطنعة.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - عند فصلها في دعوى متعلقة بطعن على قرار امتناع مصلحة الشهر العقاري بتسجيل قطعة أرض

(1) م ١١ من قرار رئيس الوزراء المشار إليه.

صحراوية خارج الزمام والتي آلت للبائع ضمن مسطح أرض أكبر وتصرف فيها بكاملها لشخص آخر.

وقد أحالت الأمورية طلب التسجيل إلى المكتب الهندسي بمساحة الجيزة وتم معاينة الأرض محل التعامل، إلا أن الجهاز التنفيذي للمنطقة الصناعية والاستثمارية وجه كتاباً إلى مأمورية الشهر العقاري أقر فيه بأن الأرض المذكورة تم بيعها بغرض الاستصلاح والزراعة وطلب وقف السير في إجراءات التسجيل بسند من أن الأرض مربوط عليها مستحقات مالية عن فرق تغيير النشاط ولم يحدد الجهاز مقدار هذه المستحقات، وأضاف المدعى أن تحديد هذه المستحقات لا ينعض مبرراً للامتناع عن السير في إجراءات التسجيل وأن ذلك يترتب عليه ضرراً يصعب تداركه ونعى على القرار أنه مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة(١).

وقد أسست المحكمة قضاها على عدد من الأسانيد القانونية(٢) وانتهت إلى ما يلي ومن حيث أنه يستفاد مما تقدم أن الحقوق تنشأ وتزول بالمحركات التي تتضمنها والتي تعتبر

(١) الطعن رقم ٤١٩٣٦ لسنة ٦٣ جلسة ٢٠١١/٥/٢١.
(٢) وقد ذكرت المحكمة في حيثيات حكمها عدداً من النصوص القانونية الواردة في قانون الشهر العقاري، وذلك على النحو التالي.
ومن حيث إن الفصل في موضوع الدعوى يضى، بحسب الأصل، عن الفصل في الشق العاجل منها.
ومن حيث إن المادة (٩٣٤) من القانون المدني تنص على أن: "١) في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.
(٢) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر."
حيث إن المادة (٥) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري تنص على أن: (يختص كل مكان بحسب الشهر العقاري دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في خاصه.....).
تنص المادة (٦) من ذات القانون على أن: (تقوم مكاتب الشهر بما يلي:
(١) مراجعة المحررات المقدمة للشهر بعد التأشير على مشروعاتها من المأموريات المختصة بالصلاحيات للشهر.
(٢) إثبات المحررات في دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد شهرها.....).
وتنص المادة (٩) منه على أن: (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.....).
كما تنص المادة (١٠) من ذات القانون على أن: (جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق الغير.....).

وتنص المادة (١٢) على أن (جميع التصرفات المنشأة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير).
وتنص المادة (١٥) منه على أن (يجب التأشير في هامش سجل المحررات ولجنة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الضخ أو الإلغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة).
كما تنص المادة (٢٠) منه أيضاً على أن: (تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناءً على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم).
وتنص المادة (٢١) من ذات القانون على أن (تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها على النموذج الذي يصرف بغير مقابل ويصدر به قرار من وزير العدل، ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج على أن تتضمن البيانات الواردة في القرار المشار إليه.

ويجب أن يكون موقعاً على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والاشهاد أو ممن يكون المحرر لصالحه في غير ذلك من المحررات كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام).

سند إنشائها أو زوالها وأن التسجيل أو القيد ليس من شأنه ان يخلع الصحة على عقود ولدت باطلة، كما ليس من شأن إغفاله ان يبطل عقوداً ولدت صحيحة، كما وان طلب الشهر وإن كان فى طوره الأول من صنع أصحاب الشأن وإنشائهم فإنه حين يقدم إلى مأمورية الشهر العقارى المختصة إنما يدخل فى مرحلة التمحيص والمراجعة للاستيثاق من مطابقة البيانات الواردة به.

ومن حيث إن المشرع فى قانون الشهر العقارى أوجب شهر جميع التصرفات التى من مقتضاها إنشاء أو نقل أو تغيير أو انقضاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، وذلك بطريق التسجيل ورتب على عدم التسجيل أثراً بالغ الخطورة مقتضاه بقاء الحق على حاله وكأنه لم يرد عليه أى تصرف، فلا ينشأ الحق ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول سواء فى العلاقات بين ذوى الشأن أو بين الغير ولم يجعل المشرع للتصرف من أثر فى هذه الحالة سوى الالتزامات الشخصية بين أطرافه، ولم يجز المشرع المساس بالمحرمات المشهورة عن طريق التسجيل إلا بمقتضى أحكام نهائية، وفى صدد إجراءات الشهر حدد المشرع دور ذوى الشأن ودور مصلحة الشهر العقارى على نحو واضح، فبدأها بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى المصلحة التى تلتزم بقيدته حسب تاريخ وساعة تقديمه، وحدد للمصلحة المحرمات التى تختص بشهرها سواء بطريق التسجيل أو القيد أو التأشير على الهامش، كما حدد لها المحرمات التى تقبلها فى إثبات أصل الملكية أو الحق المراد تسجيله أو قيده، وفى هذا الشأن لم يخولها سلطة فى رفض المحرمات المشهورة إلا إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقى، ولضمان سلامة وجدية عملية الشهر أزم المصلحة بفحص الطلب وإعادته إلى الطالب مؤشراً عليه برأيها إما بقبول الشهر أو رفضه، وفى الحالة الأخيرة أزمها بتسبب رفضها وبيان المستندات اللازم استيفائها لإتمام الشهر، كما أخضع قرارها لرقابة القضاء فحول صاحب الشأن حقاً فى الاعتراض على رأى المصلحة.

كما أوجب المشرع أيضاً على مصلحة الشهر العقارى أن تتأكد من عدم تعارض هذه المحرمات مع مستندات المالك الحقيقى وذلك حماية للملاك وغيرهم من أصحاب الحقوق العينية من شهر المحرمات بطريق غير مشروع من أصحاب الحقوق بما يكفل وضع حد لاغتصاب الحقوق العينية والملكية بعقود مصطنعة.

وحيث إن القاعدة المستقرة هى أن القرار الإدارى يجب أن يقوم على سبب يبرره فى الواقع وفى القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده، والسبب فى القرار الإدارى هو حالة

واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار. وأنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح ما لم تكشف الأوراق عن عدم مشروعية السبب، إلا أنها إذا ذكرت أسباباً له فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار.

ومن حيث أنه بتطبيق ما تقدم على مقطع النزاع المائل وكان الثابت من الأوراق أن مأمورية شهر عقاري الجيزة قد امتنعت عن سير في إجراءات تسجيل الطلب رقم ٨٤٣/٢٠٠٨ هـم شهر عقاري الجيزة وامتداده رقم ٧١٢/٢٠٠٩ هـم في ١٢/٥/٢٠٠٩، بسند من أن هذه الأرض مربوط عليها مستحقات مالية ناتجة عن فرق تغيير النشاط، وحيث أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري والقوانين المعدلة له قد ناط بمصلحة الشهر العقاري أن تتأكد من عدم تعارض المحررات المطلوب تسجيلها وشهرها مع مستندات المالك الحقيقي وذلك حماية للملاك وغيرهم من أصحاب الحقوق العينية من شهر المحررات بطريق غير مشروع من أصحاب الحقوق بما يكفل وضع حد لاغتصاب الحقوق العينية والملكية بعقود مصطنعة، ومن ثم يكون السبب الذي استندت إليه مأمورية شهر عقاري الجيزة لعدم الاستمرار في السير في إجراءات تسجيل الطلب رقم ٨٤٣/٢٠٠٨ هـم شهر عقاري الجيزة وامتداده رقم ٧١٢/٢٠٠٩ هـم الخاص بتسجيل قطعة الأرض الخاصة بالمدعي البالغ مساحتها ٢٢س، ٤ط، ٣ف بما يعادل ١٣٤٦٠ م^٢ غير قائم على سند صحيح من القانون، حيث خلا القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري المشار إليه من اعتبار هذا السبب من الأسباب التي تجيز للشهر العقاري وقف تسجيل المحررات في سبيل التحقق من سلامة المحرر المطلوب شهره، لاسيما وأن ملكية الأرض، التي من بينها الأرض محل النزاع، قد آلت للبائع بموجب عقد البيع المشهر رقم ١٩٥٣ في ١٣/٥/١٩٨١ شهر عقاري الجيزة، فضلاً عن أن الشهر العقاري لم يمتنع عن تسجيل باقى قطعة الأرض الأخرى البالغ مساحتها ١٩س، ١١ط، ٢ف المباعية من ذات بائع الأرض محل الدعوى للمدعو/..... بموجب العقد المشهر رقم ٢٧٦٩ في ١٩/١١/٢٠٠٣ شهر عقاري بالجيزة.

ومن ناحية أخرى فإن تسجيل الأرض محل الدعوى لا يمنع الجهات المختصة من المطالبة بالمستحقات المالية عليها حيث ان التسجيل لا يعدو أن يكون سنداً لتثبيت حق الملكية كما سلف البيان وليس سبباً مانعاً على الجهات الإدارية في المطالبة بما تأتسه حقاً لها، الأمر الذي يكون معه امتناع جهة الإدارة عن السير في إجراءات تسجيل الطلب رقم ٢٠٠٨/٨٤٣ هـم شهر عقارى الجيزة وامتداده رقم ٢٠٠٩/٧١٢ هـم الخاص بتسجيل قطعة الأرض الخاصة بالمدعى البالغ مساحتها ٢٢س، ٤ط، ٣ف بما يعادل ١٣٤٦٠ م^٢ غير ذي سند، لانتفاء ما يبرره او يستند إليه قانوناً من أحكام قواعد الشهر العقارى الواردة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المشار إليه، ويعد امتناعاً عن إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً لأحكام القانون، ومن ثم فإن هذا الامتناع من شأنه أن يشكل قراراً إدارياً سلبياً بالمعنى الذى نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بما يجعله متعين الإلغاء، الأمر الذى تقضى معه المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من الامتناع عن السير فى إجراءات شهر وتسجيل قطعة الأرض المشار إليها أنفاً، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

الفرع الثالث

تحديد الثمن وسداده

من أهم مراحل إبرام العقد تحديد ثمن الشئ المبيع حيث لا بد أن يقدر بصورة حقيقية تحفظ حق الدولة فى تقاضى أثمان العقارات والأراضى، وتعد هذه هى الغاية الأساسية من تقرير قوانين لتقنين أوضاع واضعى اليد على أراضى الدولة ولذا أقرر القانون تنظيمياً مفصلاً لتقدير الثمن وأولها غاية خاصة بغية تحصيل الدولة مستحقاتها الحقيقية المساوية لقيمة الأراضى محل وضع اليد.

وقد حدد قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ من ضمن إختصاصات اللجنة المشكلة بمقتضى نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧- فى البند ثالثاً تحديد مقابل التصرف بمراعاة ١- طبيعة العقار ونوع النشاط والعائد منه- إن وجد- ويعد ذلك من المعايير المعتمدة فى قوانين التصرف فى أملاك الدولة الخاصة لتحديد ثمن العقار وهو ما اعتمده أيضاً محكمة القضاء الإدارى حيث قررت فى حكمها وهى بصدد تقدير ثمن المحلات أنه:- "كما ان الأرض المقام عليها المحلات ملاصقة لشريط السكة الحديد ولا يجوز الارتفاع بها لأكثر من دور واحد حتى لا تعوق الرؤية

للقطارات، وقد وافق هذا التقدير ما قدمه المطعون ضدهما من مستندات تفيد أن حالات المثل هي حالة كل من/..... جار لهما....." (١).

ومؤدى ذلك ان يدخل فى عوامل تقدير الثمن كيفية الانتفاع من العقار وطبيعة للنشاط أو الاستخدام الذى يقوم به واضع اليد على العقار.

٢- سعر المتر أو الغدان وقت التصرف بناء على سعر المثل فى المنطقة. ومن ثم يتم تقدير سعر المثل وقت التصرف وليس وقت وضع اليد وبعد ذلك أمر بديهيأ حيث ان وضع اليد على أراضى الدولة قد تم بصورة غير مقننة وبعد اعتداءً على املاك الدولة لا يجوز أن يستفيد واضع اليد من ذلك الوضع الغير مشروع ومن يختلف وضع واضعي اليد على أراضى الدولة عن غيره من الأفراد الذين ارتبطوا بعلاقة قانونية قد تتمثل فى عقد إيجار أو حق انتفاع، فلا يصح المساواة بين وضع واضع اليد والمستأجر عند تقدير الثمن بأن يقدر الثمن لكلاهما وقت التصرف فلا مساواة بين معتمد ومستأجر، وقد قضت محكمة النقض تأكيدا على ذلك "للقاضي تقدير أحييته فى الطلب بالثمن المقرر للأرض وقت بداية التأجير متى توافرت شرائطها، ومن ثم يقضى بأحقية الطاعن فى شراء قطعة الأرض المملوكة للدولة ملكية خاصة والتي أقام عليها مصانعة اعتباراً من تاريخ اعدادها وتشغيلها بالثمن المقرر لها وقت بداية التأجير دون احتساب ما دفع من أجره جزءاً من الثمن (٢) ."

وقد كان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بالأحكام المنفذة للقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ الملغى يحدد سعر المتر بمراعاة تاريخ وضع اليد ومدته وطبيعة استغلال العقار، وسعر المتر وقت التعامل (٣).

(١) محكمة إدارية عليا طعن رقم ٤٢٤٥ لسنة ٤٥ق. ع جلسة ٢٠١٠/٣/١٣ طعنأ فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩٩/٢/٢١ فى الدعوى رقم ٧٠٣ لسنة اق.
(٢) الطعن رقم ٤٧٨٠ و ٥٠٩٥ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٠٠٢/٢/١٣
(٣) وهو ذات ما ورد بقرار محافظ الاسكندرية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٧ فى مادته العاشرة التى شكلت لجنة التقييم وحددت اختصاصاتها على النحو التالى:

مادة عاشره:

يتم تشكيل لجنة تقييم على النحو الآتى:

- ١- السيد المهندس/ مدير مديرية الإسكان والمرافق بالمحافظة
- ٢- السيد/ رئيس الحي المختص
- ٣- السيد/ مدير عام الإدارة العامة للتخطيط العمراني
- ٤- السيد/ مدير عام مديرية المساحة بالإسكندرية
- ٥- السيد/ رئيس جهاز حماية أملاك الدولة
- ٦- السيد/ رئيس لجنة الإسكان والتخطيط العمراني بالمجلس الشعبي المحلي للمحافظة
- ٧- السيد/ مدير إدارة نزاع الملكية بالمحافظة
- ٨- السيد/ رئيس لجنة التنمية الصناعية بالمجلس الشعبي المحلي للمحافظة
- ٩- السيد/ المستشار المالي للمحافظة
- ١٠- السيد/ مندوب الضرائب العقارية للحي المختص
- ١١- عضو عن الإدارة العامة للشئون القانونية

وهدياً على ما تقدم، يمكن القول أن تحديد قيمة العقار تكون وقت التعامل على هذا العقار وليس وقت وضع اليد وهو ما قررته قوانين التصرف في أملاك الدولة الخاصة السابقة ولا بد أن يقدر وفقاً لقواعد ومعايير محددة وليس تقديراً جزافياً لا يستند إلى عوامل التقدير التي قررها القاتون وهو ثمن المثل، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا " ومن حيث إنه في ضوء ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق والمستندات التي أودعتها هيئة قضايا الدولة بجلسة ٢٤/١٠/٢٠٠٩ أمام هذه المحكمة ومنها كشف تقديرات السعر الابتدائي لأملاك الدولة بالنسبة للمطعون ضدهما (مسلسل ٢١/ حوض ٢/١٠ بمساحة ١٥,٨٠ م) أنها قدرت سعر المتر بواقع (٨٠٠) جنيه للمتر المربع، ولم تبين في الكشف المشار إليه الأسس التي قام عليها هذا التقدير، كما لم تبين اللجنة العليا لتثمين أراضي الدولة الأسس والقواعد التي اتبعتها عندما قدرت سعر المتر المربع بمبلغ (٩٥٠) جنيهاً وبدلاً من (٨٠٠) جنيهاً، ولما كانت الخيرة المنتدبة في الدعوى قد قدرت سعر المتر المربع بمبلغ (٣٠٠) جنيه وذلك وفقاً للأسس التي حددتها ومنها تاريخ وضع يد المطعون ضدهما على الأرض (٣/٤/١٩٧١) (١)

وفي حكم آخر قضت ذات المحكمة أنه : - "ومن حيث إنه بإتزال ما تقدم على المنازعة الماثلة، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده تقدم لشراء قطعة أرض مملوكة للدولة يضع اليد عليها، مساحتها (٧٤ متراً) كائنة, وقد قامت اللجنة الابتدائية بتقدير سعر المتر بمبلغ عشرون جنيهاً وعند عرض الأمر على اللجنة العليا لتقدير أثمان أرض الدولة بالمحافظة قررت رفع السعر ليكون بواقع ستون جنيهاً للمتر، واعتمد هذا التقدير الأخير من محافظة الغربية بتاريخ ١٤/٣/١٩٩٣، ولما كانت هذه اللجان هي المختصة بتقدير أثمان أراضي الدولة الواقعة في زمام المحافظة، وقد قامت بتقدير السعر وفقاً للقواعد الصادرة بقرار محافظ الغربية رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٨٦ بالنظر إلى موقع

١٢- على اللجنة بأن تسعين بمن تراه لصالح العمل
تختص اللجنة بتحديد المقابل العادل الذي يتم التعامل على أساسه بما يكفل مصلحة الدولة والبعد الاجتماعي والاقتصادي لواضع اليد وذلك برعاية الشروط الآتية:

- ١- تاريخ وضع اليد ومدته
 - ٢- طبيعة استغلال العقار والعائد منه إن وجد
 - ٣- سعر المتر أو القدان وقت التعامل
 - ٤- ما تم إنفاقه بمعرفة واضع اليد حتى تاريخ التعامل
 - ٥- موقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة
 - ٦- غير ذلك من عناصر مؤثرة في تقدير المقابل
- على أن تقوم اللجنة بأعداد تقرير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تأقيها تقرير اللجنة الفنية موضح به الأسس التي استندت عليها في تحديد المقابل العادل للتعامل ويتم الإعلان عن تقرير اللجنة. ولمقدمي الطلبات التظلم من قرارها خلال خمسة عشر يوماً من الإعلان وتقوم اللجنة بإبداء رأياها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التظلم.
- (١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٢٤٥ لسنة ٤٥ القضائية عليها، سابق الإشارة إليه.

الأرض محل التداعي و أسعار المثل، ولم يقدم المطعون ضده ثمة مستند يستفاد منه عدم سلامة تقدير اللجنة أو أن أسعار حالات المثل على النحو الذي يدعيه بعشرة جنيهات للمتر، وإنما جاء قوله في هذا الشأن مرسلأ دون ثمة دليل يسانده، هاتكون معه دعواه غير قائمة على سند صحيح من القانون^(١).

وعلى نقيض ذلك، فقد قدر سعر المتر لواقعي اليد على عقارات الدولة بسعر المثل في تاريخ وضع اليد على أراضي الدولي في تاريخ التصرف وذلك طبقا لقرار رئيس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ وقرار محافظ القليوبية رقم ١٩٥ لسنة ١٩٩٦ تمثيلا لذلك ، "ومن حيث إن مبنى الطعن المائل أن الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله، إذ يحق للطاعن أن يعامل طبقا لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ وقرار محافظ القليوبية رقم ١٩٥ لسنة ١٩٩٦ بتحديد سعر الأرض التي يضع يده عليها بالسعر السائد وقت وضع اليد، وليس طبقا لقرار محافظ القليوبية رقم ١٩٧٠ لسنة ١٩٩٥ والمتضمن تحديد سعر الأرض بالسعر السائد وقت التقدير.

ومن حيث إن حقيقة طلبات الطاعن ابتداء - وفقا لصحيح التكييف القانوني لها - تتحدد في طلب الحكم بقبول دعواه شكلا، وفي الموضوع بأحقية في أن يعامل طبقا لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها استرداد ما سبق أدائه من مبالغ استناداً لقرار محافظ القليوبية رقم ١٩٧٠ لسنة ١٩٩٥ والزام جهة الإدارة المصروفات، ومن ثم تكون دعواه على هذا النحو من دعاوى الاستحقاقات التي لا تتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء، وغذا استوفت الدعوى سائر أوضاعها الأخرى، فمن ثم تكون مقبولة شكلا.

ومن حيث إن المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ بقواعد التصرف في أملاك الدولة الخاصة إلى واقعي اليد عليها، المعدل بالقرار رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ تنص على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣١ لسنة ١٩٨١ المشار إليها يجوز للجهات الإدارية كل في دائرة اختصاصها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة لواقعي اليد عليها قبل العمل بأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ ، المشار إليه، بالطريق المباشر، وبثمن المثل في تاريخ وضع اليد عليها".

(١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٥٦٧ لسنة ٤٧ ق. ع جلسة ٢٠١٠/١/٣٠ .

ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن المشرع أجاز - بعبارات واضحة صريحة لا لبس فيها ولا غموض - للجهات الإدارية التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة بالطريق المباشر لوضعي اليد عليها قبل العمل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن القواعد الخاصة للتصرف في أملاك الدولة الخاصة، وحدد سعر البيع على أساس سعر المثل في تاريخ وضع اليد عليها، وليس في تاريخ آخر، ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية أن تحدد سعراً مغايراً لما نص عليه قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه، وإلا كان قرارها مخالفاً للقانون مستوجب الإلغاء.

متى كان ذلك وكان الطاعن - وحسبما يبين من الأوراق - يضع يده على قطعة أرض مملوكة للدولة قبل العمل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه وهو ما لم تجرده جهة الإدارة، وأقام عليها منزلاً، وقامت جهة الإدارة بالتصرف له في قطعة الأرض هذه على أساس سعر المثل وقت التقدير بالمخالفة لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠٧ لسنة ١٩٩٥ سالف الذكر، ومن ثم يكون هذا التصرف قد وقع بالمخالفة للقانون ويحق للطاعن - من ثم - معاملته على أساس هذا القرار وما يترتب على ذلك من آثار أخصها أحقيته في استرداد ما دفعه من مبالغ زيادة على ثمن الأرض وفقاً لسعر المثل في تاريخ وضع اليد عليها.

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه إذا قضى بغير هذه الوجهة من النظر، فمن ثم يكون قد صدر بالمخالفة للقانون، متعيناً القضاء بالغائه (١).

٣- موقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة.

٤- عناصر أخرى مؤثرة في تقدير المقابل (درجة التمييز - موقع الأرض داخل أو خارج الزمام، مدى توافر المرافق والبنية الأساسية لها...)

ونورد مجموعة من الملاحظات على تقدير ثمن العقار فيما يلي:

أولاً: أن القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية قد جمع في تقاضي ثمن العقار من واضعي اليد على أراضي الدولة بين ثمن العقار وقت التعامل أي بثمان المثل في تاريخ التصرف وبين تحصيل مقابل انتفاع عن فترة وضع اليد على هذه الأراضي على عكس الوضع الذي كان سائداً في ظل القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ ولائحته التنفيذية الصادرة برقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ والتي كان تكفي بتقدير سعر المتر بتاريخ اليوم دون

(1) المحكمة الإدارية، طعن رقم ٣٣٨٤٤ لسنة ٥٢ ق. ع جلسة ٢٠١١/٢/١٢.

تحصيل مقابل انتفاع عن الفترة السابقة مع مراعاة تاريخ وضع اليد ومدته والعائد منه في تقدير سعر الأرض.

ويتضح الالتزام القانوني على الجهة الإدارية بضرورة تحصيل مقابل انتفاع عن فترة وضع اليد من البند الرابع من المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ والتي حددت من ضمن اختصاصات اللجنة تحديد مقابل الانتفاع عن فترة وضع اليد وحتى تاريخ تقديم الطلب وفقا لأحكام هذا القرار، إضافة إلى المادة التاسعة من ذات القرار والتي ألقت التزاماً على واضع اليد بسداد مقابل انتفاع عن مدة وضع اليد السابقة من تاريخ وضع اليد وحتى تاريخ اعتماد قرار اللجنة وتسري عليها ذات القواعد المقررة لسداد الثمن المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا القرار والتي سنورها عند الحديث عن كيفية سداد الثمن إلى الجهة صاحبة الولاية.

ويتماشى ذلك مع السياسة العامة للدولة في استبداء كافة حقوقها المالية السابقة، فالدولة تعاملت مع واضعي اليد على أنهم معتدون على أراضيها ومن ثم تتقاضى مقابل عن انتفاعهم بهذه الأراضي طوال الفترة السابقة والتي انتفع بها واضع اليد من العقار خلافا لما كان سائدا قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

ثانياً: أن تقدير اللجنة لثمن العقار لوضعي اليد ليس سلطة مطلقة لا معقب عليها، بل إنها سلطة تقديرية تخضع فيها الإدارة لرقابة القضاء وفي ذلك قضت محكمة النقض أنه " أصحاب المباني المقامة على أراضي الحكومة بعد ... راي لاعتبارات خاصة أن يكون بيع الأرض لأصحاب المباني المشيدة عليها وأن يكون بثمنها مساويا لقيمتها وقت البيع فإن مقتضى ذلك أن تحديد الإدارة لثمن المبيع ليس مطلقا يتوقف على محض إرادتها تقدره كيفما تشاء وإنما يخضع عند المنازعة فيه لسلطة قاضي الموضوع الذي يملك رد التقدير إلى السعر المناسب وقت البيع بغير معقب من محكمة النقض عليه طالما أقام قضاؤه على أسباب سائغة لها سندها من الأوراق" (١).

ترتيباً على ذلك، فعلى الطاعن على ثمن العقار المقدر بمعرفة اللجنة عليه إثبات صحة ما يدعيه بمعنى تقديم ثمة مستند يستفاد منه عدم سلامة تقدير اللجنة للسعر، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: "ولما كانت هذه اللجان هي المختصة بتقدير السعر

(١) محكمة النقض الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ القضائية، جلسة ١٧ مارس سنة ١٩٩٤. وفي ذات السياق الطعن رقم ٤٨٤٥ لسنة ٧٣ ق سابق الإشارة إليه حيث قضت أن "الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به ينحدر لجهة القضاء الإداري وكان طلب المطعون ضده تحديد السعر الذي يتم على أساسه بيع أراضي النزاع له يقتضي بالضرورة التعرض للقرار الإداري المشار إليه لإلغائه أو تعديله أو تأويله..."

وفقا للقواعد الصادرة بقرار محافظ الغربية رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٨٦ ، بالنظر إلى موقع الأرض محل التداعي وأسعار المثل، ولم يقدم المطعون ضده ثمة مستند يستفاد منه عدم سلامة تقدير اللجنة للسعر أو أن أسعار حالات المثل على النحو الذي يدعيه بعشرة جنيهات للمتر وإنما جاء قوله في هذا الشأن مرسلاً دون ثمة دليل يسانده، ما تكون دعواه غير قائمة على سند صحيح من القانون(١).

ثالثاً: أن تقييم اللجنة لأسعار الأراضي محل وضع اليد تدخل في إطار القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي يطعن عليها بالإلغاء أمام محاكم مجلس الدولة حيث توافرت في هذا القرار كافة مقومات القرار الإداري بما يمكن معه إلغاؤه وقد ذهب إلى ذلك قضاء محكمة النقض حين قضى بعدم اختصاصه بنظر القرارات الصادرة عن لجان التثمين وجاء في حيثيات حكمه أنه : " وحيث إن مما ينعاه الطاعنون بصفتهم على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقول إن النزاع موضوع الدعوى يتعلق بالطعن على قرار اللجنة العليا لتقدير أثمان أراضي الدولة الخاصة والذي اعتمد من الطاعن الأول بصفته ومن ثم فإن هذا القرار يعد من القرارات الإدارية التمهيدية السابقة على انعقاد العقد بين جهة الإدارة والتي يمثلها الطاعن الأول بصفته وبين المطعون ضده والتي ينحصر عنها اختصاص القضاء العادي وينعقد الاختصاص بنظرها لمحاكم مجلس الدولة..."

"وحيث إن هذا النعي شديد، لما كان ذلك وكان التعاقد مع جهة الإدارة بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة عملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدى بحت والآخر إداري وفيه تسير الإدارة على مقتضى النظام القانوني المقرر لذلك، وتصدر في هذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوفر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية تحديد شروط للبيع والإذن به وإبرامه أو اعتماده وتبقى هذه القرارات السابقة على التعاقد منفصلة عن العقد قائمة بذاتها منفردة بطبيعتها، وإن كان تمهد لإبرامه وتسهم في تكوينه وتستهدف إتمامه فتختص جهة القضاء الإداري دون غيرها - بإلغائه ... "(٢).

رابعاً: التراخي من قبل الجهة الإدارية في اتمام البيع بعد التثمين من قبل لجان التقييم أو التثمين دون سبب راجع إلى المشتري لا يترتب عليه معاودة التثمين مرة أخرى بما

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٦٧٠ لسنة ٤٧ ق، سابق الإشارة إليه.
(٢) محكمة النقض في الطعن المقيّد في جدول المحكمة برقم ١٢١٧٤ لسنة ٧٨ القضائية جلسة يوم الأحد ٢٣ من ذي الحجة سنة ١٤٢٧ هـ والموافق ٢٥ من سبتمبر سنة ٢٠١٦ م.

يتناسب مع قيمة العقار وقت إتمام البيع وذلك إذا كان تثمين العقار في وقت لم يصدر في ظل قرار يخول الجهة الإدارية إعادة التثمين.

وفي ذلك قضت محكمة النقض أنه : "ومن حيث أن البادئ من الأوراق التي قدمتها الجهة الإدارية الطاعنة في مرحلة الطعن بجلسة ٢٠٠٤/٢/١٦ فقد ورد بمذكرة المستشار القانوني لمحافظة البحيرة المؤرخه في ١٩٩٩/١/٢٤ أنه صدر قرار محافظ الجيزة رقم ٨٣ لسنة ١٩٩٤ م بتشكيل لجنة تقدير أثمان أراضي الحكومة ثم صدر قرار المحافظ رقم ٣٠٦٦ لسنة ١٩٩٨ م باستبدال المادة الرابعة من القرار الأول بالنص التالي: "تظل تقديرات اللجنة سارية لمدة عامين بالنسبة للأراضي المعدة للبناء ...".

وانتهت مذكرة المستشار القانوني إلى أن التقدير المشار إليه قد سقط لمضي أكثر من عامين عليه طبقاً لقرار محافظ الجيزة رقم ٣٠٦٦ لسنة ١٩٩٨ وأن اللجنة المختصة بتاريخ ١٩٩٨/٣/١٢ م قدرت سعر المتر بمبلغ ١٠٠٠ جنيه لوقوع الأرض داخل كردون مدينة الجيزة وتتمتع بمعظم المرافق والخدمات التي تتمتع بها المدن الكبرى وأن التقدير الأخير روعيت فيه الأسعار الحالية ... (١).

وفي واقع الأمر، نرى من وجهة نظرنا - وإعمالاً للقواعد العامة في مجال القرار الإداري عدة نقاط تخص مدى تراجع لجان التثمين عن تقدير الثمن المقرر طالما لم يتم إتمام البيع، الأول: لا بد من التفرقة بين ما إذا كان قرار لجان التثمين أو التقييم قد تم اعتماده أم لا ، ففي حالة عدم اعتماده فيعد إجراءً تمهيدياً وليس قراراً إدارياً نهائياً مما يجوز معه تراجع اللجنة عن تقدير سعر العقار، أما إذا تم اعتماده أضحي قراراً إدارياً تسري عليه قواعد السحب منها جواز سحبه خلال سنتين يوماً من تاريخ إصداره أو قواعد الإلغاء بما يجوز للجهة الإدارية إلغاؤه ما لم يتعلق حتى الغير به أو اكتسب مركزاً قانونياً، ولاشك أن تقدير سعر المتر بمقتضى قرار معتمد من الجهة صاحبة الولاية ترتب حقاً مكتسباً لو اضعي اليد على العقار، مفاد ذلك، عدم تحويل السلطة الإدارية الحق في سحبه أو إلغاؤه إلا إذا صدر قرار لجنة التثمين في ظل قوانين أو لوائح تخول للإدارة ذلك الحق. والضابط في ذلك تحقيق الصالح العام بحيث تبين خطأ اللجنة في تقدير سعر العقار أو ظهرت عوامل ومؤثرات تزيد من سعر الأرض محل وضع اليد قبل إتمام البيع خاصة إذا كانت الأرض سبب هذه التحسينات كتوصيل المرافق أو توسيع الطريق الواقع عليه العقار أو توفير خطوط مترو أو سكك حديدية.

(١) طعن إدارية عليا رقم ٢٥٣٤ لسنة ٣٦ ق - عليا - جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١ م - الدائرة الأولى عليا.

خامسا: أن التظلم على قرار اللجنة التي حددت اختصاصاتها بمقتضى المادة الخامسة من اللاحة التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ جوازي ومن بينها تحديد مقابل التصرف السوارى فى البند ثالثا من الاختصاصات المحددة لها وتقدير مقابل الانتفاع عن فترة وضع اليد وحتى تاريخ تقديم الطلب المدرج فى البند الخامس، حيث ورد فى ختام هذه المادة " ولذوى الشأن التظلم منه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإخطار إلى اللجنة ذاتها والتي تفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه" وهي ذات العبارات الواردة فى الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ والتي تفيد جواز تقديم التظلم من عدمه إلى هذه اللجنة.

ومن ثم فقد حدد القانون ولائحته التنفيذية مدة خمسة عشر يوما لتقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة، وألزم القانون ولائحته الفصل فى ذلك التظلم خلال هذه الخمسة عشر يوما من تاريخ تقديم التظلم.

ومؤدى ما تقدم، فإن الطعن على قرارات لجان التثمين والتي اعتمدت من الجهة المختصة أمام المحكمة المختصة يعد مقبولا حتى لو لم يقدم التظلم وانتهج ذوى الشأن طريق الطعن مباشرة أمام المحاكم.

المبحث الثاني

الطابع الاستثنائي فى مرحلة التنفيذ

كيفية سداد قيمة العقار

مايزت اللاحة التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بين حالة التعامل على العقار بالبيع وبين حالة الإيجار المنتهى بالتملك أو الترخيص بالانتفاع من حيث كيفية السداد، كما نظمت طريقة السداد لمقابل الانتفاع بالعقار عن الفترة السابقة على تقنين وضع واضعى اليد، ونوضح كل هذه النقاط من خلال ما يلى:

أولا: سداد قيمة العقار فى حالة البيع

يسدد صاحب الشأن ٢٥ % من قيمة العقار وذلك خلال شهر من تاريخ إخطار المتصرف إليه بسداد هذه القيمة، ويتم الإخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه الثابت ببطاقة الرقم القومى المرفق صورتها بطلبه أو العنوان الذى يختاره ويحدده فى الطلب.

وعند تحديد عقد البيع، يسدد صاحب الشأن باقى القيمة نقدا عند تحديد عقد البيع(١).

(١) المادة السابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧.

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة السابعة من اللائحة المذكورة تقسيط باقي الثمن على دفعات وذلك بالشروط الآتية:

١- موافقة الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو رئيس الجهاز بحسب الأحوال.

٢- أن يتم ذلك خلال سنة من تاريخ سداد نسبة الـ (٢٥%)

٣- أن يسدد الثمن بواقع ٢٥% من ثمن العقار على ثلاث دفعات كل أربعة أشهر.

٤- أن يدفع صاحب الشأن عائد يعادل ٧% عن المدة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد (١).

ثانيا: حالة التعامل على العقار بالإيجار المنتهي بالتملك أو الترخيص بالانتفاع:

ويسدد مقابل التصرف بالنظر لطبيعة العقار ونوع النشاط والعائد منه، وسعر المتر أو الفدان وقت التصرف بناء على سعر المثل بالمنطقة وموقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة، ويؤخذ في الاعتبار درجة التميز وموقع الأرض داخل أو خارج الزمام- ومدى توافر المرافق والبنية الأساسية لها (٢).

ويترك تحديد كيفية السداد لإرادة الطرفين، فيكون سداد القيمة الإيجارية أو قيمة الاستغلال لهذا العقار وفقا للشروط التي ترد في العقد المبرم بين الجهة الإدارية المختصة والمتصرف إليه (٣).

ثالثا: سداد مقابل الانتفاع عن مدة وضع اليد السابقة:

(١) وقد حذت اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ طريقة سداد قيمة العقار سواء بالبيع أو الإيجار أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال بمقتضى المادة الثامنة منه فنصت على أنه: " يكون سداد مقابل التعامل سواء بالبيع أو التاجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال على النحو التالي: - سداد ١٠% من القيمة خلال أسبوع من تاريخ إخطار المتعامل معه بسداد هذه القيمة على أساس الأسعار والشروط التي حددتها الجهة الإدارية للتعامل.

- ويسدد باقي القيمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ سداد نسبة الـ ١٠% المشار إليها.
- ويجوز بموافقة الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بحسب الأحوال سداد باقي القيمة على دفعتين يستحق عنها مقبل عن المصروفات الإدارية لا يجاوز ٤% سنويا عن المدة من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد.
- وفي جميع الأحوال لا يتم نقل ملكية العقار إلا بعد سداد كامل المستحقات المالية للجهة الإدارية صاحبة الشأن.
وفيما يتعلق بقرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن قواعد وشروط تملك واضعي اليد على أراضي شبه جزيرة سيناء فتتص المادة الثانية عشر على أنه: "يكون سداد مقابل التعامل بالبيع ومقابل الانتفاع عن مدة وضع اليد السابقة من تاريخ وضع اليد وحتى تاريخ التعاقد وتحدده لجنة التقييم حسب حجم الاستفادة من العقار والمنطقة الواقعة فيها على النحو التالي:
١- سداد (١٠%) من القيمة خلال أسبوع من تاريخ إخطار المتعامل معه بسداد هذه القيمة على أساس الأسعار والشروط التي حددتها الجهة الإدارية للتعامل.

٢- تسدد باقي القيمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ سداد نسبة الـ (١٠%) المشار إليها.
٣- يجوز بموافقة الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بحسب الأحوال سداد باقي القيمة على دفعتين يستحق عنها مقبل عن المصروفات الإدارية لا يجاوز (٤%) سنويا عن المدة من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد ويحد أقصى ثلاث سنوات.
٤- يتم سداد مقابل أنشطة وخدمات الجهاز الوطني لتنمية شبه جزيرة سيناء فور موافقة الجهاز على التعاقد.
وفي جميع الأحوال لا يتم نقل ملكية العقار أو التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات إلا بعد سداد كامل المستحقات المالية.
وفي حالة سداد كامل ثمن الأرض دفعة واحدة يخصم (١٠%) من إجمالي ثمن الأرض.

(٢) م ٥ من اللائحة التنفيذية.
(٣) م ٨ من اللائحة المذكورة.

وهي المدة المقررة من تاريخ وضع اليد وحتى تاريخ اعتماد قرار اللجنة، ويسري عليها ذات قواعد السداد المقررة في شأن التصرف بالبيع المنصوص عليها بالمادة السابعة والسابق ذكرها (١).

ويترتب على عدم سداد قيمة العقار على النحو الوارد في اللائحة عدم نقل ملكية العقار إلا بعد سداد كامل المستحقات المالية للجهة الإدارية المختصة.

امتيازات الإدارة خلال مرحلة تنفيذ التعاقد

تملك الإدارة حيال تنفيذ العقد الإداري مجموعة من السلطات والحقوق في مواجهة المتعاقد معها بحيث تتمكن من تحقيق الصالح العام منها حق تعديل العقد بالإرادة المنفردة وحق توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد مع الإدارة بغية الحفاظ على حسن سير المرافق العامة، وإن كانت الإدارة تتمتع بمثل هذه الامتيازات غضون تصرفاتها الصادرة منها بصدد إدارة المرافق العامة بما يعد معه العقد إداريا إلا أن كثير من هذه الملامح تبتدي مع الإدارة في مراحل العقد المختلفة وأيضا في مرحلة تنفيذ تعاقدات الإدارة المتعلقة بأعمالها الخاصة (٢).

وقد قضت المحكمة الدستورية وهي بصدد حديثها عن سلطة الإدارة في إنهاء عقد بيع أملاك الدولة الخاصة بالإرادة المنفردة، فقررت: "من المقرر قانونا أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني، إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، إذا كان ذلك، وكان البين من عقد البيع المشار إليه، وما أحال إليه من أحكام تكميلية، أنه قد خلا من أي شرط استثنائي، فلا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة، كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام، وإنما هو عقد بيع بالممارسة لقطعة أرض من أملاك الدولة مما تدخل في نطاق دومينها الخاص، وتظل نائبة عن مفهوم المرفق العام بالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة، وتدار بأساليب القانون الخاص التي تختص بنظر المنازعات

(١) وقد كانت القوانين السابقة تسمح للجهة صاحبة الولاية تحديد مدة لتقاضي مقابل انتفاع عن فترة وضع اليد. ومثال لذلك قرار محافظ الإسكندرية رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٢ الذي صدر في ظل القانون ١٣١ لسنة ١٩٨٤ بإصدار القانون المنفي والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصريف فيها وتعديلاته والقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية والقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة والقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاص، حيث نص في ملأته الأولى على أنه: "لا يجوز لجهاز حماية أملاك الدولة مطالبة المواطنين بمقابل انتفاع لمدة تزيد على خمس سنوات سابقة على تاريخ الموافقة على بيع الأراضي".

(٢) د. فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٢٤٨ وما بعدها وفي ذلك أيضا د. عاطف محمد عبد اللطيف، بحث بعنوان امتيازات الإدارة خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري في القانون المصري.

التي تثار بشأنها جهة القضاء العادي، ولا يدعو استعمال جهة الإدارة لحقها في الفسخ أن يكون إعمالاً من جانبها لنص المادتين (١٥٧ و ١٥٨) من القانون المدني التي تجيز أحكامها الاتفاق في العقود الملزمة للجانبين، على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، وبالتالي فإن القرارين الصادرين من محافظ كفر الشيخ بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وإزالة وضع يد المشتري على الأرض محل التداعي، لا يعتبران من قبيل القرارات الإدارية التي تختص جهة القضاء الإداري بنظر طلبات إلغائها.... (١).

وقد استعملت الجهة الإدارية سلطتها في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وأرجعت المحكمة تلك السلطة إلى قواعد القانون المدني التي تجيز اتفاق طرفي التعاقد على جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا وإن كان هذا الحكم تعالج حالة استعمال هذه السلطة في حالة الاتفاق إلا أن الأمر لا يبدو واضحاً حال عدم الاتفاق على سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة داخل العقد كأن ينص المشرع على ذلك كسلطة ممنوحة للجهة الإدارية بنص القانون، وحال قيام الإدارة بالإنتهاء بإرادتها المنفردة دون اتفاق أو نص أياً ما كان الأمر فإن من المؤكد أن الإدارة لها حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة داخل كثير من عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة.

إضافة إلى ذلك يجوز للجهة الإدارية تحصيل مستحققاتها الناشئة عن تصرفاتها الواردة على أملاك الدولة الخاصة عن طريق الحجز الإداري وهو رخصة مقررّة للجهة الإدارية الدائنة، فيجوز للإدارة تحصيل الضرائب والرسوم والأتاوات بجميع أنواعها، كما يجوز لها تحصيل المبالغ المستحقة للدولة مقابل خدمات عامة والمصروفات التي تبذلها الدولة نتيجة أعمال وتدبير تقضي بها القوانين وأيضاً الغرامات المستحقة للحكومة قانوناً وإيجارات أملاك الدولة الخاصة ومقابل الانتفاع عن أملاكها العامة سواء في ذلك ما كان بعقد أو مستقلاً بطريق الرخصة، وأثمان أطيان الحكومة المباعة وملحقاتها وفوائدها والمبالغ المختلصة من الأموال العامة وغير ذلك من المبالغ التي تعد فيها الإدارة جهة دائنة ولها استثناء مستحققاتها(٢).

(١) القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ قضائية تنازع جلسة ٢٠٠١/٥/٢٠ ج ٩ دستورية ص ١٢٢٢.
(٢) عبد المنعم حسني (الحجز الإداري) علماً وعملاً، الطبعة الرابعة ١٩٩٠ مركز حسني للدراسات القانونية، ص ٢٧ وما بعدها.

وتقضي المحكمة الدستورية أنه: "تحويل الشخص العام اقتضاء حقوقه الناشئة عن إيجار أملاكه الخاصة عن طريق الحجز الإداري، خلافاً لقواعد التنفيذ الجبري المقررة في قانون المرافعات استثناء مبرر، لا يخالف أحكام الدستور.

"تحويل الشخص العام اقتضاء حقوقه الناشئة عن إيجار أملاكه الخاصة عن طريق الحجز الإداري، باعتباره طريقاً ميسراً لاقتضاء تلك الحقوق، وذلك على خلاف القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن التنفيذ الجبري الواجب اتباعها لاقتضاء حقوق سائر الدائنين، ولئن كان يتضمن تمييزاً للشخص العام في هذا الصدد، إلا أن هذا التمييز مرده تمكين الشخص العام من استثناء حقوقه من مدينيه للوفاء بالتزاماته في اشباع الحاجات العامة ومن ثم يقوم هذا التنظيم على أسس موضوعية تبرره، ولا ينظر بالتالي إلى مخالفته لمبدأ المساواة" (١).

ومن ثم يعد الحجز الإداري طريقاً لاقتضاء حقوق الجهة الإدارية مقررأ لها وحدها دون غيره وفي ذلك تقضي محكمة النقض أن: "إجراءات الحجز والبيع الإداري كما نظمها القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ لا تعد .. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الأوامر الإدارية التي لا يجوز للمحاكم إلغاؤه أو تأويلها أو وقف تنفيذها بل هي وليدة نظام خاص وصفه المشرع ليسهل على الحكومة أو بعض الهيئات - بمقتضى تشريع خاص بوصفها دائنة - تحصيل ما يتأخر لها لدى الأفراد من مستحقات وعلى هذا الأساس تختص القضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بإجراءات هذه الحجوز الإدارية أو إلغائها أو عدم الاعتداد بها أو وقف إجراءات البيع الناشئة عنها أسوة بالمنازعات المتعلقة بالحجوز القضائية" (٢).

وقد فرق المشرع في اتباع إجراءات الحجز الإداري بين أملاك الدولة الخاصة والأموال العامة وقد قضت محكمة النقض في ذات حكمها أنه: "مؤدى ما نصت عليه المادة من

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٣ قضائية دستورية ٢٠٠٤/٣/٧ ج ١١ دستورية ص ٤٦٤ .
(٢) محكمة النقض، الطعن رقم ١٧٠٨ لسنة ٦٢ القضائية، جلسة ٢٧ فبراير ٢٠٠٠، المكتب الفني - منفي - الجزء الأول - السنة ٥١ - ص ٣٥٤

وفي ذلك أيضاً حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٤١٦٧ لسنة ٦٣ قضائية، جلسة ٢٠٠١/٥/١٣ وقررت أنه: "مؤدى ما نصت عليه المادة الأولى من القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع إذا أجاز للحكومة وللأشخاص الاعتبارية التي نص عليها، اتباع إجراءات الحجز الإداري المبينة بهذا القانون لتحصيل مستحقاتها قبل الغير عند عدم الوفاء بها في مواعيدها فقد حدد المستحقات التي يجوز تحصيلها بهذا الطريق على سبيل الحصر وفرق في ذلك بين أملاك الدولة الخاصة وأملاكها العامة، فقصر اتباع الإجراءات المذكورة في الحالة الأولى على مبالغ الإيجار المستحقة فحسب وأجاز اتباعها بالنسبة لمقابل الانتفاع بالأملاك العامة، سواء أكان هذا الانتفاع بموجب عقد أو بدونه باستغلالها بطريقة الخفية. وإذا كان البين من الأوراق أن الأرض الزراعية موضوع النزاع هي من أملاك الدولة الخاصة التي ألت إليها بطريق الاستيلاء تنفيذاً لأحكام قوانين الإصلاح الزراعي التي تقضي بإلولة الأراضي المستولى عليها بمقتضى هذه القوانين إلى الدولة من تاريخ صدور قرار الاستيلاء النهائي عليها وكان من غير الثابت في الأوراق أن المطعون ضده تربطه بالطاعن أية علاقة تعاقدية، وبالتالي لا يعتبر مقابل الانتفاع بأرض النزاع من قبل الأجرة المنصوص عليها والتي يجوز تحصيلها باتباع إجراءات الحجز الإداري، وحينئذ لا يكون للطاعن إلا المطالبة بحقه بالطريق العادي أمام القضاء".

القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري أن المشرع إذ أجاز للحكومة الاعتبارية التي نص عليها، اتباع إجراءات الحجز الإداري المبينة بهذا القانون لتحصيل مستحققاتها قبل الغير عند عدم الوفاء بها في مواعيدها حدد المستحقات التي يجوز تحصيلها بهذا الطريق على سبيل الحصر، وفرق في ذلك بين أملاك الدولة الخاصة وأملاكها العامة، فقصر اتباع الإجراءات المذكورة في الحالة الأولى على مبالغ الإيجار المستحقة فحسب وأجاز اتباعها بالنسبة لمقابل الانتفاع بالأملاك العامة سواء كان هذا الانتفاع بموجب عقد أو بدونه باستغلالها بطريقة الحفية.

مرحلة ما بعد التعاقد في قانون ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

القاعدة العامة أن العقود تلتقى بالتزامات متبادلة على عاتق طرفي التعاقد، كما أنها تكسب كليهما حقوقاً، ويصبح تنفيذ العقد رهنا بأعمال حقوق والتزامات الطرفين، وحيث أن قانون ١٤٤ يهدف إلى تقنين أوضاع واضعي اليد على أراضي الدولة، كما يتغيا تحصل الدولة على كامل مستحققاتها المهذرة نتيجة اعتداء واضعي اليد على أملاك الدولة الخاصة دون دفع المقابل، لذا فإن التعاقد يرتب التزاماً على المتعاقد مع الإدارة بدفع الثمن المقدر وفقاً للضوابط والشروط الواردة في القانون مقابل تقنين وضع يده على عقارات الدولة من خلال تملكها إذا كان التصرف بيعاً أو استأجرها أو استغلالها بترخيص صادر عن الإدارة (١).

وقد أكدت على ذلك اللائحة التنفيذية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩ للقانون المذكور في مادتها السابعة للفقرة الأخيرة حيث قررت أنه لا تنتقل ملكية العقار إلا بعد سداد كامل المستحقات المالية للجهة الإدارية المختصة حرصاً من المشرع على استئداء الدولة لكامل حقوقها قبل حصول المتعاقد على ميزة تقنين وضع واضعي اليد وقد أضفى القانون على حصيلة التصرف في الأراضي وفق أحكام هذا القانون صفة المال العام بما فيها الرسوم (٢). حيث تعد هذه الأموال مورداً من موارد الجهة الإدارية.

وقد أناطت المادة المذكورة بمجلس الوزراء تحديد الأغراض التي تخصص لها حصيلة التصرف، وقواعد الصرف منها، وإجراءاته وحدوده وذلك بناء على اقتراح الوزير التابع له الجهة صاحبة الولاية وعرض وزير المالية. واستثناء من ذلك تؤول إلى المحافظات نسبة ٢٠ % من هذه المبالغ المحصلة إذا تم التصرف بناء على التفويض الصادر من

(١) م ٩ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٧.

(٢) م ١٢ من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩.

الجهة صاحبة الولاية إلى المحافظ وفقا للمادة الرابعة السابق ذكرها من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ ، وقد حدد القانون واللائحة أوجه انفاقها بحيث يتم تخصيصها لتمويل المشروعات القومية داخل المحافظة(١).

ونصت المادة العاشرة من اللائحة المذكورة على أنه: تتولى وزارة المالية إعداد نماذج استرشادية للعقود التي تحدد طبقا لأحكام القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه وأحكام هذا القرار".

ونصت المادة (١١) من ذات اللائحة على أنه : تنشأ بكل جهة إدارية قاعدة بيانات لكافة العقود المملوكة لها وما تم التصرف فيه طبقا لأحكام هذا القرار، وأسلوب التصرف، وقيمته، والبيانات الكافية عن المتصرف إليهم.

"وتخطر كل من الهيئة العامة للخدمات الحكومية والمركز الوطني لتخطيط استخدامات أراضي الدولة بصفة دورية بكافة ما يتم إثباته من بيانات بتلك الجهات لإثباتها بقاعدة البيانات المنشأة لدى كل منهما".

وقد حرصت اللائحة بتوفير نظام إلكتروني يسهل على الإدارة كافة العقارات المملوكة لها وما تم التصرف فيه وكافة البيانات المتعلقة بهذا التصرف كأسلوبه وقيمته تحقياً لمصلحة الدولة في حصر عقاراتها وتحديد أثمان التصرف فيها. ومن البيانات الهامة التي أغفلتها المادة الحادية عشر تاريخ التصرف لأن ذلك يسهم في تحديد أثمان المثل في المنطقة بحيث لا تستطيع لجنة التقييم النزول عن ذلك التقييم(٢).

(١) وقد نصت المادة (١٦) من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن قواعد وشروط تملك واضعي اليد على أراضي في شبه جزيرة سيناء أنه : تعد حصيلة بيع الأراضي لواقع اليد طبقا لأحكام هذا القرار أموالاً عامة ويتم إيداعها في حساب خاص بالبنك المركزي المصري وتخصص للتصرف على أغراض تنمية شبه جزيرة سيناء والمتطلبات الحتمية في الموازنة العامة للدولة وفقا لما يقرره رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزير المالية ورئيس مجلس إدارة الجهاز الوطني لتنمية شبه جزيرة سيناء.

(٢) وقد كان قرار رئيس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بالأحكام المنفذة للقانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ الملغى في ملته التثنية عشر على أنه: تنشأ بكل جهة إدارية قاعدة بيانات لكافة العقارات المملوكة لها وما تم التصرف منها وأسلوب التصرف وقيمته والبيانات الكافية عن المتصرف إليهم.

وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بصفة دورية بكافة ما يتم إثباته من بيانات بتلك الجهات لإثباتها بقاعدة البيانات المركزية المنشأة لديها.

الفصل الثاني

القيود الاستثنائية على سلطة الإدارة في التصرف إلى واضعي اليد والاختصاص القضائي

بنظر المنازعات الناشئة عن تلك التصرفات

تمهيد وتقسيم

من المتعارف عليه أن الإدارة وهي تباشر وظيفتها الإدارية تستعين في ذلك بوسائل القانون العام بغية تحقيق المصلحة العامة، وفي المقابل تفرض عليها قيوداً استثنائية لا مثل لها في علاقات القانون الخاص(١). والضابط في ذلك هو تحقيق مصلحة الجمهور، وضمان انتظام وحسن سير المرافق العامة فمثلاً فهي تلتزم في تعيين موظفيها بعدة ضوابط لا بد أن تحكمها منها مبدأ المساواة بين المتقدمين لشغل الوظيفة بمعنى أن تتم المفاضلة بينهم على أسس موضوعية وهو قيد غير وارد على سلطة صاحب العمل في علاقات العمل في ظل القانون الخاص.

وفي مجال العقد الإداري، تفرض إجراءات محددة على الجهة الإدارية لإتمام التعاقد الإداري، تحقيقاً لمبادئ الشفافية ودرءاً لشبهة الفساد، كما تحدد لها طرقاً لتثمين المبيع مراعية في ذلك مجموعة من الضوابط، كما أن الدولة تظل دائماً حريصة على حسن سير المرافق العامة فتلتزم في بعض الأحوال بتعويض المتعاقد معها بل تحمل أعباء مالية في بعض الأحوال دون خطأ منسوب للجهة الإدارية وذلك تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري.

وقد عرضنا في الفصل الأول طابع السلطة العامة في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة وقد اشتمل القانون على مجموعة من الضوابط والقيود على سلطة الجهة الإدارية في التعاقد على أملاك الدولة ضماناً لتحقيق الغاية التي تغيهاها المشرع من استئداء حق الدولة من قبل واضعي اليد على أملاكها الخاصة وتقنين أوضاع واضعي اليد على عقاراتها.

وقد ينجم عن التصرف في أملاك الدولة الخاصة علاقات قانونية سواء في مرحلة سابقة على التعاقد أو داخل العقد ذاته مما ينشئ منازعات على حقوق والتزام طرفي التعاقد أو طعون على بعض قرارات الإدارة التي تتخذها قبل إبرام العقد أو في مرحلة التنفيذ، ونظراً للطبيعة الخاصة لهذه العقود باعتبارها واردة على أملاك الدولة الخاصة وتعلق بحقوق ملكية مدنية، وتشتمل في ذات الوقت على طابع استثنائي تحقيقاً لغايات الصالح العام،

(١) د محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢ ص ٥ وما بعدها.

فيذكر أمر تحديد الاختصاص القضائي بنظر تلك المنازعات، وما يؤكد ذلك تضارب أحكام محاكم جهة القضاء العادي من ناحية، وتناقض أحكام جهة القضاء الإداري من ناحية أخرى، والتعارض بين أحكام جهتي القضاء وقد بلغ هذا التعارض إلى حد تدخل المحكمة الدستورية العليا من خلال دعاوى تناقض الأحكام الصادرة في شأن منازعات متعلقة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة.

ونعرض لكل هذه الأفكار من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: القيود الواردة على طرفي التعاقد في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات تلك العقود

المبحث الأول

القيود الواردة على طرفي التعاقد في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة

تحاط عقود الدولة سواء ما تعلق منها بالمرافق العامة أو ارتبط بأموال الدولة الخاصة بمجموعة من الضوابط التي تكفل تصرف الدولة على نحو محقق للمصلحة العامة، ونعرض هنا في بادئ الأمر بإيجاز لبعض القيود المتفق ورودها بصدد تعاقدات الدولة الإدارية.

ففي حالة العقود التي تتحمل فيها الدولة التزامات مالية، لا بد من توافر الإذن المالي حيث لا تستطيع الإدارة الالتزام بالتعاقدات من الناحية المالية إلا إذا توافر لها الاعتماد المالي لذلك، إلا أن غياب هذا الاعتماد لا يؤدي إلى بطلان التعاقد حيث تظل الدولة ملتزمة أمام المتعاقد معها سواء كان الاعتماد غير موجود كلية أو سواء كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به (١).

وفي أحوال أخرى، لا بد من الحصول على تصريح بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدون هذا الإذن، فيصبح ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية بمعنى أن تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ١٩٩١، ص ٣٣٧، ٣٣٨. فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا، ينبعث صحيحا، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية، وعلّة ذلك ظاهرة، وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقنن الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقننًا إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود العرض، فكل أولئك من اللغائقي التي يتعذر على الفرد العادي، بل الحريص، التعرف عليها، ولو جعل صح العقود الإدارية أو نفاذها رهنا مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، ص ٦٩٨.

فهي قواعد متعلقة بالنظام العام، وفي بعض الأحوال يشترط إذن البرلمان قبل إبرام بعض العقود الهامة، أو صدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد وقد يتعلق الأمر بضرورة استشارة جهة معينة قبل إتمام التعاقد، وذلك كاستشارة إدارة الفتوى في مجلس الدولة فيما يخص العقود التي تزيد على خمسة آلاف جنيه.

أما فيما يتعلق بالتعاقد ذاته، ضرورة إبرام العقد من قبل أشخاص محددين يعينهم المشرع، ولا يجوز لهم تفويض غيرهم إلا بمقتضى إذن قانوني بذلك، وقد يشترط الكتابة في العقد فقد أخضع المشرع بعض العقود لإجراءات شكلية معينة، ولكن من المسلم به أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، فما لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكليا معينا في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية، لكن شرط الكتابة يعد من الاتساع بحيث يشمل الكثير من الحالات لأن ذلك يسهل إثبات حقوق والتزامات طرفي التعاقد إضافة إلى حظر بعض الأفعال على الطرف المتعاقد مع الإدارة، كحظر التصرف قبل مروره فترة معينة، أو اشتراط استعمال الملك في غرض محدد بحيث يفسخ العقد حال استخدام العقار في غير الغرض المخصص له.

وقد تفرض على المتعاقد مع الإدارة عقوبات جنائية وجزاءات إدارية وتعاقدية ناجمة عن إخلاله بالتزامه. ونعرض لتلك القيود والمحظورات والجزاءات في ضوء القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ مقارنة بالقوانين السابقة وفي ضوء أحكام القضاء، ونقسم ذلك المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعاقد

المطلب الثاني: المحظورات الواردة على سلطة المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الثالث: الجزاءات المفروضة على المتعاقد حال إخلاله بالتزامه

المطلب الأول

القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعاقد

ترد العديد من القيود على كل من السلطة الإدارية صاحبة الولاية في التعاقد وعلى الطرف المتعاقد مع الإدارة وذلك بصدد عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة، وإذا تعرضنا لهذه القيود نجد منها ما هو وارد داخل القانون محل الدراسة (القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧) ومنها ما هو مقرر بمقتضى قوانين أخرى تخص عقود الدولة.

الفرع الأول

القيود المدرجة في القانون

١- أول هذه القيود يتعلق بطريق التعاقد وهو الاتفاق المباشر، حيث أن الأصل في تعاقدات الدولة هو التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات، ويجوز استثناء التعاقد بطريق الأمر المباشر إذا تعلق الأمر باعتبارات الأمن القومي أو كان الأمر يتعلق بالتعاقد مع محتكر أو إذا نص القانون على ذلك، وقد تعرضنا آنفاً لذلك ونحن بصدد دراسة مرحلة إبرام العقد.

وقد نص القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ في مادته الثانية: - "ويجوز لها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة والخاضعة لولايتها بطريق الاتفاق المباشر لواقع اليد الذي قام بالبناء عليها بالفعل أو لمن قام باستصلاحها أو باستزراعها بالفعل.....". وهو ذات مضمون ما نصت عليه المادة الرابعة من لائحته التنفيذية والتي تنص على أنه: "يكون التصرف المباشر إليه بالمادتين الأولى والثانية من هذا القرار بطريق الاتفاق المباشر بناء على طلب يقدم من واطع اليد إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذا القرار".

وهكذا فقد عين القانون ولائحته التنفيذية طريق التعاقد بالاتفاق المباشر (١) مع واضعي اليد على عقارات الدولة الخاصة حيث هدف القانون إلى تقنين أوضاع هؤلاء واستثناء الدولة لحقوقها.

٢- ضرورة اتباع الإجراءات التي عينها المشرع في القانون، ولائحته التنفيذية في المادة الخامسة بدءاً بتقديم الطلب من واطع اليد إلى الجهة الإدارية المختصة وإيداع

(1) وهو ذات ما قرره قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن قواعد وشروط تملك واضعي اليد على أراضي شبه جزيرة سيناء، مادته الخامسة: "يكون التعامل بالبيع على الأراضي المبنية أو الممنصلة والمستزعة بطريق الاتفاق المباشر وذلك بالقواعد والشروط والضوابط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار وتعتمد نتيجة التصرف بقرار من الوزير المختص أو المحافظ المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة بالجهة صاحبه الولاية على الأرض بحسب الأحوال".
وقد نصت اللائحة التنفيذية رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ الذي أتى بالأحكام المنفذة للقانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٩ في المادة العاشرة والمادة الحادية عشر عن التعامل بالاتفاق المباشر فضمت على أنه:
المادة العاشرة: أ- المقارنات التي تخصصها الدولة للمواطنين في حالات الإخلاء الإداري.
ب- المقارنات التي تقيمها الدولة بفرض تملكها أو تأجيرها مراعاة للبعد الاجتماعي.
ج- المقارنات التي يتم التصرف فيها لأصحاب المشروعات الصغيرة والمتناهية الصغر وفق أحكام القانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠٠٤ المشار إليه.

ويكون تحديد المقابل واسلوب سداده في تلك الحالات وفقاً لما قرره الجهة الإدارية المالكة.
المادة الحادية عشر: يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل واسلوب السداد - على أن تقوم اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية بالتحقيق من مناسبة هذا المقابل ويعرض وزير المالية ما تنتهي إليه اللجنة على مجلس الوزراء للاعتماد.

رسم الفحص ورسم المعاينة، وتشكيل لجان تضم عناصر فنية ومالية وقانونية لفحص الطلبات والمستندات المقدمة وفقاً لأحكام هذا القانون والبت فيها وهو ما سبق أن عالجنه بصدد مرحلة إبرام العقد.

٣- ضرورة النص على شرط التزام المتعاقد باستخدام الأرض واستغلالها في الغرض الذي تم التصرف إليه من أجله.

ويترتب جزاء البطلان المطلق على أي عقد يبرم بالمخالفة لهذا الشرط، ويعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء، مع التعويض إن كان له مقتضى. ولكل ذي شأن التمسك بالبطلان، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ولا يجوز شهر هذا التصرف.

وهو ذات ما قرره القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة (١)، حيث نصت المادة الثانية على: "يجب أن تتضمن عقود البيع النص على ضرورة التزام المشتري باستخدام الأرض واستغلالها في الغرض الذي بيعت من أجله، وفي حالة مخالفة هذا الشرط يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء مع التعويض إن كان له مقتضى.

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة على أنه: "يحظر استخدام الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون في غير الأغراض المخصصة من أجلها، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص - حسب الأحوال - إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأي غرض آخر".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أنه: "لما كان ذلك وكان الباب الثالث من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ولائحته التنفيذية اللذان يحكمان واقعة التداعي - وقيل إلغائه بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ اعتباراً من ١/٩/١٩٨١ قد أورد القواعد الخاصة بالتصرف في الأراضي الصحراوية بقصد استصلاحها وزراعتها ومنها ما نصت عليه المواد ٤٩، ٦٢، ٦٣ من اللائحة التنفيذية من أنه يجب على راغبي الشراء استصلاح الأرض المبيعة خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليهم وعدم عقد فيها إلا بعد التحقق من استصلاحها واستثناءً من ذلك أجاز نص المادة ٥١ من القانون سالف الذكر لوزير الإصلاح الزراعي واستصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في بعض العقارات

(١) الجريدة الرسمية في ٣١ مارس سنة ١٩٨٤ - العدد ١٣ مكرر.

التي تسري عليها أحكام هذا القانون دون التقيد بهذه الأحكام تحقيقاً لأغراض التنمية الاقتصادية أو النفع العام....".

"ومؤدى هذه النصوص مجتمعة أن بيع الأراضي الصحراوية لغير غرض استصلاحها وزراعتها يجب أن يصدر الترخيص عنه والتصديق على الثمن المحدد له من وزير الإصلاح الزراعي واستصلاح الأراضي - وقتذاك - وحدة دون سواه" (١).

ويلاحظ أن القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ قد استحدث جزاء البطلان المطلق على أي عقد يبرم بالمخالفة لهذا الشرط (٢) ولم يكتف بفسخ التعاقد، وقرر عدم جواز شهر التصرف على نقيض ما قرره محكمة القضاء الإداري من عدم جواز الامتناع عن الشهر حيث لم يخول المشرع مصلحة الشهر العقاري في رفض المحررات المشهورة إلا إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقي ولضمان سلامة وجدية عملية الشهر ألزم المصلحة بفحص الطلب وإعادةه إلى الطلب مؤشراً عليه برأيها إما بقبول الشهر أو رفضه، وفي الحالة الأخيرة ألزمها بتسبب رفضها وبيان المستندات اللازم استيفائها لإتمام الشهر، كما أخضع قرارها لرقابة القضاء فحول صاحب الشأن حقاً في الاعتراض على رأي المصلحة وفي ذلك قضت المحكمة أنه: "ولا ينال مما تقدم ما ورد بكتاب محافظة ٦ أكتوبر رقم ١١٧٤ المؤرخ ١٣/٩/٢٠٠٩ الموجه إلى نائب رئيس هيئة قضايا الدولة بشأن هذا الموضوع منه أنه "طبقاً للتخطيط العمراني المعد بمعرفة الهيئة العامة للتخطيط العمراني فإن النشاط بهذه المنطقة هو إسكان فاخر وعليه يتعين إعادة تقدير أثمان الأراضي بهذه المنطقة وتحصيل فرق تغيير النشاط وذلك طبقاً لقرارات اللجنة الوزارية للإنتاج الصادرة بجلسة ٩/١٠/٢٠٠٠، وأنه نظراً لوجود نزاع بين الجمعية والمحافظة حول بعض قطع الأراضي التي تزعم الجمعية أنها من ضمن الأراضي المخصصة لها فقد تم إحالة الملف بأكمله إلى مجلس الدولة لإبداء الرأي، وأن الجمعية قامت بتخصيص هذه الأراضي لآخرين وذلك بالمخالفة لعقد الشراء حيث أنه على المشاع وبالمخالفة أيضاً للنشاط المباعة من أجله الأرض" (٣).

(١) محكمة النقض، الطعن رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢.
(٢) حكم محكمة النقض الإداري، دعوى رقم ٤١٩٣٦ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٠١١/٥/٢١.
(٣) الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٦٠ (القضائية) جلسة ٢١ من مارس ١٩٩٦.
(٣-١) ملكية " ملكية الأراضي الصحراوية". هيئات بطلان " بطلان التصرفات". نظام عام. بيع التزام
١- إدارة الأراضي الصحراوية والتصرف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع منوط بالهيئة العامة لمشروعات التعمير التزام
المتصرف إليه في هذه الأراضي من الهيئة المنكورة - سواء بالبيع أو بالإيجار - باستصلاحها واستزراعها طبقاً للشروط والأوضاع
التي يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة في هذا الشأن، حظر استخدام تلك الأراضي في غير الغرض المخصصة من
أجله أو التصرف فيها أو تقرير حق عيني عليها إلا بعد استصلاحها واستزراعها. مخالفة ذلك. أثره. بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً
بالنظام العام. م ٢، ١٢، ١٦، ١٧ ق ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية.

٢- المتصرف إليه في الأراضي الصحراوية من الهيئة العامة لمشروعات التعمير. له بعد استصلاحها واستزراعها التصرف فيها. م ١٦ ق ١٣٤ لسنة ١٩٨١، العلاقة بين المتصرف إليه وبين مشتري تلك الأراضي منه يحكمها عقد البيع المبرم بينهما. عدم خضوعها للشروط والأوضاع التي يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها التي تبرمها مع المتصرف إليه منها.

٣- طلب الطاعة فسخ عقد البيع المبرم بينها وبين المطعون ضدها لتفاسخ الأخيرة عن زراعة الأرض محل البيع أصلاً للمدتين ١٦ ن ١٧ ق ١٤٣ لسنة ١٩٨١. رفض الدعوى على سند من أن الطاعة هي المتصرف إليها بالبيع من الهيئة العامة لمشروعات التعمير وقد استصلحت الأرض الصحراوية المبيعة لها ثم باعها كأرض مستصلحة وممتزعة للمطعون عليها وخلو عقد البيع المبرم بين الأخيرة وبين الطاعة من تقرير جزاء الفسخ إذا تاعتت المطعون ضدها عن زراعة الأراضي المبيعة لها. صحيح في القانون.

٤، ٥- عقد "فسخ العقد: الفسخ القضائي". حكم "تسبيبه". خبرة محكمة الموضوع. إثبات.

٤- تقدير عقوبة أسباب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المتصرف في العقد أو نفي التقصير عنه. من أمور الواقع. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى.

٥- تقرير الخبير من عناصر الإثبات. خضوعه لتقدير محكمة الموضوع دون معقب. أخذها به محمولاً على أسبابه وإحالتها إليه. مؤداه. اعتبارها جزءاً مكملاً لأسباب حكمها دون حاجة لتدعيمه بأسباب أخرى.

١- النص في المادة الثانية من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية على أن "تكون إدارة واستغلال والتصريف في الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون وفقاً للأوضاع والإجراءات المبينة فيما يلي (أ) ... (ب) وفيما عدا الأراضي المنصوص عليها في البند (أ) يصدر الوزير المختص باستصلاح الأراضي قراراً بتحديد المناطق التي تشملها خطة ومشروعات استصلاح الأراضي، وتؤول الهيئة العامة لمشروعات التعمير إدارة هذه الأراضي ويكون التصرف فيها واستغلالها بمعرفة الهيئة بعد أخذ رأي وزارة الدفاع وبمراجعة ما تقرره في هذا الشأن من شروط وقواعد تتطلبها شؤون الدفاع عن الدولة. ويحظر استخدام هذه الأراضي في غير الغرض المخصصة من أجله إلا بموافقة الوزير المختص بالاستصلاح والشروط التي يحددها، وبعد أخذ رأي وزارة الدفاع..". وفي المادة ١٣ على أن "يكون تصرف الهيئة في الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون أو تأجيرها أو استغلالها لغرض استصلاحها وفق القواعد والشروط والأوضاع التي يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة مع ذوي الشأن. وتشمل هذه القواعد ما يكفل منح الحماية في هذه الأراضي وحصول الهيئة على مستحقاتها والمشاركة في فروق الأسعار في حالة التصرف في الأراضي بما يغطي تصيبها في المرافق الأساسية التي أقامتها الدولة..". وفي المادة ١٦ على أن "يلتزم المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها خلال المواعيد وطبقاً للبرامج والشروط والأوضاع التي يحددها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة في هذا الشأن. ويحظر استخدام الأراضي المبيعة في غير الغرض المخصصة من أجله، كما يحظر التصرف في هذه الأراضي أو جزء منها أو تقرير أي حق عيني أصلي أو تبعي عليها أو تمكين الغير منها، إلا بعد استصلاحها واستزراعها أو موافقة مجلس إدارة الهيئة على التصرف قبل الاستزراع والأسباب التي يقرها بعد ضمان حصول الهيئة على كامل حقوقها. ويقع باطلاً كل إجراء يخالف ذلك، ولا يجوز شهره، ولكل ذي شأن التمسك بالبطان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. وفي حالة مخالفة أحكام هذه المادة يكون لمجلس إدارة الهيئة أن يقرر إزالة أسباب المخالفة إدراية على نفقة المخالف واسترداد الأرض محل المخالفة إذا لم يقم المخالف بإزالتها خلال المدة التي تحددها له الهيئة بكتاب موصي عليه يعلم الوصول". وفي المادة ١٧ على أن "يمنع من سبق أن اشترى أرضاً يتوفر له مصدر ري من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون بقصد استصلاحها أو استزراعها مهلة لإتمام ذلك تمتدتها خمس سنوات من تاريخ توفر مصدر الري أو ثلاث سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أي المدتين أطول. فإذا لم يقم المشتري بالاستصلاح والاستزراع خلال هذا الأجل اعتبر عقد البيع مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة إلى أي إجراء قضائي وتسترد الهيئة الأرض المبيعة بالطريق الإداري مع رد ما يكون قد أداه المشتري من ثمن بالإضافة إلى النفقات الضرورية والنافعة وفي حدود ما زاد بسببها في قيمة الأرض". فإن هذه النصوص مجتمعة تدل على أن المشروع رغبة منه في زيادة رقعة الأراضي الزراعية المحددة في الوادي وما يحتمه ذلك من ضرورة الالتجاء إلى الأراضي الصحراوية المستعملة على جانبيه بهدف استصلاحها واستزراعها ونظم في الفقرة (ب) من المادة الثانية من هذا القانون كيفية إدارة واستغلال والتصريف في الأراضي الصحراوية فئات بالوزير المختص باستصلاح الأراضي تحديد المناطق التي تشملها خطة ومشروعات استصلاحها وأوكل إلى الهيئة العامة لمشروعات التعمير إدارة هذه الأراضي والتصريف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع ومنح الأولوية في ذلك وفي التيسيرات وأوجه الرعاية والدعم والإقراض لكل من وحدات التعاون في مجال الاستصلاح والاستزراع والشركات والأفراد والجهات التي تعمل في مجال الاستصلاح والاستزراع وتقوم بالتصرف في الأراضي بعد استصلاحها واستزراعها (المادة السابعة) والقي على عاتق المتصرف إليه الذي يتلقى الأراضي الصحراوية من هذه الهيئة قبل استصلاحها واستزراعها التزاماً بالقيام باستصلاحها واستزراعها في المواعيد وطبقاً للبرامج والشروط والأوضاع التي يحددها مجلس إدارة هذه الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة في هذا الشأن، وحظر عليه استخدامها في غير الغرض المخصصة من أجله أو التصرف فيها أو تقرير أي حق عيني أو تبعي عليها أو تمكين الغير منها إلا بعد استصلاحها واستزراعها وربت على مخالفة هذا الالتزام بطلان التصرف الذي يتم بالمخالفة له، وجعل تطبيقه متعلقاً بالنظام العام لما يحققه من رعاية لمصلحة اقتصادية للبلاد.

٢- المخاطب بأحكام المادتين ١٦، ١٧ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ هو المتصرف إليه - سواء بالبيع أو بالإيجار - في الأراضي الصحراوية قبل استصلاحها واستزراعها - من الهيئة العامة لمشروعات التعمير بقصد استصلاح تلك الأراضي واستزراعها وانهما يفرضان عليه القيام بهذه الالتزامات في المواعيد وطبقاً للبرامج والشروط والأوضاع التي تحددها الهيئة وترتبان الجزاءات المنصوص عليها فيها عند مخالفة أحكامها إلا أنها لم تضع أي قيد يحد من حرية مشتري هذه الأراضي من الجمعيات والشركات التي قامت باستصلاحها واستزراعها وأبيع لها التصرف فيها بعد إتمامها ذلك بل يحكم العلاقة بينه وبين البائع له عقد البيع المبرم بينهما باعتباره قانون المتعاقبين ويمتأى عن القواعد والشروط والأوضاع التي يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود التي تبرمها مع المتصرف إليهم منها.

٣- لما كان البين من الأوراق أن الشركة الطاعة هي المتصرف إليها بالبيع من الهيئة العامة لمشروعات التعمير فإنها تكون المتلزمة بما يفرضه المادتان ١٦، ١٧ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وقد قامت بالفعل باستصلاح الأراضي الصحراوية المبيعة لها واستزراعها ثم قامت بعد ذلك بالتصرف فيها بالبيع كأرض مستصلحة ومستزعة = للمطعون عليها بموجب العقد المؤرخ ١٩٨١/٩/١٦ ومن ثم فلا محل في هذه العلاقة الجديدة لإعمال حكم المادتين المشار إليهما طالما خلا العقد المبرم في شأنها من النص على ذلك، لما كان ما تقدم وكان البين أن العقد موضوع التنازع والذي يحكم العلاقة فيما بين طرفيه لم يتضمن في بنوده شرطاً يقرر

وكذلك ما ورد بكتاب رئيس الجهاز التنفيذي للمنطقة الصناعية والاستثمارية بمحافظة (٦) أكتوبر رقم ٧٦٦٣ المؤرخ ٢٤/١١/٢٠٠٨ الموجه إلى رئيس مأمورية شهر عقاري الجيزة قسم الهرم والذي تضمن "أن الأرض محل الطلب تخضع لولاية الجهاز بموجب القرار الجمهوري رقم ٣١٦ لسنة ٢٠٠١ وأنها مباحة من الدولة بغرض الاستصلاح والزراعة وأنه لم يتم تنفيذ هذا الغرض وما زالت أرض صحراوية، وأن كافة الأراضي الواقعة داخل جمعية صحراء الأهرام الزراعية موقوف التعامل عليها لعدم موافاة الجهاز بما يلي:

١- برفع مساحة للأراضي المتبقية بعد استبعاد الأراضي المتداخلة مع جهاز مدينة ٦ أكتوبر والمساحات محل إشغال القوات المسلحة.

٢- بيان بالتعاملات وأرقام القطع وأسماء الشاغلين معتمد من الجمعية.

٣- خطاب معتمد من الجمعية باسم المتعامل الشاغل الحالي.

وأن كافة الأراضي مربوط عليها مستحقات مالية عن فرق تغيير النشاط".

وذلك لأن ما تقدم لا يعد سبباً مانعاً من الاستمرار في التسجيل - حسبما سلف البيان -

لاسيما في ضوء قيام الجمعية ببيع مساحة الأرض الإجمالية البالغة ١٧ س، ١٦ ط، ٥

ف إلى البائع الحالي للمدعي وذلك بموجب عقد البيع المشهر رقم ١٩٥٣ في

١٣/٥/١٩٨١ شهر عقاري الجيزة، والذي تصرف بالبيع لمسطح ١٩ س، ١١ ط، ٢

ف منها للمدعو/..... بموجب العقد المشهر رقم ٢٧٦٩ في

١٩/١١/٢٠٠٣ شهر عقاري بالجيزة، بما يبين منه. خاصة بموجب العقد الأخير. أنه تم

تسجيل هذه الأرض في عهد قريب منذ عام ٢٠٠٣ .

وقد أشار القانون صراحة إلى عدم جواز شهر التصرف إذا لم يتم تضمين العقد شرط

استعمال الأرض في الغرض المخصص لها، ومن ثم فلا اجتهاد مع صراحة النص،

ويضحى ذلك نصاً خاصاً يملئ على موظفي الشهر العقاري الامتناع عن شهر هذا العقود

إذا لم تتضمن هذا الشرط، وهذا الشرط يعد محققاً للمصلحة العامة بحيث يتم استعمال

العقار بحسب الخطة التي تضعها الدولة سواء للاستصلاح أو الاستزراع أو البناء .

جزاء البطلان أو الفسخ إذا ما تقاعست المشتريه - المطعون عليها - على زراعة الأرض المباعة لها من الشركة الطاعة فلن الحكم المطعون فيه إذ وافق قضاءه هذا النظر لا يكون قد أخطأ في القانون.

٤- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه هو من أمور الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقامة إليها والموازنة بينهما وترجيح ما تطمنن إليه منها.

٥- تقرير الخبر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع دون معقب فتمت رأت الأخذ به محمولاً على أسبابه وأحالت إليه اعتبر جزءاً مكمللاً لأسباب حكمها دون حاجة لتدعيمه بأسباب خاصة.

وترجع أهمية هذا الشرط إلى الفوضى التي سادت الحقبة الزمنية السابقة على صدور هذا القانون من المباني التي شيدت على الأراضي الزراعية، والتي قضت على مساحات هائلة من هذه الأراضي.

وقد حظيت ظاهرة التعدي على أراضي الدولة إهتماماً من قبل أجهزة الدولة في الأونة الأخيرة، ويتضح ذلك من خلال تقرير الجهاز المركزي للمحاسبات (١) والذي رصد وجود العديد من المخالفات القانونية في تخصيص الأراضي الزراعية، وانتشار ظاهر التعدي ووضع اليد على الأراضي التابعة للهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية وغياب التنسيق بين الهيئة والجهات المعنية حول الأراضي، بالإضافة إلى عدم اجتماع مجلس إدارة الهيئة بصورة منتظمة مما أدى إلى تراكم طلبات تقنين وضع اليد وزيادة الممارسات غير القانونية بأراضي الدولة.

وكشف الجهاز عن قيام بعض المشتريين لمساحات أراض من الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية بتغيير نشاطها من الاستصلاح والإستزراع إلى أغراض أخرى كمنتجات وفيلات وبحيرات ترفيهية، وذلك بالمخالفة للعقود المبرمة معها والتي تم إبرامها وفقاً للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١، والذي نص في مادته الثالثة عشر على أن يكون تصرف الهيئة في الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون بتأجيرها بغرض استصلاحها واستزراعها فقط وفقاً للقواعد والشروط والأوضاع التي يضعها مجلس إدارة الهيئة وتضمنها العقود المبرمة مع ذوي الشأن، وفي جميع الأحوال فإن استقلال الأراضي يكون عن طريق تأجيرها لمدة ٣ سنوات فإذا ثبتت الجدية في الاستصلاح خلالها تملك الأرض لمستأجرها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم القيمة الإيجارية المسددة من ثمن الأرض، وإذا لم تثبت الجدية اعتبر عقد الإيجار مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراءات وتسترد الأرض إدارياً ممن كان قد استأجرها.

وأكد أن تغيير نشاط الأرض بالمخالفة للقانون والعقود المبرمة يتسبب في عدم سداد مستحقات الدولة المالية المتمثلة في فرق السعر بين النشاطين، بخلاف ما يمثل ذلك من

(1) وكشف التقرير الذي فجر قضية الأراضي عام ٢٠١٨ عن أن الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية أصدرت ١١٢ قرار إزالة حتى ٣٠ يونيو الماضي، تم تنفيذ ٣٤ منها فقط بنسبة ٣٠.٤% من إجمالي القرارات وتبقى ٧٨ قرار إزالة لم ينفذ. وأوصى التقرير بإنشاء إدارة أمنية متخصصة من قبل الجهات الأمنية تكون مهمتها حماية أراضي الدولة من التعديتات وتنفيذ قرارات الإزالة، وكذلك صدور تشريع جديد يجرم الاستيلاء على أراضي الدولة ويغلظ العقوبة الحالية لإيجاد حل دائم للتصدي لتلك الظاهرة، بالإضافة إلى تجريم الاستيلاء على الموارد المائية وغير وجه حق. ورصد الجهاز في تقريره العديد من مساحات التعدي على الأراضي الواقعة بزمام المشروعات التي تنفيذها الهيئة ولم يتم إصدار قرارات إزالة لها حتى نهاية يونيو الماضي منها ٢٩ ألف فدان بزمام مشروع جنوب سهل الحسينية، و ٢١,٩١٤ ألف فدان بزمام مشروع جنوب بورسعيد وامتداده، و ٢١ ألف فدان بزمام مشروع سهل الحسينية وامتداده، و ٧ آلاف فدان بزمام مشروع امتداد سهل جنوب بورسعيد، موضحاً أنه كان يتعين على الهيئة إصدار قرارات إزالة لهذه التعديتات

خروج تلك المساحات عن الأهداف المخططة لاستخداماتها في أغراض الاستصلاح والاستزراع لزيادة الرقعة الزراعية وما يتبعه من تجاوز لاستخدام المقننات المائية المخططة لتلك المساحات على حساب المخزون الجوفي بالمخالفة لقوانين الري والصرف المعمول بها والآثار السلبية المتعددة المترتبة على ذلك والتي تتمثل في إهدار المياه الجوفية من خلال السحب غير المقنن لخدمة أنشطة مخالفة مثل حمامات السباحة والملاهي المائية والمزارع السمكية وملاعب الجوالف والحدائق غير المثمرة .

ومن التطبيقات القضائية الأخرى التي تخصص لها أراضي الدولة، ومن ثم يجوز تضمينها داخل العقود المتعلقة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة والتي تهدف إلى تفتين أوضاع واضعي اليد على أراضي الدولة لذلك مستأجري الأراضي المملوكة ملكية خاصة. أحقيتهم في طلب شرائها. شرط. إقامتهم عليها المصانع مع إعدادها إعداداً كاملاً بما فيه التشغيل ثم مرور سنتين. علة ذلك. وجوب ان يتم البيع بالثمن المقرر وقت بداية التأخير موازنة لغرم بغنم، القرار الجمهوري ٨٣٦ لسنة ١٩٧٥ بتعديل شروط بيع تلك الأراضي لمستأجريها لإقامة المصانع عليها(١).

وقد تشترط أيضاً إقامة منشآت على العقار محل التصرف، وتطبيقاً لذلك من قضاء المحكمة الإدارية العليا(٢) الطعن الذي أقيم لإلغاء الإجراء الصادر في محافظة البحر الأحمر بفسخ العقد المبرم بينهما بتاريخ ٢٦/١٠/١٩٩٣، ثانياً: خصم المبالغ السابقة تحصيلها منهما دون حق ومقدارها ٣٦٤٠٠ جنيه من ثمن الأرض ثالثاً: تمكينهما من استلام قطعة الأرض المباعة لهما بالعقد المؤرخ في ٢٦/١٠/١٩٩٣ .

وذكر المدعيان - الطاعنان - شرحاً للدعوى أنهما اشتريا من المطعون ضدهما بصفتيهما بالعقد المؤرخ ٢٦/١٠/١٩٩٣ قطعة أرض مساحتها ستة وعشرون ألف متر مربع بسعر المتر الواحد أربعة جنيهات وسدداً ربع إجمالي قيمتها أي مبلغ ستة وعشرين ألف جنيه والباقي ومقداره ثمانية وسبعون ألف جنيه يسدد على أقساط سنوية بفائدة ٣ % وذلك طبقاً للعقد الذي أبرم في هذا الشأن مع المطعون ضدهما، كما دفعا عشرة آلاف

(١) الطعن رقم ٤٧٨ و ٥٠٥٩ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٠٠٧/٢/١٣ وفي ذلك أيضاً الطعن رقم ٤٤٩ و ٤٦٨ و ٥٧١ و ٥٩٧ لسنة ٧٠ قضائية جلسة ٢٠٠٢/١/٣ المكتب الفني ٥٣ ج ١ رقم الصفحة ٨٢ قاعدة رقم ١٤
القرار الجمهوري رقم ٨٣٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن شروط بيع الأراضي المؤجرة من الحكومة لإقامة المصانع. تخويله المستأجر لاحق في طلب شراء الأرض المؤجرة إليه لا يعطيه الحق في إلزام الحكمة بإبرام البيع. علة ذلك. عدم إخراجه عقد بيع أملاك الدولة الخاصة عن سائر العقود بالنسبة لوجود توافر ركن الرضا. مؤداه. عدم صدور قبول من المطعون ضده (المحافظ) على بيع الأرض محل النزاع إلى مورث المطعون ضدهم الذي خصصت له تلك الأرض أو هم من بعده. أثره. عدم تمام عقد البيع لتخلف ركن القبول فيه. قضاء الحكم المطعون فيه بأحقيتهم في شراء تلك الأرض تأسيساً على أن أحكام القرار بقانون ٨٣٦ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه تعطي لهم هذا الحق. مخالفة للقانون خطأ في تطبيقه.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٥٤٤ لسنة ٤٨ ق عليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بقنا بجلسته ٢٤/١/٢٠٠٧ في الدعوى رقم ٩٤٨ لسنة ٧ ق.

جنيه لصندوق الخدمات بالقسيمة رقم ٤١١٢٣ في ١٩٩٣/٧/٢٦ وستة وعشرين ألف جنيه بواقع جنيه واحد عن المتر مساهمة في إنشاء مطار مرسى علم وذلك بالقسيمة رقم ٤١١٢٢ في ١٩٩٣/١٠/٢٦ وعقب توقيع العقد قام مجلس مدينة مرسى علم بتسليمهما الأرض محل العقد وحدد حدودها ومعالمها على الواقع، وأضاف المدعيان أنهما توجهتا إلى الوحدة المحلية بمرسى علم عند حلول موعد سداد القسط الأول من الثمن لسداده فأفاده المختصون بها بأن هناك تعليمات بعدم قبول أية أقساط إلا بعد الانتهاء من إعادة تخطيط المنطقة ولهذا السبب رفضت الجهة الإدارية استلام أية أقساط أخرى إلى أن فوجئ المدعي الأول - الطاعن الأول - بخطاب من سكرتير عام محافظة البحر الأحمر في ١٩٩٨/١٠/٧ لإعلامه بأنه تم الانتهاء من التخطيط العمراني لمدينة مرسى علم - المرحلة الأولى فقط - ویدعوه للحضور ومعه العقد الأصلي خلال شهر اعتباراً من ١٩٩٨/١٠/٢٥ وذلك لمقابلة اللجنة المعنية لإعادة تخصيص المرحلة الأولى وتصويب التعاقدات السابقة، وأثناء تواجده بالمحافظة علم من اللجنة المشار إليها أن المطلوب هو التنازل عن قطعة الأرض محل العقد المبرم مع المحافظة والقبول بتخصيص قطعة أرض أخرى بسعر مختلف ومن ثم رفض ذلك، فأرسلت له المحافظة خطاباً آخر في مارس ١٩٩٩ تخطره بأن اللجنة العليا للاستثمار أجلت البت في طلبه تخصيص قطعة أرض بمرسى علم بدلا من القطعة محل العقد السابق المؤرخ ١٩٩٣/١٠/٢٦ الذي تم فسخه لعدم تنفيذ المشروع الذي بيعت الأرض من أجله في الميعاد المنصوص عليه بعقد البيع. ونعى المدعيان على قرار الفسخ بأنه مخالف للقانون وللحقيقة والواقع وما تقتضيه المبادئ العامة في العقود الإدارية ذلك أنه كان من المستحيل القيام بأية إنشاءات على الأرض لأن الجهة الإدارية لم تقم بإنشاء شبكات المرافق العامة بالمنطقة رغم التزامها بذلك في العقد بل أنها أوقفت أية أعمال بالمنطقة ومنعت المشترين من حيازة الأراضي التي اشتروها وامتنعت عن تحصيل أقساط ثمنها منهم بحجة إعادة التخطيط العمراني لمدينة مرسى علم ومن ثم فلم يكن من الممكن تنفيذ المشروع.

وخلص المدعيان إلى أن مؤدى ما تقدم هو بطلان فسخ العقد المبرم معهما خاصة وأنه إجراء لا يمت للمصلحة العامة بصلته وطلبا للحكم لهما بالطلبات سائلة البيان.

وبعد أن تداولت الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري أصدرت بجلسته ٢٠٠٢/١/٢٤ الحكم المطعون فيه برفضها وشيدت قضاءها على أسباب حاصلها أن قرار الفسخ صدر استناداً إلى البند العاشر من العقد محل النزاع الذي ينص على التزام المدعيين بإقامة

المشروع المخصصة له الأرض محل التعاقد خلال مدة لا تتجاوز سنتين من تاريخ استلام الأرض.

وإلا كان من حق الإدارة فسخ العقد ومن ثم يكون هذا الإجراء مستندا إلى ما يبرره ويضحي طلب إلغائه لا مبرر له جديرا بالرفض وبالتالي ينتفي ركن الخطأ في جانب الإدارة ولا وجه لمطالبتها بالتعويض عن ذلك الإجراء.

وحيث إن الطاعنين لم يرتضيا ذلك الحكم فطعنا عليه بالطعن المائل استنادا إلى أسباب حاصلها أن الحكم المطعون فيه خالف الثابت بالأوراق وأخطأ في فهم الواقع وشابهه قصور شديد في التسبيب وأخطأ في تطبيق القانون ذلك أن عقد النزاع عقد مدني وليس عقدا إداريا كما ذهب إلى ذلك الحكم ولم يرد على ما ورد بدفاع ومستندات الطاعنين من أن الجهة الإدارية هي التي تسببت في عدم إنشاء المشروع على الأرض المتعاقد عليها لعدم توصيلها شبكة المرافق العامة وعدم استلام أقساط الثمن واستيلائها على الأرض فضلا عن أن ملف هذه الأرض كان من بين الملفات التي يتم بحثها في الرقابة الإدارية.

"ومن حيث إنه لما كان ذلك وكان الثابت أن أحد طرفي العقد محل النزاع شخص معنوي عام هي محافظة البحر الأحمر والوحدة المحلية لمدينة مرسى علم، وأن الغرض من إبرامه المساهمة في نشاط مرفق عام هو مرفق السياحة، وتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص منها ما نص عليه البند الرابع من الحظر على الطاعنين أن يتصرفا في كل الأرض المبيعة أو جزء منها دون إذن من الجهة الإدارية إلا بعد سداد كامل الثمن وإتمام الغرض الذي من أجله بيعت الأرض، ومنها ما نص عليه البند العاشر من التزام الطاعنين بإقامة المشروع السياحي خلال سنتين من تاريخ استلام الأرض وعدم تغيير الغرض من البيع وإلا كان من حق الإدارة البائعة فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو أي إجراء آخر واسترداد الأرض والمطالبة بالتعويض، ولا شك أن هذه الشروط تعبر عن عنصر السلطة العامة في العقد وعن علو إرادة الجهة الإدارية المتعاقدة على إرادة الطاعنين المتعاقدين معها وتلك شروط لا مثيل لها في عقود القانون الخاص التي يجريها الأفراد فيما بينهم وتقوم في الأساس على تكافؤ إرادتي طرفيها والمساواة فيما بينهما.

ومؤدي ما تقدم أن العقد محل هذا النزاع هو عقد إداري ويختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر كافة المنازعة التي تنشأ عنه أيا كانت طبيعتها وإذا اعتد الحكم

المطعون فيه بذلك النظر وأخذ به وفصل في موضوع الدعوى فإنه يكون موافقا صحيح حكم القانون وهو ما يتعين معه الانتفاة عما ينعاها الطاعنان عليه في هذا الشأن.

'ومن حيث إن الحكم المطعون فيه في محله لما قام عليه من أسباب تؤيدها هذه المحكمة وتأخذ بها وتضيف دعما لها وردا على أسباب الطعن أنه لما كان العقد محل النزاع - وهو عقد إداري كما تقدم - لا يختلف عن غيره من العقود بصفة عامة من حيث إنه من العقود الملزمة للجائين إذ يرتب التزامات على كل منهما يجب عليه تنفيذها وفقا للأوضاع وفي الأحوال المنصوص عليها في العقد على اعتبار أن ما يتضمنه العقد من أحكام وقواعد يعتبر شريعة طرفية والقانون الذي اتفقا على أن يحكم العلاقة بينهما، ولا مراء في أن الطاعنين حين قررا التعاقد مع الجهة الإدارية المطعون ضدها على شراء الأرض محل النزاع عام ١٩٩٣ كانا يدركان جيدا حالتها التي كانت عليها وكافة الظروف والأحوال المتصلة بها، وقدرا في حرية تامة وإرادة سليمة أن لديهما القدرة اللازمة والكفاءة الكافية على تحمل ما يأتي به التعاقد من تبعات وتنفيذ ما يرتبه عليهما من التزامات وأولها إنشاء المشروع السياحي المتفق عليه خلال سنتين من تاريخ استلام الأرض باعتباره الغرض الأساسي الذي بيعت الأرض من أجله، ولذلك بادرا إلى سداد المبالغ المالية التي قررتها الجهة الإدارية في هذا الشأن ثم أتما التعاقد بتاريخ ١٠/٢٦/١٩٩٣ وتسلمنا الأرض في ذات التاريخ ولم يزعم أي منهما أن الجهة الإدارية أدخلت عليه غشا أو أفسدت إرادته مما دفعه إلى التعهد بتنفيذ التزام لم يكن يعلم نطاقه أو كان يجهل فحواه، ولم يثبت من الأوراق إن كان لدى أي منهما ثمة تحفظ أو شرط لتنفيذ أي من الالتزامات التي يرتبها ذلك العقد خاصة التزام إقامة المشروع السياحي خلال المدة المشار إليها.

ومؤدى ما تقدم أنه كان يجب على الطاعنين عقب استلام الأرض مباشرة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذها الالتزام والتقدم نحو كل ما يلزم من خطوات من الناحية الإدارية والفنية والقانونية في هذا الشأن خاصة البدء في المراحل التي لا تتم إلا عن طريقها ولا تبدأ حلقاتها إلا بمبادرة منهما دون غيرهما أو من يمثلها قانونا، وهي الخاصة باستصدار التراخيص والحصول على التصاريح اللازمة لإقامة هذا المشروع، وذلك بتقديم الطلبات اللازمة إلى الجهات الإدارية المعنية مصحوبة بالرسومات والتصميمات الخاصة بالمشروع فإن مضت الإجراءات إلى غايتها حتى تمامها وبدأ تنفيذ المشروع كان ذلك بمثابة أداء منهما لالتزامتهما، وإن خاب سعيهما وأوقفت الإدارة

طلباتهما أو رفضتها أو علقت السير فيها على أمور وأوضاع ترجع إليها فقد برأت
نمتها من أي تقصير يتعلق بإقامة المشروع المشار إليه في الميعاد المحدد بالعقد،
وحينذاك لا يكون لفدارة ثمة حق في اللجوء إلى مكنة فسخ العقد بحجة عدم إقامة هذا
المشروع في الميعاد المحدد بل كان يحق للطاعنين مطالبتهما بالتعويض عما قد يلحق
بهما من ضرر نتيجة الحيلولة بينهما وبين إنشاء المشروع وتنفيذ التزاماتهما طبقا لما
نص عليه العقد، ولكن الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتخذا ثمة إجراء مما تقدم
بيانه حيث لم يقدم دليل على ذلك أو يزعم القيام به وبالتالي فلا يقبل منهما إلقاء تبعة
تقصيرهما على الإدارة وتحميلها مسؤولية الإخلال بالتزاماتهما، ومؤدى ما تقدم أن
الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية بفسخ العقد المبرم مع الطاعنين عام ١٩٩٣ بشأن
هذه الأرض استناداً إلى عدم إقامتهما للمشروع السياحي الذي بيعت الأرض من أجله
يكون قائماً على سببه الذي يبرره ومتفقاً وأحكام العقد خاصة البند العاشر منه.

ولا ينال من ذلك ما ساقه الطاعنان بتقرير الطعن وبمذكرات الدفاع فعلى الرغم من أنها
وقائع مرسله في معظمها ولا دليل عليها فإنها مردود عليها بأنها لم تكن حائلاً بينهما
وبين البدء في اتخاذ الإجراءات التي كان من شأنها إثبات سلامة موقفهما وحرصهما
على تنفيذ التزاماتهما فبالنسبة لرفض الإدارة تحصيل أقساط الثمن فلا وجه للربط بينه
وبين إجراءات الترخيص والتصميمات والرسومات والحصول على التصاريح بل والبدء
في الإنشاءات الخاصة بإقامة المشروع على الأرض خاصة وأن هذا السداد طبقاً لحكم
البند الثاني من العقد يستمر لمدة سبع سنوات من تاريخ استلام الأرض أي أنه مستمر
حتى بعد تنفيذ المشروع، وكان بإمكان الطاعنين عرض سداد هذه الأقساط على الإدارة
بالطرق القانونية المقررة في هذا الشأن وفضلاً عن ذلك فإنهما لم يقدموا أصلاً للبدء في
الإجراءات الخاصة بالتنفيذ حتى يقبل منهما الزعم بأن رفض تحصيل الأقساط كان سبباً
في رفض الإدارة السير في تلك الإجراءات.

وبالنسبة لما ذكر الطاعنان من استيلاء الإدارة على تلك الأرض وانتزاعها من حيازتهما
فإنه قول مرسل لا دليل عليه وحتى مع افتراض حدوثه جدلاً فقد كان عليهما اللجوء إلى
جهات الاختصاص لإثبات ذلك واتخاذ ما يلزم لردّه وتحميل الجهة الإدارية تبعة عدم تنفيذ
المشروع في الميعاد المحدد بالعقد ولكن ذلك لم يحدث منهما مما لا تطمنن معه المحكمة
لحدوث هذه الواقعة أصلاً، كما وأن الزعم بوجود ملف الأرض بالرقابة الإدارية لبحث
مخالفات بعض الموظفين هو قول مرسل أيضاً لا دليل عليه وقد أنكرته الجهة الإدارية في

مذكرة دفاعها، أما القول بأن التخطيط العمراني لمدينة مرسى علم الموجود بها الأرض محل النزاع لم يعتمد إلا عام ١٩٩٧ وعلى أثره أرسلت الجهة الإدارية إلى من خصصت لهم أرض بالمنطقة ومنهم الطاعنان لتعديل القطع والمساحات في ضوء ذلك فإنه لا يعني سلامة موقف الطاعنين أو يثبت أن عدم إقامة المشروع ترجع إلى الإدارة، وإن عدم اعتماد هذا التخطيط كان الحائل دون تنفيذه فالثابت أن العقد محل هذا النزاع أبرم عام ١٩٩٣ ونص على التزام الطاعنين بالانتهاء من إقامة المشروع السياحي مع نهاية أكتوبر عام ١٩٩٥ أي لم يكن التنفيذ معلقاً على اعتماد ذلك التخطيط وقد اتفق الطرفان على ذلك وأبرم العقد دون أن يعلقا تنفيذه على إجراء آخر وهو ما يسري أيضاً بالنسبة للمرافق من كهرباء ومياه وصرف صحي حيث خلت بنود العقد الذي وقع عليه الطاعنان بمحض إرادتهما من أن تنفيذهما للمشروع المشار إليه لن يتم البدء فيه إلا إذا كانت شبكة المرافق العامة مقامة، ومن ثم فعلى فرض أنها لم تكن قد تمت فلا يجوز للطاعنين الاستفادة من ذلك خاصة وأن توصيل المرافق إلى داخل المشروع من الشبكة العامة يأتي تمة لأعمال التنفيذ واستكمالاً للإشاعات والاستعداد لتشغيل المشروع فيما أنشئ من أجله.

ومن حيث إنه لما كان ذلك فإن قيام الإدارة بفسخ العقد المشار إليه يكون إجراء صحيحاً موافقاً للقانون ويضحي طلب الحكم ببطلانه مع ما يترتب على ذلك من آثار وتسليم الأرض للطاعنين لا يقوم على سند يبرره من العقد أو القانون وبذلك ينتفي معه الخطأ العقدي في جانب الإدارة بما لا وجه مع لمطالبتها بالتعويض عن هذا .

٤- اتباع إجراءات معينة لتأمين العقارات محل وضع اليد، كما يعهد القانون بذلك للجنة لتقييم هذه العقارات، ويتم التقييم وفقاً لعوامل التقدير التي يحددها الفنيون في إطار مبادئ الشفافية وبما لا يضر بالمتعاقد مع الدولة.

وتعد هذه الإجراءات مقررّة لمصلحة الإدارة من جانب لضمان التقييم الحقيقي للعقار على النحو الذي تستأدي الدولة حقها كاملاً ليس منقوصاً أو مبتوراً، وتحقيقاً في ذات الوقت لمصلحة المتعاقد مع الدولة بحيث يؤدي إلى الدولة القيمة الحقيقية للعقار دون إهدار لحقه أو تعدي عليه، ومن ثم تصبح التقييم وفقاً لهذه الإجراءات، والالتزام بعوامل التقييم المتعارف عليها من الناحية الفنية كمراعاة ثمن المثل في المنطقة وتوقيت البيع أو

تاريخه ومراعاة التحسينات التي طرأت على المنطقة وما إذا كانت هذه التحسينات راجعة إلى الدولة أم الغير(١).

وتقرر محكمة النقض ذلك حيث قررت: "النص في المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ على أن ترخص للمحافظين كل في دائرة اختصاصه في أن يبيعوا بالممارسة العقارات المملوكة للحكومة ملكية خاصة الواقعة داخل نطاق المدن والقرى وذلك بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة ويجب أن يكون البيع إلى إحدى الجهات الآتية وبالشروط المبينة قرين كل منها ... أصحاب المباني المقامة على أراضي الحكومة بعد ١٢/١١/١٩٥٢ وذلك بالسعر الذي تساويه الأرض وقت البيع ... يدل على أن المشرع رأى لاعتبارات خاصة بيع الأرض لأصحاب المباني المشيدة عليها وأن يكون ثمنها مساويا لقيمتها وقت البيع فإن مقتضى ذلك أن تحديد الإدارة لثمن المبيع ليس مطلقا يتوقف على محض إرادتها تقدره كيفما تشاء وإنما تخضع عند المنازعة فيه لسلطة قاضي الموضوع الذي يملك رد التقدير إلى السعر المناسب وقت البيع بغير معقب من محكمة النقض عليه في ذلك طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة لها سندها في الأوراق(٢).

ويطعن على قرارات لجان التثمين أمام مجلس الدولة حيث أن قراراتها يتم اعتمادها من السلطة المختصة ومن ثم تضحى قراراته قرارات إدارية نهائية يطعن عليها أمام محكمة القضاء الإداري بوصفها قرارات لها استقلاليتها عند العقد الذي يتم إبرامه وتلتزم اللجان في ذلك بعوامل التقدير المعنية لتقدير العقار على نحو يكافئ سعر المثل في العقارات المجاورة.

وهكذا تخضع قرارات اللجان العليا للتثمين المعتمدة من السلطة المختصة لرقابة القضاء الإداري فيما يتعلق برقابة الإجراءات المتبعة في التقييم أو فيما يخص مراعاة العوامل الفنية في التقييم مما يدخل مدى ملاءمة السعر لرقابة القضاء يستعين في ذلك بالخبرات الفنية وتقارير الخبراء حول قيمة هذا العقار وتمثيلا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه : "ومن حيث إن عناصر المنازعة مستقاة من أوراقها تجمل (وبالقدر اللازم لحمل منطوق الحكم على أسبابه) في أن المطعون ضده كان قد أقام الدعوى رقم ٣٩١ لسنة

(1) وقد حددت عوامل التقدير المادة الخامسة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ في البند ثالثا حيث حدد مقابل التصرف بمراعاة ما يأتي:

١- طبيعة العقار ونوع النشاط والعائد منه

٢- سعر المتر أو الفدان وقت التصرف بناء على سعر المثل بالمنطقة

٣- موقع العقار ومدى اتصاله بالمرافق العامة

٤- وغير ذلك من عناصر مؤثرة في تقدير المقابل لدرجة التمين موقع الأرض داخل/ خارج أو أمام - مدى توافر المرافق أو البنية الأساسية لها.

(2) طعن نقض، الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ سنة المكتب الفني ٤٥ ج ١ رقم الصفحة ٤٩٥ قاعدة رقم ١٠١ .

١٩٩٤ ق أمام محكمة كفر الزيات الجزئية، بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ ١٢/٥/١٩٩٤ طلب فيها الحكم بإلغاء تقدير اللجنة العليا لتثمين أراضي الدولة بالنسبة لتقدير سعر الأرض الذي يضع اليد عليها ومساحتها (٧٤) م ٢ بناحية الدلجمون بكفر الزيات بمبلغ (٦٠) جنيها للمتر، وتخفيضه إلى السعر الذي يتناسب وحالات المثل، مع إلزام الجهة الإدارية المصروفات ...

"ومن حيث إنه وبإزالة ما تقدم على المنازعة الماثلة، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قد تقدم بشراء قطعة أرض مملوكة للدولة يضع اليد عليها، مساحتها (٧٤) متراً كائنة بناحية الدلجمون بكفر الزيات محافظة الغربية، وقد قامت اللجنة الابتدائية بتقدير سعر المتر بمبلغ عشرون جنيها ولدى عرض الأمر على اللجنة العليا لتقدير أثمان أرض الدولة بالمحافظة قررت رفع السعر ليكون بواقع ستون جنيها للمتر، واعتمد هذا التقدير الأخير من محافظ الغربية بتاريخ ١٤/٣/١٩٩٣، ولما كانت هذه اللجان هي المختصة بتقدير أثمان أراضي الدولة الواقعة في زمام المحافظة، وقد قامت بتقدير السعر وفقاً للقواعد الصادرة بقرار محافظ الغربية رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٨٦، بالنظر إلى موقع الأرض محل التداعي وأسعار المثل، ولم يقدم المطعون ضده ثمة مستند يستفاد منه عدم سلامة تقدير اللجنة للسعر أو أن أسعار حالات المثل على النحو الذي يدعيه بعشرة جنيهاً للمتر، وإنما جاء قوله في هذا الشأن مرسلادون ثمة دليل يسانده، ما يكون معه دعواه غير قائمة على سند صحيح من القانون(١).

٥- وضع القانون قيماً على حرية الإدارة في كيفية توزيع حصيلة التصرف في الأرض فقد أحال القانون إلى اللائحة التنفيذية لتحديد الأغراض التي تخصص لها، وقواعد الصرف منها، وإجراءاته وحدوده، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير التابع له الجهة صاحبة الولاية، وعرض وزير المالية وتناول هذه الأموال إلى الخزنة العامة للدولة.

(١) طعن رقم ٥٦٧٠ لسنة ٤٧ ق. ع جلسة ٢٠١٠/١/٣٠ طعنا على الحم الصادر من محكمة القضاء الإداري بطنطا بجلسة ٢٠١٠/١/٢١ في الدعوى رقم ١٠٣٨١ لسنة ١٠٢١
وتنص م ٢٠٢ من قرار وزير الزراعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٥ بإصدار اللائحة التنفيذية = للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصريف فيها على أنه:
مادة ٢٠٢: تختص اللجان المنصوص عليها في المادة السابقة بتقدير الثمن الذي تباع به الأراضي المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة المشار إليها في المادة ١٩٥ وكذلك تقدير ثمن المباني أو المنشآت الثابتة أو غير الثابتة المملوكة للدولة ملكية خاصة البيت قد تكون مقامة عليها، وتتولى هذه اللجان معاينة العقارات المشار إليها وتقدير ثمنها طبقاً لحالتها عند البيع ومقارنتها بالعقارات الأخرى المماثلة لها إن كانت.

وتنول إلى المحافظات ما يعادل نسبة ٢٠ % من قيمة المبالغ المحصلة بالنسبة للحالات التي تتولى إجراءاتها بموجب التفويض الصادر إلى المحافظ من الجهة صاحبة الولاية وتخصص للمشروعات العادية والقومية داخل المحافظة (١).

الفرع الثاني

بعض القيود العامة الواردة على عقود الدولة

أوجب المشرع إتباع إجراءات معينة لإبرام عقود الدولة تحقيقاً لغايات محددة وكاستشارة جهة معينة أو اعتماد بعض الجهات لبعض القرارات التي تتخذها الجهة صاحبة الولاية، وذلك قبل إتمام إبرام العقد، ومن هذه القيود ضرورة أخذ رأي إدارة الفتوى بمجلس الدولة في العقود التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه، وضرورة الموافقة من السلطة المختصة على شرط التحكيم في عقود الدولة.

١- ضرورة أخذ رأي إدارة الفتوى

تنص المادة (٥٨) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه: "يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرئاسة الجمهورية، ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة، ويرأس كل إدارة منها مستشاراً أو مستشار مساعد، ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائرها اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس.

"تختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الأولى ويفحص التظلمات الإدارية"

"ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وتنص المادة ٦١ من القانون ذاته على أن: - لرئيس إدارة الفتوى أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها لأهميته من المسائل التي ترد إليه لإبداء الرأي فيها، وعليه أن يحيل إلى اللجنة المسائل الآتية: أ-..... ب- عقود التوريد والأشغال العامة وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً والتزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمة على خمسين ألف جنيه ...".

ونعرض لمجموعة من النقاط التي تتعلق بمراجعة العقود من إدارة الفتوى:

(١) م ٩ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧، وهو ما أشارت إليه اللائحة التنفيذية في المادة الثانية عشر.

أ- الحكمة من تقرير هذا الإجراء هو تجنب جهة الإدارة مواطن الخطأ والحفاظ على مبدأ المشروعية في إبرام العقود وفي ذلك تقرر إدارة الفتوى أنه : "ومن حيث إن الحكمة المرتجاة من وراء ما ضمنه المشرع حكم المادة رقم (٥٨) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة من التزام الجهات الإدارية بعرض مشروعات عقودها قبل إبرامها على جهة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لمراجعتها وإبداء الرأي بشأنها، هي أن تتجنب الجهة الإدارية مسبقاً مواطن الخطأ ويتهيا لها مقدماً من أسباب السلامة ما تدرك به المصلحة العامة في إبرام العقود، وهذه الحكمة تتحقق بمراجعة مشروعات البروتوكولات ومذكرات التفاهم التي تعدها الجهة الإدارية والمتعاقدين معها والتي تتمخض - تلك المشروعات - في حقيقتها عن عقود يزمع إبرامها بمجرد التقاء إيجاب وقبول أطرافها على موضوع محدد يتفق والنظام العام ولا ينطوي في أي من عناصره على ما يتجافى مع ذلك (١).

ب- نطاق انعقاد الاختصاص لإدارات الفتوى بمراجعة عقود الدولة: ويتحدد هذا الاختصاص من الناحية القيمة بعقود الدولة التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه، ومن ثم فلا بد من عرض كافة عقود الدولة التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه وإلا إفتقد العقد لإجراء من إجراءات إبرامه بما يترتب معه عدم صحة العقد من الناحية الشكلية.

أما عن النطاق الزمني لعرض عقود الدولة على إدارات الفتوى فمن المفترض عرض العقد على إدارة الفتوى قبل إبرامه، ولكن يجوز استثناء وتحقيقاً لاستقرار المعاملات العرض بعد اتمام التعاقد طالما يدرج في بنود العقد للنص على التزام الطرفين بالتعديلات التي تجريها إدارة الفتوى على هذه العقود حتى في المرحلة اللاحقة على إبرام التعاقد وقد قررت الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع أنه " واستعرضت الجمعية العمومية ما استقر عليه إفتاؤها، من أنه أيًا ما كان البطلان الذي لحق إجراءات التعاقد، فإنه إذا ما انعقد العقد مستوفياً أركانه يكون ملزماً لطرفيه، ووجب مراجعته، لتكون جهة الإدارة على بصيرة من أمرها فيما شاب إجراءاته من عوار، ولتصويب ما عساه أن

(١) فتوه رقم ١١٠١ في ٢٠١٤/١٢/٩، ملف رقم ١٠/١٥/٧ إدارة الفتوى للوزارات والمصالح في ٢٠١٤/١٢/٢٨.

وفي ذلك أيضاً فتوى للجنة الثالثة لقسامي الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم ٦٣/ ٢٦٥ جلسة ٢٠٠٩/٧/١.
وأيضاً فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع رقم ١٤٦ - جلسة ١٩٩٨/١/٢١ - ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع خلال المدة أكتوبر سنة ١٩٩٦ إلى يونيو ٢٠٠٠ - ص ٩٢٨ وما بعدها وكذا فتواها رقم ٢٤٧ - جلسة ٢٠٠١/٣/٢١ - ملف رقم ٣٧٦/١/٥٤، وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم، ومتى كان الثابت أن العقد المطلوب مراجعته قد أبرم فعلاً وتم توقيعه من طرفيه بتاريخ ٢٠١٥/٥/١ قبل طلب مراجعته من هذه الإدارة في ٢٠١٥/٨/٢٣، وكان الهدف من المراجعة هو تجنب جهة الإدارة مواطن الخطأ وكفالة السلامة في إبرام العقود قبل أن ترتبط بها.

يكون من خطأ فيما تضمنه العقد من حقوق، أو التزامات للدولة، أو على عاتقها، كما أنه وقد أصبح إبرام هذا العقد أمراً واقعاً، فلا مناص من الاستمرار في تنفيذه حتى انتهاء مدته، تحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، وبصفة خاصة إذا ترتب على إنهاء العمل بالعقد ضرراً بالغاً بالمصلحة العامة كقوات فرصة الاستفادة من المبالغ التي تم صرفها بالفعل على هذا العقد، أو أن يترتب على إنهائه مبالغ باهظة تتحملها الخزنة العامة، وذلك كله دون الإخلال بقواعد المسؤولية ضد كل من اتخذ الإجراءات المخالفة للقانون (١).

وهكذا فقد أجازت إدارة الفتوى العقود التي أبرمت والتي تزيد قيمتها على النصاب المحدد قانوناً تحقيقاً لاستقرار المعاملات وما يترتب عليه إنهاء العقود من ضرر بالغ بالصالح العام شريطة عرض العقد بعد إبرامه على إدارة الفتوى، والالتزام بما تقرره الإدارة من تعديلات على تلك العقود، وعدم الإقلال من المسؤولية لكل من اتخذ الإجراءات المخالفة للقانون حيث أن العرض على إدارة الفتوى يعد التزاماً على الجهات الإدارية قبل إبرامه وتوقيعه وإن كانت الإجازة لهذا العقد جاءت وفقاً لاشتراطات معينة وتحقيقاً لغايات الصالح العام من ناحية ولصالح المتعاقد مع الإدارة حيث أنه ليس مخطئاً وليس من الملائم تحمل أخطاء الإدارة في عدم عرض العقد على إدارة الفتوى بوصفه التزاماً ملقى على عاتق الإدارة دون المتعاقد معها.

ومن حيث إن الجمعية العمومية لنفسى الفتوى والتشريع قد تبينت أن المشرع حظر على جميع الجهات الإدارية ألا تبرم عقداً أو تقبل تحكيمياً أو صلحاً فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وأن مؤدى ذلك ولازمه التزام هذه الجهات بعرض مشروعات عقودها قبل إبرامها وتوقيعها على جهة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لمراجعتها وإبداء الرأي بشأنها، وأن المشرع لم يفرض ذلك عبثاً وإنما أراد به أن يجنب الجهة الإدارية مواطن الخطأ وأن يكفل لها من أسباب السلامة في إبرام تلك العقود ما تتحقق به المصلحة العامة، فإذا ما أبرمت الجهة الإدارية عقداً من هذا القبيل وقامت بتوقيعه قبل طلب مراجعته لضرورة ملحة أوجبت إليها ذلك ونصت في العقد على قبولها والمتعاقد معها ما عساه أن تدخله جهة الفتوى من تعديلات على العقد عند مراجعته فإنه يجوز لجهة الفتوى المنوط بها مراجعة العقد - وتبعاً

(١) اللجنة الثالثة، ملف رقم ٥٧/١١٣ بجلسة ٥٧/١٤/٢٠٠٣م.

لتقديرها - السير في مراجعة العقد رغم توقيعه مراعاة لهذه الضرورة وفي حدودها طالما قد تضمن العقد النص المشار إليه (١).

وفي فتوى أخرى قررت إدارة الفتوى أنه "وحيث إن ترتيبا على ما تقدم، ومتى كان الثابت ان العقد المطلوب مراجعته قد أبرم فعلا وتم توقيعه من طرفيه بتاريخ ٢٠١٥/٥/١ قبل طلب مراجعته من هذه الإدارة في ٢٣/٨/٢٠١٥، وكان الهدف من المراجعة هو تجنيب جهة الإدارة مواطن الخطأ وكفالة السلامة في إبرام العقود قبل أن ترتبط بها، فإنه كان يتعين على هيئة ميناء الإسكندرية عرض مشروع هذا العقد لمراجعته من الناحية القانونية قبل توقيعه، وهو الأمر الذي يتعين عليها مراعاته في تعاقدها المستقبلية، خاصة وأنه كان في إمكان الهيئة إرسال نسخة من مشروع هذا العقد إلى هذه الإدارة بطلب مراجعته قبل توقيع العقد من طرفيه كما هو الحال في طلب المراجعة المائل، إلا أنه وبمراعاة ما تضمنه البند الرابع عشر من هذا العقد من موافقة الطرفين المتعاقدين على أية تعديلات يدخلها مجلس الدولة عند مراجعته فإنه يجوز السير في المراجعة رغم توقيعه، سيما وأن الثابت من البند السادس من العقد المائل أن مدة تنفيذ الأعمال هي سنة ميلادية تبدأ من تاريخ ١/٥/٢٠١٥ وتنتهي في ٣٠/٤/٢٠١٦ ويمكن تجديدها لمدد أخرى بموافقة الطرفين لا يزيد مجموعها عن ثلاث سنوات وذلك ما لم يبد أحد الطرفين رغبته في عدم التجديد، مما مؤداه أن العقد المذكور لا يزال سارياً، وذلك بحسبان أن الأوراق قد جاءت خالية مما يفيد أو يثبت عدم رغبة أي من طرفي التعاقد بالرغبة في عدم تجديد التعاقد لمدة أخرى، وبالتالي يتعين المضي في مراجعته" (٢).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع رقم ١٤٦ - جلسة ١٩٩٨/١/٢١ - ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع خلال المدة من أكتوبر سنة ١٩٩٦ إلى يونيو سنة ٢٠٠٠ - ص ٩٢٨ وما بعدها، وكذا فتاها رقم ٢٤٧ - جلسة ٢٠٠١/٣/٢١ - ملف رقم ٣٧٦/١/٥٤.

(٢) إدارة الفتوى للوزارات والمصالح إسكندرية، ملف رقم ٨/١٥/٧، ٨/١٥/٢٨، ٢٠١٦/٥/٢٨ وكانت الوقائع تتمثل في أنه: "بتاريخ ٢٣/٨/٢٠١٥ ورد إلى هذه الإدارة كتاب السيد اللواء بحري/ رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لميناء الإسكندرية رقم ٦٥١ بشأن طلب مراجعة العقد المبرم بين الهيئة لميناء الإسكندرية وجهاز مشروعات الخدمة الوطنية - شركة النر للخدمات والصيانة" كوين سرفيس" - لتنفيذ أعمال تأمين وحراسة بعض المنشآت الحيوية بميناء الإسكندرية والذي تم إبرامه بالاتفاق المباشر تنفيذ لنص المادة ٣٨ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

هذا وقد سبق لهذه الإدارة أن طلبت من (الهيئة العامة لميناء الإسكندرية) بموجب كتابنا رقم ٨٧٢ المؤرخ في ٢٠١٥/٩/١ موافاتها بالبيانات والمستندات المبينة به واللازمة لمراجعة العقد المائل والمتمثلة في: (١- الطبيعة القانونية لجهاز مشروعات الخدمة الوطنية والسند القانوني لإنشائه والقرارات المنظمة له. ٢- الطبيعة القانونية لشركة النصر للخدمات والصيانة " كوين سرفيس" (الطرف الثاني في العقد المشار إليه)، والسند القانوني لإنشائها والقرارات المنظمة لها وبخاصة اللائحة التنظيمية للشركة المذكورة مع بيان صاحب الصفة في تمثيلها أمام الغير، وكذا الهيكل التنظيمي لجهاز مشروعات الخدمة الوطنية موضحا به مدى تبعية شركة النصر للخدمات والصيانة للجهاز المذكور. ٣- كافة الإجراءات السابقة والمكاتب المتبادلة بين الطرفين - الوارد ذكرها في البند الأول من العقد المطلوب مراجعته)).

وقد ورد كتاب رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لميناء الإسكندرية رقم ٧٥٥ المؤرخ في ٢٠١٥/١١/٢ مرفقا به بعض المستندات والبيانات ورد للبعض الآخر، وعليه فقد عاوننا وأن طلبنا بموجب كتابنا رقم ١٠٧٩ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/١٦ موافاتها بالبيانات والمستندات المبينة به واللازمة لمراجعة العقد المائل وهي ((القرار الصادر من وزير الدفاع والإنتاج الحربي بتاريخ ١٩٨٧/٩/٦

أما عن نطاق هذه الرقابة من الناحية الموضوعية: فتتمثل في رقابة المسائل التي أثارها خلافًا لقانوننا يقتضي أخذ رأي الجمعية بشأنها وهي رقابة لمطابقة أحكام مشروع العقد للقوانين دون أن تنطرق إلى مسائل الملائمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء ما يقدم إليه من أدلة واقعية وتمتد هذه الرقابة إلى مشروع العقد نفسه وكل ما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة على إبرامه أدت إليه كما تمتد إلى الإجراءات التي سبقت العقد وأدت إلى إبرامه من حيث مطابقتها لأحكام القانون فهي رقابة مشروعية لا ملاءمة وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة كل ذلك وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن، سواء ما تعلق بالإجراءات أو بنصوص العقد أو بما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة عليه وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسئوليتها القانونية كاملة والتي لا يصبح لديها عذرا بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً ثم تتحمل مسئوليتها إذا لم ترَ الأخذ بالرأي القانوني ومهما بلغت المخالفات التي تشوب الإجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها لأن المراجعة هي التي تكتشفها، لهذا فإته يكون من الملائم أن تقوم اللجنة بمراجعة العقد وإعمال شئونها في ذلك" (١).

٢- العقود التي تتضمن شرط التحكيم

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الصادر بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كان طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع

بشأن إنشاء شركة النصر للخدمات والصيانة "كوين سرفيس" الطرف الثاني في العقد المشار إليه وتعديلاته إن وجدت، بالإضافة للائحة التنظيمية للشركة المذكورة))، إلا أنه لم يتم موافاة الإدارة بها حتى تاريخه رغم انقضاء مدة طويلة على طلب الاستيفاء المشار إليه، ورغم حثها على ذلك بموجب الكتاب رقم ٤٠٩ المؤرخ في ٢٣/٤/٢٠١٦، ثم ورد كتاب رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لميناء الإسكندرية رقم ٣٦٣ المؤرخ في ٢٢/٥/٢٠١٦ مرفقاً به تفويض صادر ضمن مدير عام جهاز مشروعات الخدمة الوطنية للواء / محمد محمود أحمد أبو السعود في التوقيع على المزمع تجديده بتاريخ ٣٠/٤/٢٠١٦ بشأن إنشاء جهاز مشروعات الخدمة الوطنية، وصورة من قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٨٢ لسنة ١٩٨٠ الصادر بشأن تعديل بعض أحكام قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء جهاز مشروعات الخدمة الوطنية.

(١) فتوى رقم ٤٤٣ ملف ٤٠٨/١/٥٤، جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٣.

وحيث إن إفتاء الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع قد جرى على أن المراجعة التي تجريها إدارة الفتوى أو اللجنة المختصة بمجلس الدولة لا تقف عند حد بنود مشروع العقد المراد مراجعته وإنما تمتد لتشمل الإجراءات التي سبقته وجميع ما يعتبر جزءاً منه من مستندات وإجراءات سابقة على إبرامه أو أدت إليه. وذلك للوقوف على مدى مطابقتها لأحكام القانون ومدى تأثيرها على صحة العقد إن كان ذلك وجهه، فهي رقابة مشروعية وليست ملاءمة، بحسبان أن عقود الإدارة - إدارية كانت أم مدنية - تخضع على إبرامها لضوابط وقواعد تحدد من يملكون إبرامها وطرق وإجراءات ذلك حسبما سلف البيان، وكل ذلك موكل أمره لجهة الفتوى المنوط بها ولاية مراجعة مشروع العقد، وغني عن البيان أن هذه المراجعة لا تنضي على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فتنها ولا تطهره من المخالفات التي شابته إبرامه أو بنوده أو تجبرها وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصير الجهة الإدارية وبما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتخلل منه كله أو بعضه على ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة. ملف رقم ٨/١٥/٧ جلسة ٢٠١٦/٥/٢٨

إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج،
واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون...

وقد اختلفت الآراء (١) حول انصراف النص إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى الدرجة
التي وصلت إلى تناقض الأحكام، وحسم الخلاف بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضافة
فقرة جديدة إلى المادة (١) من قانون التحكيم، ونصت هذه الفقرة على أنه: "بالنسبة إلى
منازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من
يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وهكذا فإن المشرع أورد قيوداً على حرية الإدارة في إبرام العقد إذا تضمن شرط التحكيم
وهو موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية
العامة، ومنع التفويض في ذلك وقد أثير الخلاف بين أحكام المحاكم حول ما إذا كانت
الموافقة من قبل السلطة المختصة على اللجوء إلى طريق التحكيم يكفي لتحقيق قصد
المشرع من الإجراء الجوهري الذي تطلبه النص المشار إليه، وأنه ليس بلام أن يوقع
أو يوافق بعد ذلك على مشاركة التحكيم، باعتبارها تستمد شرعيتها أصلاً من الموافقة
السابقة، وتتضمن عادة الاتفاق على أسماء المحكمين والإجراءات التي تتبعها هيئة
التحكيم أثناء نظر النزاع، والموضوعات محل الخلاف بين الطرفين والتي سيتم الفصل
فيها.

في حين تراءى للدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا أثناء نظرها للطعن رقم ٨٢٥٦
لسنة ٥٦ قضائية عليا، خلافاً لذلك، أنه يتعين لقيام وصحة مشاركة التحكيم في منازعات
العقود الإدارية موافقة الوزير المختص - أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص
الاعتبارية العامة - عليها، دون الاكتفاء بموافقته على اختيار ولوج طريق التحكيم، ما لم
يتضمن المحرر الذي تمت على أساسه الموافقة على اللجوء إلى التحكيم تحديداً لموضوع
التحكيم وجميع المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كانت المشاركة باطلة وبطل تبعاً لذلك
حكم التحكيم لتوافر حالة من حالات البطلان (٢). المنصوص عليها في المادة (٥٣) من
قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية (١).

(١) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص ٢٠.

(٢) وقد حذرت المادة المذكورة حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم فيما يلي:

١- عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه، أو قابليته للإبطال.

٢- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها.

٣- تعذر إيداع دفاع أحد الخصوم.

٤- استبعاد تطبيق قانون الإدارة على موضوع النزاع.

٥- تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون.

٦- فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم.

وفي ضوء ذلك قررت المحكمة إحالة الطعن إلى الدائرة المشكلة طبقاً لنص المادة (٥٤) مكرراً من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ، وعرض الأمر على تلك الدائرة التي انتهت بجلسة ٢٠١٦/٣/٥ إلى وجوب توقيع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاق (مشارطة) التحكيم دون عناء عن ذلك بموافقتهم المبدئية على الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاع المثار، وببطلان اتفاق التحكيم بطلاً مطلقاً عند توقيعه من غير من وسد إليهم المشرع اختصاص الموافقة عليه وإعادة الطعن للدائرة المختصة للفصل فيه تأسيساً على أن مؤدى نصوص قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المشار إليه أنه يجب أن يكون الطرف المعبر عن إرادة الجهة الإدارية في اتفاق التحكيم هو من أولاه المشرع الاختصاص بالتعبير عن إرادة تلك الجهة وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١) من هذا القانون والتي قصرت ذلك على الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولم تجز لهم التفويض فيه، بحيث يباشر كل منهم إبرام العقد دون غيره بحسبانه الأقدر على مراعاة الصالح العام وتقدير متطلباته بما يستوي معه في ذلك الموافقة من حيث المبدأ أو الموافقة على اتفاق (مشارطة) التحكيم، وذلك بالنظر لخطورة هذا الاتفاق واتصاله بالعقود الإدارية، وما يترتب عليه من نقل الاختصاص بنظر النزاع من ولاية القاضي الطبيعي إلى هيئة التحكيم لتفصل فيه بحكم حائز لحيية الأمر المقضي، ومن ثم فقد غدا مباشرة تلك الصلاحيات بواسطة من عينهم القانون لمباشرتها من القواعد المتعلقة بالنظام العام، يؤدي مخالفتها إلى بطلان الاتفاق (٢).

- ٧- وقوع بطلان في حكم التحكيم.
- ٨- إذا خالف قاعدة من قواعد النظام العام
- (١) قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٣٨ "تفسير تشريعي" جلسة ٦ مايو ٢٠١٧ ، الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٥ مايو ٢٠١٧ .
- (٢) ومن الجدير بالذكر أن المحكمة قد انتهت إلى عدم قبول طلب التفسير لانتفاء شرط وجود خلاف جاد حول تفسير النص وهو ما لم يتحقق في تلك الحالة، حيث أن مجرد وجود خلاف بين دائرتين في المحكمة الإدارية العليا لا يحقق شرط الخلاف الحاد المتطلب لانقضاء اختصاص المحكمة بتفسير النص والقول بغير ذلك يعد افتتاتاً على سلطة المحاكم إزاء تفسير النص التشريعي.
- =وتقرر المحكمة أنه : " وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استعمال السلطة المخولة لها في مجال اختصاصها بتفسير النصوص التشريعية، مشروط بأن يكون للنصوص المراد تفسيرها أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تنظمها ووزن المصالح المرتبطة بها، وأن تكون هذه النصوص - فوق أهميتها - قد أثار تطبيقها فيما بين القومين على إنفاذ أحكامها، خلافاً حاداً يتعلق بمضمونها أو أثارها، ويقتضي ذلك أن يكون خلافاً مستعصياً على التوفيق، متصلاً بتلك النصوص عند إعمالها، مؤدياً إلى تعدد تأويلاتها، لتختل وحدة المعايير اللازمة لضبطها، مما يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء قصد المشرع منها عند إقرارها، ضماناً لتطبيقها طبقاً متكافئاً بين المخاطبين بها.
- وحاصل ذلك أن الدستور الحالي وقد ناط بالمحكمة الدستورية العليا دون غير ولاية تفسير النصوص التشريعية، فإن مؤدى ذلك ولازمة أن استنهاض ولايتها تلك لا يتأتى إلا إذا صار الخلاف حول تطبيقها - كما سلف النيان - حاداً مستعصياً على التوفيق، ليكون اللجوء إليها ملاذاً أخيراً ونهائياً. متى كان ذلك، وكان الخلاف في الحالة المعروضة قد اقتصر نطاقه على ما تزد بين الدائرتين الأولى والثالثة بالمحكمة الإدارية العليا، بشأن أحوال تطبيق النص محل طلب التفسير المعروض وفرضوه، وعرض على الدائرة المشكلة بمقتضى نص المادة (٥٤) مكرراً من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المعدل

المطلب الثاني

المحظورات الواردة على سلطات المتعاقد مع الإدارة

نصت المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ على أنه : "يحظر على المتعاقد طبقاً لأحكام هذا القانون استخدام الأراضي في غير الغرض الذي تم التصرف إليه من أجله.

"كما يحظر عليه التصرف في هذه الأراضي أو التعامل عليها أو جزء منها بأي نوع من أنواع التصرفات والتعاملات قبل سداد كامل الثمن، ويجوز التصرف بعد سداد كامل الثمن بشرط الالتزام بالغرض الذي تم التصرف من أجله ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي عقد يبرم بالمخالفة لذلك، ويعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر"

وتنص المادة ١٤ من قرار رئيس الوزراء رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٧ على أنه : "في حالة ما إذا كانت الأرض محل الطلب تستخدم في غير الغرض المخصصة من أجله الأرض لجهة الولاية عليها طبقاً لخطة استخدامات أراضي الدولة، وكان من الممكن إعادة تخصيصها لجهة ولاية أخرى تتفق مع غرض استخدام الأرض وقت التعامل بهذا القرار فيجب في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة طبقاً للقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملك الدولة الخاصة بالتنسيق مع المركز الوطني لتخطيط استخدامات أراضي الدولة. وإذا تعذر ذلك وكان الغرض الذي تستخدم فيه الأرض لا يتفق مع خطة استخدامات الأراضي ولا يمكن إعادة تخصيصها لجهة أخرى أو لغرض آخر فيتم تخيير الطالب إما بتغيير النشاط الذي تستخدم فيه الأرض ليتفق مع خطة استخدام الأرض المخصصة لها أو بتعويضه بقطعة أرض بديلة بذات المساحة من ذات جهة الولاية على الأرض محل التعامل تتفق مع طبيعة الغرض الذي كان يستخدم فيه الأرض محل التعامل.

وقد أورد القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ عدداً من المحظورات على المتعاقد مع الجهة الإدارية حرصاً من المشرع على اقتضاء الدولة لحقوقها المالية، فقد دأب هذا القانون على حفظ حق الدولة واستئداء كافة الحقوق المهددة ورفع الاعتداء الواقع على أملك الدولة الخاصة إما من خلال تقنين أوضاع واضعي اليد على تلك الأملك أو من خلال

بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ، التي استهدف المشرع بإنشائها - على ما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه - علاج حالات اختلاف الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة الإدارية العليا أو تلك التي ترى فيها تلك المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قرره في أحكام سابقة صادرة منها، وقد أصدرت تلك الدائرة قرارها المتقدم في خصوص هذا الخلاف بجلسة ٢٠١٦/٣/٥ لينتفي بذلك مناط قيام الخلاف الذي يستهض ولاية هذه المحكمة في التفسير، الأمر الذي يصير معه الطلب المعروض غير مقبول.

القرار رقم ١ لسنة ٣٨ تفسير تشريعي - الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٥ مايو سنة ٢٠١٧ .

إزالة التعديت الواقعة عليها، ورتب المشرع جزاءات على مخالفة تلك المحظورات، ونفصل ذلك من خلال ما يلي:

١- حظر التصرف في الأراضي المتعامل عليها قبل سداد كامل الثمن

فقد حظر القانون التصرف في هذه الأراضي أو التعامل عليها بأي نوع من أنواع التصرفات والتعاملات قبل سداد كامل الثمن، ونطرح هنا ثلاثة تساؤلات :

ما هي التصرفات التي يحظر اتيانها على الأرض محل التعامل؟ وماذا إذا لم يتضمن العقد شرطاً لحظر التصرف على هذه الأراضي، وما هو نطاق هذا الحظر؟

بالنسبة للتساؤل الأول، فإن نص المادة الثامنة جاء صريحا في تقرير عمومية تلك التصرفات فمن ناحية فقد ورد لفظ التصرف عاماً مطلقاً دون قيد بما ينسحب معه الحظر لكافة أنواع التصرفات سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ذلك من تصرفات الإدارة، ومن ناحية أخرى، فقد منع القانون أي تعامل على تلك الأراضي لسد أي باب للتحايل على لفظ التصرف الوارد في هذه المادة، وأخيراً: أكد القانون على ذلك من خلال لفظ "أي نوع من أنواع التصرفات أو التعاملات" (١).

وهكذا فإن التصرفات الواردة في النص والتي يحظر على المتعاقد إتيانها هي كل أنواع التصرفات سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع أو تصرفات إدارة كالإيجار وتقرير أية حقوق على هذه الأراضي لصالح المتعاقد مع الإدارة أو التنازل عن هذه الأرض للغير.

أما فيما يخص الإشكالية الثابتة، فحسب الظاهر فعدم تضمين العقد هذا الشرط لا يحول بحسب الظاهر - دون خضوع تلك التصرفات لذلك الحظر شريطة أن يخضع العقد إلى هذا القانون، حيث أنه شرط مقرر بنص القانون، ويفترض العلم به من طرفي التعاقد، وتلتزم به السلطة الإدارية، كما يسري على المتعاقد مع الجهة الإدارية، ومن ثم أضحي الحظر محل علم الطرفين حتى إذا لم يدرج الشرط صراحة داخل بنود العقد.

ولكن في واقع الأمر، فإن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط بمدى سلطة الإدارة في التنازل عن هذا الحظر، ومن ثم يحق لها عدم تضمين هذا العقد هذا الحظر بما يرتب عدم بطلان التصرف المبرم من قبل الشخص المتعاقد مع الجهة الإدارية مع مراعاة الفقرة الأخيرة

(١) وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٦ الخاص ببيع وتأجير الأراضي الصحراوية على أنه: "لن إخلال بحكم المادة السابقة يحظر استخدام الأرض في غير الغرض المخصص من أجله ما لم يكن ذلك بموافقة الجهة المختصة كما يحظر التصرف فيها أو أي جزء منها، أو تقرير أي حق عيني عليها، أو تمكين الغير منها (قول) نقل ملكيتها إلى (المتصرف إليه) ويقع باطلاً كل إجراء أو تصرف يخالف ذلك ولا يجوز شهره ولكل ذي شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"

من نص المادة السابعة من قرار رئيس الوزراء رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ والتي حظرت نقل ملكية العقار إلى الشخص المتعاقد إلا بعد سداد كامل مستحقات الإدارة.

بيد أن التعامل على هذه العقارات من قبل المتعاقد مع الإدارة في ظل حظر التصرف لحين سداد كامل الثمن يرتبط بتحقيق الغاية التشريعية وهي سداد كامل مستحقات الإدارة، وترتيباً على ذلك فإذا أبرم مشتري العقار من الجهة الإدارية عقد بيع إلى الغير فيضحي هذا العقد معلقاً على شرط واقف وهو سداد كامل الثمن بما يحقق الحكمة من اشتراط حظر التصرف، وتحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات وقد قضت محكمة النقض حكم قديم أنه:

ولئن كان مفاد نص المادتين ٤٧ ، ٦٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ وقبل إلغاء المادة ٦٠ بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ يدل على أن الشارع رتب جزاء البطلان المطلق للتصرف الذي يتم بالمخالفة لأحكامه إلا أنه بالنظر إلى الحكمة من النص ودواعيه وقد وضع لحماية حق الدولة والضمان الحصول عليه فإذا تحققت الغاية التي استهدفها المشرع فإنه يمتنع ترتيب الجزاء، لما كان ذلك، وكانت الأرض موضوع النزاع من الأراضي المبيعة للطاعنين من الدولة وقد تضمن البند ١٤ من المادة ٨ مكرر من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١٥٣ لسنة ١٩٦٩ شرطاً مانعاً من التصرف إلا بعد الوفاء بكامل الثمن وموافقة الإدارة العامة لأملك الدولة على هذا التصرف، وإذا قامت الطاعنتان ببيع تلك الأرض إلى المطعون ضدهم بموجب العقد المؤرخ ١٩٧٢/٢/٧ فإنه يكون بيعاً معلقاً على شرط واقف هو سداد كامل الثمن وإذا تحقق هذا الشرط بسدادهما إياه في ١٩٧٦/٥/٢ فإن العقد أصبح نافذاً من تاريخ إبرامه إعمالاً للأثر الرجعي لتحقيق الشرط(١).

وقد رتب القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ جزاء البطلان المطلق على مخالفة التصرف وذلك حتى سداد كامل الثمن. بما يحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان ويجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، وهذا هو حال القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحروية حيث رتب جزاء البطلان المطلق على كل تصرف أو تقرير لأي حق عيني أصلي أو تباعي أو تأجير أو تمكين بأي صورة كانت على الأراضي التي تخصص وفقاً لهذا القانون.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض

(١) الطعن رقم ٢٠٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٩ ، مئة المكتب الفني ٤٠ ج ١ رقم الصفحة ٩٠٣ قاعدة رقم ١٥٨.

- المادة ٣ والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية.

- المادة ١٠ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ بشأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة مناط المشرع بالهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية التصرف واستغلال وإدارة الأراضي الصحراوية في أغراض الاستصلاح والاستزراع دون غيرها من الأغراض كما ناط بهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة دون غيرها بالاستغلال والإدارة والتصريف في تلك الأراضي لغير أغراض الاستصلاح والاستزراع. أوجب المشرع على تلك الهيئة أن يكون استغلالها للأرض عن طريق تأجيرها لمدة ثلاث سنوات فإذا ثبت جدية المستأجر في استصلاح الأرض تقوم بتمليكه إياها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم ما سدد من إيجار من المبلغ المحدد كئمن للأرض - اعتبر المشرع أن كل تصرف أو تقرير لأي حق عيني أصلي أو تباعي أو تأجير أو تمكين بأي صورة كانت على الأراضي التي تخصص وفقا لهذا القانون يتم بالمخالفة لأحكامه باطلا ولا يجوز شهره.

- الأثر المترتب على ذلك لكل ذي شأن الحق في التمسك ببطلان هذا التصرف كما أنه يجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كما يزال بالطريق الإداري بقرار من مجلس إدارة هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ما قد يوجد على هذه الأراضي من تعديت أو وضع يد أو إشغالات أيا كان سندها أو الإزالة مع التعويض في حالات الإشغالات بسند قانوني(١).

بعد تقرير جزاء البطلان المطلق مناقضا للأصل العام المقرر في قواعد القانون المدني في والتي قررت جزاء البطلان النسبي على مخالفة الشرط المانع من التصرف حيث إنه شرطاً مقرر لمصلحة البائع الذي يجوز له التنازل عنه، وقد نصت المادة ٨٢٤ : "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا".

وفي إيضاح نوع البطلان الذي قرره المادة ٨٢٤، ذهبت محكمة النقض أن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة شرط المنع من التصرف وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس بطلان مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع

(١) ظن رقم ٤٠٤٥ لسنة ٤٣ ق. ع جلسة ٢٠١٢/٧، سنة المكتب الفني "٤٦" ص - ٨٠١ القاعدة رقم ٩٥

وهي حماية خاصة مشروعة لأحد الأشخاص - أو لطائفة من الناس - ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده^(١).

ويرجع تحديد جزاء البطلان النسبي - كأصل عام - على مخالفة الشرط المانع من التصرف هو أن هذا الشرط يعد مخالفاً لأصل العام المقرر لحق الملكية وهي حرية استعمال واستغلال والتصرف في المال المملوك لشخص، ويأتي هذا الشرط مخالفاً لذلك بحيث يستلزم تفسير هذا الشرط في حدود الغرض المتطلب لإدراجه في بنود العقد وداخل هذا الإطار. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا:

"رغم النص في المادة ٨٢٤ مدني على أن التصرف المخالف للشرط يعتبر باطلاً فإن اتفاق الفقه على أن آثار البطلان المقررة في المادة ٨٢٤ مدني، واختلاف الآثار ناتج من أن الشرط المانع من التصرف ورد على خلاف الاصل في حق الملكية وما يخوله للمالك

(١) طعن نقض رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ قضائية جلسة ١٩٩٩/٧/٥، سنة المكتب الفني ٥٠ ج، رقم الصفحة- ٩٨٢ -قاعدة رقم ١٩٣، وفي طعن آخر بث أن رئيس الوزراء فرض المحافظ في وضع الشرط والقواعد لتمليك المسكن الشعبية والاقتصادية التي أقامها المحافظ وتم نقلها قبل العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والتصرف في هذه المساكن ولا يتم إلا بموافقة المحافظ وقد قررت المحكمة في طعنها رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٠ القضائية جلسة ١٣ من يونيو ١٩٨١ "وحيث إنه مما ينهك الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول بأن الحكم أقام قضاءه بحذف القيود الواردة بالقرار الوزاري رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ وملحقة بمنع مشتري الشقة المبينة وفق أحكام القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على سند من القول بأن هذا القرار قد تجاوز نطاق القواعد التنظيمية والإجرائية التي فرض فيها بمقتضى المادة ٧٢ من هذا القانون وأن هذه المادة إنما فرضت رئيس مجلس الوزراء في إصدار القواعد التنظيمية والإجرائية ولا يتعداها إلى فرض القيود على الملكية بمنع المشتري من التصرف بالبيع في المسكن الذي اشتراه، ولما كان التقيؤض الوارد بالمادة المشار إليها هو تفويض تشريعي بفرض القواعد الموضوعية التي تتضمن الشروط والقيود التي تستلزمها المصلحة العامة، فيكون لهذا القرار قوة القانون الذي يجيز فرض تلك القيود على الملكية تحقيفاً لمصلحة مشروعة ارتأها المشرع وغذاً خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء القيود الواردة بقرار مجلس الوزراء سالف الذكر وملحقاته يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

وحيث إن هذا المعنى في محله، ذلك لأنه ولئن كان مفاد المادة ٨٠٢ من القانون المدني أن لمالك الشيء حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، إلا أنه لما كان النص في المادة ٨٢٣ مدني على "أنه إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مل، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه أو الغير" والنص في المادة ٨٠٦ مدني على أنه "على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة" - يدل وعلى ما أفصح عنه المشرع في الأعمال التحضيرية للقانون المدني على أن الملكية ليست حقاً مطلقاً لا حد له بل هي وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها، ويحميه القانون ما دام يعمل في الحدود المرسومة لمباشرة هذه الوظيفة أما إذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته، ويتربط على ذلك أنه حيث يعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم، وكان النص في المادة ١٤٤ من الدستوري على أنه "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذ" يدل - وعلى ما سمعناه الأعم فيدخل في هذا المجال أي تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية وسواء أصدرته السلطة الأخيرة على سند من تفويضها من السلطة التشريعية طبقاً للمادة ١٠٨ من الدستور أو استناداً إلى المادة ١٤٤ مضافة البيان ورائد المشرع الدستوري إذ يولي السلطة التنفيذية إصدار قواعد تشريعية تنفيذاً للقوانين الصادرة من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ في دقايقه وفقاً لضرورات العمل، فضلاً عما في ذلك من تخصيص القوانين من كثير من التفاصيل الجزئية ومن التخفيف بالتالي من أعباء السلطة التشريعية المترابدة، وكانت المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ تنص على أنه "تملك المساكن الشعبية والاقتصادية التي أقامتها المحافظات وتم شغلها قبل تاريخ العمل بهذا القانون نظير أجره تقل عن الأجرة المخفضة لمدة خمس عشر سنة وذلك وفقاً للقواعد والشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من رئيس الوزراء" وكان القرار رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ الذي أصدره رئيس مجلس الوزراء تنفيذاً لهذا النص قد نظم تلك القواعد والشروط والأوضاع التي أولاه المشرع سلطة إصدارها والتي يقتضيتها تنفيذ هذا النص، والتي تقتضيها طبيعة هذه المساكن وظروف إنشائها وتملكها والحكمة من تملكها لمستأجريها لجعل الملكية لا تمتد إلى الأرض المقامة عليها وأن يكون التصرف فيها بالبيع أو التنازل بموافقة المحافظ المختص، مما تعتبر معه هذه الشروط والقيود مفروضة بالقانون بمعناه العام يلزم إعمالها وإذا خالف الحكم هذا النظر على سند من قوله بأن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر قد تجاوز حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والذي أقتص على الإجراءات التنظيمية وحدها وربط على ذلك قضاءه بإلغاء القيود الواردة فيه على حق تملك المطعون ضده فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه.

من سلطة التصرف في ماله، كما تقوم مشروعيتها على حماية لمصلحة مشروعة للمشتري أو المتصرف إليه أو الغير، وأن يكون مؤقتا بحيث يعود للمالك بعد إنتهاء فترة المنع حقه الطبيعي في التصرف في ملكه، وللقضاء رقابة على تحقيق هذا الشرط لصحة الشرط المانع بحيث يكون له ابطاله إذا ما تخلفت أحد شروط صحته ذلك أن تقرير مشروعية المصلحة المراد بالشرط المانع حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسرياته مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك متى بني رأيه على أسباب سائغة، وعلى ذلك فإن آثار البطلان المقررة بالمادة ١٤١ من القانون المدني وهي جواز التمسك بالبطلان من كل ذي مصلحة والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وعدم زوال البطلان بالإجازة، هذه الآثار لا تسري جميعها على التصرف المخالف للشرط المانع إلا بالقدر الذي يتفق مع الأغراض المقصودة من الشرط المانع والواقع أن أحكام البطلان طبقا للقواعد العامة لا تتفق مع الغرض المقصود من الشرط سواء في ذلك البطلان المطلق أو البطلان النسبي، بل أن البطلان نفسه ليس هو الجزاء الذي تقضي به القواعد العامة عند مخالفة الشرط، وإنما هو جزاء أخذ به القضاء ونص عليه الشارع لأنه يستجيب للغرض المقصود من الشرط، وما دام الأمر كذلك فإن أحكام هذا البطلان تتحدد وفقا للغرض المذكور دون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة في البطلان. أما عن آثار البطلان عند مخالفة الشرط المانع فإن هذا البطلان ليس مقورا لكل ذي مصلحة كما هو الشأن في الآثار العادية للبطلان في القانون المدني، ولكنه مقرر فقط لمن تقرر الشرط المانع لمصلحته دون الآخرين، فإذا تقرر الشرط لمصلحة المشتري أو المتصرف كان له وحده حق التمسك بالبطلان، وتوضح المحكمة هنا أن الغير في الشرط المانع من التصرف ليس هو الأجنبي عن العقد، ولكنه من تقرر الشرط لمصلحته، كما أن هذا البطلان تلحقه الإجازة إذا صدرت ممن شرع الشرط لحمايته فيجوز له أن ينزل عن طلب البطلان ويجوز التصرف، وتطبيقا لذلك فإن التصرف موضوع المنازعة والمخالف للشرط المانع لا يلحقه البطلان من تلقاء نفسه، لمخالفة الشرط المانع(١).

وهو ذات ما قرره محكمة النقض فيما يخص قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦١ من أن تضمين عقود بيع الأراضي الزراعية شرط مانع من التصرف لحين سداد

(١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٦١ لسنة ١٨ ق. ح ، جلسة ١٩٧٤/٥/٢٨ ، سنة المكتب الفني ١٩ ص" ٣٨ القاعدة رقم ١٣٦.

كامل الثمن وتحدد وفقاً للغرض المقصود من إدراجها في بنود التعاقد، ومن ثم يترك تقدير التنازل عن هذا الشرط إلى الجهة صاحبة الولاية (١).

بيد أن المشرع في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ نص صراحة على جزاء البطلان المطلق حال مخالفة الشرط المانع من التصرف وذلك سلباً لسلطة الجهة صاحبة الولاية في التنازل عن هذا الشرط وصولاً إلى استثناء الدولة لكافة حقوقها المالية قبل إتاحة الفرصة للمشتري من التعامل على هذا العقار قبل سداد كامل الثمن.

٣- حظر استخدام العقار في غير الغرض الذي تم التصرف من أجله ويرتبط هذا الحظر بالالتزام الذي ألقاه المشرع على الإدارة بتضمين العقد شرط التزام المتعاقد باستخدام الارض واستغلالها في الغرض الذي تم التصرف إليه من أجله.

ومن ثم فإن المشرع وضع حماية قانون مزدوجة في حالة استخدام المتعاقد لهذا العقار في غير الغرض المخصص له، الأول: يتعلق ببطلان العقد الذي لم يتضمن شرط استخدام الأرض في الغرض الذي تم التصرف إليه من أجله، حيث ورتب جزاء البطلان المطلق على عدم تضمين العقد هذا الشرط، الثاني: يتعلق بمخالفة هذا الشرط وقد رتب القانون جزاء البطلان المطلق ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر (٢). كما أقر القانون لمخالفة هذا الشرط عقوبة جنائية سنورها لاحقاً في الفرع الثالث.

ويجوز تغيير الغرض المستخدم في الأرض بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص (٣).

وقد سبق وأن تعرضنا للأغراض التي يمكن أن تستخدم من أجله العقارات، وترتب جزاء البطلان المطلق للعقد الذي يشتمل على شرط استخدام العقار في الغرض المخصص من أجله.

(١) وفي هذا المعنى محكمة النقض، طعن رقم ٩٩٣ لسنة ١٩ ق. ع، جلسة ١٣/١١/١٩٧٦، والطعن رقم ٥١٢ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٠٠٣/٣/٢١، الطعن رقم ٤٩٥٠ لسنة ٦٢ ق. - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٣

(٢) تنص المادة ٧٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه: "يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون - مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها منتتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أي المنتتين أطول، فإذا لم يتم المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو اعدار أو حكم قضاء.

(٣) تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ على أنه: "يحظر استخدام الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون في غير الأغراض المخصصة من أجلها، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص - حسب الأحوال - إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأي غرض آخر.

وعند الخلاف بين الوزارات والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية وبين هذه الجهات وبعضها البعض حول تحديد الجهة المختصة بإدارة واستغلال والتصرف في أية أراض أو عقارات من المشار إليها يعرض الأمر على مجلس الوزراء، ويكون قراره في هذا الشأن ملزماً للجميع ويسري هذا الحكم على الخلافات القائمة بين الجهات المذكورة عند العمل بهذا القانون.

ومن الجدير بالذكر، أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد انتهت في أحد فتاوها، وهي بصدد تعاقد الهيئة العامة للإصلاح الزراعي مع أحد الأفراد على بيع قطعة أرض بغرض قيام المشتري باستصلاحها واستزراعها مع وجوب الاحتفاظ بها في نطاق الاستغلال الزراعي.

وقد جعلت الفتوى لهيئة الإصلاح الزراعي الخيار في حالة المخالفة - بين فسخ العقد واسترداد الأرض وما عليها دون تعويض أو الحصول على زيادة في السعر المتفق عليه بناء على أن العقد المبرم بين الطرفين قد خول للإدارة ذلك، وقد قررت في تلك الفتوى أنه: " لما كان ذلك وكان العقد المبرم بين الهيئة العامة للإصلاح والسيد - قد تضمن: "أن الغرض من بيع الأرض محل التعاقد هو رغبة الحكومة في قيام المشتري باستصلاحها وزراعتها - ويجب عليه أن يحتفظ بها في نطاق الاستغلال الزراعي فإذا أخل بهذه الشروط كان لمصلحة الأملاك الخيار في فسخ العقد واسترداد الأرض وما عليها دون تعويض أو الحصول على زيادة في السعر المتفق عليه بعد أن اخل المشتري بالتزامه في استخدام الأرض المشتره في الغرض الذي بيعت من أجله. ولا يحق لهذا الأخير أو خلفه العام ، في مجال درء المسؤولية عما وقع من هذا الإخلال - التذرع بعدم صلاحية الأرض للزراعة بسبب طبيعة التربة الجيرية وعدم وجود مصدر ري لها، إذا امتنعت الحكومة في نصوص العقد عن التعهد بصلاحية الأرض للزراعة وتوفير مصدر الري اللازم لهذا الغرض، وألقت بذلك على عاتق المشتري بعبء التثبيت والتحري عن هذه الأمور قبل الإقدام على التعاقد، فإذا كان قد قصر أو أهمل في هذا الخصوص فعليه وحده تقع مغبة هذا الإهمال وذلك بالتقصير(١).

الفرع الثالث

الجزاءات الجنائية الواردة في القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧

أورد قانون ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ عددا من العقوبات الجنائية لبعض الأفعال التي يقترفها المتعاقد مع الإدارة و المرتبطة بتصرفات الدولة لواقعي اليد على أراضيها.

(١) فتوى رقم ٥٧ - جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠ في ١/١/١٩٩٣ ملف ١٦٠-٢-٧.
" ومن حيث أن الهيئة العامة للإصلاح الزراعي قد أسقطت خيار الفسخ ووافقت لورثة المشتري في ١٩٨٤/٤/٨ على تغيير الغرض من استخدام الأرض المبيعة من الزراعة إلى إقامة مصنع لدرفلة الحديد عليها، فإنه يحق لها أن تتقاضى بعد هذه الموافقة على زيادة في السعر الذي اتفق عليه عند إبرام عقد البيع. وإذا اكدت نصوص العقد قد سكنت عن بيان مقدار هذه الزيادة أو الوقت الذي تقدر فيه فإن موجبات حسن النية التي تظل تنفذ هذا العقد، ومقتضيات العدالة التي تحكم تفسيره تفرضان - عند تقدير هذه الزيادة - للنظر إلى الأسعار السائدة حين موافقة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي على تغيير الغرض، وغذ كان للهيئة في هذا التاريخ حق فسخ العقد وطرح قطعة الأرض للبيع بهذه الأسعار، ولا يتأى أن تضار بعدم اللجوء إلى هذا الخيار والإبقاء على العقد والاستمرار في تنفيذه.

فقد حدد القانون عقوبة الغرامة التي لا تقل عن مائتي وخمسين ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه بالنسبة لمن يخالف حكم المادة الثامنة من القانون (١) والتي تحظر استخدام الأراضي في غير الغرض الذي تم التصرف إليه من أجله، وتحظر أيضا التصرف في هذه الأراضي أو التعامل عليها أو جزء منها بأي نوع من أنواع التصرفات والتعاملات قبل سداد كامل الثمن.

وهديا على ما تقدم، فإن اتيان أي من الأفعال التي حظرت المادة (٨) من القانون اتيانها يعد جريمة جنائية تستوجب توقيع عقوبة الغرامة بين مائتي وخمسين ألف جنيه بحد أقصى مليون جنيه.

كما قرر القانون جزاء آخر وهو رد الأراضي بما عليها من مبان أو غراس، أو إزالة فاعليتها من تلك التعديت على نفقة المخالف، وأيضا دفع قيمة ما عاد عليه من منفعة. وفي حالة العود، تضاعف عقوبة الغرامة بحديها الأدنى والأقصى.

كما أقر القانون عقوبة جنائية على المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري وهي ذات العقوبة المقررة على من أتى الفعل المحظور بين مائتي وخمسين ألف جنيه ومليون جنيه، إذا ثبت علمه بهذه المخالفة دون اتخاذ الإجراء القانوني اللازم.

ومن الجدير بالذكر، أن القانون قرر هذه العقوبة على المسئول بمجرد علمه بالمخالفات الواقعة دون اشتراط أي فعل آخر كتقاضي رشوة مثلا حيث اعتبر القانون عدم اتخاذ الموظف المسئول الإجراءات اللازمة على الرغم من علمه بها إخلالاً بواجبات الإدارة وأنه أسهم بموقفه السلبي في وقوع الجريمة ومن ثم يستحق ذات العقوبة المقررة لمرتكب المخالفة

ولاشك أن ذلك العلم المكون للركن المادي للجريمة أمر ليس من السهولة إثباته حيث يحتاج إلى إقامة الدليل على علم الموظف وهو أمر يتعذر في بعض الأحوال إثباته ويبقى الإثبات واردا إذا ما ترجم ذلك العلم في صورة أفعال مادية تفيد علم المسئول بتلك المخالفات.

ومن ناحية أخرى، فقد قرر القانون مسئولية تضامنية للشخص الاعتباري مع المحكوم عليه عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات، تطبيقا لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، وإن كان الأمر مفهوم لدينا بالنسبة للتعويضات على اعتبار الاتفاق على مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه فيما يخص مسئولية المدنية، إلا أن الأمر يدق في حالة

(١) نص المادة الحادية عشر من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠١٧.

الغرامة - وهي عقوبة جنائية- حيث من المتعارف عليه مبدأ شخصية العقوبة الجنائية، بيد أن الأمر هنا قد يكون معقولاً ولتعلقه بعقوبات مالية تشبه التعويضات من حيث مضمونها وموضوعها ألا وهو الالتزام بدفع مبالغ مالية.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي بنظر المنازعات المرتبطة بتعاقدات الدولة

على أملاكها الخاصة

من المسلم به حالياً أن مجلس الدولة يختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بوصفه الجهة القضائية المناط بها نظر المنازعات الإدارية وفقاً لنص المادة ١٩٠ من دستور ٢٠١٤ (١). ومن المتفق عليه فقهاً وقضاً خضوع هذه المنازعات للقضاء الإداري طالما توافرت قبلها شروط العقد الإداري وهو أن يكون أحد أطرافه الدولة، وتعلق بتنظيم وتسيير مرفق عام، وتضمنه شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص (٢). بيد أنه ليس كل عقود الإدارة عقوداً إدارية ولا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد (٣) حيث أن القضاء الإداري يختص حينما تظهر وجه السلطة العامة للدولة، ويتعلق بالعقد بتسيير المرفق في حين تظل العقود الأخرى تخضع للقانون الخاص.

غير أن هذا الأمر ليس بهذه السهولة واليسر، حيث أن وضع حدود فاصلة للنظام القانوني الذي تخضع له الإدارة ارتكازاً للمغايرة في الأساليب المستعملة في تصرفاتها قد يثير الكثير من اللبس حتى عند المتخصصين، وخير دليل على ذلك تضارب الأحكام القضائية واختلافها بين جهتي القضاء العادي والإداري بل امتد هذا التباين بين أحكام محاكم الجهة الواحدة. وقد تدخلت المحكمة الدستورية أكثر من مرة لحسم الاختصاص في منازعات دائرة حول تعاقدات الدولة على أملاكها الخاصة.

وتبريراً لذلك التداخل الحاصل بين تعاقدات الدولة الإدارية وتعاقداتها الخاصة نسوق عدة أسباب:

(١) تنص المادة (١٩٠) من الدستور على أنه: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحدة الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

(٢) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٣) د. سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ١٨٧ وما بعدها.

أولاً: وحدة المعيار العضوي في كلا التعاقدين، حيث أن الإدارة طرف في التعاقد الإداري كما أنها كذلك في ظل التعاقدات المدنية، ثانيها، الخلط أحياناً بين أموال الدولة والمرافق العامة حتى عند بعض المتخصصين حيث يدق الأمر أحياناً في تحديد تمايز واضح لهذا المال الخاص المملوك للدولة خاصة إذا كان مملوكاً لهيئة عامة تدير مرافق وتقدم خدمة عامة للمواطن، ثالثاً، هناك من الأموال العامة التي ينتهي تخصيصها للمنفعة العامة ومن ثم تصير مالاً خاصاً مملوكاً لها ترد عليه التصرفات العادية لجهة الإدارة، رابعاً وهو جوهر بحثنا، أن الإدارة في تعاقداتها الخاصة لا تتصرف - كما يرى البعض - على نحو مماثل للأفراد في علاقات القانون الخاص، بل تستعمل من وسائل القانون العام والامتيازات الاستثنائية ما يتغني من خلاله تحقيق المصلحة العامة حتى وهي بصدد إدارة أموالها الخاصة حيث إن ذلك مبتغى الإدارة في كافة تعاملاتها الإدارية (الخدمية) والاقتصادية، خامساً، أن الإدارة وهي بصدد تعاقداتها الواردة على أموالها الخاصة تصدر قرارات منفصلة سابقة على إبرام عقود البيع، كما تتخذ من الإجراءات التمهيدية التي تثير اللبس حول خضوعها للقانون العام ومن ثم اختلافاً حول اختصاص القضاء الإداري بنظرها.

وفي واقع الأمر، فإن هذا الخلط ألقى بظلاله على ساحات القضاء، حيث إنه كان مبعثاً لتضارب الأحكام على نحو ما سنورده في هذا المبحث سواء فيما يتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام العقد من اتخاذ بعض القرارات تمهيداً لعملية التعاقد كقرارات تثمين العقارات محل البيع، أو تخص العقد ذاته وما إذا اشتمل على شروط استثنائية غير مألوفه، أو مرحلة ما بعد التعاقد وما يخص الحجز الإداري وقرارات فسخ العقد بالإرادة المنفردة، أو ما يخص شهر العقد، وأيضاً النزاع حول ملكية الشيء المبيع بين طرفي التعاقد.

ومن المتفق عليه، خضوع العقد الإداري وما يتفرع عنه - إذا ما توافرت اشتراطاته - لرقابة القضاء الإداري حيث تعقد المنازعة في هذه الحالة منازعة إدارية يختص بها قضاء مجلس الدولة وفقاً لنص المادة ١٩٠ من دستور ٢٠١٤ وهكذا فإن القرارات الصادرة استناداً إلى عقد إداري أو تنفيذ لهذا العقد تعد من اختصاص قضاء مجلس الدولة وتقضي المحكمة الإدارية العليا في هذا السياق أنه " إذا كان الظاهر من الأوراق أن القرار مثار النزاع قد صدر من منطقة بورسعيد الطبية وأكدته وزارة الصحة استناداً إلى المادة ٢٧ من الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والتوريدات الملحقة بالعقد المبرم بين المنطقة والمدعي، ومن ثم فإن المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة

العقد الإداري فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولاية قضاء الإلغاء فتفصل المحكمة فيما يطرح عليها من منازعات أصلية أو منازعات متفرعة عنها اعتباراً بأن محكمة القضاء الإداري أصبحت بمقتضى المادة العاشرة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة هي وحدها دون غيرها المحكمة المختصة بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى تختص بالفصل في هذه المنازعات سواء أكانت أصلية أو فرعية واختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المذكورة اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإداري في الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية المستندة إلى العقد الإداري لا على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد الإلغاء بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقائية أو تحفظية لا تحتتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعد تداركها وحماية للحق إلى أن يفصل في موضوع ولا يهيم في هذا الصدد أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنه وقف تنفيذ إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر حسبما يظهر من أوراق الدعوى وعلى حسب التصوير القانوني الصحيح المستفاد من وقائعها(١).

(١) مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة التاسعة - الحد الأول (من أكتوبر سنة ١٩٦٣ إلى آخر يناير ١٩٦٤ ص ٣٢٤ ، القضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ قضائية

هكذا ينظر القضاء الإداري منازعات العقود الإدارية وما يتعلق بها من منازعات وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا بشأن مدى جواز فرض اتاوات لتحصيل حقوق مالية ناجمة عند عقد استغلال منطقة قصر المنتزة "ومن حيث إن عناصر المنازعة مستتمة من أوراها (وبالقدر اللازم لحمل منطلق الحكم على أسبابه) تجمل في أنه بتاريخ ١٩٩٧/٢/٣ أقام الطاعن بصفته الدعوى رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٩٧ أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية، وطلب في ختامها الحكم : بعدم أحقية محافظة القاهرة في تقاضي اتاوات عن بيع الشركة بمنطقة المقطم، على سند من القول إنه بموجب القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ منحت الحكومة المصرية للشركة المصرية للأراضي والمباني حق الامتياز باستغلال منطقة قصر المنتزة، وبيع أراضي منطقة المعمره، واستصلاح وتعمير منطقة جبل المقطم، على أن تقوم تلك الشركة بإدارة وتقسيم وتعمير المنطقة ومدها بالمرافق اللازمة من مياه وكهرباء وصرف صحي وغيرها، ثم صدر القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٥ بقبول التنازل الصادر وقد تداولت الدعوى المذكورة بالجلسات أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية وجلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨ أصدرت حكماً قضى بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، وأمرت بإحالتها بحالتها إلى محكمة القضاء الإداري للاختصاص وأبقت الفصل في المصروفات، ونفذاً لذلك وردت الدعوى إلى قلم كاتب محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، وقيمت بدولها برقم ٢٥٨٣ لسنة ٥٢ ق، وأعدت هيئة مفوضي الدولة تقريراً بالاراي القانوني فيها وارتابت فيه الحكم : بقبولها شكلاً، ورفضها موضوعاً، ولزام المدعي المصروفات وقبولها ٢٠٠٦/٦/١ أصدرت المحكمة حكمها المعلوم فيه وقيمت المحكمة قضاها على أساس أن عقد الالتزام الذي منح للشركة المصرية للتعمير والإنشاءات السياحية إدارة واستغلال منطقتي المنتزة والمعمره وتعمير منطقة المقطم قد منح الشركة حقوقاً ورتب عليها التزامات في مواجهة الحكومة، ومن هذه الالتزامات أن تدفع لها نسبة ٢٥ % من ثمن قطع الأراضي التي تبيعها، وهذا العقد ظل قائماً حتى عام ١٩٨٤ حيث أصدر رئيس مجلس الوزراء (بناء على تفويض رئيس الجمهورية له) القرار رقم ١١٤٣ لسنة ١٩٨٤ متضمناً حلول الشركة المدعية محل الشركة المذكورة في حق الاستغلال لمنطقة المقطم بالتعمير والإدارة، وكذا الأراضي التي سكتت محلاً للامتياز بهذه المنطقة وكذا كافة المرافق والمنشآت التي تنول إلى الدولة وفقاً لعقد الالتزام، كما تحل محل الدولة في المطالبات بالتعويضات الناشئة عن عقد الالتزام وتسوية الموقف المالي النهائي لها وكل هذه الحقوق منحت لهذه الشركة المدعية مقابل التزام وحيد في مواجهة محافظ القاهرة، وهو أن تظل ملتزمة بذات الالتزامات التي كانت تنجزها بها الشركة السابقة بموجب عقد الالتزام، والمتمثلة في دفع نسبة (٢٥%) من قيمة بيع الأراضي بمنطقة

كما أن الطلبات العاجلة التي تتعلق بالعقد الإداري يُنعقد الاختصاص بنظرها إلى قضاء مجلس الدولة بوضعها منازعة متفرعة عن العقد الإداري وتطبيقاً لقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وقد أشارت المحكمة إلى ذلك في ذات الحكم حيث قررت أنه : " وإذا كان المدعي يقصد مما سماه طلب وقف تنفيذ إلى النظر في اتخاذ إجراء عاجل مؤقت لدفع الأضرار والنتائج المترتبة على قرار المنطقة الطيبة بشأن فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسمه من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية وهذا الطلب متفرع عن النزاع الموضوعي بالجانب الجاد، ومن ثم فإن القضاء الإداري يفصل في هذا الطلب بناء على قاعدة أن قاضي الأصل وهو قاضي الفرع، وفي الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة فتتظر المحكمة أولاً في توافر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطالب به بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحدق الذي يلحق حق المطلوب المحافظة عليه، ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها فتحكم على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت في الوجه المستعجل للنزاع باتخاذ الإجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بأصل الحق المتنازع فيه أي دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع وهي التي تفصل فيها المحكمة بعد ذلك فضلاً نهائياً على مقتضى ما تبينته من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفي الخصومة".

كما يقول الحكم إن الوزارة المدعي عليها دفعت بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن القرار المطعون فيه ليس قراراً إدارياً صادراً من الإدارة استناداً إلى سلطتها الإدارية بل أن حقها المستمد من العقد المبرم بينها وبين المدعي فلا ترد على القرار المذكور دعوى الإلغاء بل يتخذ في ولاية القضاء الكامل ولا يقبل طلب وقف تنفيذ لأن طلب وقف التنفيذ متفرع عن طلب الإلغاء ويستمد أصله منه.

ويذكر الحكم أنه سواء كيف الطلب المستعجل على أنه طلب وقف تنفيذ قرار إداري أم كيف على أنه الجانب المستعجل من منازعة عقدية فإن ذلك ليس من شأنه أن يحول بين هذه المحكمة وبين النظر في الطلب المذكور إذ في حالة اعتباره متعلقاً بمنازعة عقدية فإن المحكمة تفصل فيه بما لها من ولاية القضاء الكامل باعتباره طلباً مستعجلاً يهدف به

المقطع إعمالاً للحكم الصريح الوارد بالمادة السامسة من قرار رئيس مجلس الوزراء المنوه عنه، وبحسبان أن محافظة القاهرة تعد مالكة لأراضي الدولة التي قامت الشركة ببيعها بمنطقة المقطم، إعمالاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ومن بعده قانون نظام الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، الأمر الذي تضحى معه الدعوى فاقدة لسندها القانوني، واجبة الرفض طعن رقم ٢٩٠٢٩ لسنة ٥٢ ق.ع، جلسة ٢٠١٠/٣/٦.

المدعي إلى اتخاذ إجراء مؤقت لدفع الأضرار والنتائج التي تترتب على تنفيذ الجزاء الذي وقعت عليه الإدارة ويستطرد الحكم إلى القول بأن قضاء محكمة القضاء الإداري قد استقر على الفصل في الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة فتتظر المحكمة أولاً في توافر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطالب به بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعدى تداركها أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها ناظرة إليها في ظاهرها فتحكم على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت في الوجه المستعجل للنزاع باتخاذ الإجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع وهو الذي تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلاً نهائياً على مقتضى ما تتيبنه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفي الخصومة.

ويقول الحكم إنه على هدى ذلك وفي خصوصية هذه الدعوى يبين من ظاهر الأوراق أن الاستعجال مائل في الطلب المستعجل فيما يتعلق منه بشطب اسم المدعي من سجل المتعهدين ذلك أن صناعته توريد الأغذية لمصالح الحكومة وفي حرمانه من هذا العمل كل الضرر خاصة وأن جريمة غش اللبن قد نسبت إلى غيره ولم يصل القضاء في أمرها بعد فإذا ما طلب المدعي وقف تنفيذ القرار محل الدعوى واستشفت المحكمة وجه الخطورة في جانبه الخاص بشطب اسمه من سجل المتعهدين كما بان من سياق الوقائع وجدية الأسباب التي قام عليها الطلب المستعجل في هذا الشق منه فإنه يتعين إجابة المدعي إلى وقف تنفيذ هذا القرار فيما تضمنه من شطب اسمه من سجل المتعهدين ورفض طلبه المستعجل فيما عدا ذلك مع إبقاء الفصل في المصروفات.

وقد أثرنا - من منطلق تحقيق الفائدة للبحثية - تقسيم ذلك المبحث من حيث الموضوعات التي تناولتها أحكام القضاء والمتعلقة بالمنازعات التي تخص عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة عن اعتناق تقسيم ذلك من خلال وضع أحكام كل جهة قضائية على حدة، وذلك لوضع يدنا على التضارب بين الأحكام الواردة في ذات الموضوع من ناحية، ولحسم ذلك التضارب من خلال أحكام المحكمة الدستورية في دعاوى تناقض الأحكام من ناحية، أو من خلال رأينا المستند إلي مبررات قانونية من ناحية ثانية ولذا سنعرض لهذا المبحث من خلال عدة مطالب وهي:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بالمنازعات الناشئة عن المرحلة السابقة على إبرام العقد

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة
المطلب الثالث: الاختصاص القضائي بمرحلة ما بعد التعاقد

المطلب الأول

الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة

عن المرحلة السابقة على إبرام العقد

رسم المشرع قواعد وضوابط التصرف في أملاك الدولة الخاصة، وأرسى شروطاً للتعاقد على هذه الأملاك، وعين ضوابط التصرف إلى واضعي اليد بما يكفل المحافظة على حقوق الدولة واستئداء كافة حقوقها، وتسلك الإدارة في سبيل ذلك عدة إجراءات تسبق إبرام العقد وهو موضوع هذا المطلب حيث تتعلق هذه المرحلة بعدة إجراءات تمهيدية منذ الإعلان عن بيع العقار وتقديم طلبات الشراء وعرض هذه الطلبات على اللجان المختصة بمقتضى القانون، وتقييم أسعار هذه العقارات من خلال لجان مشكلة وفقاً لنص القانون تخصص بتقدير سعر هذه العقارات، وتظل هذه المرحلة التمهيدية لحين وضع الشروط التفاوضية في التعاقد والتي تنتهي بتصديق السلطة المختصة على النحو السابق عرضه . وباستقراء أحكام القضاء في شأن بيع أملاك الدولة الخاصة، نجد أن هناك من الأحكام التي وضعت حداً فاصلاً بين المرحلة السابقة على التعاقد وما يتخذ غضونهما من قرارات بين مرحلة العقد بحيث تخضع الأولى لاختصاص القضاء الإداري فسي حين انعقد الاختصاص بنظر الثانية للقضاء العادي إذا خلا العقد من شروط استثنائية غير مألوفة ، ولم يتعلق بتسيير وتنظيم المرافق العامة.

وقد اتفقت بعض أحكام جهتي القضاء العادي والإداري على تقرير التفرقة بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة التعاقد ذاتها بحيث قرر اختصاص القضاء الإداري بالقرارات الصادرة في شأن بيع أملاك الدولة الخاصة بوصفها قرارات إدارية يطعن عليها بالإلغاء أمام مجلس الدولة.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا(١) فيما يخص الطعن على قرار محافظ القاهرة السلبى بامتناع إدارة أملاك القاهرة عن استصدار قرار ببيع قطعة أرض وضع الطاعنون يدهم عليها ومساحتها ... وبأحقيتهم في الشراء طبقاً للقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ .

وقد قدم الطاعنون شرحاً لدعواهم "إنه بتاريخ ١٩٢٩/١١/٢٣ حرر مورثهم مع مصلحة الأملاك الأميرية عقد إيجار أرض زراعية لمدة سنة على مساحة ١٢ س ١٣ ط ، وتم تجديد عقد الإيجار حتى صدر قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ حيث أصبحت عقود الإيجار تجدد سنويا وتلقائيا، وظل مورثهم يقوم بزراعة هذه المساحة حتى توفى سنة ١٩٧٠ وأصبح ورثته يقومون بزراعتها من بعده، وبتاريخ ١٩٨٠/٢/١٣ تقدم المدعي الأول عن نفسه وبصفته وكيلًا عن أخوته بطلب لشراء هذه المساحة ومقدارها ٤ س ١٤ ط طبقاً لآخر ربط بسجلات الأملاك إلا أنه لم يتلفت إلى هذا الطلب، وبعد صدور القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة والذي ينطبق على حالتهم وصدور قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ بتحديد الضوابط والإجراءات التي يتم على أساسها التصرف في أملاك الدولة الخاصة عاودوا التقدم بطلب لشراء الأرض خلال المدة المقررة قانوناً، إلا أن جهة الإدارة امتنعت عن إجابتهم إلى طلبهم بالمخالفة للقانون الأمر الذي حدا بهم إلى إقامة دعواهم الماثلة، وخلص المدعون إلى طلباتهم سائلة الذكر.

وبتاريخ ١٩٩٧/١١/٣٠ أصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها المطعون فيه بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى محكمة جنوب القاهرة الابتدائية للاختصاص، وشيدت قضاؤها على أساس أن المنازعة تتعلق بعقد من عقود القانون الخاص مما ينحسر معه الاختصاص بنظرها لمحاكم مجلس الدولة وينعقد للمحاكم المدنية.

إلا أن هذا القضاء لم يلق قبولا لدى جهة الإدارة المدعي عليها فأقامت طعنها المائل تنعي على الحكم المطعون فيه إنه خالف القانون وجائب الصواب فيما انتهى إليه من تكليف للدعوى بأنها تتعلق بعقد من عقود القانون الخاص، وذلك لأن النزاع المطروح على المحكمة هو قرار جهة الإدارة السلبى بالامتناع عن بيع قطعة الأرض محل الدعوى للمدعين وهو مرحلة سابقة على إبرام العقد وقد يسفر عن إبرام العقد أم لا.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن ٢٢٢٨ لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ٢٠٠٢/١/١٩ .

ومن حيث إنه ولئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن صدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، إذ ليس كل قرار يصدر من هيئة إدارية عامة يعد قراراً إدارياً يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه، وإنما لابد لتحقيق وصف القرار الإداري أن يكون كذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإدارة شخص معنوي خاص فإنه يخرج من عداد القرارات الإدارية أياً كان مصدره، ومهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري، إلا أنه وفيما يتعلق بالتصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة فإن مجال أعمال القضاء المشار إليه يرتفع بالحالات التي لا تكون فيها جهة الإدارة مقيدة بضوابط وإجراءات نص عليها القانون في شأن جواز التصرف، وبمعنى آخر أن تكون الإدارة حرة تماماً في التصرف كالأفراد سواء بسواء، أما حيث توجد قواعد تنظيمية عامة تقيد الإدارة في التصرف في الأرض المملوكة لها ملكية خاصة أو تحد من حريتها، فإن تصرفها على خلاف هذه القواعد أو امتناعها عن التصرف إنما يشكل - بحسب التكييف القانوني السليم - قراراً إدارياً يمكن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بطلب وقف تنفيذه أو إلغائه.

ومن حيث إنه ترتباً على ذلك، ولما كانت المادة (١) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة، تنص على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية ويحق الدولة في إزالة التعديتات التي تقع على أملاكها بالطريق الإداري، يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة إلى واضع اليد عليها قبل نفاذ هذا القانون، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقسيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به، وفقاً للقواعد والضوابط التي يقرها مجلس الوزراء لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية

ومن هذا النص يتبين أن المشرع في القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه، قد وضع شروطاً للتصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة بالبيع إلى واضعي اليد عليها، بأن اشترط أن يكون وضع اليد قبل نفاذ هذا القانون، وأن يتم البيع بطريق الممارسة، وأن يتقدم صاحب الشأن بطلب الشراء خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقانون، وأن يتم البيع وفقاً للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس الوزراء رقم ٨٥٧ لسنة ١٩٨٥ بقواعد التصرف في أملاك الدولة الخاصة إلى واضعي اليد عليها، ومن ثم

وتزولا على ما تقدم فإن أي قرار يصدر من جانب الإدارة إعمالاً لنص المادة (١) المشار إليها هو قرار إداري، يؤكد ذلك أن المشرع جعل سلطة الإدارة إزاء التصرف سلطة تقديرية، ولا جدال أن السلطة التقديرية هي مناط قيام القرار الإداري وهي محل رقابة المشروعية التي يختص بها القضاء الإداري عند النعي على القرار بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، إلى جانب أن إعمال الإدارة لهذه السلطة يأتي في مرحلة سابقة على إبرام عقد البيع الذي هو أحد عقود القانون الخاص، وكل من التصرفين (القرار والعقد) منفصل عن الآخر سواء من حيث النظام القانوني أو الاختصاص القضائي الذي يخضع له كل منهما مما لا يسوغ معه الخلط بينهما.

ومن حيث إنه لما كان الثابت من الأوراق أن طلبات المدعين في الدعوى الصادرة بشأنها الحكم المطعون قد انصبت على طلب إلغاء قرار محافظ القاهرة السلبى بالامتناع عن بيع قطعة الأرض وضع يدهم عليها طبقاً لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ سالف الذكر، ولم تتعلق البتة بعقد البيع الذي لم يبرم بعد بين الطرفين، ومن ثم وبهذه المثابة فإن الدعوى تكون متعلقة بقرار إداري مما يختص القضاء الإداري بنظر الطعن عليه، ولذا ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب وقضى بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى محكمة جنوب القاهرة الابتدائية للاختصاص فإنه يكون قد خالف صحيح حكم القانون مما يتعين معه الحكم بإلغائه والقضاء مجدداً باختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، وبإعادتها إلى محكمة أول درجة للفصل فيها مجدداً بهيئة مغايرة مع إبقاء الفصل في المصروفات.

نستنتج من ذلك الحكم عدة مبادئ، أولها، أن المشرع حينما يضع شروطاً للتصرف في أملاك الدولة الخاصة بالبيع إلى واضعي اليد عليها، فإن أي قرار يصدر من جانب الإدارة إعمالاً لتلك الشروط تعد قراراً إدارياً طالما توافر للإدارة فيه السلطة التقديرية، ثانيها، أن السلطة التقديرية هي مناط قيام القرار الإداري وهي محل رقابة المشروعية التي يختص بها القضاء الإداري عند النعي على القرار بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، ثالثها أن الأعمال التي تأتيها الإدارة في مرحلة سابقة على إبرام عقد البيع الذي هو أحد عقود القانون الخاص - لتعلقه بأملاك الدولة الخاصة - منفصلة عن التعاقد من حيث النظام القانوني أو الاختصاص القضائي الذي يخضع له كل منهما مما لا يسوغ معه الخلط بينهما.

وفي طعن آخر رفضت محكمة القضاء الإداري الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً، والمبنى على أن النزاع يدخل في إطار المنازعات المسندة إلى المحاكم العادية بموجب المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الأراضي الصحراوية (١)، وقد ارتأت المحكمة أن النزاع لا ينصرف إلى مجال تملك الأراضي الصحراوية بالشرع أو حيازتها بالإيجار أو إلى الاستصلاح والاستزراع، وإنما ينصرف أساساً إلى الطعن في مشروعية قرار إداري نهائي صادر ممن يملك إصداره، مما يستنهض اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري.

كما أقام الحكم قضاءه بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٥ المطعون فيه على اطمئنان المحكمة إلى ما انتهى إليه تقرير الخبير المودع في الدعوى

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠١ لسنة ٢٦ ق جلسة ٢٠٠٩/٢/١ بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وقد جاء في حثيات حكمها: "وحيث إن المشرع الدستوري قصد بنص المادة (١٧٢) من الدستور إلى دعم مجلس الدولة فأصبح منذ استحداث هذا النص جهة قضائية قائمة بذاتها محصنة ضد أي عدوان عليها أو على اختصاصها - المقرر دستورياً - عن طريق التشريع العادي، ولم يبق المشرع الدستوري في دعمه لمجلس الدولة عند هذا الحد بل جاوزه إلى إلغاء القيود التي كانت تقف حاجلاً بينه وبين ممارسته = لاختصاصاته، فأستحدث في المادة (٦٨) من الدستور نصاً يقضي بأن التقاضي حق مكفول للناس كافة، وأن لكل مواطن حق الانتجاع إلى قاضي الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتأخرين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. وبذلك سقطت جميع النصوص القانونية التي كانت تحظر الطعن في القرارات الإدارية، وأزيلت جميع العوائق التي كانت تحول بين المواطنين والانتجاع إلى مجلس الدولة بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات الإدارية. وإذا كان الدستور بما نص عليه في المادة (٦٨) من أن لكل مواطن حق الانتجاع إلى قاضي الطبيعي، قد دل - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - لعل أن هذا الحق في أصل شرعته هو حق للناس كافة تكافؤاً فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العنوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية، وأن الناس جميعاً لا يتميزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية، ولا في مجال التداعي بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغي دائماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء في مجال اقتضاها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها. وكان مجلس الدولة - بنص المادة (١٧٢) من الدستور - هو قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية والدعوى التأديبية، ما فتى قائماً عليها، بأساط وولاية على مختلف أشكالها وتعد صورها. لما كان ذلك، وكان الدستور قد نص في المادة (١٦٥) على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، فبها إذا ما قدر المشرع لائمة إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى محاكم المصلحة القضائية، فإن سلطته في هذا الشأن تكون مفيدة بعدم الخروج على نصوص الدستور، وعلى الأخص تلك التي تضمنتها نصوص المواد (٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠)، ويتعين عليه التآلف بينها في مجموعها، وبما يحول دون تناقضها فيما بينها أو تهامها، ومن ثم فلا يجوز إيهاب سلطة في منازعات يعينها إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة في صورتها الملجئة هي مدخلها، وصلتها بالمصلحة العامة - في أوتق روابطها - مقطوعاً بها، ومبرراتها الحتمية لا شبيهة فيها. وهذه العناصر جميعها ليست بمنأى عن الرقابة القضائية لهذه المحكمة، بل تخضع لتقييمها، بما لا يخرج نص أي من المادتين (٦٨، ١٧٢) من الدستور عن أغراضها التفاعلية حولها، بل يكون لمضمونها مجالاً الطبيعي الذي حرص المشرع الدستوري على عدم جواز إبداره، ذلك أن ما يقرره الدستور في المادة (١١٧) من النص على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، لا يجوز اتخاذها موطناً لاستنزاف اختصاص المحاكم أو التهورين من تخصيص الدستور بعضها بمنازعات بذواتها باعتبارها قضاياها الطبيعي، وصاحبة الولاية العامة بالفصل فيها، إذ إن الاختصاص المقرر دستورياً لآلة جهة من جهات القضاء، ليس محض حق لهذه الجهة أو تلك وإنما هو ولاية حولها إياها المستور باعتبارها الجهة القضائية التي ارتأت أنها الأجدر بنظر نوع معين من المنازعات، والأصلح في التدقيق في الحقوق المتنازع عليها أمامها.

وحيث إن المنازعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية، ليست جميعها من طبيعة مدنية مما يدخل في اختصاص القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة بنظر هذه المنازعات، وإنما يدخلها بعض المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، وينضوي تحت لوائها المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية التي تصدرها جهة الإدارة مما تدرج تحت الولاية العامة المقررة لمحاكم مجلس الدولة باعتباره القاضي الطبيعي لكافة المنازعات الإدارية، متى كان ذلك فإن إيلاء الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية إلى المحكمة الابتدائية على النحو الذي قرره الفقرة الأولى من المادة (٢٢) المطعون عليها، خصماً من الاختصاص المقعد لمجلس الدولة دستورياً ينبغي أن يبرره ضرورة ملجئة، وأن يتم ذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وحيث إن الأعمال التحضيرية للقانون السالف الذكر - المنكورة الإيضاحية ومضابط مجلس الشعب - قد خلّت من بيان الأسباب التي لجأت المشروع إلى ولوج هذا الطريق، أو المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها من ورائه، ومن ثم فإن ما نجاه المشرع من إيلاء الاختصاص بنظر جميع المنازعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام القانون المطعون عليه إلى المحاكم الابتدائية يمثل انتقاصاً من الاختصاص المقرر دستورياً لمجلس الدولة.

من أن أرض النزاع آلت إلى المدعي طبقاً لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ عن طريق عقود بيع ابتدائية محررة من مديرية الزراعة بالقاهرة بالتفويض عن محافظ القاهرة ووزير الزراعة واستصلاح الأراضي، وذلك باعتباره من الأراضي الصحراوية الخاضعة للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والمهيمنة عليها الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية، في حين أن اطيان القرار الجمهوري رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٥ تقع ضمن الأراضي الخاضعة للقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ والمهيمنة عليها هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، وأن شركة مصر الجديدة للإسكان والتعمير تضع يدها على مساحة ٦٤٩ فداناً بالزيادة عن المساحة الواردة بالقرار الجمهوري المشار إليه والذي جاء متناقضاً في منطوقه مع إحدائياته وبدون خريطة مساحية موقع عليها من مصدر القرار، الأمر الذي يتضح معه أن أرض النزاع مملوكة للمدعي وليست من الأراضي الصحراوية المملوكة للدولة.

ومن حيث إن مبنى الطعن في الحكم المذكور - وعلى ما جاء بتقارير الطعن الماثلة - يتلور في عدة أسباب حاصلها:

أن حقيقة النزاع وتكييفه القانوني الصحيح ينصب على أرض صحراوية حدد المشرع في المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بها، وهي المحاكم العادية، يستوي في ذلك أن يكون الصترف مثار النزاع صادراً من الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية أو من هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، وبالتالي فإن تصدي المحكمة له يكون على خلاف صحيح حكم القانون، ويتناقض مع الأحكام السابقة الصادرة من ذات الدائرة في الدعاوى المماثلة.

وقد جاء رد المحكمة الإدارية العليا على الدفع بعدم الاختصاص أنه: - "ومن حيث إنه عن وجه الطعن المتعلق بالاختصاص: فإنه لما كان القرار المطعون فيه - وهو قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٥ - قد صدر بتخصيص الأراضي التي اعتبرها مملوكة للدولة لشخص من أشخاص القانون العام وقتئذ هو هيئة ميناء القاهرة الجوي، بدون مقابل بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام هو تطوير مطار القاهرة الدولي، وأنه بهذه المثابة ينسحب عليه وصف ومقومات القرار الإداري الذي ينعقد الاختصاص بمباشرة الرقابة القضائية على مشروعيته لمحكمة مجلس الدولة، وبالتالي لا شأن للنزاع حوله بالمنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي

الصحراوية والذي يستند إليه الطاعنون في القول باختصاص المحاكم العادية وحدها بالفصل فيها عملاً بالمادة ٢٢ منه وذلك حسبما سبق أن انتهت إليه هذه المحكمة في حكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٤٣ لسنة ٤٣ ق عليا بجلسة ١٠/٣/١٩٩٩، ومن ثم فإن الدفع المبدي من الطاعنين بعدم اختصاص المحكمة ولائها بنظر الدعوى يكون غير قائم على أساس سليم من القانون، مما ضحى معه النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون في هذا الصدد في غير محله ولا يسوغ الاعتداد به (١).

وقد ذهبت محكمة النقض في غالبية أحكامها إلى ذات الاتجاه، وذلك من خلال وضع حد فاصل بين المرحلة التمهيدية التي تسبق التعاقد وبين مرحلة التعاقد ذاتها، وقد أرب بالطبيعة المركبة لعملية التعاقد ببيع أملاك الدولة الخاصة وقد رأت لها جانبين أحدهما تعاقدى بحت والآخر إداري وفيه تسيير الإدارة على مقتضى النظام القانوني المقرر لها، وتصدر قرارات لها كافة مقومات القرار الإداري، ومن الجدير بالذكر، أن هذه السنظم القانونية المقررة في شأن بيع أملاك الدولة والتي تضع الضوابط والشروط للترمة للتعاقد تستهدف تحقيق الصالح العام ومن ثم لا يجوز التفاوض عليها بجعلها بنود تعاقدية، وإنما تأتي بولاية إلزامية للجهة الإدارية على راغبي التعاقد تحقيقاً لهذه الغاية.

وقد قضت محكمة النقض أنه : لما كان ذلك وكان التعاقد مع جهة الإدارة بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة عملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدى بحت والآخر إداري وفيه

(١) المحكمة الإدارية العليا، طعون رقم ٧٩٦١ و ٨٣٢٤ و ٨٥٣١ لسنة ٤٥ ق . ع جلسة ٢٢/١١/٢٠٠٣

وقد فصلت المحكمة الإدارية العليا طلب وقف التنفيذ ثم إلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٥ بتخصيص هذه الأراضي، وقررت اختصاصها بنظر ذلك القرار باعتباره منفصلاً عن عقد التصرف في هذه الأراضي، وقررت ومن حيث إن البادئ من الأوراق أن الأراضي المتنازع عليها هي من الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام القانونين رقمي ١٤٣ لسنة ١٩٨١، ٧ لسنة ١٩٩١ سلفي الذكر، وأن المطعون ضده أقام دعواه بطلب وقف تنفيذ ثم إلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٥ بتخصيص هذه الأرض - والكائنة بطريق مصر الإسماعيلية الصحراوي - لهيئة ميناء القاهرة الجوي، على سند من القول بأنه يضع يده عليها منذ عام ١٩٧٨.

ويجوز حيازة هادئة ومستقرة لمدة طويلة، وقد قام باستصلاحها وزراعتها بعد أن تكبد مبالغ طائلة في سبيل تهيئتها وتوفير مصادر للري والصرف والطاقة بها، بينما لم يقدم أي دليل يفيد أن وضع اليد على تلك الأرض يظهره سند مشروع وقم عند صدور قرار رئيس الجمهورية المشار إليه في ١٩٩٥/٦/٢١، بل على العكس ثبت من كتاب الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية المودع حافظة مستنداتها المقنمة بجلسة ٢٠٠٢/١/٧ - وهي الهيئة التي يقرر لمطعون ضده أنها المهيمنة على أرض النزاع والمنوط بها سلطة التصرف فيها - أنه تقدم بطلب للانفتاح بهذه الأرض ولم يتم اتخاذ أي إجراء بشأن هذا الطلب سواء بالبيع أو بالإيجار، ومن ثم وتأسيساً على ما تقدم فإن المطعون ضده لا يكون قد نشأ له - بحسب الظاهر من الأوراق ودون المساس بأصل الموضوع - حق أو مركز قانوني على الأرض محل النزاع يتعين معه على مصدر القرار المطعون فيه احترامه وعدم المساس به، الأمر الذي يفتقد معه طلب وقف تنفيذ هذا القرار أحد ركنيه الأساسيين وهو ركن الجنية، مما يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب دون حاجة لاستظهار ركن الاستعجال لعدم جدواه.

وغني عن البيان أنه لا يسوغ التحدي أو المحاجة بعقود البيع الابتدائية المبرمة بين المطعون ضده ومديرية الزراعة بالقاهرة بشأن هذه الأرض، ذلك أن البادئ من الأوراق أن هذه العقود تم إبرامها بتاريخ ١٩٩٦/٩/٧، أي بعد صدور القرار المطعون فيه في ١٩٩٥/٦/٢١ بأكثر من عام، بل ويعد إقامة الدعوى المطعون على حكمها في ١٩٩٦/٤/٦ بما يزيد على خمسة شهور، ومن غير المقبول أو المتصور قانوناً أن يكون القرار المطعون فيه - وهو سابق على التصرف المذكور - قد اعتدى على حق للمطعون ضده مستمد من هذا التصرف وهو لم يكن قد ولد بعد، إذ أن منطق القانون يوجب بأن يقيد التصرف السابق التصرف اللاحق وليس العكس. ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد خالف هذا الرظ وقضى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، فإنه يكون قد تنكب وجه الصواب في هذا الصدد وخالف صحيح حكم القانون، مما يتعين معه الحكم بإلغائه، ومن حيث إن من خسر الطعن يلزم بمصرفه عملاً بحكم المادة ١٨٤ مرافعات.

تسير الإدارة على مقتضى النظام العام المقرر لذلك، وتصدر في هذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوفر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية تحديد شروط البيع والإذن به أو إبرامه أو اعتماد وتبقى هذه القرارات السابقة على التعاقد منفصلة عن العقد قائمة بذاتها منفردة بطبيعتها وإن كانت تمهيد لإبرامه وتسهم في تكوينه وتستهدف إتمامه فتختص جهة القضاء الإداري - دون غيرها - بإلغائها إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح، ويجوز لطالبي التعاقد أو غيرهم الطعن فيها متى توافرت لهم المصلحة في ذلك(١).

وعلى نقيض ذلك، ذهبت ذات المحكمة - حيال الطعن على قرار تقدير ثمن محلات تجارية - إلى تقرير اختصاصها بنظر ذلك القرار وقررت "أن القرار الإداري الذي لا تختص بنظره جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة، ولما كان حق الدولة وغيرها من الجهات العامة في أملاكها الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد فإن مقتضى ذلك أن عقود البيع التي تبرم في شأنها مع الأفراد أو غيرهم من الجهات تعد عقوداً مدنية، ومن ثم فإن الأعمال التي تأتيها جهة الإدارة والقرارات التي تصدرها قبل التصرف فيها بوضع شروط البيع للتمهيد والإعداد لهذه العقود ومنها تقدير الثمن تعد من الأعمال المدنية التي تختص المحاكم المدنية بنظر كل نزاع ينشأ عنها تبعاً لاختصاصها الأصلي بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود بعد إبرامها وتام التصرف فيها باعتبار أن القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة عدا ما استثنى بنص خاص " لما كان ذلك، وكان النزاع المطروح يدور حول طلب المطعون ضدهم تعديل سعر المحلات المخصصة لهم والصادر قرار جهة الإدارة بتخصيصها لهم فإن جهة القضاء العادي تكون هي المختصة بنظر هذه المنازعة"(٢).

(1) حكم محكمة النقض، الطعن المقيّد في جدول المحكمة برقم ١٢١٧٤ لسنة ٧٨ القضائية جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠١٦، وفي ذات المعنى طعن رقم ١٨٤٩ لسنة ٣٩ ق. ع في حرية التعبير عن الإدارة في إبرام عقودها - إدارية كانت أو مدنية. ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشروح في القوانين واللوائح كغالبية اختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم وهذه الإجراءات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتصل عنه.

(2) حكم محكمة النقض في الطعن المقيّد في جدول المحكمة برقم ٥٩٧٣ لسنة ٧٥ ق، جلسة ١٧-١٠ فبراير ٢٠١٦.

وفي ذات المعنى الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ القضائية، جلسة ١٧ مارس ١٩٩٤.

"وحيث إن الطعن أقيم على مسيين بنعي الطاعون بالوجه الأول من السبب الأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقولون إن القرارات لاتي تصدرها الجهة الإدارية وتستهدف بها التمهيد لإبرام عقد سواء أكان من عقود

الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن الطعن على قرارات تثمين أملاك الدولة الخاصة تواترت أحكام محاكم مجلس الدولة على تقرير أحقيتها في نظر الطعن على قرارات تثمين العقارات التي قررت الإدارة التعامل عليها بالبيع، نظراً لأن هذه القرارات تصدر بمقتضى اختصاص معقود للجان مشكلة بنص القانون، وتستمد اختصاصها مباشرة من نصوصه، ومن ثم فنتج قرارات لتثمين العقارات ضمن الجانب الإداري للتعاقد الذي أشارت إليه أحكام محكمة النقض، ولذا يطعن على هذه القرارات أمام مجلس الدولة.

فتطبيقاً لذلك من قضاء المحكمة الإدارية العليا حكمها الصادر في شأن تعديل ثمن المتر من الأرض المخصصة لشركة المطاحن التي يمثلها بمدينة السلام إلى الحد المناسب طبقاً للقوانين واللوائح والحالات المتماثلة.

وقد رفعت الدعوى في بادئ الأمر أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية والتي قضت بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى محكمة القضاء الإداري لنظرها، ونفاذا للحكم المذكور وردت الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري/ دائرة العقود الإدارية والتعويضات بالقاهرة وقيدت بجدولها العام برقم ٢٢٨٩ لسنة ٤٩ ق، ويجلسه و١١/٤/١٩٩٩ اصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها المطعون فيه بإلغاء قرارى الجهة الإدارية المدعى عليها بتحديد سعر المتر المربع من الأرض المسلمة للشركة بمبلغ .. وبمطابقتها بقيمة المنشآت استقلالاً عن الأرض المقامة عليها وانتهت المحكمة

القانون الخاص أو العام هي قرارات إدارية يختص بنظر الطعن عليها محاكم مجلس الدولة وإذ كان الطاعن الأول - محافظ سوهاج بعد أن أصدر قرار بتشكيل لجنة لتقدير ثمن المتر من أرض النزاع قد وافق على التقدير الصادر منها ثم أصدر قراره رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٢ بالموافقة على البيع لشاغلي الأرض طبقاً لكشوف الحصر المرفقة بها والمعتمدة منه وبالتالي المحدد إلزاماً بقواعد لائحة بيع أملاك الدولة والقرار الجمهوري رقم ٩٤٥ لسنة ١٩٧٦ ، فإن هذه القرارات وإن اتخذت بصدد التعاقد بشأن عقد من عقود القانون الخاص إلا أنه قد توافرت لها خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونها إقصاحاً من الإدارة عن إرانتها الملزمة بما لها من سلطة بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة مما ينعقد معه الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها لمحاكم مجلس الدولة، إذ أن دعوى المطعون ضدهم بإلغاء وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرانتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد أحدث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجزائراً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة، ولما كان حق الدولة وغيرها من الجهات العامة في أملاكها الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد فإن مقتضى ذلك أن عقود البيع التي تبرم في شأنها مع الأفراد أو غيرهم من الجهات تعد عقوداً مدنية، ومن ثم فإن الأعمال التي تأتيتها جهة الإدارة والقرارات التي تصدرها قبل التصرف فيها بوضع شروط البيع للتصديق والإعداد لهذه العقود ومنها تقدير الثمن تعد من الأعمال المدنية التي تختص المحاكم المدنية بنظر كل نزاع ينشأ عنها تبعاً لاختصاصها الاصيل بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود بعد إبرامها وتما التصرف فيها باعتبار أن القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية التي تنشب بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة عدا ما استثنى بنص خاص. لما كان ذلك وكان النزاع المطروح يدور حول طلب المطعون ضدهم تعديل سعر المتر من أرض النزاع الصادر قرار الطاعن الأول ببيعها لهم باعتبارهم واضعي اليد عليها والشاغلين لها، فإن جهة القضاء العادي تكون هي المختصة بنظر هذه المنازعة، وغد كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذه النظر في قضاء برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي يكون قد صانف صحيح حكم القانون ويكون النعي عليه بمخالفة قواعد الاختصاص الولائي على غير أساس.

الإدارية(١) العليا بإلغاء ذلك الحكم والقضاء مجدداً برفض الدعوى، ويعد ذلك إقراراً من المحكمة باختصاصها بنظر قرارات تثمين هذه الأراضي.

وهكذا فيعد القرار الصادر في شأن تقدير وتثمين أملاكاً لدولة قرارات إدارية وهو ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا حيث قررت: "ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن محافظ سوهاج قد أصدر القرار المطعون فيه باعتماد تقرير اللجنة العليا لتقدير أملاك الدولة لسعر المتر (زوائد التنظيم) بمبلغ ... وبتحديد المساحة ... وحيث إن الثابت من الأوراق وخاصة تقرير الخبير المودع في الدعوى رقم ٣١٨ لسنة ١٩٩٦ فأقام الدعوى الماثلة طالباً بإلغاء القرار المطعون فيه بتاريخ ... ومن ثم يتحقق علمه اليقيني بالقرار المطعون فيه والقيمة المحددة عليه"

ومن وجهة أخرى، فقد تعارضت أحكام محكمة النقض بين تقرير اختصاصها بنظر قرارات تثمين أملاك الدولة الخاصة، وبين الحكم بعدم الاختصاص الولائي وإحالة الطعن على قرارات هذه اللجان إلى جهة القضاء الإداري.

فقد عرض على محكمة النقض طلب الحكم بتخفيض السعر المقدر للمتر من أملاك الدولة وضع يده طبقاً لحالات المثل وتاريخ وضع يده واعتبار الثمن المسدد بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢٥ ثمناً نهائياً للأرض وقد أشارت المحكمة في حكمها أنه : " وحيث إن مما ينعاه الطاعنون بصفاتهم على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ. في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقول إن النزاع موضوع الدعوى يتعلق بالطعن على قرار اللجنة العليا لتقدير أثمان أراضي الدولة الخاصة والذي اعتمد من الطاعن الأول بصفته ومن ثم فإن هذا القرار يعد من القرارات الإدارية التمهيدية السابقة على انعقاد العقد بين جهة الإدارة والتي يمثلها الطاعن الأول بصفته وبين المطعون ضده والتي ينحصر عنها اختصاص القضاء العادي وينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة مجلس الدولة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض الدفع المبدي من الطاعنين بصفاتهم بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(١) حكم إدارية عليا، الطعن رقم ٥٦٦٧ لسنة ٤٥ ق. ع ج جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٧ وفي ذات السياق طعن رقم ١٤٠٦٠ لسنة ٤٨ ق. ع جلسة ٢٠١٠/٧/١. وأيضا الطعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٤٣ ق. ع جلسة ٢٠٠١/١/٢٨ سنة المكتب الفني ٤٦ الجزء ص ٢٩٠٥ حيث أقر ذلك الطعن الطبيعية المدنية للقرارات المتعلقة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة حيث قضت أن "مجرد صدور قرار من جهة الإدارة لا يجعله داخلا في اختصاص مجلس الدولة، يلزم حتى يدخل في هذا الاختصاص أن يكون كذلك بحسب موضوعه وفحواه- إذا دار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو يتعلق بمبادرة شخص معنوي خاص - خرج من عداد القرارات الإدارية التي تختص بها محكمة مجلس الدولة.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن "مؤدى البندين الخامس والعاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، والمادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاءً وتأييلاً وتعديلاً ووقف تنفيذ، وتعويضاً عن الأضرار الناشئة عنها معقود كأصل عام لجهة القضاء الإداري فليس للمحاكم العادية أي اختصاص بالطلبات المتعلقة بها ولو عرض النزاع بصفة تبعية، كما لا تختص عند الفصل في المنازعات المدنية والتجارية البحتة التي تقع بين الأفراد والحكومة والهيئات العامة بتأويل الأمر الإداري أو تعديله وليس لها أن توقف تنفيذه أو تتجاهله أو لا تلتزم آثاره، وأن القرار الإداري هو القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة. لما كان ذلك وكان التعاقد مع جهة الإدارة بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة عملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدي بحث والآخر إداري وفيه تسيير الإدارة على مقتضى النظام القانوني المقرر لذلك، وتصدر في هذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوفر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية تحديد شروط البيع والإذن به أو إبرامه أو اعتماده وتبقى هذه القرارات السابقة على التعاقد منفصلة عن العقد قائمة بذاتها منفردة بطبيعتها، وإن كانت تمهد لإبرامة وتسهم في تكوين وتستهدف إتمامه فتختص جهة القضاء الإداري - دون غيرها - بإلغائها إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح ويجوز لطالبي التعاقد أو غيرهم الطعن فيها متى توافرت لهم المصلحة في ذلك، لما كان ذلك وكان القرار رقم ١٨٣٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٣٠ من اللجنة المشكلة من الطاعن الأول بصفته بتقدير ثمن أرض التداعي المملوكة للدولة ملكية خاصة هو من قبيل القرارات الإدارية السابقة على تكوين العقد كونه صادراً من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة وقد استكمل في ظاهرة مقومات القرار الإداري الغير مشوب بعيب يجرده من صفته الإدارية وينحدر به إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر قانوناً فإن الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به ينعقد لجهة القضاء الإداري إذ إن طلب المطعون ضده تخفيض السعر المقدر لأرض التداعي يقتضى بالضرورة التعرض لذلك القرار الإداري بإلغائه أو تعديله أو تأويله وهو ما يمتنع على

المحاكم العادية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه - ولما تقدم - تعين القضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى (١).

وقد ذهبت محكمة النقض إلى خلاف ذلك، قررت اختصاصها بنظر هذه القرارات المتعلقة بتسعير أراضي الدولة استناداً إلى أنها ليست قرارات إدارية لأنها لا تتعلق بإدارة مرافق عامة وإنما تخص أموال الدولة الخاصة، ومن ثم تعد المنازعة في شأن هذه القرارات منازعة مدنية مما ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء العادي.

حيث طلب من محكمة مدني طنطا الابتدائي الحكم بندب خبير لتقدير قيمة السعر الحقيقي للمتر في الأرض الفضاء وإجراء مقاصة بين زوائد التنظيم وضوائعه طبقاً لخط التنظيم وليان المبالغ المستحقة له ثمناً للأرض مشتراه بعد المقاصة.

وقد نعى الطاعنون أمام محكمة النقض على حكم أول درجة مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان الوجه الأول يقولون - إن مقطع النزاع انصب على إلغاء القرار الإداري الصادر من لجنة تقييم أملاك الدولة الخاصة بتقدير سعر أرض التداوي وصدور قرار الطاعن الأول بصفته باعتماد هذا التقدير وتوجيه الدعوى للمطعون ضده للتعاقد على أساس الثمن المقدر من اللجنة المختصة فهو قرار سابق ومنفصل عن عملية التعاقد

(1) محكمة النقض، الطعن المفيد في جدول المحكمة برقم ١٢١٧٤ لسنة ٧٨ القضائية، جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠١٦م. وفي ذات السياق الطعن رقم ٤٨٤٥ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٦ إبريل ٢٠١٢. وقضت المحكمة أنه: "وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه لمخالفته قواعد الاختصاص الولائي بتعرضه للقرار الإداري الصادر من محافظ القليوبية باعتماد تقدير اللجنة العليا لتحديد أثمان أراضي الدولة بتقدير ثمن بيع المتر ومقابل الانتفاع من أرض التداوي الذي طلب المطعون ضده تعديله وصولاً للفصل في هذا الطلب رغم أنه من القرارات الإدارية التمهيدية السابقة على تكوين وانعقاد العقد المراد إبرامه بين جهة الإدارة والمطعون ضده والمنفصلة عنه ومن ثم يتمتع على القضاء العادي التعرض له وتعديله ويدخل هذا في اختصاص محاكم مجلس الدولة، وإذا لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض الدفع المبدي من الطاعنين بعدم الاختصاص الولائي ثم قضى بتعديل الثمن المحدد بمقتضى ذلك القرار وتخفيضه فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مودى البندين الخامس والعاشر من المادة العشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، والمادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن اختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاء وتأويل وتعديلاً ووقف تنفيذ، وتعويضاً عن الأضرار الناشئة عنها معقود كاصل عام لجهة القضاء الإداري فليس للمحاكم العادية أي اختصاص بإطبات المتعلقة بها ولو عرض النزاع بصفة تبعية، كما لا تختص عند الفصل في المنازعات المدنية والتجارية بالجهة التي تقع بين الأفراد والحكومة والهيئات العامة بتأويل الأمر الإداري أو تعديله وليس لها أن توقف تنفيذ أو تتجاهله أو لا تلتزم بأثره، وأن القرار الإداري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، لما كان ذلك، وكان التعاقد مع جهة الإدارة بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة عملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدي وبتح والآخر إداري وفيه تسيير الإدارة على مقتضى النظام القانوني المقرر لذلك، وتصدر في هذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية تحديد شروط البيع والإن به أو إبرامه أو اعتماده وتبقى هذه القرارات السابقة على التعاقد منفصلة عن العقد قائمة بذاتها منفردة بطبيعتها، وإن كانت تمهد لإبرامه وتسهم في تكوينه وتستهدف إتمامه فتختص جهة القضاء الإداري - دون غيرها - ببلغاتها إذا وقت مخالفة للقوانين واللوائح ويجوز لطالبي التعاقد أو غيرهم الطعن فيها أمامها متى توافرت لهم مصلحة في ذلك.

وتوافرت فيه كافة شروط وأركان القرار الإداري ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر طلب إلغائه وتعديله لمحاكم القضاء الإداري دون القضاء العادي وقد تم الدفع بعدم الاختصاص الولائي أمام محكمة الموضوع إلا أنها قد فصلت في النزاع رغم عدم اختصاصها، بما يعيب حكمها ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة، ولما كان حق الدولة وغيرها من الجهات العامة في أملاكها الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد فإن مقتضى ذلك أن عقود البيع التي تبرم في شأنها مع الأفراد أو غيرهم من الجهات تعد عقوداً مدنية، ومن ثم فإن الأعمال التي تأتيها جهة الإدارة والقرارات التي تصدرها قبل التصرف فيها ومنها تقدير الثمن تعد من الأعمال المدنية التي تختص المحاكم المدنية بنظر كل نزاع ينشأ عنها تبعاً لاختصاصها الأصيل بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود بعد إبرامها وتمام التصرف فيها باعتبار أن القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة عدا ما استثنى بنص خاص. لما كان ذلك، وكان النزاع المطروح يدور حول طلب المطعون ضده تعديل سعر المتر من أرض النزاع وإجراء المقاصة بين زوائد التنظيم وضوائعه باعتبار أن كليهما يضع اليد على جزء مملوك للآخر وشاغل له ومن ثم يكون النزاع مدنياً بحتاً وتكون جهة القضاء العادي هي المختصة بنظره وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه الضمني برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعي عليه بمخالفة قواعد الاختصاص الولائي على غير أساس (١).

وقد عرض على المحكمة الدستورية دعوى تناقض حكيمين صادريين من جهد القضاء العادي والإداري يتعلق بتحصيل هيئة المجتمعات فروق أسعار الأراضي المخصصة. فقد دفع الطاعن دعواه أمام محكمة الجيزة الابتدائية طالباً القضاء بعدم أحقية هيئة المجتمعات العمرانية في مطالبته بالمبالغ محل التداعي، كفروق أسعار عن قطعة الأرض

(١) الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٧٠٨ لسنة ٨٣ القضائية، جلسة ١ يونيو ٢٠١٤م وفي ذات المعنى الطعن رقم ٥٩٧٣ لسنة ٧٥ ق، جلسة ١٢ فبراير ٢٠١٦.

المخصصة له ، وقد قضت محاكم جهة القضاء العادي برفض الدعوى تأسيساً على عدم تحرير عقد بيع مع الهيئة ينظم أحكام التصرف في الارض المباعة، فطعن المدعي على هذا الحكم أمام محكمة النقض بالطعن رقم ٥٤٦٥ لسنة ٨٣ قضائية ولم يتم الفصل فيه، ومن جهة أخرى، أقيم طعنا ضد الهيئة أمام محكمة القضاء الإداري، طعنا على قرار الزامه بفروق الأسعار المتقدمة عن قطعة الأرض ذاتها، وقضت المحكمة بعدم أحقية الهيئة في اقتضاء هذا المبلغ، وذلك لانطوائه على تعديل ثمن قطعة الأرض المتفق عليه بالإرادة المنفردة بالمخالفة لأحكام القانون، وطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا ولم يتم الفصل فيه.

وانتهت المحكمة الدستورية في حيثياتها إلى تقرير عدد من المبادئ وهي:

أولاً: إن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، ولا هي من العقود المدنية بالضرورة، وإنما مرد الأمر في تكييفها إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون الخاص أو العام.

ثانياً: أن هذه العقود لا تنتظمها مرحلة واحدة تبرم بعد انتهائها، بل تتداخل في مجال تكوينها مراحل متعددة، يمهّد كل منها لما يليه، ليكون خاتمتها العقد في صورته الكاملة.

ثالثاً: أن الإدارة لا تتمتع في مجال إبرامها لعقودها بالحرية ذاتها التي يمكنها أشخاص القانون الخاص في نطاق العقود التي يدخلون فيها، بل عليها أن تلتزم طرقاً بعينها توصلها إلى اختيار المتعاقد معها، مع تقيدها في كل ذلك بالقواعد التي تمثل الإطار القانوني المنظم للعلاقة العقدية التي تبرمها.

رابعاً: أن الإطار القانوني أو اللاتحي التي تلتزم به الإدارة في تقييم أملاك الدولة الخاصة تمثل شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص ، وتدّل على انتهاج الهيئة لوسائل القانون العام وتمتعها في هذا الشأن بمظاهر السلطة العامة والتي تخرج من نطاق علاقات القانون الخاص لتندرج ضمن علاقات القانون العام.

ولذا فقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بالاعتداد بالحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري نظراً للطبيعة الإدارية للقرار الصادر بتثمين أملاك الدولة الخاصة.

المطلب الثاني

الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود التصرف

في أملاك الدولة الخاصة

وندرس في هذا المطلب طبيعة العقود التي تبرمها الدولة، وترد على أملاك الدولة الخاصة سواء تعاملت عليها بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات، فالجامع المشترك لتلك العقود هو صدورها عن السلطة الإدارية فمن ناحية حيث غالباً ما تكون الجهة صاحبة الولاية في التعاقد أو السلطة المختصة جهة إدارية كالوزير أو المحافظ أو رئيس هيئة وهي كلها جهات إدارية، وإحاطة هذا العقود بسياج قانوني يضع مجموعة من القواعد والضوابط التي تضمن التعاقد على نحو محقق للمصلحة العامة من ناحية أخرى، وهو ما يتماثل مع تعاقدات الدولة الإدارية مما يثير في كثير من الأحوال اللبس حول تحديد طبيعة هذه العقود.

وتحديد طبيعة العقد أمر لا منتدح فيه حتى نعين الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع الناشئ عن تعاقدت الدولة حيث إن ليس كل عقود الدولة تعد عقوداً إدارية فينطبق ذلك فقط على العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة تسييرها وتتمتع في ذلك بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، لكن قد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم عقوداً مدنية تستعين فيه بوسائل القانون الخاص(١).

وهذا ما استقرت عليه المبادئ التي أرسنها إدارة الفتوى بمجلس الدولة في فتوى قديمة لها حيث قررت : "إن عقد بيع أملاك الميري الحرة تسري عليها قواعد القانون المدني، الذي تنص المادة ٨٩ منه على أن : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لاتعاقد العقد(٢).

وهو ذات ما قرره محكمة النقض حيث عرض عليها طعن موضوعه النزاع حول أحقية الطاعنين في التعاقد على أرض النزاع وتملكهم لها بحيازتها وبوضع أيديهم عليها منذ أكثر من ثلاثين عاما وقيامهم باستصلاحها واستزراعها دون المطعون ضده الذي حررت له الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية عقدي بيع لذات الأرض باعتبارها الجهة التي تتولى إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ، وقد قررت المحكمة في ذلك الحكم أنه(٣) : "وحيث إن

(١) محكمة النقض طعن رقم ١٨٤٩ لسنة ٥٣٩ ق. ع ، جلسة ٢٠٠٦/٣/٧ .

(٢) الفتوى رقم ٣١١ - سنة الفتوى ١١ - تاريخ الجلسة ١٩٥٧/١/٢٢ - تاريخ الفتوى ١٩٥٧/١/٢٢ .

(٣) محكمة النقض، الطعن رقم ١٩٦٢ لسنة ٧١ ق، جلسة ٢٠١٢/١/٢٤ مكتب فني ٦٣ ق ٢٨ ص ١٩٧، وفي ذات المعنى، الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٧ قضائية ، سابق الذكر.

والطعن رقم ٨٢٢٤ لسنة ٧٦ ق، المرجع السابق

الطعن أقيم على خمسة أسباب ينعي الطاعنون بالوجه الثالث من السبب الخامس منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقولون إنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بعدم اختصاص المحكمة ولائها بنظر الدعوى الفرعية وبإحالتها إلي محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المختصة، وذلك لوجود خلاف حول عقدي المطعون ضده الأول اللذين صدرا مشوبين بأخطاء إدارية وتزوير، إلا أن الحكم المطعون فيه رفض دفعهم دون مقتضى مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن المحاكم العادية - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - هي السلطة الوحيدة التي تملك حق الفصل في المنازعات التي تثار بين الأفراد والحكومة بشأن تبعية الأموال المتنازع عليها للدولة أو بشأن ما يدعيه الأفراد من حقوق عينية لهم عليها، وأن القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة عدا ما استثنى بنص خاص، وأن حق الدولة وغيرها من الجهات العامة في أملاكها الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد. لما كان ذلك، وكان النزاع في الدعوى المطروحة يدور حول أحقية الطاعنين في التعاقد على أرض النزاع وتملكهم لها بحياتها وبوضع أيديهم عليها منذ أكثر من ثلاثين عاماً وقيامهم باستصلاحها واستزراعها دون المطعون ضده الأول الذي حررت له الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية عقدي بيع لذات الأرض مؤرخين في ١٩٩٠/..../... و ١٩٩٢/..../... باعتبارها الجهة التي تتولى إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١، وكانت تلك المنازعة إنما هي مدنية محضة يستلزم الفصل فيها تحري ما إذا كان تعاقد الأخير قد صدر وفقاً لأحكام القانون سالف البيان أم بالمخالفة له، ومدي أحقية الطاعنين في طلباتهم، ومن ثم فإن الاختصاص بنظر هذه الدعوى إنما ينعقد لجهة القضاء العادي، وذلك ما أيدته المحكمة الدستورية العليا بحكمها الصادر في القضية رقم ١٠١ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٩/٢/١ المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٧ مكرر (أ) في ٢٠٠٩/٢/١٥ بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية، حينما أوردت في أسباب حكمها "أن

وكد ميزت محكمة النقض بين المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بمناسبة إبرام عقود الدولة وهي في ذلك ينعقد الاختصاص بنظرها إلى القضاء الإداري طالما توافرت مقومات القرار الإداري وأركانه ، في حين عقدت الاختصاص بنظر الأعمال المدنية المرتبطة بتلك العقود لجهة القضاء العادي ، الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٧ ق، سابق الإشارة إليه.

المنازعات التي قد تنشأ عن تطبيق القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية ليست جميعها من طبيعة مدنية مما يدخل في اختصاص القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة بنظر هذه المنازعات وإنما يداخلها بعض المنازعات ذات الطبيعة الإدارية وينضوي تحت لوائها المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية التي تصدرها جهة الإدارة مما تندرج تحت الولاية العامة المقررة لمحاكم مجلس الدولة باعتباره القاضي الطبيعي لكافة المنازعات الإدارية بما مؤداه أن المناط في تحديد الاختصاص الولائي بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية هو بطبيعة المنازعات، فإن تعلقت بالحيازة والملكية ونحو ذلك اختص القضاء العادي بنظرها، وإن انطوت على منازعة إدارية انعقد الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري، وقد خلت الأوراق من مثل تلك المنازعة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي عليه بمخالفة قواعد الاختصاص الولائي على غير أساس.

ولا شك أن تكيف العقود وما إذا كانت إدارية أو مدنية إنما مرده إلى أحكام القضاء التي تقف على ما إذا ما كانت هذه العقود قد ضمنت شروط استثنائية غير مألوفة فتصير عقد إداري أم تعاملت الإدارة فيها بوصفها شخصاً خاصاً فتندرج في طائفة القانون الخاص، ويرجع ذلك إلى أن القانون لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود التي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها وصيانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيل والتأويل.

وهدياً على ما تقدم فإن إعطاء العقود التي تبرمها جهة الإدارة وصفها القانوني الصحيح باعتبارها عقود إدارية أو مدنية إنما يتم على هدي ما تجري تحصيله منها ويكون مطابقاً للمحكمة في إبرامها (١).

وقد حكمت محكمة النقض بعدم اختصاصها بنظر منازعة حول عقد أبرم بين الوحدة المحلية لمركز ومدنية حوش عيسى التي يمثلها الطاعن وهي أحد أشخاص القانون وبين المطعون ضدهم بعد أن رسي عليهم مزااد بيع تم التعاقد عن طريق المزايدة العامة وأحال التعاقد في شروطه إلى أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ في شأن المناقصات والمزايدات واعتبرها متممة له، وتتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في روابط

(١) في ذات المعنى، محكمة النقض، الطعن رقم ١٨٢٣٤ لسنة ٧٦ق - جلسة ١٣ من يونية ٢٠١٥م.

القانون الخاص ومنها دفع تأمين محدد قبل دخول المزاو واستكمال المدفوع إلى مبلغ معين بعد رسو المزاو وحق مصادرة ما سدد من مبالغ وإعادة بيع العين في حالة التأخير عن الحضور لاستلامها.

فضلاً عن التزام الراسي عليه المزاو بقبول أي تعديلات يدخلها مجلس الدولة على شروط العقد وهو ما يضفي على العقود مثار النزاع مقومات العقد الإدارية، فينعقد الاختصاص بنظر المنازعات التي تقوم بشأنها لمحكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدفع بعدم الاختصاص السوالم بمقولة أن هذه العقود من عقود القانون الخاص لتعلقها ببيع محلات تجارية وليس لها صلة بتسيير أو تنظيم الوحدة المحلية وكان هذا الوصف القانوني الذي أسبغه الحكم على تلك العقود يخالف الوصف الصحيح لها فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن (١).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا التمايز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة المدنية حيث قررت أنه :- "من المقرر قانوناً أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، إذ كان ذلك وكان البين من عقد البيع المشار إليه، وما أحال إليه من أحكام تكميلية لاحقة ببيع أملاك الميري، أنه قد خلا من أي شرط استثنائي فلا تظهر فيه جهة الإدارية بمظهر السلطة العامة، كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام، وإنما هو عقد بالممارسة لقطعة أرض من أملاك الدولة مما تدخل في نطاق دومنيها الخاص، وتظل نائية عن مفهوم المرفق العام بالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة، وتدار بأساليب القانون الخاص التي تختص بنظر المنازعات التي تنور بشأنها جهة القضاء العادي (٢).

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا تحديد الاختصاص بنظر النزاع حول عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة وهي بصدد نظر دعوي تناقض بين الحكم النهائي في الاستئناف رقم ٥٣١٠ لسنة ٤ قضائية الصادر من محكمة استئناف القاهرة، المؤيد للحكم الذي قضي برفض إلزام المدعين الأول والثاني تحرير عقد بيع للمدعي عليه عن قطعتي

(١) حكم نقض، طعن رقم ١٦١٣ لسنة ٥٢ ق، مكتب فني ٤٠ صفحة رقم ١٨٩ بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٧.
(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ قضائية تنازع جلسة ٢٠٠١/٥/٥ ج ٩ دستورية ص ١٢٢٢.

الأرض رقمي ١٩ و ٣٧ تقسيم المنطقة الصناعية بجسر السويس في الدعوي رقم ٨٠٧٢ لسنة ٦٢ قضائية، الذي قضي بإلزام المدعين جميعاً بتحرير عقد بيع لصالح المدعي عليه عن قطعتي أرض بواقع مائة وخمسين جنيهاً للمتر، وأنه يتعذر تنفيذ هذين الحكمين معاً وقد قررت المحكمة الدستورية في قضائها (١).

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جري على أن المفاضلة التي تجريها بين الحكمين النهائيين المتناقضين، لتحدد على ضوءها أيهما أحق بالاعتداد به عند التنفيذ، إنما تتم على أساس ما قرره المشرع من قواعد لتوزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة.

وحيث إنه من المقرر قانوناً أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني، إلى مقوماتها، ويوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام.

متى كان ذلك، وكانت المادة (٣١ مكرراً) من قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمضافة بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ قد أجازت التصرف في العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة بطريق الاتفاق المباشر لوضعي اليد عليها الذين قاموا بالبناء عليها، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية، بالشروط التي يلزم توافرها لإجراء التصرف، وتحديد السلطة المختصة بإجرائه واعتماده وأسس تقدير المقابل العادل له وأسلوب سداده، وكان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٠٠٦ قد صدر نفاذاً لذلك القانون، ناصاً في مادته التاسعة على أن يكون التعامل على أملاك الدولة بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في الحالات سالفة البيان وفقاً لشروط عامة على النحو الآتي: ألا يكون العقار محل طلب التعامل مخصصاً لمنفعة عامة، وإن تكون الحيابة محل وضع اليد ظاهرة وهادئة ومستقرة، ويحظر على الأسرة الواحدة (الزوج والزوجة والأولاد القصر) الاستفادة أكثر من مرة من أحكام هذا القرار في غير حالة التعامل على زوائد التنظيم، وفي حالة الإخلال بأي شرط من الشروط التي تم التعامل على أساسها يكون العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم قضائي أو اتخاذ أي إجراء قانوني آخر"، "فإن مؤدي ما تقدم أن التنظيم القانوني للتعامل على أملاك الدولة الخاصة بالبيع وغيره من صور التعامل الأخرى، بحسب الأصل

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية المعقدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣ لسنة ٣٩ قضائية "تنازع جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨.

- لا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة كما لا يتصل هذا التنظيم بتسيير مرفق عام، بالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة، وتدار بأساليب القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها ولا يعدو استعمال جهة الإدارة لحقها في الفسخ أن يكون إعمالاً من جانبها لنص المادتين (١٥٧ و ١٥٨) من القانون المدني التي تجيز أحكامها الاتفاق في العقود الملزمة للجانبين، على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، ومن ثم فإن منازعة المدعي عليه جهة الإدارة في قبول بيع قطعتي الأرض سالفتي البيان إليه، إنما ينضبط الفصل فيها بقواعد القانون الخاص التي تحكم بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومن بينها نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، والذي تساند الحكمان المتناقضان إلى أحكامها.

مقتضي ما تقدم أن المنازعة بشأن قبول جهة الإدارة التعاقد على أملاك الدولة الخاصة غير المقترن بشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص والتي تدل على انتهاجها وسائل القانون العام، تعد من المنازعات التي تدور حول بيع أملاك الدولة الخاصة، والتي تختص جهة القضاء العادي بنظرها بحساباتها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بالملكية.

الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة عن شهر عقود التعامل على أملاك الدولة الخاصة

أوجب المشرع في قانون الشهر العقاري شهر جميع التصرفات التي من مقتضاها إنشاء أو نقل أو تغيير أو إنقضاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، وذلك بطريق التسجيل ورتب على عدم التسجيل أثراً بالغ الخطورة مقتضاه بقاء الحق على حاله وكأنه لم يرد عليه أي تصرف فلا ينشأ الحق ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول سواء في العلاقات بين ذوي الشأن أو بين الغير، ولم يجعل المشرع للتصرف من أثر في هذه الحالة سوى الالتزامات الشخصية بين أطرافه، ولم يجز المشرع المساس بالمحرمات المشهورة عن طريق التسجيل لا يمقتضي أحكام نهائية، وفي صدد إجراءات الشهر حدد المشرع دور ذوي الشأن ودور المصلحة الشهر العقاري على نحو واضح.

وفي هذا الشأن لم يخولها سلطة في رفض المحرمات المشهورة إلا إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقي، ولضمان سلامة وجدية عملية الشهر ألزم المصلحة بفحص الطلب وإعادته إلى الطالب مؤشراً عليه برأيها إما بقبول الشهر أو رفضه وفي الحالة

الأخيرة ألزمها بتسبب رفضها وبيان المستندات اللازم استيفائها لاتمام الشهر كما أخضع قرارها لرقابة القضاء فحول صاحب الشأن حقاً في الاعتراض على رأي المصلحة. كما أوجب المشرع أيضاً على مصلحة الشهر العقاري أن تتأكد من عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك الحقيقي وذلك حماية للملاك وغيرهم من أصحاب الحقوق العينية من شهر المحررات بطريق غير مشروع من أصحاب الحقوق بما يكفل حد لاغتصاب الحقوق العينية والملكية بعقود مصطنعة.

وقد عرض على المحكمة الإدارية العليا طعناً موضوعه طعن على قرار إداري سلبي بامتناع مصلحة الشهر العقاري عن تسجيل قطعة أرض صحراوية خارج الزمام، ويتلخص موضوع الدعوي في ان المدعي تقدم بطلب لتسجيل قطعة الأرض التي اشتراها والتي آلت إلى البائع ضمن مسطح أكبر وقد تصرف في هذه المساحة إلى شخص آخر، وقد طلبت الإدارة من مصلحة الشهر العقاري عدم تسجيل العقد الأول بحجة أن الأرض المذكورة تم بيعها بغرض الاستصلاح والزراعة وأنها مربوط عليها مستحقات مالية عن فرق تغيير النشاط ولم يحدد الجهات مقدار هذه المستحقات.

وقد نعي المدعي على ذلك أنه يرتب عليه ضرراً لا يمكن تداركه وطعن على قرار الامتناع عن التسجيل لصدوره مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة والانحراف. وقد قررت المحكمة أنه: "وحيث إن الثابت من الأوراق أن الأرض محل الدعوي الماثلة تم بيعها - ضمن أراضي أخرى - من الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية بغرض الاستصلاح والزراعة إلى جمعية صحراء الأهرام التعاونية للاستصلاح الأراضي والتي قامت بتسجيلها بموجب الشهر رقم ١٥٦٦ لسنة ١٩٧٩ فمن ثم يكون قرار الشهر العقاري بالامتناع عن تسجيل الأرض محل التعامل في الطلب رقم ٢٠٠٨/٨٤٣ هرم شهر عقاري الجيزة وامتداده رقم ٠٩/٧١٢ من القرارات الإدارية السلبية التي يختص بنظرها قضاء مجلس الدولة وفقاً لنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٢ باعتباره قراراً توافرت بشأنه كافة عناصر وأركان القرار الإداري، الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض هذا الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوي.

وحيث إن قضاء مجلس الدولة قد استقر على أن الطعن على القرار السلبي بالإلغاء لا يتقيد بميعاد الستين يوماً المنصوص عليه في المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة، ويجوز الطعن عليه في أي وقت متى ظلت جهة الإدارة على موقفها في امتناع عن اتخاذ

الإجراء الواجب اتخاذه، وإذ استوفت الدعوي سائر أوضاعها الشكلية والإجرائية المقررة قانوناً فتعد مقبولة شكلاً(١).

وهذا ذات ما ذهبت إليه محكمة النقض حيث قضت أنه "مؤدي البندين الخامس والعاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاء و تعويضاً معقود كأصل عام لجهة القضاء الإداري - وكان القرار الإداري - وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة - هو القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة - وهو بذلك يفترق عن العمل المادي الذي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث ذلك الأثر وإن رتب القانون عليه أثراً معينة حيث إن هذه الآثار تعتبر وليدة إرادة المشرع وليست وليدة الإرادة الذاتية للإدارة - وكانت مصلحة الشهر العقاري قد اعتدت بالإجراءات التي اتخذت لشهر المحرر المشهر برقم عن حصة مفرزة واتخذت من ذلك سبباً للامتناع عن شهر الحكم الصادر لصالح الطاعن في الدعوي بما مؤداه عدم انتقال ملكيته الأرض إليه والحيلولة دون شهر ذلك الحكم. وكان هذا الامتناع وذلك الشهر ليس وليد إرادة المشرع مباشرة بل هو إفصاح من المصلحة عن إرادتها الذاتية، فإن الاختصاص بنظر طلب إلغاء القرار الصادر بشهر المحرر المشار إليه والتعويض عنه يكون معقوداً لجهة القضاء الإداري وإذ قضى الحكم المطعون فيه ضمناً باختصاص محاكم القضاء العادي بنظره فإنه يكون قد خالف قاعدة من قواعد الاختصاص الولائي وهي قاعدة أمره متعلقة بالنظام العام بما يوجب نقضه(٢).

وقد عرض على المحكمة الدستورية العليا هذا الموضوع وهي بصدد الفصل في تناقض حكمين صادرين من جهة القضاء العادي والإداري ويتمثل الموضوع في تحرير عقد البيع ابتدائي أراضي من مديرية الزراعة محافظة القاهرة وبين المدعي عليهم يضمن بيع مساحة أرض من أملاك الدولة الخاصة، وقرر الشهر العقاري عدم السير في إجراءات طلب التسجيل بعد تقديم طلب التسجيل إليها، فأقيمت دعوي أمام محكمة القضاء الإداري لوقف تنفيذ هذا القرار والغائه وقضت المحكمة برفض الدعوي حيث وقع على عقد البيع

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، دعوي رقم ٤١٩٣٦ لسنة ١٩٦٣، جلسة ٢٠١١/٥/٢١.

(٢) محكمة النقض طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥٦ ق مكتب قني ٤١ صفحة رقم ٣٥٥.

من غير المختص بالتصرف في الأرض محل هذا العقد، من ثم الطعن على الحكم امام المحكمة الإدارية العليا التي قضت برفض الطعن.

وأقام المدعي عليهم الدعوي رقم ٦٣٧ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلي حكومة الجيزة أمام محكمة الجيزة الابتدائية طالبين الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي فقضت المحكمة بصحة ونفاذ هذا العقد على سند من توافر أركان عقد البيع وشروطه في هذا العقد من رضاء ومحل وثمان، وصدوره ممن يملك التصرف فيه، وقد أصبح الحكم باتاً لعدم الطعن عليه في الميعاد.

وطعن النائب العام بعد ذلك على هذا الحكم أمام محكمة النقض بالطعن رقم ١٠٥٨٤ لسنة ٨٠ قضائية ونقضت محكمة النقض ذلك الحكم على أساس بطلان العقد محل الدعوي بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام.

وقد أقامت شركة مصر الجديدة لإسكان والتعمير ضد المدعي عليهم الدعوي رقم ١٠١٦ لسنة ٢٠١٠ أمام محكمة جنوب القاهرة للأمور المستعجلة بطلب وقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعوي رقم ٦٣٧ لسنة ٢٠٠٩ مدني حكومة الجيزة وبجلسة ٢٠١٠/٦/٣٠ قضت المحكمة بوقف تنفيذ الحكم مع ما يترتب على ذلك من آثار ومنها وقف إجراءات الشهر والتسجيل وتأيدها هذا القضاء بالحكم الصادر بجلسة ٢٠١٠/١١/٢٧ وأصبح حكماً باتاً بعد أن قضت محكمة النقض بجلسة ٢٠١٥/٣/٥ في الطعن رقم ١١٠٣ لسنة ٨٠ قضائية بعدم قبول الطعن.

وإذا ارتأت الهيئة المدعية أن ثمة تناقضاً بين الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠٨/٣/٢٢ في الطعن رقم ١٢٠٢٢ لسنة ٤٦ قضائية عليه، والحكم الصادر من محكمة الجيزة الابتدائية بجلسة ٢٠٠٩/١١/٢١ في الدعوي رقم ٦٣٧ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلي حكومة الجيزة، والحكم الصادر من محكمة النقض بجلسة ٢٠١٣/٢/٢٣ في الطعن رقم ١٠٥٨٤ لسنة ٨٠ قضائية فقد أقامت دعواها المعروضة بطلباتها المتقدمة.

وقد قضت المحكمة الدستورية في ذلك الحكم أنه: " وحيث إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التناقض بين حكمين نهائيين وفقاً للبند ثالثاً من المادة (٢٥) من قانونها - على ما جري به قضاء هذه المحكمة - ليس مقررأ لها بوصفها جهة طعن تفصل فيما يعرض عليها من الطعون، ذلك أن النزاع الموضوعي لا ينتقل إليها لتجيب بصرها في العناصر التي قام عليها - واقعية كانت أم قانونية - ولكنها وأياً كانت الأخطاء التي يمكن نسبتها إلى الحكمين المدعي تناقضها أو أحدهما، لا تفصل في شأن التناقض

بينهما إلا على ضوء قواعد الاختصاص الولائي التي ضبطها الدستور والقانون، لتحدد كل جهة قضاء قسطها أو نصيبها من المنازعات التي اختصها المشرع بالفصل فيها لتحديد على ضوءها أيهما أحق بالاعتداد به عند التنفيذ^(١).

وقد تضمن هذا القانون العديد من الأحكام التي تندمج بحكم الإحالة إليها سالفه الذكر ضمن شروط العقد الضابطة له، والتي تعد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص، وتعكس انتهاج الهيئة وسائل القانون العام، وظهورها في العقد بمظهر السلطة العامة.

وحيث إنه يتضح من الأحكام المتقدمة سواء تلك التي تضمنها العقد، أم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ المشار إليه ولائحته التنفيذية، باعتبارها القواعد التي تحكم هذا العقد وتكمل أحكامه على ما أكدته الإحالة عليها الواردة بنص البند الرابع عشر من العقد - أنها تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فلا يكون إيراد هذه الشروط في العقد إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة، وانتهاج الهيئة في شأنه وسائل القانون العام، فضلاً عن اتصال موضوع هذا العقد بنشاط الهيئة المدعية، وهي هيئة عامة ذات طابع اقتصادي، أوكل إليها المشرع الاختصاص بإدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع والتي تشملها خطة ومشروعات الدولة في مجال استصلاح الأراضي الهادفة إلى زيادة الرقعة الزراعية، وتنمية الإنتاج الزراعي، والذي يعد إشراك الملكية الخاصة والقطاع الخاص فيها، ومن خلال عقود البيع التي يكون محلها تلك الأراضي، وتخصيصها لهذه الأغراض، أحد وسائلها لبلوغ هذه الغايات والأهداف، التي تتعلق بأحد القطاعات المهمة الذي يعد مقوماً أساسياً للاقتصاد القومي، وهو قطاع الزراعة، بما لزمه اعتبار هذا العقد من العقود الإدارية، وبالتالي فإن المنازعة في صحة انعقاده، وصدوره ممن يملك قانوناً التصرف في الأرض محلها، وصحة تمثيله في العقد، هو مما يدخل في الاختصاص الولائي المقرر لجهة القضاء

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ٣٨ قضائية "تقاعز ٥/ مايو ٢٠١٨ وقد أكدت المحكمة تمايز العقود الإدارية عن العقود المدنية التي تبرمها الدولة وحيث إن المسألة الأولية التي يطرحها الفصل في هذا التناقض هي تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل الدعوى الصادر فيها الحكمان موضوع التناقض المعروض ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، ولا هي من العقود المدنية بالضرورة، وإنما مرد الأمر في تعيينها إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها وسائل القانون الخاص أو أسلوب القانون العام، وكان المسلم به كذلك أن هذه العقود لا تنظمها مراحل واحدة تبرم بعد انتهائها بل تتداخل في مجال تكوينها مراحل متعددة، يمد كل منها لما يليه، ليكون خاتمتها العقد في صورته النهائية، ذلك أن الإدارة لا تتمتع في مجال إبرامها لعقودها بالحرية التي يملكها أشخاص القانون الخاص في نطاق العقود التي يدخلون فيها، بل عابها أن تلتزم طرفاً بعينها توصلاً لاختيار المتعاقد معها، مع تقيدها في كل ذلك بالقواعد التي تمثل الإطار العام المنظم للعلاقة المدنية التي تبرمها - هذا ويتعين لاعتبار العقد من العقود الإدارية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً - وأن يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص.

الإداري دون غيرها، والتي ينعقد لها كذلك الاختصاص دون غيرها بالفصل في مشروعية القرار الإداري الصادر بتاريخ ١٠/٥/١٩٩٩ من مأمورية الشهر العقاري بالنزهة بعدم السير في إجراءات طلب التسجيل رقم ١٥٥٣ لسنة ١٩٩٩ النزهة - ومحله عقد البيع المار ذكره - وذلك كله طبقاً لنص المادة (١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، والمادة (١٧٢) من الدستور الصادر سنة ١٩٧١ - وتقابلها المادة (١٩٠) من الدستور الحالي - التي عهدت لمحاكم مجلس الدولة الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية شاملة طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية والمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية.

المطلب الثالث

الاختصاص القضائي بمرحلة ما بعد التعاقد

وهذه المرحلة تتعلق بالمنازعات الناشئة عن مرحلة تنفيذ العقد، وما يتعلق بسلطات الإدارة حيال هذه الفترة كاتخاذ إجراءات الحجز الإداري، وسلطاتها في إنها العقد بالإرادة. فيما يتعلق بقرارات الإدارة بإنهاء العقد بإيرادتها المنفردة، وعلى الرغم من كون هذه السلطة تدرج ضمن الامتيازات الاستثنائية في العقود الإدارية إلا أن القضاء الإداري ذهب إلى خلاف ذلك إذا استعملت الإدارة هذه السلطة في عقود التصرف في أملاك الدولة الخاصة حيث اعتبرتها قراراً ضادراً في مسألة من مسائل القانون الخاص ويطبق عليها قواعد القانون المدني الواردة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ التي تجيز أحكامها الاتفاق في العقود الملزمة للجانبين أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه.

وقد نصت المحكمة الإدارية العليا أنه " تبرم الإدارة نوعين من العقود هما: العقود الإدارية التي تأخذ فيها بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها - والعقود المدنية التي تستعين فيها بوسائل القانون الخاص وتنزل فيها منزلة الأفراد - مثال ذلك: عقد بيع قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة بين الهيئة العامة للإصلاح الزراعي وواحد الأفراد - القرار الصادر بإلغاء التعاقد ليس قرار إدارياً لصدوره في مسألة من مسائل القانون الخاص - أثار ذلك: عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعة في إنهاء تلك العلاقة العقدية(١).

(١) طعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٣٤ ع جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ منة المكتب الفني ٣٦ ص ١٥٤ - القاعدة رقم ١٧.

وهو ذات ما أشارت إليه المحكمة الدستورية العليا حيث قضت باختصاص جهة القضاء العادي بإلغاء القرارات الصادرين من محافظ كفر الشيخ بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وإزالة وضع يد المشتري على الأرض محل التداعي فيلزم لتحقيق وصف القرار الإداري صدوره عن جهة إدارية وأن يكون كذلك فعلاً من حيث موضوعه وفحواه وقد قررت المحكمة ذلك من خلال عباراتها التي التبت سطرها في ذلك الحكم من أنه: " من المقرر قانوناً أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني، إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، إذ كان ذلك، وكان البين من عقد البيع المشار إليه، وما أحال إليه من أحكام تكميلية (لائحة بيه أملاك الميري) أنه قد خلا من أي شروط استثنائي فلا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة كما لا يتصل نطاق دومينها الخاص، وتظل نائية عن مفهوم المرفق العام بالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة، وتدار بأساليب القانون الخاص التي تختص بنظر المنازعات التي تثور بشأنها جهة القضاء العادي، ولا يعدو استعمال جهة الإدارة لحقها في الفسخ أن يكون إعمالاً من جانبها لنص المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من القانون المدني التي تجيز أحكامها الاتفاق في العقود الملزمة للجائين على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه وبالتالي فإن القرارات الصادرين من محافظ كفر الشيخ بفسخ العقد بإرادته المنفردة وإزالة وضع يد المشتري على الأرض محل التداعي لا يعتبران من قبيل القرارات الإدارية التي تختص جهة القضاء الإداري بنظر طلبات إلغائها ذلك أن مجرد صدوره قرار معين من جهة الإدارة لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم - طبقاً لما جري عليه قضاء هذه المحكمة - وصف القرار الإداري وإنما يلزم حتى يتحقق له هذا الوصف أن يكون كذلك فعلاً من حيث موضوعه وفحواه فإذا ما تعلق القرار بمسألة من مسائل القانون الخاص خرج من عداد القرارات الإدارية بالمعنى الدقيق، أيا كان مصدره ومهما كان موقعه من مدارج السلم الإداري ومقتضي ما تقدم أن المنازعة بشأن القرارات السلفي الذكر تعد من قبيل المنازعات التي تدور حول عقود بيع الأملاك الخاصة، والتي تختص جهة القضاء العادي بنظرها بحسبانها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بالملكية ومن ثم

يكون الحكم الصادر من جهة القضاء العادي دون الحكم الصادر من جهة القضاء الإداري - هو الأحق بالاعتداد به في مجال التنفيذ(١).

وفيما يخص الحجز الإداري، فقد قضت المحكمة الدستورية أن تحويل الشخص العام إقتضاء حقوقه الناشئة عن إيجار أملاكه الخاصة عن طريق الحجز الإداري باعتباره طريقاً ميسراً لاقتضاء تلك الحقوق وذلك على خلاف القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن التنفيذ الجبري الواجب اتباعها لاقتضاء حقوق سائر الدائنين فإنه ولئن كان ذلك يتضمن تمييزاً للشخص العام في هذا الصدد، إلا أن هذا التمييز مرده تمكين الشخص العام من استثناء حقوق من مدينه للوفاء بالتزاماته في إشباع الحاجات العامة ومن ثم يقوم هذا التنظيم على أسس موضوعية تبرره، ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لمبدأ المساواة(٢).

وفي رأينا أن الحجز يعد وسيلة استثنائية لاقتضاء حقوق الإدارة و مستحقاتها المالية حيث يعد سلطة لا مثيل لها في علاقات الأفراد بعضها البعض ومن ثم فإذا توافر لها الشرط الثالث للمنازعة الإدارية وهو تعلقه بتسيير وتنظيم مرفق عام، صارت هذه المنازعة ذات طبيعة إدارية مما يختص بها جهة القضاء الإداري، أما إذا كان الحجز بغية تحصيل ثمن العقار الذي انتقلت ملكيته بموجب عقد أبرمته جهة الإدارة مع المتصرف إليه وقد تقاعس عن سداد الثمن أو خالف شروط التعاقد بما يستوجب توقيع جزاء مالي أرتأت الإدارة تحصيله من خلال إجراءات الحجز الإداري ينعقد الاختصاص بنظر هذه المنازعة للقضاء العادي.

والعبرة في تحديد طبيعة المنازعة هي بتكييف المحكمة لحقيقة الطلبات في الدعوي ويتضح ذلك من خلال المحكمة التي تعطي العقود أو القرارات وصفها القانوني على هدي حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم وذلك توصلاً إلى تحديد اختصاصها للفصل في النزاع المطروح عليها أو الإجراء الوقتي المطلوب اتخاذه وتمثيلاً لذلك من قضاء محكمة النقض في طعن تخلص وقائعه أن وزارة الحربية والبحرية (سلاح المركبات) أعلنت عن بيع أدوات ومهمات رأيت الاستغناء عنها وذلك بطريق المزاد وكان من بين هذه المهمات اللوطان رقما ٢٠٥ المشتملان على أصناف

(١) القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ قضائية بتاريخ جلسة ٢٠٠١/٥/٥ ج ٩ دستورية ص ١٢٦٢
(٢) القضية رقم ٣٣٥ لسنة ٢٣ قضائية دستورية بتاريخ جلسة ٢٠٠٤/٣/٧ ج ١/١١ دستورية ص ٤٦٤.

قطع جديدة وصالحة للاستعمال في السيارات وحددت لبيعها يوم ١٩٥٩/١/٢٨ وتقدم المطعون عليه هو وآخرون للمزايدة فيها فرسا عليه العطاء في الصفقة المذكورة بمبلغ ٧٥٠٠ ج قام بدفعه كما قام بدفع رسوم الدلالة والملحقات الأخرى غير أن الوزارة امتنعت عن تسليمه مارسا مزاده عليه فوجه انذار في ١٩٥٩/٤/٢٩ إلى مدير السلام يطالبه بالتسليم منها إلى الضرر الذي يلحقه بسبب تقلب الأسعار وارتباطه بشأن الصفقة مع آخرون ثم أقام الدعوي رقم ٦٧٧٦ سنة ١٩٥٩ مستعجل مصر ضد الطاعن وضد مدير سلاح المركبات طلب فيها الحكم بصفة مستعجلة بتسليم الأصناف التي رسا عليه مزادها في ١٩٥٩/١/٢٨ ودفعت وزارة الحربية بعدم اختصاص القضاء المستعجل لأن البيع غير معين بالذات وأصدرت محكمة الأمور المستعجلة حكماً في ٢٦/أغسطس سنة ١٩٥٩: أولاً - لرفض الدفع بعدم اختصاص القضاء المستعجل وباختصاصه بنظر الدعوي. ثانياً - وبصفة مستعجلة بتسليم المدعي (المطعون عليه) البضاعة التي بالمخازن الرئيسية لسلاح المركبات والتي كانت موضوع مزاد يوم ١٩٥٩/١/٢٨ - استأنفت وزارة الحربية هذا الحكم أمام محكمة القاهرة الابتدائية بهيئة استئنافية وقيد استئنافها برقم ١٣٧١ سنة ١٩٥٩ س القاهرة وأثارت في صحيفة الاستئناف دعواً جديداً بعدم اختصاص المحاكم لأن النزاع يدور حول عقد إداري يخرج عن اختصاص المحاكم المدنية وعلى فرض أن النزاع لا يتعلق بعقد إداري فثمة قرار إداري أصدره رئيس هيئة الامدادات والتموين بإلغاء المزاد وإجراء مزايدة جديدة وأن القضاء بالتسليم فيه تعرض لذلك القرار بالتعطيل فضلاً عن مساسه بأصل الحق.

وحيث إن يبين من مطالعة حكم قاضي الأمور المستعجلة الذي أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه أنه بني قضاءه على قوله "وحيث إن الذي تستظهره المحكمة من أوراق الدعوي ودفاع الطرفين أن سلاح المركبات أعلن عن بيع صفقات وحدد موعداً لكل صفقة ومكانها وموضوعها - ولم يضع في ذلك الإعلان أية شروط للمزايدة بل أطلقها من كل قيد وقد سدد المدعي ثمن اللوطات المباعة في نفس اليوم ومصاريف الدلالة - وهذا يدل على أن مزاد ذلك اليوم قد رسا على المدعي وأنه قام بسداد ثمنه وبذلك يكون العقد قد تم بينه وبين مدير سلاح المركبات إعمالاً لحكم المادة ٩٩ مدني ومقتضي ذلك أن البضاعة موضوع المزاد تنتقل ملكيتها إلى المدعي ويكون من حقه استلامها طالما أن تقصيراً ما لم ينسب إليه في القيام بالتزاماته - لما كان ذلك، وكان المدعي عليهما لم يثير أية منازعة في إجراءات المزاد أو شروطه وكانت البضاعة المراد تسليمها معينة بذاتها من

تحديد مكان وجودها وموعد بيعها فإنه يتعين القضاء بتسليمها". ولما كان القانون لم يعرف العقود الإدارية أو القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولخصائصها وصيانتها من تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل فإن من وظيفة المحاكم أن تعطي هذه العقود وتلك القرارات وصفها القانوني على هدي حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم وذلك توصلأ إلى تحديد اختصاصها الفصل في النزاع المطروح عليها أو في الإجراء الوقتي المطلوب اتخاذها. ولما كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام اظهرت الإدارة نيتها في الأخذ في شأنها بأسلوب القانون العام بأن تضمن عقدها شروطاً استثنائية وغير مألوفة تنأي بها عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها - وكان واضحاً من حكم قاضي الأمور المستعجلة الذي أخذ الحكم المطعون فيه بأسبابه أن الوزارة لم تضع في نشرة البيع التي أعلنت فيها عن بيع مخالفتها أية شروط للمزايدة بل أطلقتها من كل قيد، ولم تحل فيه الوزارة على شروط لاحقة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٦ وكانت الوزارة الطاعنة لن تقدم إلى محكمة النقض ما يفيد تقديمها إلى محكمة الموضوع الدليل على أنها ضمنت إجراءات المزايدة شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو أنها اشترطت التزام المزايدين بشروط وإجراءات اللاحقة المتقدمة الذكر - تلك الشروط والإجراءات التي هي في حل من التخلي عنها كلها أو بعضها إذا لدا لها عدم ملاءمتها لمصلحة المزايدة - فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى أن علاقة المطعون عليه بالوزارة يحكمها القانون الخاص وخلص من تطبيقه لأحكام هذا القانون إلى أن العقد قد تم بإرساء المزاد والتصديق عليه من الجهة التي تملك إرساءه - ولم يعتد بالقرارين الصادرين بعد ذلك من رئيس هيئة الإمدادات والتموين بتأجيل اعتماد المزاد ثم بإلغائه فإن الحكم لا يكون مجاوزاً حدود ولايته وبالتالي يكون الطعن عليه على غير أساس.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن (١).

وقد أقرت محكمة القضاء الإداري باختصاصها في نظر طلب مستعجل بالزام منطقة أملاك الدولة بقنا بوقف تنفيذ العقود التي تم تحديدها لأشخاص أحدين عن الأطيان التي قام المدعون باستصلاحها وفي الموضوع بإلغاء عقود البيع التي حددت لأخرين وإلزام

(١) محكمة النقض ، الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ٧ يوليو ١٩٦٤.

المدعي عليهم بتحديد عقود البيع للمدعين بصفتهم المستصلحين والزراعيين وقد سطرت المحكمة في حكمها.

من حيث أن حقيقة ما يستهدف المدعون بدعواهم الماثلة بحسب التكييف القانوني السليم لطلباتهم في ضوء النية الحقيقية التي اتجهت إليها إرادتهم من وراء وإبداء هذه الطلبات وما قصده من دعواهم هو الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرارات محافظتنا بإعتماد بيع مساحات الأراضي المشار إليها بصحيفة الدعوي إلى آخرين غير المدعين وما يترتب على ذلك من إثار.

وإنتهت المحكمة إلى ان القرار المطعون فيها قد صدرت سليمة ولم يشبها أية مخالفة للقانون فإن الدعوي بطلب إلغائها تكون غير قائمة على سند من القانون وحكمت برفض الدعوي.

بعض الملاحظات على مسألة الاختصاص القضائي

أولاً: أتفتت أحكام المحاكم على أن عقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تعاقدات الدولة مردها إلى طبيعة تلك العقود، وما إذا كانت هذه العقود إدارية تستعمل فيها الإدارة وسائل القانون العام أم عقود ذات طبيعة مدنية تتعامل فيها بوصفها فرد عادي بحيث يختص بالأولى القضاء الإداري في حين تنعقد الولاية القضائية في الثانية إلى القضاء العادي.

ثانياً: أن تكييف القاضي لحقيقة طلبات الخصوم عامل رئيسي في تحديد طبيعة العقد محل التداوي ومن ثم تحديد الجهة صاحبة الاختصاص القضائي بنظر تلك المنازعات فمثلاً إذا كان الطلب الذي ترفع الدعوي من أجله هو في حقيقة نزاعاً على ملكية فاتجهت أغلب الأحكام إلى عقد الاختصاص لمحكمة جهة القضاء العادي أم إذا كان طعناً على قرار صادر سابقاً على إبرام العقد كقرارات في تسعير العقارات الصادرة من لجان التثمين تعد المطالبة بإلغائه منازعة إدارية يختص بها القضاء الإداري.

ثالثاً: باستقراء أحكام جهتي القضاء العادي والإداري نجد أن غالبيتها - وليس جميعها - أقرت بوجود جانبيين لتعاقدات الدولة - أحدهما إداري وهو ما يأتي تنفيذاً للقواعد والضوابط التي رسمها القانون ذلك كالقرارات التي تصدر إعمالاً مباشراً لنصوص القانون وهي مرحلة لا يقبل فيها التفاوض حيث إن تلك الإجراءات مقررّة للصالح العام، ويختص بها القضاء الإداري وهناك جانب آخر تعاقدي متمثلاً في البنود الاتفاقية في التعاقد وتخضع فيها تلك المنازعات للقضاء العادي.

رابعاً: باستقراء أحكام المحكمة الدستورية الحديثة، استوقفنا ثلاثة أحكام:
الحكم الأول: هو القضية رقم ١٠١ لسنة ٢٦ قضائية (سابق الإشارة إليه) الذي انتهى إلى الحكم بعد دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والتي تنص على أنه: تختص المحاكم العادية دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام القانون وترفع الدعوي إلى المحكمة الابتدائية المختصة. ومقتضى هذا الحكم هو أن هناك نوعين من المنازعات الناجمة عن عقود الدولة بعضها منازعات عادية يختص بها القضاء العادي والأخرى إدارية تختص بها القضاء الإداري تبعاً لطبيعة المنازعة ولا يجوز لنص قانوني تقرير نقيض ذلك لأن ذلك يعد افتئاتاً على قواعد الاختصاص القضائي المقررة بمقتضى النصوص الدستورية ومن ثم يضي النص الذي قرر خلاف تلك القواعد غير دستوري.

الحكم الثاني: هو الحكم الصادر في دعوي تناقض الأحكام رقم ٣ لسنة ٣٩ قضائية تنازع بجلسة ٢ يونية ٢٠١٨ والذي قرر اختصاص القضاء العادي بالمنازعة بشأن قبول جهة الإدارة ببيع عقارين في ظل القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ على سند من القول أن التنظيم القانوني للتعامل على أملاك الدولة الخاصة بالبيع وغيره من صور التعامل الأخرى ولا تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة كما لا يتصل هذا التنظيم بتسيير مرفق عام، وبالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة وتدار بأساليب القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها.

الحكم الثالث: هو الحكم الصادر في القضية رقم ٣٦ لسنة ٣٨ قضائية تنازع جلسة ٥ مايو ٢٠١٨ وموضوعه في تناقض بين حكم صادر من جهة القضاء الإداري برفض الطعن على قرار مصلحة الشهر العقاري بالامتناع عن السير في إجراءات شهر عقد بيع أرض صحراوية استناداً إلى بطلان العقد بعدم صدوره عن مختص وحكم صادر عن جهة القضاء العادي بصحة ونفاذ ذلك العقد الخاضع لقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١.

وقد قررت المحكمة الدستورية الاعتراف بالحكم الصادر من جهة القضاء الإداري استناداً الي أن العقد يخضع لقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والذي اشتمل على العديد من وسائل السلطة العامة (١). التي لا مثيل لها في علاقات القانون الخاص، كما أن العقود التي تبرمها هيئة الإصلاح الزراعي تأتي تنفيذاً للخطة القومية للاستزراع والاستصلاح وهي

(١) محكمة القضاء الإداري بقضاء الدعوي رقم ٨٤٢ لسنة ٧ ق جلسة ٢٤/١١/٢٠٠٧.

هيئة عامة ذات نشاط اقتصادي وأن الإدارة لا تتمتع بذات الجدية التي يتمتع بها الأفراد في مجال تعاقدات القانون الخاص.

رأينا

أيما كانت الأسباب التي ساققتها المحكمة الدستورية في الحكم رقم ٣٦ لسنة ٣٨ وصف العقد إدارياً لاشتماله على شروط استثنائية غير مألوفة إلا إننا نجد تضارباً وتناقضاً بين حكمي المحكمة الدستورية الصادرين في ذات العام حيث إن القوانين التي نظمت التصرف في أملاك الدولة الخاصة سواء قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ أو القانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ أو القانون ١٤٤ لسنة ٢٠١٧ أو القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ قد اشتملت جميعاً على مجموعة من الضوابط والإجراءات التي تضع الإدارة في مركز أعلى من الأفراد المتعاقدة (وهو جوهر بحثنا) وتشتمل هذه القوانين على طابع السلطة العامة والتي ساققتها المحكمة في حيثيات حكمها (رقم ٣٦ لسنة ٣٨) فيما يختص قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والتي تنسحب هذه القواعد على القوانين الأخرى المذكورة المنظمة للتصرف في أملاك الدولة الخاصة وبالرغم من ذلك فقد عقدت المحكمة الدستورية الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود والتي يتوفر لها ذات الإجراءات والضوابط في إبرام عقودها إلى القضاء العادي (في حكمها رقم ٣ لسنة ٣٩ ق) مما يعد معه ذلك تناقضاً غير مبرراً من وجهة نظرنا.

ونحن وإن كنا نتفق مع المحكمة في إحتواء تلك العقود على طابع السلطة العامة بخضوعها للقوانين المقررة للضوابط والقواعد والإجراءات التي ينبغي على الإدارة اتباعها إلا أن ذلك العقد قد يفتقد الشرط الثالث وهو تعلقه بتنظيم وتسيير المرافق العامة ومن ثم يصبح الفصل في كل منازعة حسب تكليف القاضي لها وفقاً لما توافر للمنازعات من مقومات وطبقاً لحقيقة طلبات الخصوم وهذا ما أجلبناه من خلال بحثنا إلى الحد الذي رصدنا معنى تعارض بين أحكام محكمة النقض الحديثة في الاعتراف بالطابع الإداري للمرحلة التمهيدية السابقة على إتمام تلك العقود والأجدر هو توحيد تلك المبادئ المقررة لعقد الاختصاص لتلك الجهة للعدالة والمساواة في النظر القضائي لتلك المنازعات.

**أسواق الأوراق المالية وآليات الرقابة عليها
وكيفية حسم منازعاتها
" دراسة مقارنة "**

د. دويب حسين صابر
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق - جامعة أسيوط

المقدمة

تلعب الأسواق المالية دوراً هاماً في بناء اقتصاد الدول وذلك باعتبارها المكان الذي يجري فيه تجميع المدخرات الفائضة وإعادة استثمارها بواسطة ذوي الحاجة إليها، ولقد أثبتت التجارب أهمية هذا السوق في تنمية الاقتصاد الوطني لأي دولة باعتبارها تمثل فرصاً استثمارية ممتازة وعامل جذب هام لرؤوس الأموال المحلية والأجنبية على السواء^(١).

ولا شك أن نشاط أسواق المال في الدول المختلفة يترتب عليه تحريكاً إيجابياً لاقتصاد هذه الدول وهو ما ينعكس بشكل إيجابي على فرص العمل والنمو الاقتصادي والإجتماعي. لهذا أولت أغلب الدول ومنها مصر أهمية خاصة لأسواق المال، حيث أصدر المشرع المصري القوانين التي تحكم هذا النشاط وعملت على إخضاعه لرقابة صارمة تقوم عليها جهات متخصصة تضطلع إلى حماية مصالح المستثمرين في هذه الأسواق بما يضمن الشفافية والإفصاح اللازمين لطمئنة المستثمرين على مدخراتهم مما ينعكس إيجاباً على نمو هذه الأسواق وهو ما يؤدي بالطبع لنمو اقتصادي عام.

وإذا كانت سوق الأوراق المالية (البورصة) المصرية قد تعرضت لحالة من الجمود والسكون خلال حقبة التوجه نحو الأخذ بالنظام الاشتراكي، إلا أنه ومنذ أوائل التسعينات من القرن الماضي اتجهت الدولة نحو الأخذ بالنظام الرأسمالي ومن ثم أصدر المشرع القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، الخاص بسوق الأوراق المالية وأصدر لائحته التنفيذية بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ اتبعه المشرع بالعديد من التعديلات كان آخرها إصداره القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن تنظيم الرقابة على أسواق الأوراق المالية المصرفية، وذلك بهدف توحيد الرقابة على سوق الأوراق المالية، وذلك من المشرع المصري وتهيئة للبيئة التشريعية المناسبة لجذب الاستثمارات والمدخرات ومسايرة للاتجاهات التشريعية الحديثة التي عمدت إلى توحيد الجهات الرقابية على أسواق الأوراق المالية، ومن ذلك ما اتجه إليه المشرع الفرنسي باعتباره نموذجاً رائداً في هذا المجال نحو تبني فكرة وجود هيئة واحدة تتولى مهمة الرقابة على سوق الأوراق المالية الفرنسية، حيث أصدر المشرع الفرنسي قانون النقد المالي رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ وأنشأ هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF

(١) د. محمد إسماعيل هاشم، الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية ، دراسة قانونية بين النظامين المصري والأمريكي ، سنة ٢٠١١م، ص ٢ وما بعدها .

والتي حلت محل لجنة عمليات البورصة COB ومجلس الأسواق المالية CMF والمجلس التأديبي للتنظيم المالي^(١).

وقد سعى المشرع الفرنسي وسائره في ذلك المشرع المصري نحو توحيد الجهات الرقابة التي تشرف على الأسواق مستهدفاً من وراء ذلك تبسيط الإجراءات على الأسواق المالية، وضبط أداء التعامل داخلها، وفي نفس الوقت العمل على تشجيع صغار المدخرين^(٢).

وحتى تتمكن هذه الهيئات من إحكام الرقابة على سوق الأوراق المالية منحت العديد من الصلاحيات حتي تتمكن من اتخاذ الكثير من القرارات تهدف في الأساس إلى ضبط السوق وإحكام الرقابة عليه، إلا أن هذه القرارات والتي تعد - وفقاً لما هو مستقر عليه - قرارات إدارية قد يترتب عليها إيقاف بعض الشركات أو المتعاملين في سوق الأوراق المالية عن العمل أو غير ذلك من الجزاءات التي قد تلحق بهم . لهذا كان من اللازم ضرورة إيجاد آلية مناسبة للتنظيم من هذه القرارات فأنشأت لجنة لنظر التظلمات التي تقدم من المتعاملين في أسواق الأوراق المالية، وأتيح لهم بعد اللجوء لهذه اللجنة مكنة الطعن القضائي على تلك القرارات، كما أجاز لهم إمكانية حسم منازعاتهم مع الجهات المنظمة أو المراقبة على أسواق الأوراق المالية عن طريق اللجوء للتحكيم.

وهدياً لما سبق فإننا سوف نتناول دراستنا لهذا المؤلف في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي على التفصيل التالي:

المبحث التمهيدي: ماهية سوق الأوراق المالية وكيفية إدارتها.

الفصل الأول: الرقابة على سوق الأوراق المالية.

الفصل الثاني: تسوية منازعات سوق الأوراق المالية.

(١) JP. Valet, Droit de la régulation des marchés financiers, Gualino édition, 2006., p.91

(٢) د. صالح أحمد البريري، بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط ، رسالة.الدرجة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١م ص١٦٤.

المبحث التمهيدي

ماهية سوق الأوراق المالية وكيفية إدارتها

تمهيد وتقسيم :

تعد أسواق الأوراق المالية أحد أهم روافد الاقتصاد في أي دولة، فمن خلالها يتم توفير التمويل اللازم للوحدات الاقتصادية المختلفة والتي تعاني عجزاً في مواردها المالية وتسعى في طلب هذه الفوائض لمواصلة نشاطها الاقتصادي، لهذا كان لزاماً علينا أن نلقي الضوء على ماهية هذه الأسواق وكيفية إدارتها ونتعرض إلى تعريفها سواء أكان علي المستوى الفقهي أو التشريعي أو القضائي ، ثم نتحدث عن إدارة هذه الأسواق سواء في ذلك في مصر أو فرنسا.

وهدياً لما سبق فإننا سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث لمطلبين نتناول في المطلب الأول: ماهية سوق الأوراق المالية، وفي المطلب الثاني نتناول إدارة سوق الأوراق المالية وذلك علي التفصيل التالي :

المطلب الأول: ماهية سوق الأوراق المالية.

المطلب الثاني: إدارة سوق الأوراق المالية.

المطلب الأول

ماهية سوق الأوراق المالية

تعددت تعريفات سوق الأوراق المالية وتنوعت واختلقت من فقيه لفقيه ولعل ذلك يعود لاختلاف الوقت الذي قال فيه كل منهم تعريفه لسوق الأوراق المالية، ويرجع كذلك لاختلاف الزاوية التي نظر فيها كل منهم لسوق الأوراق المالية، فالمعروف أن نشاط سوق الأوراق المالية (البورصة) هو نشاط متطور ومتغير وهو ما انعكس بدوره على تعريف سوق الأوراق المالية^(١).

فسوق الأوراق المالية هي التي تقوم بحلقة الوصل بين الوحدات الاقتصادية ذات الفائض المالي والوحدات الاقتصادية ذات العجز المالي بهدف تخصيص الأمثل للأموال وتوجيهها بما يخدم مصلحة الاقتصاد الوطني، من خلال توفير مجموعة متنوعة من الأدوات المالية طويلة الأجل التي تتناسب ورغبات المستثمر من خلال العائد والمخاطر في ظل آليات قوى العرض والطلب.

فسوق الأوراق المالية هي الإطار الذي يجمع بين الوحدات المدخرة التي ترغب بالاستثمار ووحدات العجز التي هي بحاجة للأموال بغرض الاستثمار عبر فئات متخصصة عاملة في السوق بشرط توافر قنوات اتصال فعالة^(٢).

هذا وقد تنوعت تعريفات الفقه والقضاء، لسوق الأوراق المالية فضلاً عن تعريف المشرع لها وذلك علي النحو التالي .

الفرع الأول

التعريف الفقهي لسوق الأوراق المالية

هناك العديد من التعريفات التي قيلت في سوق الأوراق المالية أو بورصة الأوراق المالية كما يسميها البعض، ومن هذه التعريفات ما ذهب إليه البعض بأنها

(١) د. مروة محمد العيسوي، مدى توافق الإفصاح في البورصة مع مبدأ السرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٦م، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) د. عزيزة بن سميحة، البورصة والأسواق المالية، دراسة تحليلية، دار الأيام للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٦م، ص ٢٠.

"عبارة عن نظام يتم بموجبه الجمع بين البائعين والمشتريين لنوع معين من الأوراق المالية أو أصل مالي معين"^(١).

وعرفها البعض الآخر بأنها "سوق للأوراق المالية (أسهم، سندات..الخ) تصدرها الشركات أو الحكومات بين مجموعة من السماسرة أو مندوبيهم حيث يتم التعامل بالبيع أو المزاد على هذه الأوراق في ساعات محددة"^(٢).

وقريب من ذلك، ذهب البعض إلى تعريفها بأنها: "اجتماع يعقد في مكان معين، وفي مواعيد دورية بين متعاملين بالبيع والشراء في أوراق مالية.." ^(٣).

أو أنها " تلك السوق التي يتم فيها التعامل على الأوراق المالية التي سبق إصدارها، كما يسمى - كذلك - بالسوق القانونية، حيث يتعلق بمعاملات على الصك لا تتم لأول مرة، أو كما تسمى "صفقات لليد القانونية"^(٤).

هذا وقد انتقد البعض هذه التعريفات بمقولة أنها لا تمثل سوى تقسيم للبورصة إلى سوق إصدار وسوق قانوني، فلا يتصور الاعتراف بتعريف البورصة أو سوق الأوراق المالية دون أن يتضمن الإشارة إلى الجهة القائمة على تنظيم هذا الكيان وإدارته على نحو صارم^(٥).

لهذا ذهب البعض الآخر إلى تعريف سوق الأوراق المالية بأنها "سوق يتم فيها تداول الأسهم والسندات التي سبق إصدارها ويجتمع فيها المتعاملون في أوقات محددة وتحكم هذه السوق مجموعة من الأنظمة والقواعد تنظم سلوك المتعاملين، وطرق التبادل القانونية، ويقوم فيها مجموعة من الوسطاء بتنفيذ أوامر البيع والشراء

(١) د. عبدالغفار حنفي، بورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣م، ص ٣٥.

(٢) د. أحمد سعيد أحمد الشهراني، رسالة ماجستير بعنوان "عمليات الأوراق المالية العاجلة والأجلة"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٤٣.

(٣) د. محمد الشحات الجندي، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨م، ص ٩.

(٤) د. عبدالباسط وفا محمد حسن، بورصة الأوراق المالية ودورها في تحقيق أهداف تحول مشروعات قطاع الأعمال العام إلى الملكية الخاصة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م، ص ٢٥.

(٥) د. مروة محمد العيسوي، المرجع السابق، ص ٥٤.

نيابة عن عملائهم، وتعلن بداخلها أسعار الأوراق المالية بنظام المزايدة التي تتم على مرأى ومسمع من جميع الحاضرين^(١).

وقد تعرض هذا التعريف كذلك للنقد حيث إنه حصر الأوراق المالية في الأسهم والسندات وأغفل ما يسمى وثائق الاستثمار التي تعد أوراقاً مالية جديدة ويتولى مجلس إدارة هيئة سوق المال وضع إجراءات إصدار وثائق الاستثمار وقواعد قيدها وتداولها في البورصة ، أي أن وثائق الاستثمار في وجهة نظر البعض تعد من قبيل الأوراق المالية من حيث إصدارها والقيود والتداول في البورصة^(٢).

أما الفقه الفرنسي فقد ذهب جانباً منه إلى تعريف سوق الأوراق المالية بأنه "سوق للقيم المنقولة تقوم على نظام الاقتصاد الحر"^(٣).

أو أنها مكان للاجتماع يتم فيه التعامل بالبيع والشراء للقيم المنقولة (الأسهم والسندات) بواسطة سماسرة معتمدين من قبل شركات البورصة^(٤).

ويمكننا تعريف سوق الأوراق المالية بأنه "سوق يتم فيه تداول الأوراق المالية من قبل الشركات المقيدة بالبورصة تحت إشراف الدولة ورقابتها، ولا يتم التداول فيه مباشرة بين المستثمر البائع والمستثمر المشتري وإنما يتم ذلك من خلال شركة السمسرة المعتمدة والمرخص لها بذلك، ويتم ذلك من خلال نظام الكتروني في مكان وزمان محددين".

الفرع الثاني

التعريف التشريعي والقضائي لسوق الأوراق المالية

بالنظر لأحكام قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ نجد أنه قد خلا من إيراد تعريف محدد لسوق الأوراق المالية أو البورصة على الرغم من أن الباب الثاني منه جاء بعنوان "بورصات الأوراق المالية" إلا أنه لم يتناول تعريف لها

(١) د. أحمد سعيد عبداللطيف، بورصة الأوراق المالية، بورصة الأوراق المالية، بدون ناشر، سنة ١٩٩٨ م، ص ٢٤

(٢) د. مروة محمد العيسوي، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٣) Olivier Picon , La bourse comment gérer votre portefeuille, 3 éd, Delmas, Dalloz, 1998, p.12.

(٤) CF. Maptin (Lucin), Banques et bourses, 2eme Édition, Montchrstien, Paris, 1991 , p.659.

وإنما اكتفى بالإشارة إليها بالمادة ١٥ منه بنصه علي أنه "يتم قيد وتداول الأوراق المالية في سوق تسمى بورصة الأوراق المالية .."

كما عرفت المادة ٣٢٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣م البورصة بأنها "البورصة المقيد بها الأوراق المالية للشركة المستهدفة بالعرض في مصر".

في حين ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تعريف بورصة الأوراق المالية بأنها "مكان مخصص لشراء وبيع الأوراق المالية بواسطة السماسرة تختص بالتعامل في الأوراق المالية وتقوم على مرفق اقتصادي يؤدي خدمة عامة للجمهور.." (١).

المطلب الثاني

إدارة سوق الأوراق المالية

تمهيد:

بعد أن فرغنا في المبحث الأول من تعريف سوق الأوراق المالية (البورصة) ، يأتي بنا الحديث في هذا المطلب لتناول إدارة سوق الأوراق المالية "البورصة"، وذلك إيماناً منا بأهمية تناول هذا الموضوع، إذ أن البورصة تأتي في المقام الأول من حيث الأهمية من بين الجهات المنوط بها عملية الرقابة سواء على العاملين في البورصة أو على العمليات المختلفة التي تتم داخل البورصة مما يكفل تحقيق العدالة داخل السوق، ومن ثم تحقق الحماية اللازمة للمستثمرين والمتعاملين مع البورصة، ولاشك أن التنظيم الإداري للبورصة يلعب دوراً هاماً في تحقيق هذه الأهداف المختلفة مما ينعكس إيجاباً أو سلباً على نشاط البورصة.

هذا وقد حدث في الفترات الأخيرة خاصة بعد الأزمة المالية العالمية سنة ٢٠٠٨ تطوراً في الأنظمة الإدارية والرقابية للبورصات المختلفة، وهو ما دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار قانون ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ بإنشاء هيئة الأسواق المالية .AMF

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٣٥ق بتاريخ ١٩٩١/٢/٢، مكتب فني سنة ٣٦، جزء ٧،

وقد ساير المشرع المصري نظيره الفرنسي في هذا الصدد فأصدر القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الأحكام المنظمة لإدارة البورصة المصرية وشئونها المالية^(١).

وعلى هدي ما سبق، سوف نقسم الدراسة في هذا المطالب للفرعين الآتيين
الفرع الأول: إدارة سوق الأوراق المالية المصرية.
الفرع الثاني: إدارة سوق الأوراق المالية الفرنسية.

الفرع الأول

إدارة سوق الأوراق المالية المصري

كانت البورصة قبل عام ٢٠٠٩ تخضع في إدارتها لقرار رئيس الجمهورية رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧، حيث كانت تشكل وفقاً لهذا القرار من لجنة البورصة^(٢)، وعدد آخر من اللجان، والهيئات والمجالس بالإضافة إلى ممثلين عن الحكومة.
أما في ظل العمل بالقرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ فإن بورصة الأوراق المالية تشكل بطريقة مختلفة وتتولى اختصاصات محددة وهو ما سوف نوضحه في النقاط الآتية علي أن نلقي الضوء أولاً علي الطبيعة القانونية للبورصة سواء في مصر أم فرنسا.

أولاً : الطبيعة القانونية للبورصة (سوق الأوراق المالية)

إن تحديد الطبيعة القانونية للبورصة أو سوق الأوراق المالية لأمر مفيد في الكثير من الأمور، كتحديد الاختصاص القضائي والقانون الذي يصار إليه لسد النقص الذي قد يلحق نظامها القانوني، وإذا نظرنا إلى البورصة المصرية لوجدناها ووفقاً لأحكام القوانين المختلفة التي نظمتها تتمتع بالشخصية المعنوية العامة^(٣).

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، بونية ٢٠٠٩م.

(٢) تشكل لجنة البورصة في ظل القرار رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ من ١٧ عضواً منهم ٩ من السماسرة و (٥) من الأعضاء المنضمين و (٣) أعضاء يعينهم الوزير المختص لمدة سنتين .. انظر د. حسنة حامد نعمة الله، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٣) د. عاشور عبدالجواد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال، دراسة في تشريعات مصر والكويت والاردن مقانة بالنظامين الفرنسي والأمريكي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص ٧٨.

ففي ظل العمل بالقانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ لم تكن الطبيعة القانونية للبورصة محل جدل، إذ أن اللائحة العامة للبورصة كانت تنص على تمتع البورصة بالشخصية الاعتبارية العامة^(١). وهو ما تأكده فتوى إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة^(٢).

إلا أنه وبعد صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للبورصة^(٣). إذ نصت المادة ٢٥ من هذا القانون على أن " تستمر بورصتا القاهرة والإسكندرية في مباشرة نشاطهما بالشخصية المعنوية المقررة لهما في تاريخ العمل بهذا القانون، ويصدر بالأحكام المنظمة لإدارتها وشؤونها المالية قرار من رئيس الجمهورية "

وبالنظر إلى النص السابق نجد أن المشرع أقر بالشخصية المعنوية للبورصة إلا أنه لم يحدد نوعية هذه الشخصية المعنوية وما إذا كانت شخصية معنوية عامة أم شخصية معنوية خاصة مما حدا ببعض الفقه إلى القول بتمتع البورصة بالشخصية المعنوية الخاصة وذلك استناداً لنص المادة ٢٥ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م^(٤).

ومما ساعد على تبني هذا الاتجاه ما أورده المشرع المصري في المادة ٢٦ من ذات القانون بجواز إنشاء بورصات بترخيص من الوزير وبناء على اقتراح من الهيئة تكون لها شخصية معنوية خاصة ويقتصر القيد والتداول فيها على نوع أو أكثر من الأوراق المالية، كما أن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نص في المادة ١/٤٤ منه على أن "تعتبر سوق الأوراق المالية شخصاً اعتبارياً"^(٥)، دون أن يبين صراحة ما إذا كانت السوق شخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً.

(١) المادة الثانية من القرار الجمهوري رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧، والتي تنص على أن "تعتبر بورصات الأوراق المالية أشخاصاً اعتبارية عامة تتولى إدارة أموالها وتكون لها أهلية التقاضي".

(٢) الفتوى رقم ٤١/١٧٧ بتاريخ ١٩٨٧/١/٢٦ وجلسة ١٩٨٧/١/٧، ملف رقم ١٠٦٨/٤/٨٦، ص ١٩٣.

(٣) المستشار/ رجب سليم، د. شعبان أحمد محمود، شرح قانون سوق رأس المال، الطبعة الأولى، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٤، ص

(٤) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية في مصر، دراسة مقارنة بالولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٧ وما بعدها.

(٥) الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر، بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٩.

إلا أن هناك اتجاهاً آخر يذهب للقول بأن سوق الأوراق المالية تعد شخصاً اعتبارياً عاماً^(١)، حتى في ظل العمل بقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م. ولعلنا نرى نفس ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من إضفاء الصفة المعنوية العامة على البورصة المصرية سواء في ظل العمل بالقانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ أو القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، فعلى الرغم من أن نص المادة ٢٥ من القانون الأخير لم تفصح صراحة على هذا الاتجاه، إلا أنه يفهم ضمناً من العديد من النصوص الأخرى التي جعلت للدولة الكلمة الأولى في هذا القانون فالهيئة العامة للرقابة المالية مسؤولة عن رقابة هذا السوق، كما جعل القانون لرئيس البورصة سلطات واسعة على السوق، سواء تمثل ذلك في قدرته على وقف التداول أو إلغاء العمليات أو وقف التعامل على أوراق معينة^(٢). وذلك وفقاً لضوابط معينة أوردتها القانون، وهو ما يعكس بما لا يدع مجالاً للشك إضفاء صفة الشخصية الاعتبارية العامة على سوق الأوراق المالية، خاصة لو وضعنا في الاعتبار أنه قد تم إنشاءها بقانون، وتستهدف تحقيق النفع العام وتتمتع بامتيازات السلطة العامة.

ومما يؤكد وجهة نظرنا هذه، ما ذهب إليه المشرع المصري لاحقاً ووفقاً للقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨ حيث أجرى تعديلاً على نص المادة ٢٥، حيث أضيف صراحة صفة الشخصية الاعتبارية العامة على البورصة المصرية حين دمج بورصتي القاهرة والإسكندرية تحت مسمى البورصة المصرية^(٣).

وهو ما قطع دابر الخلاف في بيان الطبيعة القانونية لبورصة الأوراق المالية باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً وهو أيضاً ما يتفق مع العديد من الأحكام القضائية التي سايرت ذات الاتجاه حتى قبل تعديل القانون سنة ٢٠٠٨^(٤).

(١) د. سمير محمد يحيى ، سوق الأوراق المالية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة ٢٠١٢م، ص ١٤٤.

(٢) راجع نصوص المواد (٢١، ٢٢) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وراجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية (غير منشور)، بتاريخ ١٩/١٠/٢٠٠٤، وكذلك الطعن رقم ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ قضائية (غير منشور) بتاريخ ٧/٦/٢٠٠٤.

(٣) الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرراً (أ) ، بتاريخ ٩/٦/٢٠٠٨.

(٤) ومن ذلك ما ذهب إليه المحكمة الاقتصادية والتي أضفت صفة الشخصية الاعتبارية العامة على البورصة ومن ثم جعلت أموالها أموالاً عامة لا تتقدم إلا بالتقدم الخمسي وفقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ والتي تنص على أن " تتقدم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي

وإذا كان الرأي قد استقر مؤخراً على اعتبار أن بورصة الأوراق المالية المصرية تعد شخصاً معنوياً عاماً . فإن بورصة فرنسا فتعد هيئات عامة ذات طابع تجاري إذ أنها أنشئت بموجب قرار من السلطة العامة بالأمر الملكي الصادر في ١٧ سبتمبر ١٧٢٤، وهكذا الحال بالنسبة لبورصة ليون، ومارسليا، وبوردو، ونانت، وليل، ونانس، على النحو السالف بيانه فيما سبق^(١).

كما أنها من ناحية أخرى ووفقاً لنص المادة ٧١ من القانون التجاري الفرنسي تخضع لسلطة ورقابة الحكومة، وهذا ما يؤكد اعتبارها هيئات عامة، خاصة فيما يتعلق بنظامها الداخلي وطريقة إدارتها التي تخضع بالطبع لأحكام القانون العام، وتعد أموالها كذلك أموالاً عامة^(٢).

ثانياً : تشكيل البورصة المصرية واختصاصاتها.

صدر القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩^(٣) بشأن الأحكام المنظمة لإدارة البورصة المصرية وشؤونها المالية ليحل محل القرار الجمهوري السابق رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧م، واعتماداً على هذا القرار تتشكل البورصة المصرية من مجلس إدارة وعدد من اللجان على النحو التالي:

(أ) : مجلس إدارة البورصة.

تتشكل البورصة المصرية من مجلس إدارة يتكون من رئيس البورصة وعضوية كل من:

- نائب رئيس البورصة.
- ممثل من البنك المركزي يختاره محافظ البنك.
- ثلاثة أعضاء ممثلين للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية يتم اختيارهم بالانتخاب وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من الوزير المختص.

شخص اعباري عام ما لم ينص القانون على مدة أطول..". راجع هذا الحكم للمحاكم الاقتصادية، الدائرة الثالثة استئناف، الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤ قضائية، بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٦م، غير منشور .

(١) RIPERT (G. et ROBLLOT (R.), Op. Cit., p.63.

(٢) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٣) الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكرر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤، ليعمل به في ٢٠٠٩/٧/١م.

- ممثل للبنوك القائمة بنشاط أمناء الحفظ يتم اختياره بالانتخاب وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من الوزير المختص.
- عضوين من ذوي الخبرة يختارهما رئيس مجلس الوزراء^(١).
- هذا وقد حدد المشرع طريقة تعيين رئيس البورصة ونائبه وذلك بقرار من مجلس الوزراء بناء على ترشيح الوزير المختص، وذلك من بين الشخصيات ذات الخبرة الكبيرة في المجالات الاقتصادية والمالية^(٢).
- ويلاحظ أن تعيين رئيس البورصة ونائبه يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على ترشيح الوزير المختص، وهو ما يعني عدم استقلالية رئيس البورصة أو نائبه ويتبعيته للسلطة التنفيذية يعد انتقاصاً من استقلاليته وكفاءته في أداء أعماله^(٣).
- ويتولى رئيس البورصة إدارتها وتصريف أعمالها وتمثيلها أمام القضاء وأمام الغير، ويحل نائب الرئيس محل رئيس البورصة عند غيابه أو قيام مانع لديه^(٤). وتكون مدة التعيين في منصب رئيس البورصة أو نائبه أربع سنوات^(٥).
- هذا وقد كانت مدة عضوية مجلس الإدارة بصفة عامة وكذلك مدة عضوية الرئيس والنائب أربع سنوات قابلة للتجديد سواء في النص الأصلي الصادر في عام ٢٠٠٩ أو حتى بعد التعديل الأول لهذه المادة الصادر في ٢٠١٤م^(٦).
- إلا أن المشرع رأى جعل مدة عضوية مجلس إدارة البورصة أربع سنوات فقط غير قابلة للتجديد^(٧).

(١) المادة (٦) من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ المعدلة بالقرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م بشأن تعديل بعض أحكام القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩.

(٢) د. غزال منتشل العوسي، آليات العمل في بورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا في ضوء أحدث التعديلات التشريعية والفنية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠م، ص ٥٧ وما بعدها.

(٣) د. عبدالرحمن محمد طه، رقابة الدولية على سوق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة ٢٠١٣، ص ٢.

(٤) المادة ٩ من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩.

(٥) المادة ٦ من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩.

(٦) تم إجراء تعديل القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ بقرار مجلس الوزراء رقم ٢١٦ لسنة ٢٠١٤، انظر الجريدة الرسمية، العدد ٦ مكرر (ب) بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٠.

ولا أعلم الدافع وراء إجراء هذا التعديل أو اسبابه إلا أنني اعتقد أن ذلك يرجع إلى رغبة المشرع في تجديد الدماء داخل البورصة بالعهد كل أربع سنوات لمجلس إدارة جديد يتولى الإدارة والإشراف على سوق الأوراق المالية، إلا أنني اعتقد أن مدة الأربع سنوات وإن كانت كافية للتعرف عن قرب على سوق الوراق المالية، إلا أن حرمان البورصة المصرية من أعضاء مجلس إدارتها لمدة أخرى قد يؤثر سلباً على سوق الأوراق المالية، وعلى ذلك نرى أن النص السابق الوارد بالقرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ أفضل من النص الحالي الذي يمنع تجديد عضوية مجلس إدارة البورصة لمدة أخرى مماثلة خاصة لو وضعنا في الاعتبار ما يتمتع به مجلس إدارة البورصة ووفقاً لأحكام القانون من هيمنة على شئون البورصة وتصريف أمورها ووضع وتنفيذ السياسات اللازمة لتحقيق أغراضها وأهدافها، فقد يضع المجلس سياسات للبورصة ولا يتمكن من تنفيذها كلها أو بعضها لقصر المدة والتي لا يتمكن من متابعة ذلك، في مدة ولاية أخرى لحرمانه من ذلك بنص

ولعله كان من الأنسب ترك النص الأصلي كما هو، خاصة وأن التجديد لا يكون وجوباً وإنما أمر اختياري لرئيس مجلس الوزراء إن اراد التجديد لو رأى مصلحة في ذلك أو رفض التجديد واختار مجلس إدارة جديد إن كانت المصلحة تقتضي ذلك.

غير أنه مما يخفف من حدة هذا الانتقاد السماح بالتجديد لرئاس البورصة وهو ما أفصح عنه المشرع صراحة بمقتضى القرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧ إذ نص في المادة الخامسة منه على أنه "لا يجوز التجديد لرئيس البورصة لأكثر من مدة مماثلة أخرى". أي أن المشرع قد رفض تجديد العضوية لكامل مجلس الإدارة واستثنى من ذلك فقط رئيس المجلس وهو ما يعد مستغرباً من وجهة نظرنا، فضلاً عن الأسباب السابقة نجد أن المشرع وإن جعل أداء تعيين كل من رئيس البورصة ونائبه واحدة، كما أن إجراءات تعيينهما واحدة على نحو ما سلف إذ يتم تعيينها بقرار من رئيس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص لمدة مماثلة في

(١) القرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧ بشأن تعديل بعض أحكام القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩، الجريدة

الرسمية، العدد ٢٣ مكرر، " بتاريخ ٢١/٦/٢٠١٧م.

حين منع ذلك من نائب الرئيس، وهو ما يتعارض مع مبدأ التماثل التشريعي والمبادئ التشريعية المتعارف عليها.

أما بالنسبة لباقي أعضاء مجلس الإدارة الآخرين فمنهم ممثل عن البنك المركزي يتم اختياره من قبل محافظ البنك المركزي، ولم يشترط المشرع أن يكون ممثل البنك المركزي أحد نائبيه وإنما ترك ذلك لمطلق السلطة التقديرية لمحافظ البنك المركزي. ويكون في مجلس الإدارة كذلك ثلاثة أعضاء ممثلين للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، ويتم اختيار هؤلاء الأعضاء الثلاثة بطريقة الانتخاب وقد أناط المشرع للوزير المختص إصدار القواعد والإجراءات الخاصة بانتخاب هؤلاء الأعضاء.

وقد صدر قرار وزير الاستثمار رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣ في هذا الشأن والمعدل بالقرار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧^(١).

واشترط عدة شروط في أعضاء مجلس إدارة البورصة الممثلين للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية والمقيد لها أوراق مالية في البورصة، حيث قصر ذلك على رؤساء والأعضاء المنتدبين بمجلس إدارة هذه الشركات ممن مارسوا هذه الوظيفة لمدة سنة واحدة على الأقل، فضلاً عن اشتراط حسن السيرة والسمعة والمؤهل الدراسي العالي المناسب وعدم إدانته في جريمة مخلة بالشرف أو الاعتبار ما لم يكن قد رد إليه اعتباره^(٢).

كما يكون الترشيح والاختيار بطريقة الانتخاب المباشر مع عدم جواز تمثّل المجموعة المرتبطة بأكثر من عضو في مجلس إدارة البورصة^(٣).

(١) الوقائع المصرية، العدد ٩٨ (تابع) بتاريخ رقم ٢٠١٣/٤/٢٨، الوقائع المصرية، العدد ١١٣ تابع ٢٠١٧/٥/١٧.

(٢) م ٦٤ من قرار وزير الاستثمار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧.

(٣) م ١ من قرار وزير الاستثمار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧ ويقصد بالمجموعة المرتبطة المعنى المبين في المادة ٣٧ من قانون الإيداع والقيّد لامركزي الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ والتي نصت على أن "يقصد بالمجموعة المرتبطة كل مجموعة من الأعضاء تكون خاضعة للسيطرة الفعلية لنفس الأشخاص الطبيعيين أو لذات الأشخاص الاعتبارية أو يجمع بينها اتفاق على التنسيق عند التصويت في اجتماعات الجمعية العامة للشركة أو في مجلس إدارتها". معدلة بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر، بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٣١.

كما لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس إدارة البورصة وعضوية مجلس إدارة شركة مصر المقاصة والإيداع والقيود المركزي أو عضوية مجلس إدارة صندوق تأمين المتعاملين في الأوراق المالية من المخاطر غير التجارية الناشئة عن أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية^(١).

هذا وقد اشترط المشرع ضرورة تمثل شركات السمسرة بعضو واحد على الأقل، وعضو واحد على الأقل من غيرها من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية^(٢).

أما بالنسبة للشركات المقيدة بالبورصة من غير الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية فقد اشترط المشرع ضرورة تمثيلها بعضوين على أن يكون أحدهما على الأقل ممثلاً للشركات الصغيرة والمتوسطة والتي لا يزيد رأس مالها عن ٢٥ مليون جنيه^(٣).

فإذا زاد رأس المال المدفوع على ٢٥ مليون جنيه افتقد العضو الممثل عن الشركة أحد شروط ترشحه واستمراره بعضوية مجلس إدارة البورصة، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بحكم صريح قالت فيه ".... ومن حيث أن القواعد المنظمة لانتخاب أعضاء مجلس إدارة البورصة المصرية الواردة في قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ ووزير الاستثمار رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣ سألني البيان قد تضمنت بشكل واضح أن يكون ممثل الشركة المتوسطة والصغيرة في عضوية مجلس الإدارة من بين الشركات التي لا يزيد رأس مالها عن ٢٥ مليون جنيه، وفي ضوء زيادة رأس مال شركة التي يمثلها المدعي - إلى مبلغ (٥٠) مليون جنيه، فإنه يكون بذلك قد افتقد أحد الشروط الواجب توافرها لاستمرار ممثل الشركة الصغيرة والمتوسط في عضوية مجلس إدارة البورصة المصرية..."^(٤).

(١) المادة (١) من قرار وزير الاستثمار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧ .

(٢) م ٢ من القرار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧ .

(٣) م (٦) قرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩، المعدل بالقرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧، م (٤) من قرار وزير

الاستثمار رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٧ .

(٤) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٦٦١٧٠ لسنة ٦٩ قضائية، غير منشور، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٦ .

كما يكون للبنوك القائمة على نشاط أمناء الحفظ ممثلاً في مجلس إدارة البورصة يتم اختياره بالانتخاب وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس إدارة اتحاد البنوك، وقد أضاف المشرع إلى عضوية مجلس إدارة البورصة نص يقضي بضم عضوين من ذوي الخبرة من المستقلين وعهد بذلك إلى رئيس مجلس الوزراء^(١)، وهو أمر محمود من المشرع والذي كشف عن رغبته في تدعيم مجلس إدارة البورصة بعضوين إضافيين من أصحاب الخبرة قد لا ينتميان إلى أي من الجهات سابقة الإشارة كأن يكونا أكاديميين لهم باع طويل في مجال الأموال والبورصات.

(ب) : اجتماعات مجلس إدارة البورصة:

يجتمع مجلس إدارة البورصة في فرضين أحدهما وجوبياً والآخر جوازياً أما عن الفرض الوجوبي الذي ينعقد فيه مجلس الإدارة فيكون في حالتين: الحالة الأولى: ينعقد فيها المجلس مرة واحدة على الأقل شهرياً، أما الحالة الثانية فعندما يطلب أربع أعضاء على الأقل من مجلس الإدارة ذلك من رئيس المجلس إذ يجب على الرئيس الاستجابة لطلبهم^(٢).

ويجوز أن ينعقد مجلس إدارة البورصة كلما رأى رئيس مجلس الإدارة ذلك دون أن يطلب أربع أعضاء من المجلس هذا الانعقاد أو طلبه عدد أقل من العدد المقرر قانوناً في حالة الانعقاد الوجوبي.

وتكون اجتماعات المجلس صحيحة بحضور الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس أي بحضور أكثر من نصف عدد أعضاء المجلس^(٣).

وقد كان المشرع في النص الأصلي يشترط لصحة انعقاد المجلس حضور أغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل وهي أغلبية عالية يصعب تحقيقها بسهولة مما قد

(١) م ٦ من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ المعدل بالقرار الجمهوري رقم لسنة ٢٠١٧
(٢) م ٨ من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ المعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢١٦ لسنة ٢٠١٤ وبالقرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م.

(٣) م ٨ من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ قبل تعديلها كانت تنص علي (وتكون اجتماعات المجلس صحيحة بحضور ثلثي أعضائه على الأقل، وتصدر قراراته بأغلبية آراء أعضاء المجلس).

يترتب عليه عدم انعقاد المجلس وهو ما قد يؤثر على مصالح المتعاملين مع البورصة (١).

أما عن قرارات المجلس فتكون صحيحة بأغلبية اصوات الحاضرين أي أكثر من نصف عدد أصوات الحاضرين، وقد كان النص الأصلي يشترط لصحة قرارات المجلس ضرورة صدورها بأغلبية أعضاء المجلس وليس أغلبية أعضاء الحضور وهو ما يمثل شذوذاً عن المؤلف فالأصل أن تصدر القرارات بأغلبية الحضور وليس بأغلبية المجلس أي أن مجلس إدارة البورصة والمشكل من ٩ أعضاء فلو أن المجلس انعقد بأغلبية ثلثي الأعضاء أي بعدد (٦) أعضاء فقط فإن المشرع في النص الأصلي كان يشترط لصحة قرارات المجلس ضرورة صدور القرار بأغلبية الأعضاء أي بأغلبية (٥) أعضاء، فهنا كان يشترط أن يتم الموافقة من قبل (٥) أعضاء على الأقل وفي ظل النص الأصلي كان الانعقاد بأغلبية ثلثي الأعضاء أي بضرورة حضور ٦ أعضاء، فهنا لا يمكن صدور قرار إلا بموافقة (٥) أعضاء من الحضور (٦) أعضاء مما يمثل صعوبة بالغة لصدور قرار من المجلس. ويشكل عقبة أمام المجلس ويؤثر علي مصالح التعاملين بالبورصة، لهذا فقد أحسن الشرع صنعاً بتعديل نص هذه المادة وجعل انعقاد المجلس صحيحاً بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس وجعل القرارات صحيحة فيما لو صدرت بأغلبية الحضور.

وقد أحسن المشرع صنعاً كذلك بتعديل نص المادة (٨) حين أوجب ترجيح الجانب الذي منه الرئيس في حال تساوي الأصوات (٢).

فقد عالج المشرع بذلك إشكالية عملية تتمثل في تعطيل صدور القرار في حال تساوي الأصوات فلو حضر من المجلس عدد (٦) أعضاء وعرض على المجلس موضوع ما وتساوى المؤيدون والرافضون للموضوع، فهنا يصدر القرار بالرفض وليس بالقبول على الرغم من تساوي الأصوات في الجانبين. ولهذا عمد المشرع لإجراء هذا التعديل لحسم هذه الإشكالية وهو أمر مقبول ومنطقي خاصة لو وضعنا في الاعتبار اختلاف أداة تعيين الرئيس ونائبه عن تعيين واختيار باقي

(١) م من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ المعدل بالقرار رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م.

(٢) المادة (٨) من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ المعدل لقرار رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م.

الأعضاء، فالرئيس يصدر بتعيينه قرار من رئيس مجلس الوزراء، أما الأعضاء الآخرين فيتم ترشيحهم من جهاتهم المختلفة على التفصيل السابق. لهذا ونظراً لاختلاف أداة الاختيار والتعيين فيكون منطقياً أن يرجح جانب الرئيس في حالة تساوي الأصوات وهو ما يتفق مع مبدأ تدرج القواعد القانونية.

وبعد صدور هذه القرارات يتعين على مجلس الإدارة إبلاغ رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية، خاصة بالنسبة للقرارات التي تتعلق بقواعد تداول الأوراق المالية، وقواعد العضوية وغيرها من القواعد المرتبطة بتنظيم السوق، ولا تعد هذه القرارات نافذة إلا بعد اعتمادها منه، أو مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ وصولها دون اعتماد أو دون اعتراض، فإذا اعترض عليها أعادها المجلس خلال هذه المدة لإعادة النظر فيها في ضوء هذه الاعتراضات^(١).

ويعد مجلس إدارة البورصة هو السلطة العليا المهيمنة على شئونها وتصريف أمورها ووضع وتنفيذ السياسات اللازمة لتحقيق أغراضها وأهدافها مع ضرورة مراعاة عدم تعارض المصالح^(٢). وللمجلس أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات وإجراءات لمباشرة اختصاصاته على الأخص ما يأتي:

- ١- إصدار القرارات والقواعد اللازمة لحسن سير العمل وسلامة واستقرار المعاملات في البورصة.
- ٢- إصدار اللائحة الداخلية للبورصة واللوائح والقرارات المنظمة لشئون العاملين بها من الناحية المالية والإدارية، وذلك بما يتفق وطبيعة العمل فيها.
- ٣- اعتماد الهيكل التنظيمي للبورصة.
- ٤- تشكيل لجان قيد الأوراق المالية في جداول البورصة، ولجان التداول والعضوية بها وسائر اللجان الأخرى.
- ٥- وضع نظام العضوية في البورصة وإجراءات قيد ومراقبة الأعضاء.

(١) المادة ١٠ من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م.

(٢) المادة رقم ٧ من القرار الجمهوري رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م، وقد أضيفت عبارة "مع ضرورة وإعادة عدم تعارض المصالح" في التعديل الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م.

- ٦- وضع القواعد الخاصة اللازمة لتيسير العمل وإتاحة المعلومات اللازمة للمتعاملين بالبورصة.
- ٧- وضع القواعد المنظمة للاستعانة بالخبراء اللازمين لحسن أداء وتطوير أعمال البورصة.
- ٨- الموافقة على مشروع الموازنة التقديرية للبورصة وعلى قوائمها المالية.
- ٩- تحديد المبالغ المالية مقابل الخدمات التي تقدمها البورصة للمتعاملين معها.
- ١٠- الموافقة على القروض التي تحقق أغراض البورصة، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .
- ١١- قبول المنح والهيئات.
- ولمجلس إدارة البورصة أيضاً قيد وشطب الأوراق المالية من جدول البورصة وفقاً للقواعد التي تضعها الهيئة العامة للرقابة المالية، وتفرد البورصة جدولاً خاصاً تقيد فيه الأوراق المالية الأجنبية^(١).
- كما تضع البورصة نظم العمل والقواعد التي من شأنها ضمان سلامة عمليات التداول وحسن أداء البورصة لوظائفها، وتشكيل لجنة لمراقبة عمليات التداول اليومي والتحقق من تطبيق القوانين والقرارات وحل الخلافات التي قد تنشأ عن هذه العمليات^(٢).
- كما تتولى البورصة نشر المعلومات المتعلقة بالتداول اليومي للأوراق المالية في نشرة أسعار يومية^(٣). وغير ذلك من الاختصاصات العديدة التي وردت سواء في قانون سوق المال أو في اللائحة التنفيذية أو في القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م، والتي سوف نتعرض لها تفصيلاً في موضعها.

(١) المادة رقم ١٦ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون سوق رأس المال، المعدل بالقانون رقم

١٢٣ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرر (١) بتاريخ ١٩/٦/٢٠٠٨م.

(٢) المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، الوقائع المصرية، العدد (٨١) تابع،

بتاريخ ١٨ أبريل سنة ١٩٩٢م.

(٣) المادة ١٠٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

الفرع الثاني

إدارة سوق الأوراق الفرنسية

شهدت فرنسا تطورات تشريعية كثيرة فيما يتعلق بإدارة سوق الأوراق المالية حيث كانت تعهد بإدارة البورصة في البداية لغرفة سماسرة الأوراق المالية، ثم عدل مسماها بعد ذلك إلى شركة البورصة الفرنسية، ثم بورصة باريس، ثم أصبحت بعد ذلك تسمى Euronext-Paris SA يورونكست باريس^(١).

حيث تتولي العديد من المهام ومنها:

- ١- وضع القواعد التي تنظم العمل بالسوق وتضمن شفافية المعلومات المتاحة للمستثمرين، وذلك بعد اعتمادها من سلطات الرقابة المختصة.
- ٢- تعليق التداول مؤقتاً على ورقة مالية معينة إذا اقتضت الضرورة ذلك .
- ٣- الإشراف على عمليات المقاصة والتسوية التي تتم بين أعضاء البورصة عن طريق غرفة المقاصة والتي تسمى SA - Clear net أحد أفرع شركة Euronext SA والتي تتولى عملية مراقبة التسوية التي تتم بين بائعي الأوراق المالية والمشتريين لها لضمان الوفاء بالالتزام بين الطرفين.
- ٤- تنظيم عمليات التداول وإنجاز الصفقات والإعلان عنها وعن أسعار الأوراق المالية الأخرى محل التداول بالبورصة وحساب مؤشرات البورصة.
- ٥- إدارة النظم المعلوماتية المتعلقة بالأسعار والتداول بالبورصة.
- ٦- تنظيم عملية انضمام أعضاء البورصة المالية، وقبول قيد الأوراق المالية في جدول البورصة أو شطبها من الجدول^(٢).

(١) Jaques (B.) Solnik (B.), Marchés financiers gestion de portefeuille et des risqué ed, Dunod, Paris, 2002, p.75.

(٢) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٨١.

الفصل الأول

الرقابة على سوق الأوراق المالية

فرغنا في الجزء السابق من دراستنا من الحديث عن مفهوم سوق الأوراق المالية وكيفية إدارة هذا السوق، فتحدثنا عن إدارة البورصة سواء في مصر أو فرنسا، أما في هذا الفصل فسوق نتناول موضوع الرقابة على سوق الأوراق المالية سواء كانت هذه الرقابة داخلية تتولاها البورصة ذاتها بما لها من صلاحيات عديدة منحها المشرع لتقوم بدورها في ضبط السوق أو كانت هذه الرقابة خارجية تتولاها هيئات ومؤسسات أخرى مستقلة عن البورصة ، كما هو الحال في الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر والتي أنشأها المشرع المصري بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م ، أو هيئة الهيئة الأسواق المالية AMF التي أنشأها المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م

ولعل أهمية الرقابة على البورصات تتمثل في اعتبار أن البورصة تمثل أحد الشرايين الهامة لاقتصاد أي دولة، لهذا كان لزاماً ضرورة تنظيم نوع من الرقابة عليها وذلك حماية لمصالح المستثمرين وللصالح العام^(١).

فهذه الرقابة تهدف إلى حفظ استقرار السوق وحماية المستثمرين والمتعاملين فيه، فنجاح البورصة يحتاج وبلا شك إلى بناء جدار من الثقة والطمأنينة لدى المستثمرين وهو لا يتم إلا من خلال وجود رقابة فاعلة على العمليات التي تتم في البورصة، وكذلك على المتعاملين بالسوق^(٢).

هذا وقد ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود رقابة فاعلة على أسواق الأوراق المالية منذ وقت مبكر من القرن الماضي على إثر الأزمات التي ألمت بتلك الأسواق، وعصفت بمصالح المستثمرين، مما أوجب ضرورة وضع نظم قانونية تصلح أساساً لرسم سياسات وتبني إجراءات رقابية محكمة مع إنشاء هيئات تتولى

(١) د. محمد إسماعيل هاشم، الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية ، دراسة قانونية بين النظامين المصري والأمريكي ، سنة ٢٠١١م ، ص ١١٠.

(٢) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٥٤.

تنظيم السوق وتطبيق تلك الإجراءات بطريقة ملزمة تحقق عدالة السوق مما يؤدي إلى كسب ثقة المستثمرين^(١).

وهدياً لما سبق فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل لمبحثين، نتحدث في المبحث الأول عن الرقابة على سوق الأوراق المالية في مصر، وفي المبحث الثاني نتحدث عن الرقابة على سوق الأوراق المالية في فرنسا.

المبحث الأول

الرقابة على سوق الأوراق المالية المصرية

ساير المشرع المصري النظم الرقابية الحديثة المتطورة في مجال الرقابة على سوق الأوراق المالية فأخذ بنوعي الرقابة الداخلية والخارجية، حيث جعل للبورصة المصرية ذاتها ممثلة في رئيسها ومجلس إدارتها سلطة اتخاذ بعض القرارات الرقابية الهامة سواء على أعضاء البورصة . أم في مجال عمليات التداول، كما عهد إلى هيئة أخرى مستقلة مهمة الرقابة على عمليات البورصة المختلفة، وأطلق عليها وفقاً لآخر التعديلات التشريعية الهيئة العامة للرقابة المالية. وعلى ذلك فإننا سوف نتناول موضوع الرقابة على سوق الأوراق المالية المصرية من زاويتين الأولى نتحدث فيها عن الدور الرقابي للبورصة والثانية نتحدث فيها عن دور الهيئة العامة للرقابة المالية كل في مطلب مستقل على النحو التالي.

المطلب الأول

الدور الرقابي للبورصة المصرية

تتولى البورصة مهام الرقابة على تداول الأوراق المالية، وذلك نظراً لما لديها من كفاءات وإمكانيات بشرية ومادية، مما يجعلها جديرة بهذه المهمة الصعبة^(٢).

(١) د. خالد أحمد سيف شعراوي، الإطار القانوني لعمليات التداول في البورصة، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، سنة ٢٠١٤ ، ص٣٤٨.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الرقابة الإدارية علي أسواق الأوراق المالية ، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أفاق وتحديات ، مارس ٢٠٠٦ م ص٢.

كما تتولى البورصة كذلك الرقابة على أعضائها^(١)، وتباشر البورصة الاختصاصات المقررة لها بالرقابة بمقتضى نصوص القوانين واللوائح وذلك بما يكفل حسن سير وسلامة عملية التداول للأوراق المالية، وكفاءة أداء المتعاملين فيها. وللبورصة اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لتوقي مخالفة القواعد والأحكام المنظمة للسوق وللتعامل فيه، ورصد ما يقع من مخالفات والعمل على تصويبها ومواجهة الآثار المترتبة عليها^(٢).

وهدياً لما سبق فإننا سوف نتناول دور البورصة المصرية في الرقابة على أعضائها في فرع، ودورها في الرقابة على عملية التداول في فرع آخر.

الفرع الأول

دور البورصة المصرية في الرقابة على أعضائها

تكون عضوية البورصة للشركات المرخص لها من قبل الهيئة العامة للرقابة المالية بمزاولة عملية الوساطة في الأوراق المالية وغيره من الأنشطة المرتبطة بأنشطة الوساطة^(٣).

١- وعلى البورصة أن تمسك سجلاً تقيد فيه الشركات المرخص لها من الهيئة بالعمل في مجال الأوراق المالية^(٤). وتعد هذه الشركات المقيدة بالبورصة أعضاء فيها وتتنوع العضوية بالبورصة وفقاً للمعايير المالية والفنية المتوافرة لدى العضو^(٥). وبناء على نوع العضوية تتحدد الأنشطة التي يرخص للعضو

(١) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢) م ٢ من قرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩.

(٣) المادة (١) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن اعتماد قواعد العضوية ببورصتي الأوراق المالية بالقاهرة والإسكندرية، الوقائع المصرية، العدد ٨٩ (تليغ) في ٢٢ أبريل سنة ٢٠٠٦ م.

(٤) م ٨٩ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٥) المادة ٨٩ مكرر (ب) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.

بممارستها^(١)، ويقدم طلب العضوية إلى لجنة العضوية بالبورصة، وذلك على النموذج المعد لذلك والمعتمد من الهيئة^(٢).

وتشكل لجنة العضوية بالبورصة من تسعة أعضاء برئاسة رئيس مجلس الإدارة وعضوية ستة أعضاء وأحد المديرين بالبورصة وأحد المستشارين القانونيين^(٣).

وتهدف قواعد العضوية بالبورصة إلى إعمال مبادئ الحكومة والحد من المخاطر المرتبطة بالتعامل في البورصة وذلك من خلال ما تتضمنه هذه القواعد من معايير وشروط^(٤).

٢- وتتولى البورصة الرقابة على أعضائها من خلال:

- قيد الشركات المرخص لها بالعمل لديها وفقاً للشروط المنظمة لذلك، التي يتم وضعها من قبل مجلس الإدارة واعتماد الهيئة^(٥).
- تلتزم البورصة كذلك بالتحقق من استمرار توافر الشروط والمعايير والاشتراطات الفنية والمالية لكل عضو بها^(٦).
- كما تقوم بمراقبة مدى التزام الأعضاء بأحكام القوانين والقرارات المنظمة لأداء عملهم داخل البورصة^(٧).

(١) تنص المادة ٨٩ مكرر (أ) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، على أن تكون العضوية على النحو المبين فيما يلي:

- ١- عضو منفذ يقوم بالتسوية وتنفيذ عملية الشراء بالهامش.
- ٢- عضو منفذ يقوم بالتسوية.
- ٣- عضو منفذ يقوم بالتسوية من خلال أحد أمناء الحفظ.
- ٤- المتعاملون الرئيسيون ويقومون بمزاولة نشاط التعامل في السندات الحكومية.
- ٥- أمناء الحفظ.

(٢) المادة ٢ من القرار رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن قواعد العضوية بالبورصة.

(٣) المادة ٤ من القرار رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن قواعد العضوية بالبورصة

(٤) المادة (١) من القرار رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن قواعد العضوية بالبورصة.

تعرف الحكومة بأنها: "النظام الذي يوجه ويضبط أعمال الشركات، حيث يصنف ويوزع الحقوق والواجبات بين مختلف الأطراف في الشركة مثل مجلس الإدارة - الموظفين- المساهمين، وذوي العلاقة، ويضع القواعد والإجراءات اللازمة لاتخاذ القرارات الخاصة بشئون الشركة، كما يضع الأهداف والاستراتيجيات اللازمة لتحقيقها وأسس المتابعة لتقييم ومراقبة الأداء...". راجع تعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD.

(٥) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

(٦) المادة ٨٩ مكرر (ج) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وعلى رئيس البورصة إبلاغ رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية بأية تطورات هامة أو أحداث مؤثرة على البورصة فور وقوعها، وبما يصدر عن شركات الوساطة وغيرها من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية من مخالفات أو تجاوزات^(٢).

٣- تتولى البورصة ممثلة في لجنة العضوية اتخاذ ما يلزم من تدابير إزاء مخالفة العضو أو أي من العاملين لديه الذين يمارسون نشاطهم بالبورصة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة لعملهم، ومنها:

- التنبيه إلى المخالفة وطلب عدم تكرارها.
- الإنذار باتخاذ التدابير المنصوص عليها في البند (٣) وهي:
 - أ - حظر استفادة العضو من نظام التداول المعمول به في البورصة والخدمات والتسهيلات التي تتيحها البورصة لأعضائها.
 - ب- حظر تواجد أي من العاملين لدى العضو بقاعة التداول وذلك للمدة التي تحددها اللجنة.

- كما يجوز للجنة رفع توجيه لمجلس إدارة البورصة بشأن تعليق أو شطب اللقيد بسجل العضوية^(٣). ولصاحب الشأن أن يتظلم من قرار لجنة العضوية أمام الهيئة العامة للرقابة المالية وذلك في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار^(٤).

٤- تمسك البورصة سجلاً لقيود الأشخاص الذين يمثلون شركات السمسرة الأعضاء في مباشرة عمليات التداول بالبورصة (المنفذون)

(١) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

(٢) م ١١ من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م.

(٣) انظر الموقع الإلكتروني:

- www.egx-com.eg/arabic/committees.aspx.

(٤) المادة ٨٩ مكرر (د) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

ويتم القيد لهؤلاء الأشخاص المستوفين للشروط بقرار من إدارة البورصة مع إخطار الهيئة بأسمائهم خلال أسبوع من تاريخ القيد^(١).

٥- تلتزم الشركات الأعضاء بالبورصة بأن تقدم لها قوائمها المالية السنوية في مواعيد محددة، كما تلتزم بأن ترفق مع هذه القوائم تقرير مراقب الحسابات خلال تسعين يوماً من انتهاء السنة المالية والقوائم الربع سنوية^(٢)، وكذلك قائمة الملاءمة المالية للشركات والتي توضح مدى كفاية مواردها المالية للوفاء بالتزاماتها في تاريخ استحقاقها، وفقاً للنموذج المعتمد من الهيئة العامة للرقابة المالية، كما توفي تلك الشركات البورصة بقائمة الملاءة الخاصة بها أسبوعياً وهو ما يتيح للبورصة الوقوف على مركز هذه الشركات المالي، وبما يضمن استقرار التعامل في السوق ودفع حقوق العملاء فور استحقاقها^(٣).

الفرع الثاني

دور البورصة في الرقابة على عمليات التداول

تعني البورصة في المقام الأول بالرقابة اللحظية على عمليات التداول التي تتم من قبل الشركات الأعضاء بها^(٤)، والتي لا يسمح لهم بمباشرة نشاطهم بالبورصة إلا بعد اكتساب عضويتها وفقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارة البورصة والمعتمدة من الهيئة^(٥).

وإذا كانت البورصة لا تقوم بالتعامل على الأوراق المالية سواء بالبيع أو بالشراء، غير أنها تقوم بصفة أساسية بإعداد الأدوات اللازمة لحسن سير العمل فيها^(٦)، وفقاً للنظام الذي تضعه إدارتها وتعتمده الهيئة العامة للرقابة المالية، ويخضع التعامل فيها لقواعد قانونية ولوائح وإجراءات خاصة لضمان سلامة عملية التداول

(١) المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وكذلك د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٢) المادة ٨٩ مكرر (و) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٤) د. مروة محمد العيسوي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٥) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

(٦) د. سمير محمد يحي الأحمري، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

اليومي والتحقق من الالتزام بالقوانين والقرارات المنظمة لعملية التداول وحل أية خلافات قد تنشأ من هذه العمليات^(١).

كما أن البورصة تتولى الإشراف على المعلومات التي تعطى للجمهور، كما تراقب مدى التزام الشركات العاملة في البورصة للتأكد من مدى التزامها بمبدأ الشفافية والإفصاح الدوري^(٢)، وذلك من خلال قيام هذه الشركات بتقديم قوائمها المالية للبورصة كل ثلاثة أشهر وكذلك تقارير دورية للهيئة، فضلاً عن ذلك تمتع رئيس البورصة بالعديد من الصلاحيات في مجال الرقابة.

وعلى هدي ما سبق، فإننا سوف نتناول سلطات رئيس البورصة في مجال الرقابة على التداول على أن نتبع ذلك ببيان البورصة في الرقابة اللحظية على التداول.

أولاً: سلطات رئيس البورصة في مجال الرقابة على التداول.

خول المشرع المصري لرئيس البورصة سلطات تقديرية واسعة في مجال الرقابة على التداول بالبورصة أوضحتها المادة ٢١ من قانون سوق المال بنصها على أن "يجوز بقرار من رئيس البورصة وقف عروض طلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب في الأسعار.." ^(٣).

حيث أجاز المشرع بمقتضى هذا النص لرئيس البورصة سلطة وقف عروض طلبات التداول إذا ما استشف أنها ترمي إلى التلاعب بالأسعار^(٤).

ويقصد بالتلاعب في الأسعار، قيام بعض العملاء بالتأثير غير المبرر على أسعار الأوراق المالية بالارتفاع أو الانخفاض وتوجيه السوق إلى اتجاه مصلحتهم دون مصالح باقي المتعاملين.

(١) المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وانظر كذلك محكمة النقض - مندي - الطعن رقم

١١٢٧٤ - لسنة ٨٢ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٣-١-٢٠١٤، غير منشور .

(٢) د. محمد حلمي عبدالتراب، الأطر الشرعية والفنية لبورصة الأوراق المالية واليات الرقابة القانونية عليها، دار الفكر العربي، سنة ٢٠١٢م ص ١٣٧.

(٣) المحاكم الاقتصادية - الطعن رقم ١٣٦٠ - لسنة ٢٠١١ قضائية - تاريخ الجلسة ٣٠-٣-٢٠١٣، غير منشور

(٤) التلاعب في الأسعار هو أي عمل أو امتناع عن عمل بقصد التأثير على أسعار تداول الأوراق المالية يكون من شأنه الإضرار بكل أو بعض المتعاملين في سوق الأوراق المالية، ويخضع التلاعب في الأسعار لحكم المادة ٦/٦٢ من قانون سوق المال. المادة رقم ٣١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٢.

ومن أمثلة ذلك قيام عميل أو مجموعة عملاء بمحاولة رفع سعر ورقة مالية معينة عن طريق تسجيل طلبات بأسعار بعيدة عن أسعار التنفيذ ثم القيام بالبيع، وهذا هو ما يسمى Pump & Dump. أو قيام عميل أو مجموعة عملاء بمحاولة حفص سعر ورقة مالية معينة عن طريق تسجيل عروض بأسعار بعيدة عن أسعار التنفيذ ثم القيام بالشراء وهو ما يسمى ((Trash , Cash) (١).

كما يكون لرئيس البورصة كذلك سلطة إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أو التي تتم بسعر لا مبرر له (٢).

كما لو تعمدت الشركة إجراء عمليات تداول صورية على أسهمها، وهو مما قضت به إحدى المحاكم الاقتصادية بالقول بأن "المتهم السادس بصفته رئيس مجلس إدارة شركة تعمد إجراء عمليات تداول صورية على أسهم الشركة، بأن قام في تواريخ متلاحقة بعدد من عمليات التداول الصورية بينه وبين زوجته وأولاده، ووالدته، وشقيقه، بهدف تثبيت السعر ليظهر بصورة السهم المطلوب للتداول لشرائه من قبل صندوق استثمار (٣).

كما يجوز لرئيس البورصة وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الأضرار بالسوق أو المتعاملين فيه (٤).

ويلاحظ أن المشرع في نص المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال قد منح رئيس البورصة المصرية سلطات تقديرية واسعة عند مباشرة اختصاصاته في الرقابة على العمليات التي تتم بالبورصة ولم يفرض عليه قراراً معيناً بل أجاز له أن يتخذ أي من القرارات المناسبة، بما يتفق مع كل عملية وذلك لضمان سلامة العمليات التي تتم بالبورصة.

(١) انظر: دليل قواعد وإجراءات التداول بالبورصة المصرية، الإصدار الثاني لسنة ٢٠١٧، الموقع الإلكتروني:

- [www.egx.com.et/get.doc16621a257-
ui36-4136-4390-
a467eqec4fe98/listing-Guide2017.aspx](http://www.egx.com.et/get.doc16621a257-ui36-4136-4390-a467eqec4fe98/listing-Guide2017.aspx).

(٢) م ٢/٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٣) محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الأولى جنح مستأنف، الجنحة رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٣، جنح مستأنف رقم ١٥٨٤ لسنة ٢٠١١، جنح اقتصادي غير منشور.

(٤) م ٣/٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وتطبيقاً لذلك أصدر رئيس البورصة القرار رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٧ بشأن القواعد التي تحد من الممارسات الضارة بآليات التداول بالبورصات المصرية، حيث نص القرار على منح رئيس البورصة المصرية في حال مخالفة أحد المتعاملين أو أكثر لأحكام قانون سوق رأس المال أن يتخذ إجراءات تحفظية حماية للسوق وتوقي الإضرار به ولحين الانتهاء من التحقيقات في الهيئة العامة للرقابة المالية تتمثل في :

١- إيقاف استفاضة العميل من آلية وضع الطلبات و/ أو العروض عند التعامل بنظام الأنشطة المتخصصة (الشراء بالهامش - الشراء والبيع في ذات الجلسة) لمدة لا يتجاوز شهر.

٢- إيقاف استفاضة العميل من آلية وضع الطلبات أو العروض عند التعامل في السوق على ورقة واحدة أو أوراق مالية متعددة لمدة لا تتجاوز شهر.

وقد أتاح القرار للهيئة اتخاذ ما تراه مناسباً بشأن قرار الإيقاف الصادر من رئيس البورصة، كما أجاز للأشخاص الصادر بشأنهم قرار من رئيس البورصة بالإيقاف التقدم بالتماس للهيئة للنظر في إلغاء الإيقاف^(١).

ولاشك أن تخويل رئيس البورصة أن يتخذ وفي الوقت المناسب أيأ من الإجراءات السابقة لا يكون إلا من خلال التطبيق السليم لمبادئ الشفافية والإفصاح والالتزام الحر بقواعد المعاملة العادلة لكافة المتعاملين وعدم محاباة البعض منهم على حساب البعض الآخر^(٢).

وتحقيقاً لمبدأ الشفافية يتعين إعلان قرارات رئيس البورصة فوراً وإبلاغ الجهات المعنية بها وإبلاغ الهيئة العامة للرقابة المالية^(٣).

ثانياً: دور البورصة في الرقابة اللحظية على التداول.

تتولى البورصة ممثلة في إدارة متابعة السوق مراقبة شاشات التداول لحظياً لمتابعة العروض والطلبات التي يتم إدخالها على النظام من قبل شركات السمسرة، والتأكد من أنها لا تخالف أحكام القوانين واللوائح المنظمة للعمل^(١).

(١) صدر هذا القرار في ٢٠١٧/٣/٩ ومنتشر على موقع البورصة المصرية الإلكتروني:

(٢) د. مروة محمد العيسوي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

لهذا قامت البورصة المصرية بتطوير نظام متقدم للرقابة على السوق لحظياً وبما يمنح البورصة القدرة على متابعة الأوامر بالإضافة إلى توفير بيانات عن الشركات المقيدة لضمان الرقابة خارج جلسات التداول^(٢).

هذا وقد أنشأت البورصة لجنة تسمى "لجنة مراقبة عمليات التداول اليومي" تشكل هذه اللجنة بقرار من رئيس البورصة وبرئاسة نائب رئيس مجلس إدارة البورصة وعضوية ٤ أعضاء آخرين، وتختص هذه اللجنة بالنظر فيما يعرض عليها من رصد قطاع الرقابة على التداول بالبورصة للمخالفات في عمليات التداول اليومي، وعليها التحقق من تطبيق القوانين واللوائح والقرارات ورصد وحل الخلافات التي قد تنشأ عن عمليات التداول اليومي وتصويبها وتصحيحها ومواجهة الآثار المترتبة عليها^(٣).

وفضلاً عن هذه اللجنة توجد لجنة أخرى تسمى "لجنة العمليات" وتهدف هذه اللجنة إلى دراسات العمليات الخاصة التي تعد استثناء من قواعد التداول والتي لا يمكن تنفيذها مباشرة في السوق، حيث يتطلب الأمر وضع شروط ومعايير محددة للتنفيذ، وذلك لضمان أكبر قدر من العدالة بين المتعاملين.

كما تستهدف هذه اللجنة أيضاً التأكد من أن تلك العمليات هي عمليات فعلية لا تهدف إلى التلاعب في الأسعار أو الإضرار بمصالح المتعاملين، كما تقوم اللجنة بالتحقق من أن اتباع القوانين والضوابط الموضوعة لتنفيذ الصفقات الخاصة وحل المشاكل التي قد تنشأ عن هذه العمليات^(٤).

وتضع إدارة البورصة الترتيبات اللازمة للتداول والتي ينص عليها القانون، وتسري المعايير والترتيبات المشار إليها بعد موافقة الهيئة واعتماد الوزير، ويعلن

(١) د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٢) راجع الموقع الإلكتروني:

- www.egx.com.eg

(٣) انظر في ذلك موقع البورصة المصري الإلكتروني: www.egx.com.eg.

(٤) انظر موقع البورصة المصرية الإلكتروني:

- www.egx.com.eg.

في البورصة عن أسعار العمليات والطلبات والعروض الأخرى، ويشطب قيد الأوراق المالية المقيدة إذا مضت ستة أشهر متصلة دون عقد عمليات عليها^(١).

وحماية العملاء وعدم تركهم فرسية لشركات السمسرة وتحسينهم من فرضية التلاعب في كشف حسابهم أوجب المادة ٩٨ من اللائحة التنفيذية على إدارة البورصة ضرورة أن تقوم بقيد العمليات التي قامت شركات السمسرة بتنفيذها في ذات يوم إخطارها به، ويتضمن القيد اسم البائع والمشتري، وبيانات كاملة عن الورقة المالية والسعر الذي تم تنفيذ العملية به، ويجوز إعطاء ذوي الشأن صورة من القيد حسب النظام المعمول به بالبورصة^(٢).

وتقوم إدارة البورصة كذلك بنشر المعلومات الكافية عن التداول اليومي للأوراق المالية^(٣). وكذلك متابعة الشركات المقيدة أسهمها في البورصة، للالتزام بمبدأ الشفافية والإفصاح الدوري، حيث تلتزم هذه الشركات، بتقديم قوائم مالية للبورصة كل ثلاثة أشهر^(٤).

وأخيراً تلتزم إدارة البورصة بتقديم تقارير دورية عن حركة التداول للأوراق المالية إلى الهيئة العامة للرقابة المالية، وهي:

١ - إخطار يومي عن حركة التداول:

يتضمن هذا الإخطار بياناً بنوع الأوراق المالية التي جرى التعامل عليها و سعر كل منها وكمية الأوراق المتداولة، ونوع العملية، وإجمالي عدد العمليات في اليوم مضافاً إليها بيان عن عدد العمليات التي أجريت على الأوراق المالية غير المقيدة.

(١) المادة ٩٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) انظر في ذلك: حكم محكمة القاهرة الاقتصادية (دائرة أولى) اقتصاد، الدعوى رقم ٢٠١٤ لسنة ٢٠١٤ اقتصادي، القاهرة، بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٨، حكم غي رمنشور.

(٣) م ١٠٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. وانظر كذلك د. محمد صلاح عبدالله أبورجب، د. طارق جمعة السيد راشد، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ الشفافية في سوق المال، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦، ص ٤٠٩ وما بعدها.

(٤) د. صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص ١٣٢

٢ - إخطار نصف شهري وشهري عن حركة التداول.

تلتزم البورصة كذلك بتقديم هذا الإخطار الشهري والنصف شهري، يتضمن بياناً بحجم تداول الأوراق المالية من حيث الكمية والقيمة الإجمالية وعدد العمليات، كما يتضمن آخر سعر إقفال، والقيمة الاسمية للأوراق المالية التي تم شطب سعر إقفالها وفقاً للمادة ٩٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م^(١).

٣ - تقرير سنوي عن حركة التداول:

يتضمن بياناً بحجم تداول الأوراق المالية من حيث كميتها وقيمتها وعدد العمليات مقارنة بالعام السابق، مع إبراز إجماليات سوق التداول عن العام، وحركة التداول موزعة على قطاعات الأنشطة المختلفة وأهم الظواهر التي حدثت خلال العام ومدى تأثيرها على سوق الأوراق المالية، وحجم التعامل في الأوراق المالية، ومقترحات إدارة البورصة لعلاج الآثار السلبية لتلك الظواهر، كما يجب أن يتضمن هذا التقرير بياناً لأثر تداول الأوراق المالية على قيد كل منها بالجدولين الرسمي وغير الرسمي وبياناً عن عمليات تداول الأوراق المالية غير المقيدة^(٢).

وأخيراً اعتبر المشرع أن أي تعامل خارج البورصة في الأوراق المالية المقيدة لها يقع باطلاً^(٣).

وهذا هو ما قضت به المحاكم الاقتصادية في أكثر من حكم، ومن ذلك ما قضت به " إن المشرع قد أورد على حق المساهمين في التنازل على أسهمهم بعض القيود التي تمس استخدامهم ، ومن تلك القيود ما أورده بنص المادة ١٧ من قانون سوق المال من قصر التداول على الأسهم المقيدة في أي بورصة إلا داخل البورصة وإلا وقع التداول باطلاً.. وحيث إن المدعي لم يقدم للمحكمة ما يفيد كون أسهم الشركة محل التداعي في تاريخ البيع مقيدة في البورصة من عدمه لبيان مدى جواز

(١) م ١٠١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) م ١٠١/أخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) م ١٧ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

تداولها ومن ثم مدي صحة أو بطلان البيع موضوع الدعوى، لهذا قضت المحكمة برفض الدعوى^(١).

كما أن التعامل في الأوراق المالية المقيدة في البورصة لا بد أن يكون بواسطة إحدى الشركات المرخص لها وإلا وقع التعامل باطلاً^(٢).

وتسمى هذه الشركات وكما ذهبنا إلى ذلك محكمة القضاء الإداري بشركات السمسرة العاملة في مجال الأوراق المالية، والتي تبشر عمليات البيع والشراء لحساب العميل وبناء على الأوامر الصادرة منه إليها وذلك لقاء عمولة تحصلها يتم الاتفاق عليها بينها وبين العميل^(٣)، وإمعاناً في إحكام الرقابة على تداول الأوراق المالية قرر المشرع مبدأً عاماً يتمثل في عدم جواز قيد الورقة المالية في أكثر من بورصة^(٤).

كما حظر المشرع كذلك على شركات البورصة القيام بأي عمليات لحسابها الخاص.

لهذا رتب المشرع على ذلك نتيجة هامة تتمثل في انصراف آثار التصرف في مجال الأوراق المالية إلى العميل ولا تتحمل شركات السمسرة تبعاتها بحسابها وكيلة عن العميل.

لهذا قرر المشرع إنشاء شركة المقاصة والتسوية في معاملات الأوراق المالية بالبورصة تكون غرضها تنظيم استلام وتسليم الأوراق المالية المتعامل عليها بواسطة شركات السمسرة وتسوية المراكز المالية الناتجة عن عمليات التداول التي تتم بواسطة تلك الشركات وعمل المقاصة المترتبة عليها، وبالتالي تلتزم شركات السمسرة بإخطار شركة المقاصة التي قامت بتفويضها بالاطلاع والخصم والإضافة من وإلى حساباتها بالبنك الذي قامت فيه بفتح الحسابين المشار إليهما، وتقوم شركة

(١) محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الأولى الاقتصادية، الدعوى رقم ١٥٧٠ لسنة ٢٠١٤م اقتصادي القاهرة.

(٢) م ١٨ ق ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ١٩/١٠/٢٠١٤، غير منشور.

(٤) م ١٥ ق ٩٥ لسنة ١٩٩٢. انظر في هذا المعنى حكم المحاكم الاقتصادية، الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٢٠١٤م

بتاريخ ١٧/٩/٢٠١٥، والطعن رقم ١٥٤٨ لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ٢٩/١١/٢٠١٤، وحكم محكمة القضاء

الإداري، غير منشور، في الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ١٩/١٠/٢٠٠٤م.

المقاصة باعتبارها وسيط بين شركات السمسرة البائعة والمشتريّة بتنظيم استلام وتسليم الأوراق المالية المتعامل عليها بواسطة تلك الشركات وتسوية المراكز المالية الناتجة عن عمليات التداول التي تنفذها، وعمل المقاصة المترتبة عليها حيث تقوم باستلام الورقة المباعة بين شركة السمسرة البائعة وتحويل قيمتها إلى حساب بنك المقاصة من حساب شركة السمسرة المشتراه ثم إصدار شهادة نقل ملكية الورقة المشتراه باسم العميل المشتري وإرفاقها به وتسليمها إلى شركة السمسرة المشتراه^(١). وكذلك تلتزم شركات السمسرة وفي إطار المحافظة على مصالح العملاء الامتناع عن إعطائهم معلومات كاذبة أو زائفة لحملهم على إبرام صفقات ليست في مصلحتهم ، وتأكيداً على هذا الاتجاه أوجب المشرع على شركات السمسرة ضرورة الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالصكوك سواء أكانت خاصة بالشركة المصدرة أم غيرها^(٢).

وتدعيماً لهذا الالتزام، تم إنشاء إدارة الإفصاح لمتابعة قيام الشركات بالإفصاح عن المعلومات التي يستوجب القانون ضرورة الإفصاح عنها، كما تم إنشاء مركز معلومات المستثمرين بمعرفة البورصة وذلك بهدف تمكين البورصة من التصدي لكافة المعلومات المضللة، ومتابعة الطلبات الوهمية والتحقق من توقيع العقوبة على مرتكبيها.

وفي المقابل تقوم البورصة بنشر الإفصاحات التي ترد إليها من الجهات والشركات المقيدة لها أوراق مالية بجداول البورصة فور ورودها، ويتم النشر على شاشات التداول وعلى موقع البورصة الإلكتروني^(٣).

وأخيراً فإن القانون وفي سبيل الحد من الممارسات غير المشروعة اعتبر أن أي عمل يؤثر على أسعار الأوراق المالية جريمة يعاقب مرتكبها بالغرامة أو

(١) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري، في الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية سابق الإشارة إليه.

(٢) محمد يحيى الأحرمي، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٣) د. طاهر شوقي مؤمن، الإفصاح والشفافية في السوق المالية المصرية والكويتية والفرنسية، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، بالمؤتمر العلمي السنوي الثالث، بعنوان "الحوكمة والتنظيم القانوني لأسواق

المال- الفترة من ١٠-١١ مايو ٢٠١٦، ص ٤٢٥..

الحبس أو بالعقوبتين معاً، كالتعامل بسعر غير حقيقي أو بعملية صورية، أو اتباع طرق التدليس للتأثير على أسعار السوق^(١).

المطلب الثاني

الهيئة العامة للرقابة المالية

بالإضافة إلى البورصة ودورها الهام في الرقابة المالية عهد المشرع المصري وفي إطار سعيه الدؤوب نحو تطوير الأطر القانونية والرقابة علي سوق الأوراق المالية، ومسايرة منه للاتجاهات العالمية في هذا الصدد والرامية إلى توحيد جهات الرقابة على اسواق الأوراق المالية^(٢)، أصدر المشرع القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بإنشاء الهيئة العامة للرقابة المالية والتي تختص بالرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، والتي حلت محل كل من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، والهيئة العامة لشئون التمويل العقاري وذلك في تطبيق أحكام قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ أو قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وقانون الإيداع والقيود المركزي الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠^(٣)، وقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١، كما تحل الهيئة محل تلك الهيئات فيما تختص به في أية قوانين وقرارات أخرى^(٤).

وبذلك يكون المشرع قد عمد إلى توحيد الجهات الرقابية على الأسواق المالية وذلك استجابة للتطورات الاقتصادية العالمية التي يشهدها العالم من سياسات الانفتاح الاقتصادي والخصخصة^(٥).

(١) د. سمير محمد يحي الأحمري، المرجع السابق، ص ٣٢٠. انظر كذلك، حكم المحاكم الاقتصادية، محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الأولى، جنح مستأنف، الجنحة رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٣، جنح مستأنف رقم ٨٤ لسنة ٢٠١١ جنح اقتصادية.

(٢) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٣) المادة الثانية من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، الجريدة الرسمية، العدد ٩ مكرر في أول مارس سنة ٢٠٠٩م.

(٤) م ٣ من قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م.

(٥) د. نسرين فرحان إبراهيم، الرقابة الإدارية والقضائية علي أعمال الإدارة في مجال سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠١٥ م، ص ١٢٥.

وهدياً لما تقدم فإننا سوف نتناول الهيئة العامة للرقابة المالية من حيث تشكيلها واختصاصاتها وطبيعتها القانونية.

الفرع الأول

تشكيل الهيئة العامة للرقابة المالية

تشكل الهيئة العامة للرقابة المالية وفقاً لصريح نص المادة (٥) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ من مجلس إدارة برئاسة رئيس مجلس الإدارة وعضوية نائبين للرئيس وعدد من الأعضاء وهو ما يتقضي تناول هذه النقاط جميعها على التفصيل الآتي:

أولاً: رئيس هيئة الرقابة المالية ونائباه ومساعدوه.

وفقاً لنص المادة (٥) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ يكون للهيئة العامة للرقابة المالية رئيس ونائبان للرئيس.

هذا وقد حدد القانون طريقة تعيين الرئيس والنائبين فجعل أداة ذلك قرار يصدر من رئيس الوزراء وذلك بناء على ترشيح وزير الاستثمار.

كما حدد القانون مدة العضوية بجعلها أربع سنوات قابلة للتجديد وذلك بعكس رئيس مجلس إدارة البورصة الذي يعين لمدة أربع سنوات أيضاً تكون قابلة للتجديد لمدة أخرى فقط^(١).

وهو ما أفصحت عنه صراحة المادة (٥) من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ بالنص على أنه " لا يجوز التجديد لرئيس البورصة لأكثر من مدة مماثلة أخرى"^(٢).

ولا أجد مبرراً لهذا التمايز بين مدة تعيين رئيس البورصة ومدة تعيين رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية خاصة وأن أداة التعيين واحدة وهي قرار من رئيس مجلس الوزراء بترشيح من وزير الاستثمار أو الوزير المختص على حسب الأحوال.

(١) د. عبدالرحمن محمد طه، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٢) م ٥ من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الأحكام المنظمة لإدارة البورصة المصرية وشؤونها المالية،

الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤.

إلا أن هذا التمايز قد يكون له مبرراً خاصة في ظل الدستور المصري الحالي لسنة ٢٠١٤ والذي نص في إحدى مواده أنه "يحدد القانون الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية... وتعد من تلك الهيئات والأجهزة البنك المركزي، والهيئة العامة للرقابة المالية".^(١)

كما أوجب الدستور كذلك ضرورة تعيين رؤساء تلك الهيئات والأجهزة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس النواب.^(٢)،^(٣)

وبذلك يكون المشرع الدستوري قد أخذ بما كان يجري عليه العمل في ظل العمل بدستور ٢٠١٢ وتبني نفس الاتجاه الذي استحدثه هذا الدستور بتعيين رؤساء الهيئات المستقلة ومنهم رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية بقرار جمهوري، إلا أنه يظل التساؤل قائماً حول جدوى عدم تعديل المادة (٥) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ والتي لا تزال تنص على أن تعيين رئيس الهيئة بقرار من رئيس الوزراء بعد ترشيح الوزير المختص.

هذا وقد انتقد البعض هذا الاتجاه الذي يرمي إلى حصر الاختصاص بتعيين رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية بيد رئيس الجمهورية مباشرة دون ترشيح من أحد باعتبار أن تولي رئيس الدولة هذا الاختصاص إنما يتعارض واستقلالية الهيئة^(٤).

وإذا كان المشرع الدستوري في ظل دستور ٢٠١٢ كان يعطي لرئيس الدولة سلطة عزل رؤساء الهيئات المستقلة بعد موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشوري، وهو ما كان يزيد من عدم استقلالية رئيس الهيئة، إلا أن دستور سنة ٢٠١٤ قد هجر هذا الاتجاه وأخذ بعدم جواز عزل أو إعفاء رؤساء الهيئات المستقلة ومنهم رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية من منصبه إلا في الحالات المحددة بالقانون^(٥).

(١) م ٢١٥ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤.

(٢) م ٢١٦ دستور مصر لسنة ٢٠١٤.

(٣) صدر مؤخراً قرار رئيس الجمهورية بتعيين د. محمد مصطفى عبدالجواد عمران، رئيساً للهيئة العامة للرقابة

المالية بموجب القرار رقم ٥٠٣ لسنة ٢٠١٧.

(٤) د. عبدالرحمن ممد طه، المرجع السابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

(٥) م ٢/٢١٦ من دستور سنة ٢٠١٤م.

وإذا كان المشرع الدستوري نص على التزام الدولة بإصدار القوانين المنفذة لأحكام دستور ٢٠١٤^(١)، إلا أنه لم يحدد أجلاً محدداً لذلك وإنما ترك الأمر لمحض السلطة التقديرية للمشرع العادي.

ولهذا فإننا وفي هذا المضمار نناشد المشرع العادي إلى ضرورة تعديل القوانين بصفة عامة والقانون رقم ١٠ / ٢٠٠٩ خاصة المادة (٥) منه بما يتماشى مع دستور ٢٠١٤.

وفضلاً عن النائبين يكون للرئيس عدد من المساعدين يصدر بتعيينهم وتحديد معاملتهم المالية قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على ترشيح وزير الاستثمار لمدة اربع سنوات قابلة للتجديد.

وقد اشترط المشرع عدة شروط في رئيس الهيئة ونائبيه ومساعديه، فضلاً عن الشروط العامة المتعلقة بالجنسية والتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية أيضاً ضرورة أن تتوفر فيهم خبرة فائقة في الشؤون الاقتصادية والأسواق والأدوات المالية غير المصرفية والمجالات المرتبطة بعمل الهيئة^(٢).

هذا وقد انتقد البعض وبحق، عدم اشتراط الخبرة القانونية في الرئيس والنائبين والمساعدين والاكتفاء بالخبرة المالية والاقتصادية وأن الخبرة القانونية من وجهة نظرهم هي الأهم والأنسب في هذه المناصب^(٣).

كما لم يشترط القانون عدد معين من السنوات في هذه الخبرة أو الحصول على مؤهلات محددة أو حضور عدد من الاكتتابات العامة.
ثانياً: مجلس إدارة الهيئة.

سبق لنا أن ذكرنا أن مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية يتألف من رئيس ونائبين يضاف إليهم كذلك أحد نائبي محافظ البنك المركزي يختاره المحافظ، وخمسة أعضاء من ذوي الخبرة في المجالات الاقتصادية والمالية والقانونية^(٤).

(١) م ٢/٢٢٤ من دستور ٢٠١٤م.

(٢) م ٧ من القرار رقم ١٩٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار النظام الأساسي للهيئة العامة للرقابة المالية، الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكرر بتاريخ ١٤/٦/٢٠٠٩.

(٣) د. عبدالرحمن محمد طه، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٤) م ٨ من القرار الجمهوري رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩م.

وعلى ذلك فإذا كان رئيس الهيئة يعين بقرار جمهوري فإن باقي أعضاء مجلس إدارة الهيئة يعينون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بعد ترشيح وزير الاستثمار لهم.

أما عضوية نائب محافظ البنك المركزي فتعود إلى ما للبنوك والمؤسسات المالية من دور في تنمية سوق الأوراق المالية، وهو يعين بهذه الصفة فإذا ما انتفت عنه صفته كنائب لمحافظ البنك المركزي فإن ذلك يقتضي كذلك انتهاء عضويته في مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية ويحل محله النائب الآخر أو النائب الجديد حسب الأحوال^(١).

هذا وقد انتقد البعض تعيين نائب محافظ البنك المركزي عضواً بمجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية باعتبار أن تعيينه من قبل محافظ البنك الذي يعين بالتبعية من قبل رئيس الدولة مباشرة يجعل مركز نائب المحافظ عضو مجلس الإداري لا يتمتع بالاستقلالية التامة في أداء عمله خاصة وأن المشرع لم يقيد المحافظ عند اختيار نائبه لتمثيل البنك المركزي في مجلس إدارة الهيئة، ومن ثم يجوز للمحافظ إبدال أي من نائبيه محل الآخر في عضوية مجلس إدارة الهيئة إذ أن النص لم يشترط سوى كون عضو المجلس نائباً لمحافظ البنك المركزي^(٢).

وفضلاً عن رئيس مجلس إدارة الهيئة ونائبه ونائب محافظ البنك المركزي، يشكل المجلس أيضاً من خمسة أعضاء آخرين من ذوي الخبرة في المجالات الاقتصادية والمالية والقانونية يرشحهم وزير الاستثمار^(٣).

هذا وقد أحسن المشرع صنعاً باشتراطه كون الأعضاء الخمس من ذوي الخبرة في المجالات الاقتصادية والمالية والقانونية بخلاف النص السابق الذي كان يشترط فيهم مجرد الخبرة دون تحديد، مما قد يعطي لجهة الإدارة سلطة تقديرية مبالغ فيها قد يحتج بها إلى اختيار عناصر غير كفاء في عضوية مجلس الإدارة، هذا وتجدر الإشارة إلى أن النص الحالي أو السابق لم يشترط كون هذه الخبرة عملية

(١) د. عبدالهادي مقبل، بورصة الأوراق المالية وقانون سوق رأس المال، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٥، ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٢) د. عبدالرحمن محمد طه، المرجع السابق، ص ٢٠٣؛ د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) م ٨ من القرار الجمهوري رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩م.

أو أكاديمية ومن ثم يستوي مع إطلاق النص أن يكونوا من الأكاديميين أو من غيرهم من المشتغلين بسوق المال، وإذا كان وزير الاستثمار هو الوزير المختص بترشيح هؤلاء الأعضاء فإنه وبلا شك ثمة تشاور بينه وبين رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية ونائبيه في شأن اختيار هؤلاء الأعضاء الخمس من ذوي الخبرة بحكم الاحتكاك المباشر بين رئيس الهيئة وبين المتعاملين بسوق رأس المال وغيره من الأسواق الأخرى الخاضعة لإشراف الهيئة وراقبتها، المهم أن تكون المصلحة العامة هي مبرر الاختيار والدافع إليه لا المصلحة والأهواء الشخصية^(١).

ويعد مجلس الإدارة الهيئة العامة للرقابة المالية هو السلطة العليا المهيمنة على شئون وتصريف أمورها ووضع وتنفيذ السياسات اللازمة لتحقيق أغراضها وأهدافها وله في سبيل ذلك أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية لمباشرة اختصاصات الهيئة دون حاجة لاعتمادها من جهة أخرى^(٢).

كما أن رئيس الهيئة هو من يتولى إدارتها وتصريف أمورها وتمثيلها أمام القضاء وفي مواجهة الغير، وله أن يفوض أحد نائبيه أو كلاهما في بعض اختصاصاته، وله كذلك أن يدعو مجلس إدارة الهيئة للاجتماع يرأسه وينفذ قراراته^(٣).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للهيئة العامة للرقابة المالية

عهد المشرع المصري ومنذ البداية في تنظيمه الأسواق المالية إلى شخص من أشخاص القانون العام يتخذ شكل هيئة عامة تخضع لسلطة الوزير المختص وصائياً ، هذه الهيئة ووفقاً لنص المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ٥٢٠ لسنة ١٩٧٩ تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتتبع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية والتعاون الاقتصادي آنذاك. وعندما صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق

(١) د. عبدالهادي مقل، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

(٢) المادة (٦) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ ، و المادة (٩) من القرار الجمهوري رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩

(٣) المادة (١١) من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩.

رأس المال عهد القانون بهذه المهمة إلى الهيئة العامة لسوق المال باعتبارها هيئة عامة تتبع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية^(١).

وقد تأكد ذلك بصدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية تسمى بالهيئة العامة للرقابة المالية تكون لها شخصية اعتبارية عامة وتتبع الوزير المختص وهو أيضا ما نصت عليه المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩. وبذلك يكون المشرع المصري قد قطع بأن هيئة الرقابة المالية وهي الهيئة المسؤولة عن الرقابة على أسواق المال هيئة عامة لها شخصيتها الاعتبارية^(٢)، وأن أموالها تعد أموالاً عامة وتتمتع باستقلال مالي وإداري كاملين وليس أدل على ذلك من القانون قد جعل لمجلس إدارة الهيئة الهيمنة التامة على أمورها وشؤونها وأن قرارات المجلس تكون بذاتها نهائية لا تحتاج إلى إقرارها من أي جهة أخرى أعلى^(٣).

وتطبيقاً لذلك ما أفتت إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة: أن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩ بشأن إصدار النظام الأساسي للهيئة العامة للرقابة المالية والإدارية ولوائح شؤون العاملين الخاصة بالهيئة والتي تنظم جميع شؤون الوظيفة دون التقيد باللوائح والنظم المعمول بها في الهيئات العامة الحكومية في هذا الشأن ودون حاجة لاعتمادها من جهة إدارية أعلى^(٤)، وإذا كانت الهيئة العامة للرقابة المالية هيئة عامة تابعة للدولة نظراً لتبعيةها لوزير الاستثمار، إلا أنها على الرغم من ذلك تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة وأن تبعيتها للدولة مجرد تبعية إدارية فقط وأنها تتمتع بكافة الصلاحيات الفنية والسلطات والاختصاصات التي تمكنها من إدارة سوق المال بعيداً عن توجيهات الدولة وإنما

(١) المادة ٤٢ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) د. محمد محمد عبداللطيف، سلطة تنظيم الأسواق المالية، الإطار الدستوري والتنظيم التشريعي، بحث مقارنة بين كل من فرنسا ومصر والكويت، مجلة الحقوق- الكويت، مجلد ٣٣، ٨٢، يونيو ٢٠٠٩م، ص ٨٦ وما بعدها.

(٣) م ٩ من القرار رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٩م.

(٤) إدارة الفتوى والتشريع، مجلس الدولة، الفتوى رقم ٢٨٠ لسنة ٢٠١٦، بتاريخ ٢٦/٤/٢٠١٦، رقم الملف

وفق متطلبات سوق الأوراق المالية وعلى أساس اقتصاديات السوق وظروف العرض والطلب^(١).

المطلب الثالث

دور الهيئة العامة للرقابة المالية

في الرقابة على سوق الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

تمثل عملية الرقابة على أسواق الأوراق المالية مهمة صعبة ودقيقة وتحتاج إلى قدر من الحكمة والروية بما يقود إلى تحقيق نوع من التوازن بين مصلحتين تبدوان متعارضتين .

المصلحة العامة التي تقتضي في بعض الأحوال فرض بعض القيود على عمليات التداول للأوراق المالية والمصلحة الخاصة لعملاء السوق المتعاملين في الأوراق المالية.

ولعل ذلك هو ما دفع إلى وجود جهات رقابية تتولى تنظيم السوق وتحكم الرقابة عليه^(٢). وإذا كانت البورصة على ما سبق تباشر الرقابة الداخلية فإن هيئة الرقابة المالية ومن قبلها هيئة سوق المال تباشر الرقابة الخارجية على سوق الأوراق المالية^(٣).

وتستهدف الهيئة العامة للرقابة المالية من دورها الرقابي ضمان سلامة واستقرار الأسواق المالية غير المصرفية، ومنع الغش والتلاعب بها^(٤).

كما أنط المشرع بالهيئة أيضاً سلطة الإشراف على سوق رأس المال بما يكفل شفافية التعامل في هذا السوق وكفالة حقوق المتعاملين معه بمنع الغش والاحتيال والاستغلال والمضاربات الوهمية، والتأكد من نزاهة عمليات التداول وقيامها على أسس سليمة ومعلومات حقيقية ليتساوى الكافة في العلم بها^(٥).

(١) د. نسرين فرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) د. خالد أحمد سيف شعراوي، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٣) د. عاشور عبدالجواد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٤) موقع الهيئة العامة للرقابة على الإنترنت:

- www.efsa.gov.eg.

(٥) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٢٤٢١٦ لسنة ٦٩ قضائية بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٦.

وعلى هدي ما تقدم فإننا سوف نتناول دور الهيئة في الرقابة على أسواق المال في عدة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول

رقابة الهيئة على سوق الإصدار والتداول

سبق أن ذكرنا أن سوق الأوراق المالية يشمل الأسواق الأولية (أسواق الإصدار)^(١). ولا يقتصر دور الهيئة في رقابة الأسواق القانونية (البورصات) بل يمتد اختصاصها بالرقابة على الأسواق الأولية (أسواق الإصدار)، حيث تلتزم كل شركة ترغب في إصدار أوراق مالية بأن تحظر الهيئة برغبتها، وليس لها أن تمضي قدماً في الإجراءات إذا اعترضت الهيئة على الإصدار.

وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٤) من قانون سوق المالي بالقول أنه " لا يجوز لأي شخص اعتباري مصري أو غير مصري أياً كانت طبيعته، وأياً كان النظام القانوني الخاضع له طرح أوراق مالية في اكتتاب عام للجمهور إلا بناء على نشرة اكتتاب معتمدة من الهيئة يتم نشرها في صحيفتين مصريتين واسعتي الانتشار"^(٢).

وتستمر رقابة الهيئة على هذه الشركات التي تطرح أوراقها في اكتتاب عام حيث تلتزم تلك الشركات بأن تقدم إلى الهيئة تقارير نصف سنوية عن نشاطها وعن نتائج أعمالها^(٣).

على أن تتضمن هذه التقارير البيانات التي تفصح عن المركز المالي لها والميزانية وغيرها من القوائم المالية، كما يجب إخطار الهيئة بالقوائم المالية وتقرير مجلس الإدارة ومراقب الحسابات قبل شهر من التاريخ المحدد لانعقاد الجمعية العامة للشركة^(٤).

(١) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٢) م ٤ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، المعدل بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرر (أ) بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٩م.

(٣) م ٦ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٤) د. سمير محمد يحي الأحمري، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

كما تلتزم الشركة التي تحصل بأية طرق على جانب من أسهمها بالتصرف في هذه الأسواق للغير في مدة أقصاها سنة من تاريخ حصولها عليها وإلا التزمت بإنقاص رأس مالها بمقدار القيمة الإسمية لتلك الرسوم^(١).

كما يتعين على الشركات المقيدة بالبورصة ضرورة الاحتفاظ بالملاءة المالية اللازمة لمزاولة نشاطها وبما يحقق ضمان وفائها بالتزاماتها وذلك بمراعاة ما تضعه الهيئة من قواعد في هذا الشأن^(٢).

وقد أصدر مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية القرار رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٣ والمعدل بالقرار رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٧ قواعد خاصة بالملاءة المالية لهذه الشركات، حيث عرف الملاءة المالية " بمدى كفاية الموارد المالية للشركة للوفاء بالتزاماتها في مواعيد استحقاقها ، وللتحقق من توافر هذه الملاءة المالية اشترط القرار على جميع الشركات العاملة في هذا المجال ضرورة الالتزام في كل وقت بمعايير الملاءة المالية المرفقة بالقرار وبموافاة الهيئة والبورصة بالتماذج والتقارير والمستندات وأية مستندات أو بيانات تطلبها الهيئة أوالبورصة للتحقق من التزام الشركة بذلك^(٣).

وقد منح القانون لرئيس الهيئة ذات السلطات والصلاحيات المقررة لرئيس البورصة حيث أجاز له حق وقف عروض للطلبات الخاصة بالتداول^(٤)، التي تهدف إلى التلاعب بالأسعار^(٥).

كما يكون له إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة للقانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، أو تلك التي تتم بسعر لا مبرر له، كما يجوز له وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيه^(٦)، وحماية المتعاملين بسوق الأوراق المالية ونظراً لخطورة

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٢٩٦٧٦ لسنة ٦٩ قضائية ، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٦ حكم غير منشور.

(٢) م ٢١٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٩٨٢ لسنة ٦٧ قضائية، غير منشور، بتاريخ ٢٠١٦/٤/١٩م.

(٤) م ٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٠٠٢م.

(٥) حكم القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٤/٣/١٩ (غير منشور)، والطعن رقم

٢٥٦٤ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٦ (غير منشور).

(٦) محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الثانية، جنح اقتصادية، الجنحة رقم ٢٥٩ لسنة ٢٠١١ بتاريخ ٢٠١٣/٦/٢٦.

الصلاحيات التي يملكها رئيس الهيئة وما يصدره من قرارات خاصة تلك التي تصدر استناداً لنص المادة ٢٢ والتي تجيز لرئيس الهيئة في ظل الظروف الخطيرة أن يقرر تعيين حد أدنى لأسعار الأوراق المالية بأسعار القفل في اليوم السابق على القرار، فإن المشرع أوجب ضرورة إبلاغ قرار رئيس الهيئة للوزير المختص أن يبين طريقة تعيين الأسعار وكيفية مراقبة الأعمال بالبورصة^(١).

هذا وقد انتقد البعض وبحق إعطاء رئيس الهيئة للرقابة المالية ذات الصلاحيات المقررة لرئيس البورصة، مما يؤدي إلى إمكانية الازدواج في الإجراءات ودون وجود سبب أو مبرر لهذا الازدواج.

كما لا يجوز للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية سواء شركات السمسرة أو المقاصة أو شركات الاستشارات المالية أو غيرها أن تباشر أي من أنشطتها المتعلقة بسوق المال إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة والقيّد بالسجل المعد لذلك، وذلك بعد استيفاء الشروط المنصوص عليها قانوناً^(٢).

وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن "المشرع قد اشترط لمنح الترخيص لمزاولة الأنشطة المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ومنها نشاط السمسرة في الأوراق المالية الذي تباشره الشركة المدعية عدة شروط عددها المادة ٢٩ منها قيام الشركة طالبة الترخيص بسداد التأمين الذي فوض المشرع لمجلس إدارة الهيئة في تحديد قيمته والقواعد والإجراءات المنظمة للخصم منه..."^(٣).

وقد خول المشرع الهيئة العامة للرقابة المالية سلطة تقديرية واسعة في مواجهة المخالفات التي تقع من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية إذ خول المشرع لمجلس إدارة الهيئة وبموجب المادة ٣١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في حال قيام خطر يهدد استقرار سوق المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو

(١) د. نسرين فرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٢) م ٢٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٣م.

(٣) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣١١٣٢ لسنة ٥٨ قضائية، بتاريخ ٢٨/٥/٢٠٠٥، حكم غير منشور.

المتعاملين معها أن يتخذ التدابير المناسبة سواء بالتنبيه على الشركة أو منعها من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاولةها أو بزيادة التأمين المودع^(١).

وفي ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري للقول بأنه "ومن حيث أن المادة ٣١ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ قد حددت على سبيل الحصر، التدابير التي يجوز لمجلس إدارة الهيئة اتخاذها في مواجهة الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون. وقد جاءت هذه التدابير متدرجة من حيث شدتها ومدى تأثيرها على نشاط الشركة، وطريقة إدارتها والضمانات المقدمة منها للحصول على ترخيص فتبدأ هذه الإجراءات بالتنبيه باعتباره أخف تدبير يمكن أن يوجه للشركة، لينتهي بإلزام الشركة بزيادة التأمين المودع فيها باعتباره أقصى تدبير يمكن اتخاذه تجاه الشركة، مروراً بمنع الشركة من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص بها.

وقد بينت المحكمة الحكمة من حرص المشرع على تدرج التدابير المشار إليها تصاعدياً من حيث قوتها ومدى تأثيرها على الشركة المخالفة هو أن يكون التدبير الذي ترى جهة الإدارة تطبيقه متناسباً مع مقدار الخطر الذي تمثله المخالفة على استقرار سوق المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها^(٢).

هذا وقد أجاز القانون كذلك لرئيس الهيئة سلطة وقف نشاط الشركة لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً وذلك إذا ما خالفت الشركة أحكام القانون أو اللائحة التنفيذية أو قرارات مجلس الإدارة أو حتى لو فقدت أي من شروط الترخيص^(٣).

إلا أن سلطة رئيس مجلس الإدارة في وقف نشاط الشركة المخالفة ليست مطلقة من كل قيد، وإنما أحاط القانون قرار الوقف بعدة ضمانات يتعين مراعاتها والالتزام بها قبل إصدار القرار بما يمنع جهة الإدارة من إساءة استعمال سلطة الوقف أو الانحراف بها، وتتمثل أولى هذه الضمانات في ضرورة إنذار الشركة

(١) المادة ٣١ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) محكمة القضاء الإداري الطعن رقم ١٩٨٢ لسنة ٦٧ قضائية، سابق الإشارة إليه.

(٣) م ٣٠م قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢، انظر كذلك قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ١٤٧ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٦/١١/١٤ بشأن وقف نشاط شركة رويال لتداول الأوراق المالية. وكذلك قرار رئيس الهيئة رقم ٩٣٤ لسنة ٢٠١٦م بتاريخ ٢٠١٦/١١/٨ م بشأن وقف نشاط شركة جلوبال كابيتل لتداول الأوراق المالية والذي قضى بوقف الشركة لمدة شهر أو لحين إزالة المخالفات أيهما أسبق. انظر موقع الهيئة الإلكتروني

بإزالة المخالفات المنسوبة إليها أو استكمال شروط الترخيص خلال المدة التي يحددها الإنذار، فإذا عجزت الشركة عن ذلك، واضطرت الإدارة إلى إصدار قرار الوقف تعين أن يكون هذا القرار مسبباً تحدد فيه أوجه مخالفة الشركة لأحكام القانون أو اللائحة التنفيذية، أو قرارات مجلس إدارة الهيئة أو شروط الترخيص التي تخلفت في شأن الشركة، كما يجب كذلك أن يحدد قرار الوقف الإجراءات التي يتعين على الشركة اتخاذها خلال مدة الوقف لإزالة أسبابه^(١).

فإذا انتهت مدة الوقف دون أن تقوم الشركة بإزالة الأسباب التي أوقفت من أجلها كان لازماً عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة لإصدار قرار بإلغاء الترخيص الممنوح للشركة لمباشرة نشاطها.

ومؤدى ذلك أن المشرع قرر منح الشركة المخالفة فرصة متكررة لإزالة المخالفات التي ارتكبتها وذلك قبل إصدار قرار الوقف بموجب ما يوجه إليها من إنذار، وبعد صدور قرار وقفها عن مزاولتها نشاطها وخلال مدة الوقف، الأمر الذي يعني أن المشرع عقد مقابلة بين مصلحة الشركة والمتعاملين معها وبين المصلحة العامة حفاظاً على التعاملات في سوق رأس المال، وما يجب أن يكون عليه بما لا يؤدي إلى فقد الثقة في التعامل من خلاله، فإذا لم تأت هذه المقابلة بثمرتها المرجوة واستمرت الشركة المخالفة على وتيرتها دون أن تنهض لإزالة المخالفات المقترفة من قبلها، كان إلغاء الترخيص الممنوح لها حتماً، حفاظاً على ما هدف المشرع إلى الحفاظ عليه من جراء ما استوجب اتخاذه من إجراءات قبل صدور قرار بإلغاء الترخيص من قبل مجلس إدارة الهيئة الذي يقدر الأمر في ضوء ما يعرض عليه من ملابسات وما سبق اتخاذه من إجراءات^(٢).

وإذا كانت الهيئة تملك وقف الشركة عن مزاولتها كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاولتها، إلا أن منع الشركة من مزاولتها نشاطها كأحد التدابير المنصوص عليها في المادة ٣١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، لا يعني إلغاء

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٤٣٣٠٢ لسنة ٦٥ قضائية، بتاريخ ٢٠١٦/٤/٢٦ (غير منشور).

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٢١٥ لسنة ٥٦ قضائية عليا، الدائرة الأولى، جلسة ٢٨ مايو سنة ٢٠١١م.

الترخيص للشركة ومنعها من مزاوله نشاطها بصفة نهائية، وإنما هو تدبير مؤقت يلجأ إليه مجلس إدارة الهيئة إذا لم يفلح التدبير الأول - وهو التنبيه- في تقويم اعوجاج الشركة، يؤكد ذلك أن المشرع قد اتبع هذا التدبير بتدابير أخرى متنوعة، ولو كان المنع من مزاوله النشاط طبقاً لحكم المادة المذكورة يقصد به إنهاء نشاط الشركة أو إلغاء ترخيصها لما كان المشرع بحاجة على وضع باقي التدابير التالية له، بل ولكانت هذه التدابير مجافية لمنطق القانون، ولذا فإن طبيعة هذا التدبير تقضي أن يكون مؤقتاً (أي محدد بزمن) وهذا التحديد يترخص فيه مجلس إدارة الهيئة دون التقيد بمدة معينة مثلما نصت عليه المادة ٣٠ بالنسبة لوقف النشاط^(١).

وإذا كانت جهة الإدارة ليست مطلقة اليد في تطبيق ما تشاء من عقوبات بما فيها وقف نشاط الشركة، فإن المشرع كذلك أوجب على شركات السمسرة العاملة في مجال سوق الأوراق المالية بذل عناية الرجل الحريص وليس الرجل المعتاد في المحافظة على حقوق العملاء المتعاملين مع الشركة واحترام قانون سوق المال واللائحة التنفيذية وقرارات مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية.

وفي ذلك ذهب محكمة القضاء الإداري للقول بأن "ومن حيث إن شركات السمسرة المرخص لها وفقاً لقانون سوق رأس المال المشار إليه قد ألزمها القانون واللائحة بمجموعة من الالتزامات حماية لسوق رأس المال والعملاء والمتعاملين مع هذه الشركات فحظر على شركة السمسرة اتباع أي سياسة أو إجراء أي عمليات من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم أو عقد عمليات لحسابها، وحددت اللائحة التنفيذية للقانون الإجراءات المتعين على الشركة اتباعها لمراقبة التزاماتها في هذا الشأن، فأوجب عليها تسجيل أوامر العملاء فور ورودها إليها شاملة مضمون الأمر واسم مصدره وصفته وساعة وكيفية وروده إلى الشركة والثمن الذي يرغب العميل في التعامل به، كما يجب على شركة السمسرة الالتزام بمبادئ الأمانة والحرص على مصالح عملائها والمساواة بينهم وعدم تفضيل بعضهم على الآخر وأن تتأكد من مطابقة العمليات التي تجريها لأحكام القانون والقرارات المنفذة

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠١/٤/١١ (حكم غير منشور).

له بحيث لا تتطوي على غش أو نصب أو احتيال أو مضاربات، على أن يكون التزامها في هذا الشأن هو الالتزام ببذل عناية الرجل الحريص"^(١).

الفرع الثاني

الدور الرقابي للهيئة من خلال نظام التفتيش والمتابعة

تتمتع هيئة الرقابة المالية بالعديد من السلطات والصلاحيات في مجال ضبط أسواق الأوراق المالية والرقابة على الشركات العاملة في هذا السوق. وللهيئة في سبيل القيام بهذه المهمة منحها المشرع سلطة إجراء تفتيش على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

وقد أوكل المشرع للهيئة اتخاذ الإجراءات التي من شأنها النهوض بأمانة المسؤولية عن سوق رأس المال، ومراقبة هذا السوق الهام للتأكد من أن التعامل فيه يتم على أوراق مالية سليمة وغير مشوبة بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية، وبذلك عهد إليها أن تتخذ من الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، كما عهد إلى مجلس إدارتها اتخاذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية لمباشرة اختصاصاتها وتحقيق أغراضها بصفة عامة، وأخص هذه الأغراض بوضع السياسة التي تسير عليها في ممارسة اختصاصاتها ووضع قواعد التفتيش والرقابة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون^(٢).

وتجد الهيئة في نص المادة ٤٤ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الأساسي القانوني لسلطة التفتيش إذ نصت هذه المادة على أن مجلس إدارة الهيئة هو السلطة المختصة بشئونها وتصريف أمورها، وله أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية لمباشرة اختصاصات الهيئة وتحقيق أغراضه وعلى الأخص: ١

-

٢- وضع قواعد التفتيش والرقابة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون وهو أيضاً ما نصت عليه المادة (٤) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية والتي عدت اختصاص الهيئة العامة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٤٧٢٠٤ لسنة ٢٧ق، جلسة ٢٠١٦/٢/١٦، غير منشور.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٥٢٧٤٩ لسنة ١٧ق قضائية، بتاريخ ٢٠١٦/٣/١٥م (غير منشور).

للرقابة المالية بالعمل على سلامة واستقرار الأسواق المالية غير المصرفية.. وللهيئة في سبيل تحقيق أغراضها لها على الأخص القيام بما يأتي:

١-

٢- التفتيش على الجهات التي يرخص لها بالعمل في الأنشطة والأسواق المالية غير المصرفية .

هذا وقد صدر قرار مجلس إدارة الهيئة رقم ١٥ لسنة ١٩٩٥ بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٨ والذي جاء فيه بأنه على الهيئة القيام بإجراء تفتيش دوري على كل شركة من الشركات المرخص لها من قبلها بمزاولة أي نشاط من الأنشطة المتعلقة بمجالات الأوراق المالية، وذلك مرة واحدة على الأقل كل سنة، بهدف التحقق من مدى التزام تلك الشركات بأحكام القوانين واللوائح والقواعد والضوابط الصادرة من جهات الاختصاص^(١).

وهذا النوع من التفتيش الدوري يتم وفق برنامج سنوي معتمد من رئيس الهيئة يتضمن مجموعة من الشركات يتم اختيارها بناء على معايير معينة، ويتم تنفيذ هذا البرنامج من خلال لجان يتم تشكيلها وفقاً لضوابط معينة بحيث تضم أعضاء من عدة تخصصات (قانون - محاسبي، معلومات) بما يضمن التفتيش على كافة الجوانب المتعلقة بالشركة، ثم تقوم هذه اللجان بإجراء كافة التحقيقات اللازمة، وإعداد تقاريرها بنتائج التفتيش متضمناً كافة المخالفات المنسوبة للشركات يعرض على إدارة الهيئة لاتخاذ الإجراء المناسب تجاه الشركات المخالفة.

وهناك نوع آخر من التفتيش هو التفتيش المفاجئ وهو ذلك الذي يتم بناء على وقائع محددة (شكاوي - تلامعات في السوق... إلخ) تتطلب التحقق المبدئي منها للوقوف على حقيقتها، وفي هذه الحالة يتم تشكيل لجنة تضم التخصصات المطلوبة واللازمة لفحص الموضوع وتقوم بمهمتها على وجه السرعة، من حيث الحصول على المستندات الخاصة بالواقعة وإجراء التحقيقات مع المسؤولين عنها

(١) د. سمير محمد يحيى الأحرامي، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

بالشركة، وإعداد تقارير بشأنها للعرض على إدارة الهيئة لاتخاذ الإجراء المناسب بشأنها^(١).

ويتميز التفتيش الدوري عن التفتيش المفاجئ "غير الدوري" بأن التفتيش الدوري يكون أكثر شمولية، حيث يتم التحقق من التزامات الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، وشركات الإيداع والقيود المركزي بصفة عامة بأحكام التشريعات الحاكمة لسوق رأس المال ولوائحها التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، في حين أن التفتيش المفاجئ يعنى بالواقعة أو المخالفة التي استدعت هذا النوع من التفتيش^(٢).

كما أن التفتيش الدوري يجب الإخطار به قبل القيام به بوقت كاف، حتى يتسنى تحضير السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات اللازمة لإتمام عملية التفتيش وقد أوجب المشرع ضرورة توفير هذه المستندات والسجلات وكافة الأوراق المطلوبة للمفتشين^(٣).

ويجب أن يتم التفتيش من قبل الموظفين بالهيئة من ذوي صفة الضبطية القضائية وهم الذين يصدر بهم قرار وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص^(٤).

وهو ما نصت به صراحة المادة ١٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بأن "يكون لموظفي الهيئة ممن يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بناء على عرض وزير المختص صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١، وقانون الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها الصادر بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨..."

كما نصت عليه كذلك المادة ٤٩ ق من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(١) انظر موقع الهيئة العامة للرقابة المالية:

www.efsa.gov.eg. -

(٢) د. نسرین فرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

(٣) م ٤٩ ق رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٤) د. خالد موسى توني، المسؤولية الجنائية عن ترويج البيانات والمعلومات غير الصحيحة في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٨، ص ٢٨٧.

المبحث الثاني

الرقابة على سوق الأوراق المالية الفرنسية

فطنت فرنسا منذ فترة طويلة لأهمية أسواق الأوراق المالية وأهمية الرقابة عليها باعتبارها أحد أهم الشرايين اللازمة لضخ الأموال في المشروعات المختلفة وتيسير تكوين الشركات التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة لتنفيذ أهدافها وبذلك فهي تتعلق بالصالح العام متمثلاً في صالح المستثمرين والنظام الاقتصادي للدولة ككل^(١).

لهذا كان لا بد من إيجاد وسائل رقابة مناسبة على سوق الأوراق المالية الفرنسية، وإذا كانت الدولة الفرنسية لا تتولى مباشرة عملية الرقابة على الأسواق المالية حيث أن تلك الرقابة تتم من خلال عدد من الهيئات الرقابية تتمتع بقدر كبير من الاستقلال في عملها سواء على المستوى الإداري أو على المستوى المهني^(٢).

وقد أخذ المشرع الفرنسي عن نظيره الأمريكي فكرة إنشاء لجنة عمليات البورصة COB commission des operations de bourse وذلك استجابة لمطالب البعض الذين ينادون بالحد من تدخل الدولة، مما اضطر الإدارة السياسية للاستجابة لهذه الضغوط فأستت لجنة عمليات البورصة COB وذلك بموجب القرار رقم ٦٧/٨٨٣^(٣) وفي عام ١٩٩٦ أنشأ المشرع مجلس الأسواق المالية (CMF) Conseil des marchés financiers ومنحه الشخصية الاعتبارية لتحل محل مجلس بورصات القيم (CBV) ومجلس الأسواق الآجلة (CMT)^(٤).

وفي عام ٢٠٠٣ وبموجب قانون النقد المالي تم توحيد جهات الرقابة على الأسواق المالية الفرنسية وذلك بإنشاء هيئة الأسواق المالية (AMF) L'Autorité des marchés financiers والتي حلت محل لجنة عمليات البورصة (COB) ومجلس الأسواق المالية (CMF).

(١) محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) OHI OHI Daniel, Droit des sociétés lites, Paris, 2005, p.81.

(٣) صدر الأمر رقم ٨٣٣ لسنة ٦٧ بتاريخ ١٢/٢٨/١٩٦٧، وعُدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ٦٩ بتاريخ ١/٦/١٩٦٩، ثم القانون رقم ٨٩/٥٣١ الصادر في ٢ / ١٩٨٩. راجع :

- Robert Marie-Claude, La Commission des operation de bourse, Répertoire commercial, T2, Dalloz, Paris, 1996, p.2.

(٤) د. نسرین فرحان إبراهيم، المرجع السابق، هامش (٢) ص ٦٦.

وسعى المشرع الفرنسي للعمل على توحيد جهات الرقابة التي تشرف على الأسواق مستهدفاً من وراء ذلك تبسيط الإجراءات على سوق البورصة، وضبط أداء التعامل داخلها، وفي نفس الوقت العمل على تشجيع صغار المدخرين^(١).

وهديا لما سبق فإننا سوف نتناول الجهات الرقابة على سوق المال الفرنسي. وذلك قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م، وتلك التي تلت صدور هذا القرار وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الرقابة على بورصة الأوراق المالية قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م.

المطلب الثاني: الرقابة على بورصة الأوراق المالية بعد صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م.

المطلب الأول

الرقابة على بورصة الأوراق المالية الفرنسية

قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م

سعى المشرع الفرنسي وتحت تأثير المد الأمريكي المسيطر على قانون الشركات وقانون البورصات وما عرف بظاهرة الأمركة^(٢)، إلى إنشاء لجنة تسمى بلجنة عمليات البورصة (COB) وذلك بموجب المرسوم رقم ٨٣٣ - ٦٧ بتاريخ سبتمبر ١٩٦٧، واستوحاءً من القانون الأمريكي الذي أنشأ لجنة تسمى (S.E.C) Security and exchange commission وتباشر لجنة عمليات البورصة الرقابة الخارجية لسوق المال، وبخلاف الرقابة الداخلية التي تباشرها مجلس بورصات القيم consail des bourses (C.B.V) والذي عهد إليه بإدارة وتيسير العمليات

(١) د. صالح أحمد البربري، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٢) Lamondialisation n'est pas un phénomène qui ne concerne tout aut ant le droit... (١) de cette mondialisation juridique , se traduit pour L'essentiel par L'analyses une americanisation rampante du droit des sociétés et du droit boursier...".

Pierre-Henri Conac, La régulation des marchés boursiers par la commission des opérations de bourse (COB) et la securities and exchange commission (SEC),

La Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2002., , p.1.

الفورية، ومجلس الأسواق الآجلة C.M.T conseil du marché áterme المختص بالإشراف على الأسواق الآجلة^(١).

إلا أنه وبمصدر القانون الخاص بتحديث الأنشطة المالية رقم ٥٩٧ في ٢ يوليو ١٩٩٦ تم الدمج لكل من مجلس بورصات القيم (C.B.V)، ومجلس الأسواق الآجلة C.M.T^(٢)، تحت مجلس واحد يسمى بمجلس الأسواق المالية الفرنسي C.M.F يتولى الرقابة الداخلية^(٣).

وبذلك يكون هناك نوعين من الرقابة في فرنسا، الرقابة الداخلية وتباشرها مجلس الأسواق المالية C.M.F والرقابة الخارجية تباشرها لجنة عمليات البورصة C.O.B وهو ما يقتضي منا التعرض لهما في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول

لجنة عمليات البورصة (C.O.B)

أنشأت لجنة عمليات البورصة (C.O.B) بالقرار رقم ٨٣٣ بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧، وعلمنا أنها استوحيت من المشرع الأمريكي الذي أنشأ لجنة SEC عقب الأزمة الاقتصادية التي امتدت من عام ١٩٢٩ لسنة ١٩٣٤^(٤). وقد منحها المشرع الفرنسي العديد من الصلاحيات التي تجعل لها سلطة واسعة في مجال الرقابة على البورصة تمكنها من حماية الادخار العام وضمان حسن سير العمل في البورصة، كما تلعب دوراً هاماً في تنمية أنشطة البورصة والحد من المخاطر الناجمة عن استخدام الأدوات المالية الحديثة^(٥).

(١) د. سيد طه بدوي، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م، ص ٢٨٧.

(٢) ART 27, Loi no 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières J.O.R.F n°154 du 04-07-1996: "Il est institue une autorité professionnelle dénommée conseil des marché financiers deteé de la persomalite morale".

(٣) د. سمير محمد يحي الأحمري، المرجع السابق، ص ٣٣١.

(٤) Michel Vasseur, Droit des affaires, les cours de droit, Paris, 1987-1988. p.374.

وانظر كذلك: محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٥) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٨٣.

وهو ما سوف يتضح من التعرض لتشكيل اللجنة واختصاصاتها وطبيعتها القانونية في النقاط الآتية:

أولاً: تشكيل لجنة عمليات البورصة (C.O.B).

أنشئت اللجنة في البداية وبموجب الأمر رقم ٨٢٣ لسنة ٦٧ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ كهيئة عامة تستمد مواردها من ميزانية الدولة.

وتشكل اللجنة من رئيس يعين بقرار من مجلس الوزراء لمدة ٦ سنوات غير قابلة للتجديد، وتسعة أعضاء يعينون لمدة ٤ سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة وهم^(١):

- مستشار من مجلس الدولة يختاره نائب رئيس مجلس الدولة.

- مستشار من محكمة النقض يختاره رئيس محكمة النقض.

- مراقب من ديوان المحاسبات يختاره رئيس الديوان.

- عضو عن الجهاز القومي للمحاسبات يختاره رئيس الجهاز.

- عضو عن هيئة الأسواق المالية (A.M.F).

- ثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة يعينون عن طريق رئيس مجلس الشيوخ.

- ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس اللجنة الوطنية والاجتماعية^(٢).

يتم اختيارهم على أساس الكفاءة في الجوانب المالية والقانونية.

واستهدف المشرع الفرنسي إنشاء هذه اللجنة تحقيق أمن واستقرار السوق

وذلك من خلال إتاحة كافة المعلومات المتعلقة بأداء الشركات وموقفها المالي

للمدخرين والمتعاملين مع هذه الشركات وفق ما تنص عليه القوانين واللوائح^(٣).

وقد أوجب القانون على لجنة البورصة ضرورة نشر كافة اللوائح

والتعليمات والتوصيات التي تصدرها على الجمهور^(٤).

(١) Legall Jean-Pierre, Droit commercial, les regroupements commerciaux sociétés commerciales et bourse de valeurs Editions ,Daloz. 13eme édition, Paris 1992p.233.

(٢) ART2. Ordonnance no 67-833 du 28 septembre 1997 instituant une commission des operations bourse et relative á L information des porteurs de valeurs et á la publicité de certaines operations de bourse J.O.R.F du 29-9-1963 p.9589. "La commission est compesée d'un president et de Neuf membres".

(٣) د. صالح أحمد البربري، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٤) ذات المؤلف، ذات المرجع، ص ١٧٣.

كما يجب على الرئيس والأعضاء أن يخطرأ اللجنة بما لديهم من مصالح شخصية أو أي نشاط اقتصادي ومالي يمارسونه، وبما لديهم من تفويضات من أي شخص اعتباري آخر، ويخطر عليهم الاشتراك في مداولة يكون لهم فيها أي مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

ثانياً: الطبيعة القانونية للجنة عمليات البورصة C.O.B :

ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للجنة عمليات البورصة C.O.B وما إذا كانت تتمتع باستقلال إداري من عدمه، وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي للقول بأن لجنة عمليات البورصة تعد من قبيل الجهات الإدارية المستقلة نظراً لتمتعها بالحق في إصدار اللوائح وذلك بمقتضى القانون رقم ١٣٢١ لسنة ١٩٨٥ بتاريخ ١٤/١١/١٩٨٥^(١).

كما تملك كذلك سلطة توقيع الجزاءات الإدارية، وقد اتجه هذا الفقه للقول بأن المشرع قد منح هذه اللجنة الاستقلال الإداري كوسيلة منه لتقاضي البطء المعروف في النظام الإداري، وتلبية لاحتياجات جديدة لا تصلح لتلبيتها المرافق الإدارية التقليدية، على أن تلبية هذه الاحتياجات بشكل مناسب يتطلب أن تتمتع هذه المرافق الجديدة بقدر من الاستقلال والحرية والمرونة في أداء وظيفتها^(٢).

ولقد كان هذا الخلاف الفقهي تابعاً لخلاف آخر يتمثل في مدى دستورية منح هذه السلطات الإدارية المستقلة للجنة البورصة حق إصدار اللوائح أو بمعنى آخر مدى منح السلطة التنظيمية للسلطات الإدارية المستقلة، حيث ذهب الفريق الرافض لتمتع السلطات الإدارية المستقلة للسلطة التنظيمية للقول بتعارض ذلك مع أحكام المادة ٢١ من الدستور الفرنسي والتي تنص على أن " يدير الوزير الأول عمل الحكومة وهو المسؤول عن الدفاع الوطني، ويكفل تنفيذ القوانين مع مراعاة أحكام المادة ١٣، كما يمارس السلطة التنظيمية.."

(١) Pierre THOMASSEL, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, LGDJ, Paris, 2003, p.27.

(٢) د. اشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

- Zouaimia Rachid,, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Revue IDARA, No 26, 2003. , p.17.

وبذلك ووفقاً لرأي هذا الفريق الفقهي فإن السلطة التنظيمية تكون اختصاصاً حصرياً لرئيس الوزراء (الوزير الأول)، ومن ثم فلا يجوز منح هذه السلطة التنظيمية لسلطة ضبط النشاط الاقتصادي (لجنة عمليات البورصة)، والتي تخولها وضع القواعد القانونية العامة والمجردة^(١). هذا دون الإخلال بالسلطة المقررة لرئيس الدولة بالتوقيع على المراسيم والأوامر^(٢).

وعلى ذلك فإن هذا الفريق الفقهي يرى بأن الاعتراف للسلطات الاقتصادية بسلطة تنظيمية يؤدي إلى تفتيت الدولة وتجزئتها ويجرد الحكومة من جانب مهم من سلطاتها التنظيمية^(٣).

وتتميز اللوائح التي تصدرها لجنة البورصة C.O.B بالدقة والتخصص بخلاف تلك اللوائح التي تصدر من مجلس الأسواق المالية والتي تتسم بالعمومية، إذ تتعلق بالمبادئ العامة لعمل السوق^(٤).

في حين ذهب رأي آخر إلى عكس ذلك، إذ يرى هذا الفريق الفقهي أن لجنة عمليات البورصة C.O.B وإن تمتعت بالحرية في مباشرة وظائفها إلا أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها ذمة مالية مستقلة، كما تتولى الدولة سلطة تعيين

(١) Lefebvre Jasé: "Un pouvoir réglementaire à géométrie variable" in N. Decoopman, s/dir, Le désordre des autorités administratives indépendantes l'exemple du secteur économique et financier, PUF, Collection Cepriscan, Paris, 2002, p.97.

(٢) م ١٣ دستور فرنسي، سنة ١٩٥٨م.

- Michel Gentot, Les autorités administratives, Paris, édition Montchrestien, coll-clefs, 1991, p.75.

(٣) Zouaïmia Rachid Op. Cit., p. 105.

(٤) 2ART, 41 alinéa 1, ord no 67-833 du 28 septembre 1967: "Pour l'exécution de sa mission, la commission peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés places sous sons controle ou prescrivant des règles de partique professionnelle qui s'imposent aux personnes falsant publiquement appl á l'épargne ainst qu'aux personnes qui á ralson de leur activité professionnelle, interviennent dans des operations sur des titres places par appel public ál'édargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilliles de appel public ál'epargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de.....

رئيسها، وليس لها حق التداعي أمام القضاء، كل ذلك دفع هذا الفريق الفقهي إلى عدم الاعتراف لهذه اللجنة بالاستقلال^(١).

ونتيجة لهذا الخلاف الفقهي اضطر المجلس الدستوري الفرنسي للحكم بدستورية السلطة التنظيمية الممنوحة لمجلس بورصة القيم (C.B.V) وهو ذات الأمر بالنسبة للجنة عمليات البورصة (C.O.B)^(٢).

حيث أجاب المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الأسواق المالية بمقتضى قراره رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٨٩ أنه بالنسبة للسلطة التنظيمية التي يتمتع بها مجلس بورصة القيم في مجال العرض العلني للشراء أو المقايضة بدستورية هذا التفويض^(٣).

وذاً الأمر ينطبق على لجنة عمليات البورصة (C.O.B)، فعلى الرغم من أن المادة ٢١ من الدستور الفرنسي تخول رئيس الوزراء واستثناءً رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية، إلا أن المجلس الدستوري قرر أنه لا مانع من منح هذه السلطة إلى السلطات الإدارية المستقلة بشرط أن يتم ذلك بموجب القانون وفي إطار تفويض محدد مسبقاً سواء من حيث النطاق أو من حيث المضمون^(٤).

وبذلك يكون القضاء الدستوري قد وضع شرطين أساسيين للاعتراف بدستوري السلطة التنظيمية للسلطات الإدارية المستقلة وهما، أن تكون هذه السلطة محدودة في مجال تطبيقها، وأن تكون كذلك هذه السلطة خاضعة للقوانين واللوائح^(٥).

(١) د. سيد طه بدوي، المرجع السابق، ص ٣٢١؛ د. صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص ١٧١ وما بعدها.

- Thierry Bonneau, France Drummond, Droit des marchés financiers, 2eme Edition, Economica, Paris, 2005. , p.253.

(٢) Pierre THOMASSEL, op. cit., p.27.

(٣) "Cette décision est certes intervenue á propos des pouvoirs accordés á un organisme professionnel , mais il s'agit de l'application de sa jurisprudence antérieure relative á l'actroi du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes...".

Pierre THOMASSEL, , op. cit., p.27.,

وانظر في تفصيل الشروط اللازمة لاعتبار السلطة التنظيمية التي تمارسها الهيئات الإدارية المستقلة مشروعة دستورياً د. محمد محمد عبداللطيف، المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها.

(٤) Zouaimia Rachid, op. cit., p.116.

(٥) د. محمد محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٨٠.

وبذلك فإنه، وبهذا الحكم القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي وغيره من الأحكام القضائية اللاحقة عليه تم الاعتراف بالسلطة التنظيمية للجنة تنظيم البورصة باعتبارها سلطة إدارية مستقلة، إلا أن ما يجب التأكيد عليه هو أن الاعتراف بالسلطة التنظيمية لسلطة ضبط النشاط الاقتصادي من قبل المجلس الدستوري الفرنسي تعد سلطة محدودة في نطاق ضيق يؤكد ذلك ما أثبتته الواقع العملي في فرنسا من وجود العديد من السلطات الإدارية المستقلة التي لا تتمتع بالسلطة التنظيمية، بل إن هذه السلطات الإدارية تدخل في مجالها التقني والضروري، كما هو الحال في لجنة عمليات البورصة C.O.B تجنباً للتعارض مع المبادئ الدستورية خاصة المادة ٢١ من الدستور الفرنسي^(١).

وإننا نميل إلى ما ذهب إليه أغلبية الفقه المصري والفرنسي في الاعتراف للجنة عمليات البورصة بالسلطة الإدارية المستقلة ولا ينال من ذلك تعيين رئيس الوزراء لرئيس لجنة عمليات البورصة. فعلى الرغم من ذلك فإن رئيس لجنة البورصة يعد مستقلاً في مواجهة رئيس الوزراء نظراً لأن مدة رئاسته للجنة إنما تكون لمدة ستة سنوات فقط غير قابلة للتجديد وهو ما يجعله مستقلاً عن رئيس مجلس الوزراء فلا يملك توجيه أوامر أو تعليمات له^(٢).

ومما يؤكد استقلالية هذه اللجنة هو عدم خضوعها للسلطة الرئاسية ولا لنظام الوصاية الإدارية المعروف في مجال القانون العام.

إلا أن استقلال لجنة عمليات البورصة لا يعني أنها تعمل بمعزل عن السلطة التنفيذية بل أن الهيئات الإدارية المستقلة تعد جزءاً من الجهاز الإداري للدولة كل ما هناك أنها لا تخضع - وكما ذكرنا - للرقابة الرئاسية أو الوصاية، كما لا تتلقى أوامر أو تعليمات من جهة أخرى، فضلاً عن أن السلطة التنفيذية غالباً لا تتمتع بحرية عزل أعضائها^(٣).

(١) G. Uedon Marie-José, Les Autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 1991. , p.99

(٢) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٣) د. وليد محمد الشناري، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، سنة

٢٠٠٨م، ص ٢٠٦.

كما أنه ومن نافذة القول، أن هذا الاستقلال ليس مطلقاً وإنما هو استقلال نسبي، إذ لا يصح عقلاً و لا منطقاً الإقرار بوجود هيئات خارج النظام القانوني للدولة، لهذا فإن هذه الهيئات إنما تعد مستقلة فقط في مواجهة السلطة التنفيذية دون أن تكون بمنأى عن رقابة القضاء أو الرقابة البرلمانية دون أن يمس ذلك باستقلال هذه الهيئات.

ثالثاً: اختصاصات لجنة عمليات البورصة الفرنسية COB:

عندما أنشأ المشرع الفرنسي لجنة عمليات البورصة إنما كان يسعى من وراء ذلك إلى تحقيق أمرين، أولهما: حماية الادخار المستثمر في بورصة الأوراق المالية بمراقبة نشاط الهيئات التي تطرح أوراقها في اكتتاب عام وخاصة مراقبة المعلومات التي تقدمها تلك الهيئات لجمهور المستثمرين، وثانيهما ضمان حسن سير العمل بالبورصة و ضمان حسن تشغيلها^(١).

ولتحقيق هذين الهدفين زود المشرع لجنة عمليات البورصة بالعديد من الصلاحيات والسلطات للقيام بوظائفها التي أنشئت من أجلها^(٢).

ولقد تنوعت هذه الصلاحيات والسلطات بشكل كبير بين صلاحيات تنظيمية تملك من خلالها اللجنة وضع اللوائح المتعلقة بأداء الأسواق التي تشرف عليها، وكذلك توقيع الجزاءات على المخالفين بعد القيام بالتحقيق معهم، هذا فضلاً عن حقها في القيام بالعديد من الإجراءات التحفظية.

بالإضافة إلى قيام اللجنة بالإشراف على عمليات البورصة المختلفة، وهذا ما سوف نتعرض له تفصيلاً على النحو التالي:

أولاً: توفير الإفصاح والشفافية.

يشكل مبدأ الإفصاح أهمية كبيرة بالنسبة للمتعاملين مع أسواق المال سواء كانوا مقيدين بالبورصة أو مساهمين محتملين كون أن المعلومات المفصح عنها

(١) د. غزال منتسل الوسي، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ١٨٠.

تعطي رؤية واضحة وحقيقية عن طبيعة المركز المالي للجهة المصدرة لذا تعمل لجنة عمليات البورصة على توفير المعلومات الشفافة والكاملة في البورصة^(١).

وتحقيقاً لسوق مال منظم وفاعل، وتمكيناً للمستثمر من اتخاذ قرارات واعية وصائبة تتكفل لجنة تنظيم عمليات البورصة بالتأكد من قيام الشركات بنشر المعلومات والبيانات المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالإضافة إلى التأكد من صحتها^(٢).

ولها في سبيل ذلك التنبيه على الشركات مصدرة الأوراق المالية بضرورة الوفاء بواجب الإفصاح واتخاذ الإجراءات القانونية في مواجهتها حال تخلفها عن هذا الواجب^(٣).

وفي حال قيام إحدى الشركات مصدرة الأوراق المالية بنشر معلومات أو بيانات غير صحيحة فللجنة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإلزام الشركة المعلنه بإعادة النشر بنفسها للبيانات والمعلومات الصحيحة كإجراء تصحيحي للبيانات الخاطئة التي تم نشرها مسبقاً، وقد يتخذ هذا النشر صورة بيان جديد يحتوي على البيانات والمعلومات التي لم تفصح عنها الشركة، كما تملك اللجنة حق تعليق عمليات التداول على الورقة المالية التي تصدرها الشركة حتى يتم نشر البيانات المالية التي تتطلبها اللجنة^(٤).

كما يكون للجنة الحق في أن تطلب كافة الإيضاحات والمبررات فيما يتعلق بوضع الشركة ونشاطها، فإذا لم تستجيب الشركة لذلك فللجنة أن ترفض قيد الشركة في البورصة، أو تقرر شطبها^(٥).

كما يكون للجنة في حال عدم التزام الشركة بتعليماتها أن تخطر السلطة القضائية المختصة بذلك^(٦).

(١) د. عبدالغفار حنفي، رسمية قرياقص، أسواق المال، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٠، ص ٢٨٧.

(٢) سمير محمد يحيى الأحرامي، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٣) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٤) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٥) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٦١ وما بعدها.

(٦) د. صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص ١٧٨.

وتنقسم رقابة اللجنة على عمليات الإفصاح والشفافية إلى نوعين من الرقابة أحدهما تزاوله اللجنة قبل عملية الإفصاح، والثانية تزاوله اللجنة بعد عملية الإفصاح للجمهور.

أ - الرقابة السابقة على عملية الإفصاح.

تتحصل هذه الرقابة في قيام لجنة عمليات البورصة بالرقابية والإشراف على عمليات إصدار الأوراق المالية بكافة أنواعها من أسهم وسندات ووثائق استثمار. حيث أوجبت المادة ٦ من قانون ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ على كل شركة تطرح أوراق مالية للاكتتاب العام أن تقوم بتقديم نشرة للاكتتاب على اللجنة لاعتمادها قبل طرح هذه الأوراق فعلاً علي الجمهور.

ويوفر هذا الإجراء واعتماد اللجنة النشرة ضمان لكافة المستثمرين بأن البيانات الواردة بها سليمة بعد مراجعة اللجنة والتحقق من صحتها^(١).

ب - الرقابة اللاحقة:

يجب على الشركات المقيدة بالبورصة والتي تكون أسهمها محل تداول أن تقوم بنشر قوائمها المالية وميزانيتها السنوية وهو ما يسمى بالإفصاح الدوري، حيث يقع على اللجنة التأكد من التزام الشركات بالإفصاح الدوري عن المعلومات وكذلك التأكد من جدية هذه المعلومات، سواء أكانت المعلومات التي تسبق اجتماع الجمعية العمومية، أو التي تنشر خلال الـ ٤٥ يوماً التالية لاجتماع الجمعية، أو المعلومات الدورية كل ثلاث أشهر^(٢).

ثانياً: الإشراف والرقابة على عمليات التداول.

تتولى لجنة عمليات البورصة الإشراف على عمليات التداول لضمان حسن سير العمل بالبورصة من خلال القيام بالرقابة الفعلية على عمليات التداول من خلال مراقبة حركة الأسعار والحيلولة دون إتمامه عن طريق التلاعب والغش بما يضمن

(١) د. أشرف أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٢) صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص ١٨١.

حسن أداء البورصة، كما يكون لها حق الاعتراض على قبول قيد الأوراق المالية وشطبها بالإضافة إلى تأجيل تحديد الأسعار^(١).

ويسمي البعض هذا النوع من الرقابة على عمليات التداول بالرقابة الميسرة، نظراً لأنها رقابة إلكترونية تعتمد على استخدام أجهزة الحاسب الآلي، كما أنها - وكما يرى البعض - تعد نوعاً من الرقابة القانونية والفنية في آن واحد يتطلب في القائم عليها إدراكاً حقيقياً بالأوضاع الاقتصادية الدولية والمحلية لحظة إجراءه لهذا النوع من الرقابة^(٢).

ثالثاً: الصلاحيات التنظيمية للجنة عمليات البورصة.

تباشر لجنة عمليات البورصة العديد من الصلاحيات التنظيمية التي منحه إياها المشرع الفرنسي، ومن هذه الصلاحيات:

أ - إصدار اللوائح .

منح المشرع الفرنسي للجنة عمليات البورصة سلطة إصدار اللوائح المتعلقة بأداء الأسواق الواقعة تحت إشرافها، كما أجاز للجنة كذلك إمكانية وضع القواعد المهنية التي تطبق على الأشخاص الذين يمارسون عمليات الاكتتاب العام للادخار، وكذلك الأشخاص الذين يتدخلون بحكم مهنتهم في تلك العمليات أو الذين يقومون بإدارة محافظ الأوراق المالية بصفة فردية أو جماعية^(٣).

ب - سلطة التحقيق:

تملك لجنة تنظيم عمليات البورصة سلطة التحقيق وذلك بعد إجراء عمليات البحث والاستدلال والمراجعة فإذا ما تكشف لها بعد ذلك وجود مخالفات تشرع اللجنة في إجراء تحقيق رسمي بناء على ما توصلت إليه من معلومات أثناء مرحلة البحث والمراجعة، وتستمع فيه للأقوال، وتطلع على المستندات، وقد تنتهي اللجنة بعد ذلك إلى إصدار قرار بتوقيع جزاء على المخالفين^(٤).

(١) سمير محمد يحي الأحرابي، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٢) أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٣) أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٤) صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص ٤٠٤ وما بعدها.

وتتمثل هذه الجزاءات في غرامات مالية توقع على المخالفين نظير ما ارتكبه من مخالفات على أن تقوم بتسبيب ما تصدره من قرارات. كما يكون للجنة عند الاقتضاء الحق في أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية أن يتخذ إجراءات تحفظية ضد الأشخاص الذين تلاحقهم، ولرئيس المحكمة أن يتخذ الإجراء المناسب وفقاً للطلب المقدم من اللجنة سواء بالحجز على الأموال والأوراق والمستندات الخاصة بالأشخاص ذوي العلاقة، أو أن يصدر أمراً بمنع مزاوله النشاط أو أن يأمر بدفع كفالة محددة^(١).

الفرع الثاني

مجلس الأسواق المالية C.M.F

أنشأ المشرع الفرنسي مجلس الأسواق المالية C.M.F. بموجب القانون رقم ٥٩٧ لسنة ١٩٩٦ الخاص بتحديث الأسواق المالية لتحل محل لجنة البورصة والأوراق المالية (CBV)، ولجنة الأسواق الآجلة (C.M.T) والتي كانتا تتكفلان بممارسة الرقابة على الشركات، إذ كانتا تتأكدان إن كانت هذه الجهات تتقيدان بالأحكام التشريعية والتنظيمية، كما كان لهما حق شطب الشركات التي تخل بالنظام العام المطبق على السوق المدرجة فيها هذه القيم، فضلاً عن ذلك منحهما المشرع سلطة إصدار النظام العام الذي يحكم السوق الذي ينظمه.

وبعد إصدار قانون تحديث الأنشطة المالية رقم ٥٩٧ لسنة ١٩٩٦^(٢).

أراد المشرع من خلال إنشاء مجلس الأسواق المالية C.M.F توحيد جهات الرقابة والإشراف على سوق الأوراق المالية سعياً نحو تنظيم السوق عن طريق وجود مجلس موحد للأسواق المالية، وذلك من خلال توحيد الجهات المكلفة بضبط السوق^(٣).

(١) أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٦٢

(٢) ART. 27 Loi no96-597 du 2 juillet 1996 modernisation des activités financières
J.O.R.F. no 154 du 04-07-1996: "Il est institué une autorité professionnelle dénommée conseil des marchés financiers dotée de la personnalité morale".

(٣) Constantin S. Delicostopoulos, L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire, LGDJ, Paris, 2002 , p.151.

ويعتبر المجلس سلطة رقابية مهنية يتمتع بالشخصية الاعتبارية^(١)، وعلى الرغم من أنه يتمتع أيضاً بسلطة إدارية مستقلة مثل لجنة تنظيم عمليات البورصة COB إلا أنه ومع ذلك وعلى ما ذهب إليه البعض يعد من أشخاص القانون الخاص^(٢).

تشكيل مجلس الأسواق المالية:

يتكون مجلس الأسواق المالية من ١٦ عضواً يتم تعيينهم بموجب قرار من وزير المالية والاقتصاد لمدة ٤ سنوات.

يعين (١٤) منهم بالتشاور مع المؤسسات المهنية والنقابات المختلفة الممثلة لها، والعضوان الأخران يتم اختيارها من الشخصيات ذوي الخبرة الفنية في المجال المالي، وستة من وسطاء السوق، وواحد يمثل أسواق السلع^(٣). ويكون من بين الأعضاء الستة عشر المعينين أيضاً ثلاثة أعضاء يمثلون الشركات المدرجة أسهمه في بورصة الأوراق المالية، ويقوم المجلس بانتخاب الرئيس من بينهم بأغلبية الثلثين ، كما يتأسس رئيس الهيئة مجموعات تأديبة تتألف من ٦ أعضاء ، كما يحضر مندوب الحكومة والذي يراقب السوق من خلال حضوره جلسات مجلس البورصات^(٤).

(١) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢) د. محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٣) ART 27 al 2, Loi no 96-597 du 2 juillet 1996 de modernization des activités financières: "Le conseil comprend seize membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, pour une durée de quatre ans. Quatorze membres sont nommés après consultation des organisations professionnelles ou syndicales représentatives:

- Six représentent intermédiaires de marché, dont deux au moins les entreprises d'investissement.
- Trois représentent les investisseurs dont un les gestionnaires pour compte de tiers..
- Un représente les salariés des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement, les salariés des entreprises de marché et ceux des chambres de compensation.
- Deux membres sont choisis parmi des personnalités qualifiées en matière financière".

(٤) Michel VASSEUR, Op.Cit P.375

صلاحيات مجلس الأسواق المالية (C.M.F):

- على الرغم من أن CMF لا تتمتع بصلاحيات السلطة العامة، كونها - كما ذكرنا - سلطة إشراف مهنية تخضع لأحكام القانون الخاص، إلا أن طبيعة عملها الإشراف على أسواق المال يجعلها صاحبة الوصاية على تلك الأسواق.
- وتنظم اللائحة العامة للمجلس والتي يتم التصديق عليها من قبل وزير المالية والاقتصاد بعد أخذ رأي لجنة عمليات البورصة والبنك المركزي المسائل الآتية:
- قواعد السلوك التي يلتزم بها العاملون في خدمات الاستثمار، والشركات العامة بالأسواق، وغرف المقاصة.
 - تنظيم عمليات الاكتتاب التي ترد على الأوراق المالية المتداولة بالأسواق.
 - شروط اعتماد قواعد غرف المقاصة.
 - شروط تسليم البطاقات المهنية، وشروط سحبها^(١).

المطلب الثاني

الرقابة على بورصة الأوراق المالية

بعد صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م

أصدر المشرع الفرنسي التقنين النقدي والمالي رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ في الأول من أغسطس سنة ٢٠٠٣، والذي أحدث تغييراً جذرياً في القوانين المنظمة للجهات المشرفة على سوق المال^(٢). حيث أراد المشرع الفرنسي متبعاً في ذلك نهج العديد من الدول الأوروبية التقليل من الهيئات أو الجهات الرقابية على البورصة المالية وذلك بهدف توحيد هذه الجهات^(٣).

وبمقتضى هذا القانون تم الدمج بين كل من لجنة عمليات البورصة (C.O.B)، ومجلس الأسواق المالية (C.M.F)، والمجلس التأديبي للتنظيم المالي في

(١) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٨٨؛ د. محمد حلمي عبدالنواب، المرجع السابق، ص ٤٠١.
(٢) Join Tricou, La loi de modernisation des activités financières Banque no. 574, oct. 1996, , p.57.

JP. Valet, Droit, Op.Cit p.92..

(٣) د. نسرین فرحان، المرجع السابق، ص ٦٥.

هيئة واحدة أطلق عليها مسمى "هيئة الأسواق المالية AMF Autorité marches financiers"^(١).

ومن ثم فقد حلت هيئة الأسواق المالية محل لجنة عمليات البورصة ، ومجلس الأسواق المالية ، وأحيل إليها كل ما كان يحال إليهما قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣^(٢).

وتطبيقاً لأحكام القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم ١١٠٩ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٢١ نوفمبر ٢٠٠٣^(٣).

كذلك فقد تم دمج اللائحة العامة لكل من لجنة عمليات البورصة ومجلس الأسواق المالية لتصبح لائحة واحدة وهي اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية AMF^(٤).

وبناء على ما سبق فإننا سوف نلقي الضوء على هيئة الأسواق المالية A.M.F باعتبارها الجهة الوحيدة الآن في فرنسا بالرقابة المختصة على البورصة الفرنسية، فنحدث عن تشكيلها وصلاحياتها، وطبيعتها القانونية، كل في فرع مستقل، على النحو التالي:

الفرع الأول

تشكيل هيئة الأسواق المالية A.M.F

تشكل هيئة الأسواق المالية الفرنسية A.M.F وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ من المجمع le collège ، ولجنة الجزاءات La

(١) ART 2, Loi no 2003-07-06 du 1 Aout 2003, JORF 2 Aout 2003, modifie par l'article L.621-1, code monétaire et financier: "L'autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers, Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international".

(٢) ART 46 Loi no 2003-706 du 1 Aout 2003 de sécurité financière.

(٣) Décret no 2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'autorité de marchés financiers.

(٤) د. غزال منتشل العوسي، المرجع السابق، ص ٨٩.

des commission des sanction
commission spécialisées et des commission consultatives.

أولاً: المجمع Collège .

ويسمى كذلك السلطة الإدارية العليا أو مجلس إدارة الهيئة، وهو الجهاز الرئيسي الذي توكل إليه اختصاصات وسلطات هيئة الأسواق المالية كأصل عام ما لم ينص على خلاف ذلك (١).

ويتكون المجمع من ١٦ عضواً على النحو التالي:

- الرئيس ويتم تعيينه بقرار من رئيس الجمهورية وهو رئيس مجلس إدارة الهيئة ولمدة ٥ سنوات غير قابلة للتجديد.
- مستشار من مجلس الدولة يعين عن طريق نائب رئيس مجلس الدولة.
- مستشار من محكمة النقض يعين عن طريق رئيس محكمة النقض.
- مستشار من محكمة المحاسبات يعين عن طريق رئيس المحكمة.
- رئيس المجلس القومي للمحاسبة،
- ثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة في المجالات القانونية والمالية خاصة في مجال تداول الأوراق المالية . يتم تعيينهم من قبل رئيس مجلس الشيوخ، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي....
- نائب محافظ البنك المركزي يعينه المحافظ.
- ستة أعضاء من ذوي الخبرة يمثلون الشركات مصدرة الأوراق المالية والشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، يصدر بتعيينهم قرار من وزير الاقتصاد بعد أخذ رأي الشركات التي يمثلونها.
- ممثل عن العاملين حملة الأسهم يصدر بتعيينهم قرار من وزير الاقتصاد بعد أخذ رأي نقابات العمال والجمعيات التمثيلية.
- ويعين الأعضاء السابقون - فيما عدا الرئيس - لمدة خمس سنوات تجدد لمدة واحدة باستثناء عضو البنك المركزي، ورئيس المجلس القومي للمحاسبة، كما

(١) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٩٠.

يتم تجديد نصفي للمجلس عند منتصف الفترة. ويظل الأعضاء في مناصبهم حتى الاجتماع الأول للمجمع في تشكيله الجديد^(١).

وفي حال خلو مقعد أحد الأعضاء يقرر الرئيس استبداله بعضو آخر للمدة المتبقية، ولا يؤخذ في حساب مدة الولاية المدة الأقل من سنتين. ويتولى رئيس المجتمع (رئيس هيئة الأسواق المالية) تمثيلها أمام القضاء، كما يكون له سلطة القيام باختصاصات مجلس الإدارة التي توكل إليه من قبل المجمع^(٢).

ويصدر المجمع قراراته بأغلبية الأصوات، وفي حال التعادل يرجع الجانب الذي منه الرئيس^(٣).

ويختص المجمع باتخاذ القرارات الآتية:

- ١- إقرار ميزانية الهيئة.
- ٢- وضع القواعد واللوائح الخاصة بتنظيم عمل الموظفين والعاملين داخل الهيئة.
- ٣- وضع اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية.
- ٤- يتكفل المجمع بوقف أنشطة الشركات المخالفة للقواعد والأحكام القانونية والتنظيمية، كما يتكفل بالبدء في التحقيقات في حال وجود مخالفات، ثم تتكفل لجنة الجزاءات بتكملة التحقيق.

ثانياً: لجنة الجزاءات.

تشكل لجنة الجزاءات وفقاً لأحكام القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ من ١٢ عضواً ليس من بينهم أحد أعضاء المجمع، وهم^(٤):

- ١- اثنان من مستشاري مجلس الدولة يتم تعيينهم عن طريق نائب رئيس المجلس.

(١) ART. L. 621-2II-code monétaire et financier.

(٢) ART. L. 621-2-II code monétaire et financier.

(٣) ART. L.621-3-2, code monétaire et financier.

(٤) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٩٢.

٢- اثنان من مستشاري محكمة النقض يتم تعيينهم عن طريق رئيس محكمة النقض.

٣- ستة أعضاء يعينون من أصحاب الخبرة والكفاءة في الجوانب المالية والقانونية يمثلون الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، يتم تعيينهم بقرار من وزير الاقتصاد والمالية.

٤- عضوان يمثلان العاملين بالشركات أو المؤسسات الاستثمارية أو شركات إدارة الاستثمار الجماعي، أو شركات السوق، أو مكاتب (غرف) المقاصة أو مديري نظم التسوية، والإيداع المركزي بقرار من وزير الاقتصاد بعد التشاور مع النقابات التمثيلية^(١).

ويتم اختيار رئيس اللجنة من بين المستشارين الأربعة المشار إليهم في البندين الأول والثاني، بالانتخاب من قبل باقي الأعضاء، وتكون مدة العضوية باللجنة خمس سنوات تجدد لمدة واحدة أخرى، كما يتم التجديد النصف للعضوية عند منتصف المدة أي عند ثلاثين شهراً، وعند انتهاء مدة العضوية يظل أعضاء لجنة الجزاءات في مناصبهم حتى الاجتماع الأول للجنة الجزاءات في تشكيلها الجديد. وفي حال خلو مقعد أحد الأعضاء يعين بديلاً عنه للمدة المتبقية مع مراعاة القواعد الخاصة بالفئات السابقة^(٢).

ويجوز للجنة الجزاءات أن تشكل لجان خاصة من ٦ أعضاء برئاسة أحد المستشارين الأربعة المشار إليهم في البندين الأول والثاني.

وتختص لجنة الجزاءات باعتبارها إحدى لجان هيئة الأسواق المالية AMF بتوقيع العقوبات على المخالفين وفقاً للعقوبات الواردة بالمادة L.621-15 من التقنين النقدي والمالي المعدلة بالمرسوم رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١٤ في ٢٠ فبراير ٢٠١٤، المعدلة كذلك بالمرسوم رقم ١١٠٧ لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٧ وهي الغرامة المالية التي تطبق على كل من الأشخاص المعنية والأشخاص الطبيعية، إلا أنه يجوز للجنة وعند الاقتضاء أن تقرر وقف نشاط الأشخاص المذكورين بنص

(١) A.RT. L.621-2-IV-4, code monétaire et financier.

(٢) ART. L.621-2-IV, code monétaire et financier.

الفقرتين أ، ب من المادة الثانية من القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ وبشكل مؤقت إلى حين توقيع العقوبة المناسبة^(١).

كما يسمح التقنين النقدي والمالي بموجب المادة 15- L.621 للجنة الجزاءات بتوقيع عقوبات على المهنيين وعلى غير المهنيين، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وسع في نطاق العقوبات التأديبية التي خص بها لجنة الجزاءات ولم يحصرها في الوسطاء فقط.

كما وسع المشرع الفرنسي في نطاق سلطات لجنة الجزاءات فأجاز لها توقيع عقوبات إدارية على أي شخص ارتكب ممارسة تضر بالبورصة الفرنسية من خلال التلاعب في الأسعار أو نشر معلومات كاذبة سواء أكان هذا الشخص على الأرض الفرنسية أو خارجها.

ثالثاً: اللجان المتخصصة والاستشارية *Les commissions specializes*

تعد هذه اللجان لجان استشارية تقدم العون والمشورة عند الحاجة ويترأسها رئيس المجمع، ولا يكون لها رأي ملزم^(٢).

وتشكل هذه اللجان من رئيس وخمسة أعضاء، تجتمع بدعوة من رئيس هيئة الأسواق المالية AMF، أو بموجب طلب مقدم من نصف أعضائها على الأقل، ويترأس اللجنة في حال غياب الرئيس أحد أعضائها بتفويض الرئيس، ولا تتعقد اللجنة إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل ويحضر مندوب الحكومة اجتماعاتها.

كما يجوز للمجمع كذلك تشكل لجان استشارية *Les commissions consultatitons* تتولى إعداد التقارير عن الموضوعات المتعلقة بتقييم السوق، ومن أمثلة هذه اللجان : لجنة تنظيم وظائف السوق، ولجنة أنشطة المقاصة والحفظ والإدارات المعنية بتنظيم قواعد الإيداع والقيود المركزي، ولجنة أنشطة الإدارة المالية، ولجنة العمليات والمعلومات المصدرة، ولجنة الادخار ومساهمي الأقلية^(٣).

(١) ART. L.621-15 code monétaire et financier.

(٢) د. غزال منتسل العوس، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٣) انظر في تفصيل ذلك د. هيثم عبدالستار توفيق، النظام القانوني لشركات الإيداع والقيود المركزي في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، سنة ٢٠٠٣، ص ٣٩١ ومابعدها.

الفرع الثاني

اختصاصات هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF

ودورها في الرقابة على البورصة الفرنسية

تعد هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF سلطة عامة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية وفقاً لنص المادة الأول من قانون النقد والمال^(١).

وبذلك يكون المشرع الفرنسي وبمقتضى هذا النص قد قطع بطبيعة هيئة الأسواق المالية وذلك باعتبارها هيئة عامة مستقلة كأحد أشخاص القانون العام تتولى إدارة وتنظيم مرفق عام إداري وهو السوق المالي الفرنسي. ويترتب على الاعتراف بالشخصية المعنية لهيئة الأسواق المالية تمتعها بالاستقلال المالي بذمة مالية مستقلة^(٢).

كما يكون لها أيضاً أهلية قانونية مستقلة، إذ تكون أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، كما يكون لها حق التقاضي ويمثلها أمام جهات القضاء سواء أكانت مدعية أو مدعى عليها رئيس هيئة الأسواق المالية^(٣).

وتتولى الهيئة الرقابة على جميع المعاملات التي تقع في سوق المال وكذلك على نشاط الشركات والمؤسسات العاملة في مجال الأوراق المالية والعمل على حسن سير العمل في البورصة، وحماية جميع المتعاملين، سواء في الأسواق المنظمة أو غير المنظمة، وسواء في العمليات الحاضرة أم الآجلة^(٤).

كما تهدف الهيئة إلى حماية الادخار والاستثمار في الأدوات المالية والأصول الثابتة وكل الإصدارات في الاكتتاب العام، وتقديم المعلومات للمستثمرين وحسن أداء الأسواق^(٥).

كما تتولى الهيئة الإشراف ومراعاة احترام التزامات كل من مقدمي خدمات الاستثمار والأشخاص المرخص لهم بممارسة نشاط حفظ وإدارة الأدوات المالية^(١).

(١) ART. L.621-1, code monétaire et financier.

(٢) ART. (L.621-5-2) code monétaire et financier

(٣) ART, L. 621-2, code monétaire et financier (modifié par loi no 2017-55 du 20 janvier 2017.

(٤) د. هيثم عبدالستار، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(٥) ART. L. 621-1, code monétaire et financier.

كما تختص الهيئة كذلك بالرقابة والإشراف على المعلومات والبيانات التي تلتزم الشركات المقيدة في البورصة بالإفصاح عنها قانوناً، وأخيراً يكون للهيئة حق إجراء التحقيقات وتوقيع الجزاءات على المخالفين وسوف نتناول كل ما سبق علي النحو التالي:

أولاً: اختصاص هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF بالرقابة والإشراف على البيانات والمعلومات التي يتعين الإفصاح عنها.

تختص هيئة الأسواق المالية بإعداد اللائحة العامة لها والتي تنظم كافة جوانب العمل في الأسواق المالية والتي من خلالها تستطيع تنظيم عمليات التدخل، حيث تتولى جميع المعاملات في سوق المال على نشاط الشركات والمؤسسات العاملة في مجال الأوراق المالية.

كما تختص الهيئة بالإشراف على المعلومات التي تنشرها هذه الشركات، مما يؤدي إلى التحقق من مبدأ الشفافية والإفصاح اللازمين لضمان تحقيق الاستقرار الفعلي لعمليات التداول في البورصة^(٢). حيث يلتزم كل من له صكوك مصدرة للتداول في البورصة بمد الجمهور بالمعلومات اللازمة وفق نص المادة-L.225 من كود التجارة الفرنسي^(٣).

وهو كذلك ما نظمته اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية AMF لكشف عمليات إفشاء المعلومات السرية من جانب العاملين ببواطن الأمور، أو نشر معلومات غير صحيحة وغير صادقة أو التلاعب بالأسعار^(٤)، قد تؤثر بشكل أو بآخر على عمليات البورصة.

(١) ART. L. 621-9 code monétaire et financier (Modifié par ordonnance no 2017-1107 du 22 juin 2017.

(٢) د. هيثم عبدالستار، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

(٣) د. طاهر شوقي مؤمن، الإفصاح والشفافية في السوق المالية المصرية والكويتية والفرنسية، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، العدد (٧)، الجزء الأول، مايو ٢٠١٦، ص ٤٢٦.

(٤) ART. L.622-1 Du Reglement generaloe (AMF).

والعالمون ببواطن الأمور هم تلك الفئة من العاملين والمديرين الذين نتاح لهم المعلومات بشكل مباشر وهم من يطلق عليهم العاملون ببواطن الأمور الأوائل الداخليين^(١).

ويتعين على المتعاملين بالبورصة الفرنسية ضرورة الإفصاح الكافي في سوق الأوراق المالية^(٢).

والإفصاح الكافي هو ذلك الذي تلتزم فيه الشركات المقيدة بالبورصة بحسن تنفيذ هذا الإفصاح، بأن تكون المعلومات المفصح عنها صحيحة ومحددة وصادقة وموضوعية بمعنى أن تكون المعلومات متعلقة بنشاط الشركة كما يجب أن تكون هذه المعلومات على قدر من الدقة بحيث تكون خالية من الأخطاء، مما يؤدي إلى تحقيق الثقة بالسوق^(٣).

وفي هذا الإطار تلتزم الشركات التي ترغب في القيد في البورصة بنشر تقريرها المالي السنوي والنصف سنوي وتتولى الهيئة الإشراف على صحة هذه المعلومات التي تنشرها الشركات.

كما تتولى الهيئة نعت انتباه الشركات المتقاعسة عن الإفصاح على المعلومات، كما تخضع جميع المعلومات والمستندات المتعلقة بالإفصاح لموافقة الهيئة التي تحدد البيانات الواجب تعديلها أو المعلومات التكميلية الواجب الإفصاح عنها^(٤).

ثانياً: الرقابة على عمليات التداول في البورصة.

فضلاً عن قيام الهيئة بالرقابة على البيانات والمعلومات التي يتم الإفصاح عنها من قبل الشركات المقيدة بالبورصة فإنها تتولى كذلك القيام بعملية الإشراف

(١) د. طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

(٢) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق ص ١٦٠ وما بعدها.

(٣) Albert SALGUEIRO, Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, Thèse Université Clermont 1, Le 13 Septembre 2004. , p 145, J. Huet, Les socret commercial et la Transparence de l'information, petite affiches 15 février, 1988 no 20, p 11- érome

(٤) ART. L.221-4- Du règlement general (AMF).

على عمليات التداول داخل البورصة للتأكد من خلو هذه العمليات من الغش أو التدليس أو مخالفة القوانين واللوائح المنظمة لعمل البورصة^(١).

وتنظم اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية عمليات الإشراف اليومي على عمليات التداول، حيث نظمت اللائحة قواعد منع التلاعب بالأسعار أو القيام بأي تصرفات تخالف أحكام القواعد المنظمة للسوق أو إطلاق شائعات من شأنها التأثير على الأسعار.

ومن ناحية أخرى حظرت اللائحة الإفشاء بالمعلومات المميزة غير المتاحة للكافة والتي حصل عليها حائزوها بحكم وظائفهم وهي تلك المعلومات التي ترتبط بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمصدري الأوراق المالية أو الأوراق المالية نفسها والتي يكون لها أي تأثير على الأسعار^(٢).

والمعلومات المميزة وفقاً لأحكام اللائحة العامة لـ AMF تتصف بأنها معلومات محددة وسرية ومؤثرة في أسعار الأوراق المالية، أما إذا افتقدت المعلومات أي من هذه الخصائص فلا تعد معلومات مميزة ولا يعد الإفشاء بها جريمة^(٣).

ثالثاً: الاختصاص بإبداء الرأي.

أجاز المشرع في لائحة الهيئة العامة للرقابة المالية AMF للعاملين بالهيئة حق التقدم بطلب تفسير أو طلب الحصول على رأي أو فتوى من الهيئة بشأن عملية محددة^(٤). ويقدم الطلب قبل إجراء العملية بوقت كاف، وعلى الهيئة الرد على طلب الرأي خلال مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وللهيئة أن تطلب من

(١) د. غزال منتصل العوسي، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٢) د. طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص ٤٣١.

(٣) د. صالح البريري، المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

عرف المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المعلومات المميزة بمصطلح المعلومات الداخلية وفرق بينه وبين المعلومات الجهرية، فالمعلومات الجهرية هي المعلومات التي يكون لها تأثير ملموس على سعر الورقة المالية المطروحة أو القابلة للتداول، أو تأثير على القرارات الاستشارية للمتعاملين عليها، أو تأثير على اتجاهات التعامل في السوق، أما المعلومات الداخلية فهي أي من المعلومات الجهرية التي لم يتم إعلانها لجمهور المتعاملين وتكون مرتبطة بأعمال شركة من شركات التداول أو أي من الأطراف أو الكيانات المرتبطة بها.

انظر: المادة ٣١٩ / ب، ج من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٤) ART, L. 121-3, Du. Reglement generale, de (AMF).

مقدم الطلب تقديم أي معلومات أو بيانات إضافية ولا يسري موعد الثلاثين يوماً إلا بعد تاريخ استيفاء جميع هذه المعلومات المطلوبة^(١). وللهيئة رفض الطلب إذا ما تبين لها أن تقديم الطلب يفتقد لحسن النية^(٢). ويقدم الطلب المذكور من الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة ٦٢١-٧ من القانون النقدي والمالي، وهم الشركات العاملة في مجال الاكتتاب العام، ومقدمي خدمات الاستثمار وغرف المقاصة، وشركات السوق^(٣).

ويجب أن يتعلق طلب الرأي أو التفسير بعملية محددة، وعلى الهيئة المحافظة على سرية الطلب، ويجب أن يحدد كذلك أسماء أصحاب العملية المراد أخذ الرأي بشأنها ومكان تنفيذها وكافة البيانات الأخرى التي تطلبها الهيئة من مقدم الطلب^(٤).

ولعل هذا الاختصاص للهيئة يمثل - وكما ذهب إلى ذلك البعض - نوعاً من الرقابة الوقائية على البورصة، ويوجب منح الهيئة هذا الاختصاص توجيه العاملين في السوق إلى الإجراءات أو القواعد القانونية التي تحكم العملية المزمع إجراؤها مما يحول دون ارتكاب أي مخالفات خلال تنفيذها وهو أمر يشيع قدر من الطمأنينة في نفوس العاملين بالسوق، وهو أيضاً ما يكشف على دور آخر للهيئة يتمثل في قيامها بنوع من التعاون مع هذه المؤسسات والعاملين في السوق وليس فقط القيام بضبط المخالفات ومحاسبة مرتكبيها أو تقديمهم للعدالة^(٥).

كما أن قيام الهيئة بمباشرة الاختصاص بإبداء الرأي أو التفسير يعمل على ضبط سير العمل في السوق، فليس كل العاملين في مجال الأوراق المالية على علم بكافة القواعد واللوائح المنظمة للسوق، كما أن احتواء مجلس إدارة الهيئة (المجمع) على رجال قانون وعلى أعضاء السلطات والتنظيمات المتخصصة إلى جانب ذوي

(١) ART. L.122-2, Du reglement general de (AMF).

(٢) ART. L.122-1 Du reglement general, de (AMF).

(٣) ART. L.121-1, Du reglement general, de (AMF).

(٤) د. هيثم عبدالستار، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

(٥) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

الخبرة في مجال الأوراق المالية ما يسمح لهم بمباشرة الاختصاص بإبداء الرأي والمشورة^(١).

الفرع الثالث

صلاحيات هيئة الأسواق المالية

AMF

رأينا فيما سبق أن هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF تباشر العديد من الاختصاصات في مجال سوق الأوراق المالية، سواء تمثل ذلك في قيامها بواجب الإشراف والرقابة على البيانات والمعلومات التي يلزم الإفصاح عنها والتي تستطيع من خلالها تنظيم عمليات التداول، أو دورها أثناء عمليات التداول المختلفة التي تتم بالبورصة أو حتى اختصاصها بإبداء الرأي والمشورة.

غير أن الهيئة لن تتمكن من مباشرة كل هذه الصلاحيات، إلا إذا تمتعت بسلطات محددة تمكنها من أداء دورها على النحو المطلوب، وهذا هو ما سوف نعرض له على النحو التالي:

أولاً: السلطة التنظيمية واللاحية للهيئة AMF.

سبق لنا الحديث عن تمتع لجنة عمليات البورصة COB بسلطة تنظيمية وهو ما أثار جدلاً فقهيًا ودستوريًا انتهى بإصدار المجلس الدستوري الفرنسي حكماً يقضي بدستورية منح الـ COB سلطة تنظيمية^(٢).

(١) د. هيثم عبدالستار، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

(٢) أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرار رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٨٩ بشأن المهام التنظيمية التي يتمتع بها مجلس بورصة القيم Conseil des bourses de valeurs CBV في مجال العرض العلني للشراء أو المقايضة بدستورية هذا التفويض شأنه شأن القرارات السابقة للمجلس وهو ما يعني الحكم بدستورية السلطة التنظيمية لمجلس بورصة القيم وهو ما ينسحب كذلك على السلطة التنظيمية المقررة للجنة البورصة ومن بعدها هيئة الأسواق المالية AMF راجع في ذلك:

- Thomasset Pierre Sylvie, L'autorité de la regulation boursiere face aux garanties processuelles fondamentale, Edtion LG.D.J, Paris, 2003, p27
- Berger Jean Louis, Peu réglementation de compétence normative, Revue de droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, No. 16 spécial 2001 , p.2378.

هذا، وقد أبقى التقنين النقدي والمالي رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ لهيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF ذات الاختصاصات اللائحة التي كانت تتمتع بها كل من مجلس الأسواق المالية، ولجنة عمليات البورصة^(١).

حيث أوجب المادة الثانية من القانون على هيئة الأسواق المالية AMF ضرورة وضع لائحة عامة لتسهيل القيام بمسئوليتها، وتنفيذاً لذلك صدرت اللائحة العامة بموجب قرار وزير الاقتصاد في ١٢/١١/٢٠٠٤، وبموجب هذه اللائحة تم إلغاء لائحة مجلس الأسواق المالية ولائحة مجلس عمليات البورصة^(٢).

وبالنظر إلى نصوص اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية نجد أنها عملت على دمج وتجميع لكافة الأحكام والقواعد التي وردت باللائحة العامة لمجلس الأسواق المالية واللوائح العامة التنظيمية للجنة عمليات البورصة في لائحة واحدة، فضلاً على احتوائها بعض الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م.

وقد صدرت اللائحة بناء على نص المادة ٦٢١-٦ من القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ والتي تقضي بأن تصدر اللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية وتنتشر بالجريدة الرسمية بعد تصديق الوزير المسئول من الشؤون الاقتصادية (وزير الاقتصاد)^(٣).

وطبقاً لما ورد باللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF يكون للهيئة سلطة إصدار القرارات المنظمة للعمل في الأسواق الخاضعة لرقابتها، وقواعد السلوك المهني الواجب اتباعها^(٤).

وبموجب هذه اللائحة تتولى الهيئة العمليات المالية للشركات المطلوبة بالبورصة وحصيلة الادخار الجماعي وتنظيم أداء مشروعات الأسواق، وعمليات تداول الأوراق المالية، وقواعد السلوك الخاصة بالتزامات المهنيين المسموح لهم

(١) د. محمد تنوير محمد الرفاعي، دور الهيئة العامة لسوق المال في حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ٢٠٠٦، ص ٤٧٧.

(٢) د. هيثم عبدالستار، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٣) ART L.621-6, de code monetaire et financier.

(٤) د. ماهر مصطفى محمود إمام، النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، سنة ٢٠٠٨، ص ٣٢٥.

بممارسة خدمات الاستثمار، وشروط ممارسة نشاط إدارة الأوراق المالية، وقواعد حسن السير والسلوك والالتزامات المهنية الأخرى التي ينبغي احترامها في جميع الأوقات من قبل الأشخاص المنصوص عليهم في البند الثاني من المادة 9-621 L. من التقنين النقدي والمالي (١). وكذلك القواعد والشروط الخاصة بعضوية غرف المقاصة، والشروط التي بموجبها يمكن لمجلس إدارة الهيئة إصدار بطاقات مهنية أو سحبها من الأشخاص الطبيعيين ومن المهنيين الذين يعملون لحساب مقدمي خدمات الاستثمار أو شركات السوق أو أعضاء الأسواق المنظمة وغرف المقاصة وغير ذلك من الأمور المختلفة التي نصت عليها المادة 7-621 L. من التقنين النقدي المالي (٢). وتقوم هيئة الأسواق المالية عند منحها لتراخيص إنشاء أو مزاولة النشاط لصناديق الاستثمار وشركات الاستثمار بالتحقق من المعلومات المالية الواردة في نشرة الاكتتاب المصدرة بمعرفة تلك الشركات ومدى كفايتها لإعطاء المستثمر صورة واضحة عن كل ورقة مالية أو وثيقة قبل الاستثمار فيها (٣).

ثانياً: سلطة هيئة الأسواق المالية في التفتيش والتحقيق.

لقيام هيئة الأسواق المالية بالدور المنوط بها وتحقيق أهدافها تتولى القيام بعمليات التفتيش على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية والخاضعة لرقابتها (٤)، وهي الشركات التي تقدم خدمات الاستثمار للذين يمارسون عملهم في فرنسا والأشخاص المرخص لهم بممارسة أنشطة حفظ وإدارة الأدوات المالية بما فيها أمناء الحفظ لهيئات الاستثمار الجماعي في الأدوات المالية وغيرهم (٥).

ويتخذ قرار التفتيش على جهة معينة من خلال ما قد يظهر من ملاحظات بناء على أعمال الإشراف والمتابعة التي تقوم بها الهيئة على الشركات الخاضعة لرقابتها أو بناء على شكوى مقدمة إلى الهيئة، أو بناء على طلب مقدم لهيئة من

(١) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) ART. L. 621-7 du code monétaire et financier français.

(٣) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٤) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٥) ART. L.621-9 du code monétaire et financier français.

إحدى السلطات المختصة كمحافظ البنك، أو رئيس هيئة البنوك أو رئيس هيئة الرقابة على التأمين^(١).

ويتولى التفتيش على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وفقاً للقواعد الواردة باللائحة أحد العاملين بالهيئة يتم انتدابهم لهذا الغرض، ويجوز لرئيس الهيئة انتداب أشخاص من الخارج مديرو الحسابات وخبراء قضائيين^(٢). ويستطيع المفتش في سبيل أداء وظيفته الاطلاع على كافة المستندات والأوراق التي قيد في عملية التفتيش، كما وعليه الاطلاع على كافة المستندات المتعلقة بأعمال الشركات التي يتم التفتيش عليها حتى لو كانت طرف جهة أخرى بالحصول على نسخة منها، كما يستطيع ضبط أي مستندات تكون تحت يد الجهة الخاضعة للتفتيش وتكون لها أهمية بعملية التفتيش وذلك بعد استصدار إذن من المحكمة المختصة بناء على طلب^(٣).

ويتولى المفتشون - بعد الانتهاء من التفتيش والاطلاع على المستندات المختلفة - كتابة تقريرهم ويعرض على مجلس الإدارة (المجمع) الذي يقوم بإخطار المخالف بالمخالفات التي انتهى التقرير إليها، ثم يحيل بعد ذلك التقرير والمستندات الخاصة به إلى لجنة الجزاءات لتوقيع الجزاء المناسب على المخالف، ولمجلس الإدارة (المجمع) إذا ما أرتأى أن استمرار المخالف في مزاولته نشاطه يشكل خطورة على سوق الأوراق المالية أو المتعاملين فيه أن يصدر قراراً بوقف أعمال المخالف إلى حين انتهاء لجنة الجزاءات من عملها^(٤).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن عمليات التفتيش والتحقيق سواء تمت من موظفي الهيئة أو من الأشخاص الخارجيين الذين ينتدبون لهذا الغرض تتميز بالطابع السري

(١) ART. L. 621-15 du code monétaire et financier français.

(٢) Anne-Dominique Merville, Droit des marchés financiers , Gualino Editeur, Paris, 2006., p.61

(٣) د. محمد تنوير محمد الرفاعي، المرجع السابق ، ص٤٨٤. وانظر كذلك

- Anne TEISSIER, Les secrets professionnels de banquier, Tome 1, edition P.U.A.M., 1999.

- Gérome Lasserr Capdevill, Le secret bancaire étude de droit comparé (France Suisse, Luxembourg) Tome 1, PUAM, 2002.

(٤) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص١٧٧.

لتحقيق هدفين يتعلق الأول منهما بسهولة الوصول إلى المخالفة المرتكبة إن وجدت ويتعلق الثاني في أن إفشاء المعلومات المتعلقة بالتفتيش أو التحقيق قد يسئ إلى الشركة التي يتم التفتيش أو التحقيق معها، مما قد يزعزع مركزها المالي داخل السوق قبل أن يكون هناك دليل نهائي حول وجود مخالفات لها، ولهذا لا يتم الإفصاح عن عمليات التفتيش أو التحقيق^(١).

وإذا ما اتضح من أعمال التفتيش أن هناك جرائم جنائية يحيل الأمر إلى النيابة العامة^(٢).

كذلك يجوز للهيئة إحالة ملف التفتيش برمته إلى جهة تنظيمية أخرى بخلاف لجنة الجزاءات أو النيابة العامة في حال توافر الشبهات الجنائية، إذ يجوز لها إحالة ملف التفتيش إلى هيئة البنوك أو هيئة سوق المال الأجنبية^(٣).

ثالثاً: سلطة توقيع الجزاءات.

ذكرنا سابقاً أن لجنة الجزاءات بهيئة الأسواق المالية هي اللجنة المختصة بتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادة 15-621.L من قانون النقدي والمالي، وهي إذ تباشر هذه الاختصاصات إنما تباشرها استناداً لأحكام القانون واللائحة العامة لهيئة الأسواق المالية أو للتعليمات التي قد تصدر من الهيئة لضبط السوق، وتتوسع هذه الجزاءات التي يمكن توقيعها من قبل لجنة الجزاءات وتختلف باختلاف مرتكبي المخالفة، وإذا ما كان أحد الشركات أو الأشخاص أو المؤسسات العاملة في مجال الأوراق المالية، حيث تطبق عليهم جزاءات محددة ومرتجة من الإنذار ثم اللوم ثم الحرمان الجزئي أو الكلي من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة أو دائمة أو حتى الغرامة التي قد تصل إلى ١.٥ مليون يورو أو عشرة أضعاف الأرباح غير القانونية التي حققتها الشركة أو المؤسسة المخالفة.

(١) Pierre Lambert, Secret professionnel, Bruylant, Bruxelles, 2005,p6
www.daldewolf.com/documents.

(٢) OHLI Daniel, Droit des societees, Op.Cit..., p.89

(٣) د. محمد تنوير محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

- ART. 14-3 du La loi no 2003-706 du leraout 2003 de sécurité financière.

كما يخضع جميع المتعاملين بالسوق لنوع آخر من الجزاءات الإدارية تتمثل في الغرامة المالية التي لا تزيد عن ١.٥ مليون يورو أو عشر أضعاف الأرباح غير القانونية التي يحتمل الحصول عليها جراء التصرف غير القانوني المنسوب إليهم^(١).

الفصل الثاني

تسوية منازعات سوق الأوراق المالية

بعد أن فرغنا من الحديث عن الرقابة على سوق الأوراق المالية حيث تناولنا بالتفصيل الوضع في مصر وفي فرنسا و انتهينا إلى إمكانية توقيع بعض الجزاءات الإدارية في مجال سوق الأوراق المالية سواء تلك الجزاءات التي تملكها الهيئة العامة لسوق المال أو البورصة المصرية أو كانت هذه الجزاءات توقع في فرنسا من هيئة الأسواق المالية الفرنسية الـ AMF ، إلا أن هذه الجزاءات الإدارية المختلفة يتعين لتوقيعها إجراء تحقيق من الجهات المختصة سواء في مصر أو في فرنسا يسبقها بالطبع إمكانية القيام ببعض الإجراءات، كالإطلاع على البيانات والسجلات والدفاتر، فضلاً عن الاستماع لأقوال المؤسسات والجهات محل التحقيق وكذلك إمكانية القيام بإجراءات التفتيش المختلفة.

إلا أن الجزاءات الإدارية التي توقع في مجال سوق الأوراق المالية سواء في مصر أو فرنسا ليست عقوبات أو جزاءات نهائية أو مؤبدة، وإنما هي جزاءات يمكن التظلم منها أمام جهات محددة، وبذلك ينتهي النزاع بين الشركات والهيئات الخاضعة للرقابة وبين الجهات الإدارية المعنية بالقيام بهذه الرقابة سواء في مصر أو فرنسا.

فإذا لم يأت التظلم بنتيجة مرضية للشركات والهيئات الخاضعة لرقابة الهيئة العامة للرقابة المالية يمكن بعدها اللجوء إلى التحكيم كآلية أخرى لحسم هذه المنازعات، وأخيراً فإن اللجوء للقضاء يظل هو الطريق الاعتيادي لحسم هذه المنازعات المختلفة.

(١) د. غزال منتسل العوسي، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

وهدياً لما سبق، فإننا نقسم دراستنا في هذا الفصل لمباحث ثلاث على النحو

التالي:

المبحث الأول: التظلم الإداري كوسيلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية.

المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة بديلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية.

المبحث الثالث: تسوية منازعات سوق الأوراق المالية قضاءً.

المبحث الأول

التظلم الإداري كوسيلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية

يقصد بالتظلم بصفة عامة " ذلك الطلب الذي يقدم من صاحب الشأن للجهة الإدارية مصدرة القرار أو للجهة الرئاسية لها طالبا فيه إعادة النظر في القرار محل التظلم ، حيث أنه غير مرغوب فيه ، ويطلب منها تعديله أو إلغائه (١) وعرفه البعض الآخر بأنه شكوى أو التماس يتقدم به صاحب الشأن إما إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار ، وهنا يطلق عليه تظلماً ولائياً *recours gracieux* ، وإما إلى السلطة الرئاسية لتلك الجهة ولذا يطلق عليه تظلماً رئاسياً *recours* " (٢) *hierarchique* "

وفي تعريف آخر ذهب البعض إلى تعريف التظلم بأنه (توجه الفرد إلى الإدارة العامة نفسها سواء إلى مصدر القرار نفسه أم إلى رئيس مصدر القرار أو إلى لجنة مكونة لهذاه الغاية لمخاصمة مشروعية القرار الإداري الصادر ومطالبتها بإزالة عدم المشروعية التي شابت قرارها وإصدار قرار جديد أكثر استجابة وتحقيقاً لمصالحه) (٣)

والتظلم الإداري في مجال سوق الأوراق المالية يمكننا تعريفه بأنه وسيلة الاعتراض على القرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو من الهيئة تطبيقاً لقانون سوق رأس المال واللائحة التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً لهما .

(١) د / رأفت فوده ، النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨م ، ص ١٨٦ .

(١) د / رمضان محمد بطيخ ، القضاء الإداري ١٩٩٨م ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص ٤٢١

(٢) د. محسن خليل ، قضاء الألغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٩ ، ص ٢٣٤ .

ويقدم التظلم إلى لجنة التظلمات المشكلة بمقتضى المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال وفي مواعيد محدد، ويترتب عليه آثاراً معينة علي النحو الوارد تفصيلاً في المطالب الآتية :

المطلب الأول: تشكيل لجنة التظلمات واختصاصاتها وطبيعتها.

المطلب الثاني: مواعيد وإجراءات نظر التظلم.

المطلب الثالث: أثر التظلم.

المطلب الأول

تشكيل لجنة التظلمات واختصاصاتها

نظم قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ التظلم في القرارات الإدارية التي قد تصدر من الوزير المختص أو من الهيئة العامة للرقابة المالية أو حتى من إدارة البورصة، وقد استوجب قانون سوق رأس المال ضرورة تقديم التظلم ضد هذه القرارات الإدارية أولاً قبل ولوج طريق القضاء، بالنص على أنه "لا تقبل الدعوى بطلب إلغاء تلك القرارات قبل التظلم منها"^(١).

هذا وقد نصت المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال على تشكيل لجنة التظلمات، وهو ما سوف نتناوله في الفرع الأول، فإذا ما فرغنا من ذلك تناولنا اختصاصات هذه اللجنة في الفرع الثاني، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تشكيل لجنة التظلمات

تشكل لجنة التظلمات وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٥ من:

- أحد نواب رئيس مجلس الدولة رئيساً
- اثنان من مستشاري مجلس الدولة يختارهم المجلس أعضاء
- أحد شاغلي وظائف مستوى الإدارة العليا بالهيئة يختاره رئيسها عضواً

(١) م ٣/٥١ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٥م؛ راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٨٢٨٢ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١١، غير منشور.

- أخذ ذوي الخبرة يختاره الوزير

عضواً

ويتم تشكيل اللجنة بقرار من الوزير، ويكون للجنة مقررأ يرشحه مكتب التظلمات بالهيئة ويعتمد ترشيحه رئيس الهيئة^(١).

ويلاحظ أن هذا التشكيل، وكما يبدو، يغلب عليه الطابع القضائي حيث يمثل العنصر القضائي ثلاثة أعضاء من خمسة أعضاء، منهم الرئيس، إلا أنه ومع ذلك لم يخلو هذا التشكيل من النقد نظراً لاحتوائه على عنصرين أو عضوين ينتميان إلى الجهة الإدارية المطعون على قراراتها أصلاً، بما قد يؤثر على قراراتها وحيدتهما عند إصدار اللجنة لقراراتها خاصة وأنهما يمثلان الجانب الفني الذي يعلمانه أكثر من باقي أعضاء اللجنة مما قد يكون مبرراً للتأثير على قرارات اللجنة حتى لو كانا لا يملكان الأغلبية التي تمكنهما من إصدار القرار، هذا فضلاً عن انحيازهما للجهات التي ينتميان إليها - سواء أكان الوزير أو الهيئة - في القرار المتظلم منه^(٢).

وقد ذهب البعض إلى أنه كان من المناسب أن يتم الاكتفاء بعضو واحد، يمثل الجهة الإدارية، إما الوزير أو الهيئة وذلك ليتمكن من أن يشرح للجنة الأسباب التي دعت إلى إصدار القرار، فإذا كان التظلم في قرار صادرأ من الوزير فلا داعي لوجود ممثلاً عن الهيئة، أما إذا كان القرار صادرأ من الهيئة فلا يكون هناك داعي لوجود الخبير الذي يعينه الوزير، أي أنه يكفي أن تضم اللجنة في عضويتها أحدهما فقط على أن يكون العضو الآخر ممثلاً للمتظلم تحقيقاً لتوازن المصالح داخل اللجنة وحتى يعرض كل عضو منهما رأيه على باقي أعضاء اللجنة لتصدر قرارها المناسب^(٣).

وعلى الرغم من صحة الحجج والانتقادات الموجهة تشكيل لجنة التظلمات فإن مما يخفف من حدة هذه الانتقادات من وجهة نظرنا هو غلبة العنصر القضائي

(١) انظر في ذلك: الدليل الإرشادي في شأن التظلم من القرارات الإدارية الصادرة من الوزير أو الهيئة العامة للرقابة المالية، منشور بموقع الهيئة العامة للرقابة المالية على الموقع الإلكتروني:

www.fra.gov.eg

(٢) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٣) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١١٥.

على تشكيل اللجنة، وهو ما أكدت عليه أحكام القضاء الإداري في غير موضع، ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بالقول إن: "المشرع أضاف على التظلم من تلك القرارات أهمية خاصة حين جعل تقديم التظلم للجنة الغلبة في تشكيلها لرجال القضاء من مستشاري مجلس الدولة، بما يكفل أن يتم نظر التظلمات التي تقدم للجنة والفصل فيها بنزاهة كاملة وحياد مطلق، وأن يجري تطبيق أحكام القانون على تلك التظلمات من قبل من لهم دراية وخبرة في هذا المجال"^(١).

هذا وقد ذهب البعض إلى القول بأن هذه اللجنة تصدر قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفيما يتعلق بنصاب انعقاد اللجنة، فقد ذهب البعض للقول بأن اللجنة لا يشترط لصحة انعقادها حضور جميع أعضائها ويكتفى بحضور أغلبية الأعضاء فقط^(٢). وذلك اعتماداً على المادة رقم (٩) من القرار (٩٧) لسنة ٢٠٠٦ والخاص بإجراءات نظر التظلمات، حيث أفصحت هذه المادة أن قرارات اللجنة تصدر بأغلبية الحاضرين وهو ما يفصح على أنه يمكن حضور كل أو أغلب أعضاء اللجنة دون أن يترتب على ذلك بطلان قراراتها بشأن التظلم^(٣).

هذا وقد خالف فريق آخر هذا الرأي على سند من القول بأنه يشترط لصحة انعقاد اللجنة حضوره جميع أعضائها وليس أغلبهم فقط، إذ القول بغير ذلك ليس إلا مجرد رأي للهيئة ليس ملزماً وليس هناك ثمة ما يسانده من نصوص القانون^(٤). وبالنظر إلى الاتجاهين السابقين نرى أن قرار لجنة التظلمات بشأن نظر التظلم في حال غياب بعض الأعضاء وإن اتصف بأنه قرار نهائي ونافذ وأنه شرط لازم لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري أمام محاكم القضاء الإداري المختصة ويترتب على عدم تقديمه الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم سابقة التظلم أمام الجهة

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٣٠٧١ لسنة ٩٥ق، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٦، غير منشور.

(٢) انظر في ذلك: د. أشرف أحمد عبدالمنعم، رسالته، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٣) راجع في ذلك: قرار الهيئة العامة لسوق المال رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٦. منشور على موقع الهيئة الإلكتروني:

www.fra.gov.eg.

(٤) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١١٥.

الإدارية التي حددها القانون^(١). إلا أن صحة أو عدم صحة انعقاد اللجنة لن يؤثر في صحة أو عدم صحة القرار المطعون فيه أمام القضاء بالإلغاء. وإن كنت أميل إلى القول بصحة انعقاد اللجنة بحضور أغلب أعضائها لعدة مبررات:

أولها: أن نصوص القانون واللائحة التنفيذية لم تقطع باتجاه محدد في هذا الأمر وإنما جاءت عبارتهما فضفاضة دون تحديد، فالمادتين ٥٠، ٥١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ اكتفت بإيراد القواعد العامة وأحال للائحة التنفيذية المسائل الإجرائية، كما أن نصوص اللائحة خاصة المواد من (٢٠٥ إلى المادة ٢٠٩) لم تتعرض لنصاب الانعقاد.

ثانياً: إن قرار الهيئة العامة لسوق المال رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٦ سواء المادة ٩ منه أو البند الثالث عشر قد قضت بصحة انعقاد اللجنة حال حضور أغلبية أعضائها. ثالثاً: إن قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية إنما يتعلقان بالأوراق المالية والبورصة وهو مجال يغلب عليه السرعة والمرونة، ومن ثم إذا ما اشترطنا حضور جميع أعضاء لجنة التظلمات في جميع التظلمات التي ترفع إلى اللجنة لأستحال تطبيق هذا الأمر من الناحية العملية ولأصبحت اللجنة معوقاً في حسم منازعات سوق المال بدلاً من أن تكون سبباً لإنهاء مثل هذه المنازعات إدارياً وقبل ولوج طريق القضاء أو التحكيم وانتفت الحكمة التشريعية من إنشائها.

ولعل هذا ما قضت به صراحة محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها بالقول أنه "لا ينال من سلامة القرار المطعون فيه ما أثارته الشركة المدعية من أن عدم حضور أحد أعضاء لجنة التظلمات جلسة فحص التظلم المقدم من الشركة يبطل الاجتماع وما أسفر من إجراء، بحسبان أن القرار المطعون فيه هو قرار مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال وأن عرضه على لجنة التظلمات هو مرحلة من مراحل فحص مدى مشروعيته، ثم يصير الاحتكام إلى القضاء في النهاية الذي يتولى

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٢٨٩٥٢ لسنة ٦٦ قضائية، بتاريخ ٢٠١٦/٤/٢٦.

مراقبة مشروعية القرار المطعون فيه وتحديد مدى اتفائه مع صحيح حكم القانون، وأن غياب أحد أعضاء لجنة التظلمات عن حضور اجتماعات اللجنة لا يؤدي بذاته إلى بطلان القرار، طالما أن المرجع في النهاية هو الاحتكام لحكم القضاء الذي يحسم النزاع^(١).

ووفقاً لحكم اللائحة التنفيذية للقانون ينشأ بالهيئة مكاتب للتظلمات تزود بعدد من الموظفين بالهيئة يتولون تلقي التظلمات وقيدها بالسجلات، ومنح المتظلم ما يفيد ذلك^(٢).

الفرع الثاني

اختصاص لجنة التظلمات

تختص لجنة التظلمات وفقاً لنص المادة ٥١ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بنظر التظلمات التي يقدمها أصحاب الشأن في القرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو الهيئة طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

وبذلك يكون المشرع وفقاً لنص المادة ٥١ سالفة الذكر قد حددت القرارات التي توجب التظلم منها أمام لجنة التظلمات على سبيل الحصر، وهي القرارات الإدارية الصادرة من الوزير والقرارات الإدارية الصادرة من الهيئة العامة للرقابة المالية سواء تلك القرارات الإدارية الصادرة من رئيس الهيئة أو من مجلس إدارتها دون ما عداها من قرارات.

وقد ثار خلاف فقهي حول إمكانية التظلم من القرارات الإدارية الصادرة من إدارة البورصة المصرية ممثلة في رئيسها، حيث ذهب فريق فقهي إلى جواز التظلم من هذه القرارات المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م^(٣)، كالقرار الصادر بوقف التعامل على ورقة معينة أو إلغاء بعض العمليات والصفقات التي تبدو مخالفة للقانون.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٧١٢ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٤، غير منشور.

(٢) م ٢٠٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) تنص المادة ٢١ على أنه "يجوز قرار من رئيس البورصة وقف عروض طلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب في الأسعار، ويكون له إلغاء العمليات لاتي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها

إذ ليست ثمة تفرقة بين قرارات رئيس البورصة وقرارات رئيس الهيئة ودليل ذلك أن المادة ٢١ أوردت القول بعد أن عدت سلطات رئيس البورصة سواء بوقف التعامل أو إلغاء الصفقات بأنه يجوز لرئيس الهيئة أن يتخذ في الوقت المناسب أياً من الإجراءات السابقة.

وبذلك يكون كل من قرارات رئيس البورصة ورئيس الهيئة يتعلقان بموضوع واحد هو ضبط التعامل في الأوراق المالية وكل منهما يصدر طبقاً لأحكام قانون واحد^(١).

في حين ذهب اتجاه آخر. للقول بأن المادة ٥١ من قانون سوق رأس المال قد حصرت القرارات التي يجوز التظلم منها أمام لجنة التظلمات بتلك التي تصدر من الوزير أو رئيس الهيئة دون سواها ومن ثم يخرج عن اختصاص اللجنة القرارات الإدارية الصادرة من رئيس البورصة، وتخضع هذه القرارات ووفقاً للقواعد العامة لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها^(٢).
رأينا في الموضوع:

نرى من جانبنا ترجيح الرأي الأول والقاتل بإمكانية التظلم من القرارات الإدارية الصادرة من رئيس البورصة استناداً لنص المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال وذلك لأن موضوع هذه القرارات واحد سواء صدرت هذه القرارات من رئيس البورصة أو من رئيس الهيئة، فكلاهما يولدان مركزاً قانونياً واحداً بالنسبة للشخص المتظلم ولا أتصور إمكانية اختلاف الحكم لصدوره من رئيس البورصة عما إذا كان قد صدر من رئيس الهيئة مثلاً.

والتي تتم بسعر لا مبرر له، كما يجوز له وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيه..".

(١) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٢) د. نسرین فرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٥٢ وما بعدها.

ومما يدعم وجهة نظرنا هو البحث عن الحكمة من إنشاء هذه اللجان، إذ يتضح بكل بساطة أن الهدف من إنشائها إنما يتمثل في فض المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية في مجال سوق المال^(١).

ولعل هذا هو ما أفصحت عنه المحكمة الدستورية العليا في أحدي أحكامها بالقول أن "مفاد هذا النص - يقصد نص المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال - أن المشرع قد منح رئيس البورصة ورئيس الهيئة العامة لسوق المال بعض السلطات المتعلقة بتنظيم التعامل في سوق الأوراق المالية ومن بينها إلغاء عمليات تداول الأوراق المالية التي تبرم بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، وكذلك وقف التعامل على الأوراق المالية الذي يكون من شأنه الإضرار بسوق الأوراق المالية أو المتعاملين، وقد جاء تقرير هذا الاختصاص لهما في إطار المهمة التي أوكلها المشرع إلى الهيئة العامة لسوق المال، باعتبارها الجهة الإدارية المنوط بها مهمة تطبيق أحكام هذا القانون.....، أن ما يصدر عن رئيس البورصة أو رئيس الهيئة العامة لسوق المال ... طبقاً لنص المادة (٢١) سالف الذكر يعد من قبيل القرارات الإدارية التي نظم القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ولائحته التنفيذية.. قواعد وإجراءات التنظيم الإداري منها، وجعلت التظلم من هذه القرارات أمام اللجنة المختصة وجوبياً وشرطاً لقبول دعوى الإلغاء التي تقام أمام القضاء طعناً عليها"^(٢).

وقد يثور التساؤل في ظل النص الحالي والاختلاف الفقهي والقضائي حول هذا الأمر فيما لو صدر قرار رئيس البورصة ورئيس الهيئة في ذات الوقت بوقف أو إلغاء بعض الصفقات، فهل يستوجب الأمر التظلم من هذه القرارات وجوبياً أمام لجنة التظلمات باعتبارها صادرة من رئيس الهيئة أم لا يشترط ذلك باعتبارها صادرة أيضاً من رئيس البورصة وقرر صاحب الشأن عدم ولوج طريقة التظلم

(١) انظر في ذلك: دليل إجراءات التظلم، الهيئة العامة لسوق المال، أغسطس ٢٠٠٦، ص ١، ٢.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٩ لسنة ٢٩ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٣، مكتب فني ١٢، رقم الجزء (١٢)، ص ١٥٧٣.

خاصة أن التظلم في الأساس يعد استثناءً من الأصل وليس قاعدة وذهب مباشرة لطريقة الطعن القضائي بالإلغاء.

أجابت على هذا التساؤل محكمة القضاء الإداري بالقول أنه "إن المشرع في قانون سوق رأس المال قد أخذ بنظام التظلم الوجوبي بالنسبة للقرارات التي يصدرها الوزير المختص أو الهيئة، ووفقاً لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، وبالتالي فإن تطبيق هذا الحكم وإعمال أثره القانوني مرهون بأن تكون السلطة المختصة قانوناً بإصدار القرار هي الهيئة أو الوزير المختص دون أية جهة أخرى، فإذا التزم المشرع لأحداث المركز القانوني الذي يفصح عنه القرار الإداري مشاركة جهة أخرى للهيئة أو الوزير المشار إليهما، فإن الحظر الشكلي بعدم قبول الدعوى الذي قرره المادة ٥١ سالفه البيان يزول حكمه ولا يعمل أثره .

وقد عالت المحكمة قضائها بأن "القول بغير ذلك يؤدي إلى تبعض الخصومة الواحدة وتناقض الحكم الصادر فيها، وهو أمر لا تقبله العدالة، فضلاً عن أن التظلم أمام القضاء استثناء، وأن الاستثناء مقيد بأحكامه التي لا يجوز التوسع في تفسيرها.." (١).

وبعيداً عن هذا الجدل الفقهي والقضائي حول القرارات التي يتعين التظلم منها أمام لجنة التظلمات فإن المستقر عليه هو أن التظلم يكون وجوباً في القرارات الإدارية الصادرة من الوزير أو من الهيئة العامة للرقابة المالية.

هذا وتتعدد هذه القرارات وتتنوع على النحو التالي:

أولاً : القرارات الإدارية الصادرة من الهيئة العامة للرقابة المالية طبقاً لنص المادتين (٣٠، ٣١) من قانون سوق رأس المال.

حيث نصت المادة ٣٠ على جواز وقف نشاط الشركة إذا خالفت أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له أو إذا فقدت أي شرط من شروط الترخيص.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٣٥٥/١٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/١٠، دائرة منازعات الاستثمار، غير منشور، مشار إليه لدى د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٢١.

وهذا هو ما أفصحت عنه محكمة القضاء الإداري في غير موضع، ومن ذلك ما ذهبت إليه في إحدى أحكامها الحديثة بالقول: "إن المادة ٣٠ من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ أجازت لرئيس الهيئة العامة للرقابة المالية وقت نشاط أي من الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون لمدة أقصاها ثلاثون يوماً^(١).

وفي حكم آخر أفصحت المحكمة الإدارية العليا على وجوب التظلم من القرار الصادر من الهيئة استناداً لنص المادة ٣٠-، حيث ذهبت المحكمة للقول بأن "... بجلسة ٢٠٠٧/٩/١٢ قرر مجلس إدارة الهيئة معاودة تطبيق نص المادة ٣٠، فتم إنذار الشركة بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١ بالمخالفات المنسوبة إليها، وحددت الهيئة لها مدة أقصاها ١٥ يوماً لإزالتها، ولما لم تقم الشركة بذلك فصدر القرار رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٧ بوقف نشاط السمسرة لمدة ١٥ يوماً، فتظلمت الشركة من هذا القرار، وتم رفض تظلمها من قبل لجنة التظلمات، ثم عرض أمر الشركة علي مجلس إدارة الهيئة إزاء تقاعسها عن تصويب المخالفات بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٦ فأصدر قراره رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٨ بإلغاء الترخيص الممنوح للشركة.."^(٢).

أما المادة ٣١ فتتص علي أنه لمجلس إدارة الهيئة إذا ما قام خطر يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها أن يتخذ أي من التدابير المنصوص عليها والتي تبدأ بالتنبيه على الشركة مروراً بحل مجلس إدارة الشركة وانتهاءً بإلزام الشركة المخالفة بزيادة قيمة التأمين المودع منها. هذا ويلاحظ أن التدابير المنصوص عليها في المادة ٣١، كما ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري، قد حددت على سبيل الحصر التدابير التي يجوز لمجلس إدارة هيئة سوق المال اتخاذها في مواجهة الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون والتي يصدر منها ما يعد خطراً يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها^(٣).

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٥١٥٢١ لسنة ٢٦٧ق، بتاريخ ٢٠١٦/٤/٢٦، غير منشور.
(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٢١٥ لسنة ٥٦ ق.ع، بتاريخ ٢٠١١/٥/٢٨، غير منشور.
(٣) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٥١٩٨٢ لسنة ٩٧ق، بتاريخ ٢٠١٦/٤/١٩، غير منشور.

كما يلاحظ أن الهيئة وقد رسم لها المشرع طريقين إداريين هما طريق المادة ٣٠ وطريق المادة ٣١، ولكل منهما مجال تطبيقه وشروط وغاية من اللجوء إليها، فإذا ولجت الهيئة أحدهما فلا يجوز لها اللجوء إلى الآخر^(١).

ثانياً : القرارات الإدارية الصادرة برفض طلب التأسيس أو الترخيص وفقاً للمادة ١٣٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

حيث يجوز التظلم طبقاً لأحكام هذه المادة من قراري رفض طلب التأسيس أو طلب الترخيص إلى لجنة التظلمات المنصوص عليها في الباب الخامس من القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطار أو علم صاحب الشأن بقرار الرفض.

ويعد التظلم من هذه القرارات وجوبياً إذ لا تقبل الدعوى بطلب الإلغاء قبل ولوج طريقة التظلم^(٢).

المطلب الثاني

مواعيد وإجراءات نظر التظلم

هناك مواعيد معينة يتعين الالتزام بها لتقديم التظلم نصت عليها المادة ٥١ القانون بقولها: (.... وفيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون، يكون ميعاد التظلم من القرار ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار أو العلم به) ، إلا أن هناك مواعيد أخرى تعد استثناءً على هذه المادة بشأن مواعيد تقديم التظلم، وهذا ما سوف نوضحه تبعاً في الفرع الأول، على أنه نتحدث تفصيلاً علي إجراءات نظر التظلم في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مواعيد التظلم أمام لجنة التظلمات

أولاً : القاعدة العامة:

الأصل في القرارات الإدارية واجبة التظلم أن يقدم التظلم منها خلال ٦٠ يوماً من تاريخ العلم بالقرار الإداري أيأ كانت وسيلة هذا العلم^(١).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٢١٥ لسنة ٥٦ ق ٤٠، بتاريخ ٢٨/٥/٢٠١١، سابق الإشارة إليه.

(٢) م ١٧٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٠ لسنة ١٩٩١م.

غير أن المشرع في قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ قد خرج عن هذه القاعدة بنص خاص، وذلك نظراً لطبيعة المنازعات الإدارية في سوق رأس المال التي تقتضي السرعة في حسمها وإنهائها جذباً للاستثمار في هذا القطاع الحيوي.

هذا وقد نصت المادة ٢/٥١ على أنه " فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون يكون ميعاد التظلم في القرار ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار أو العلم به ..". فإذا أغفل الطاعن تقديم التظلم الوجوبي إلى لجنة التظلمات تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى لعدم سابقة التظلم في القرار، وهذا هو ما قضت به محكمة القضاء الإداري بالقول أنه " وحيث إنه متى كان ما تقدم وكان اللين من الأوراق أن المدعيين لم يتظلموا إلى لجنة التظلمات التي نصت عليها المادة (٥٠) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ من القرار المطعون فيه، ومن ثم فإنهما يكونا قد أغفلا إجراء جوهرياً جعل القانون من اتخاذه شرطاً لقبول الدعوى، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم سابقة التظلم للجنة التظلمات المشكلة بموجب نص المادة (٥٠) من القانون المشار إليه ولا ينال من ذلك الشكوى المقدمة منهما إلى الهيئة المدعى عليها، إذ أن التظلم المنتج في هذا الشأن هو التظلم الذي يقدم إلى لجنة التظلمات المختصة دون غيرها"^(٢).

كذلك يكون ميعاد التظلم ثلاثين يوماً في القرارات الصادرة بشأن رفض تأسيس اتحاد المساهمين، وذلك من تاريخ إبلاغهم بقرار الرفض وفقاً لنص المادة ١٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال^(٣).

(١) م ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٣٠٧١ لسنة ٦٥، جلسة ٢٠١٦/٢/١٦، غير منشور، وكذلك الطعن رقم ٢٨٩٥٢ لسنة ٦٦ ق، بـ جلسة ٢٠١٦/٤/٢٦، غير منشور.

(٣) م ١٨٩ من اللائحة التنفيذية "على الهيئة إذا رفضت طلب تأسيس الاتحاد أن تخطر المؤسسين بذلك مع بيان أسباب الرفض بكتاب موصى عليه، مرفقاً به الأوراق السابق تقديمها بعد الاحتفاظ بنسخة من كل منها، ولذوي الشأن التظلم أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون من القرار الصادر أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون من القرار الصادر برفض تسجيل الاتحاد وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرار الرفض".

طبقاً للقواعد العامة يبدأ حساب المدة اعتباراً من اليوم التالي من إخطار صاحب الشأن بالقرار أو علمه به، وإذا صارف اليوم الأخير إجازة رسمية يمتد الميعاد إلى اليوم التالي للإجازة

تختلف مواعيد التظلم بحسب نوع القرار الإداري المتظلم منه، فالقاعدة العامة يكون التظلم أمام لجنة التظلمات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن بالقرار أو علمه بذلك إعمالاً لحكم المادة ٢/٥١ من قانون سوق رأس المال.

ثانياً: الاستثناء من ميعاد الثلاثين يوماً.

استثناء من القاعدة السابقة يمكن أن يكون التظلم في القرارات الإدارية أمام لجنة التظلمات خلال خمسة عشر يوماً في بعض الحالات وقد يكون خلال ستين يوماً في حالات أخرى، وذلك على التفصيل الآتي:

١- يكون موعد التظلم أمام لجنة التظلمات خلال ستين يوماً بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة بشأن استبعاد أي من أعضاء مجلس إدارة صندوق الاستثمار إعمالاً لحكم المادة ٣٩ من قانون رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢^(١).

٢- يكون موعد التظلم خلال خمسة عشر يوماً في الحالات الآتية:

أ- التظلم من القرارات الإدارية الصادرة إعمالاً لحكم المادة (٣٢) من قانون سوق رأس المال.

حيث نصت المادة ٣٢ على أن " يكون التظلم من القرارات الصادرة وفقاً لأحكام المواد السابقة أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في

(١) تنص المادة ٣٩ على أنه يجب إخطار رئيس الهيئة بالقرارات التي تصدر بتعيين أعضاء مجالس الإدارة والمديرين المسؤولين عن الإدارة العامة لأعمال الصندوق وجميع البيانات المتعلقة بها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرارات المشار إليها، ويتم الإخطار على النموذج الذي تضعه الهيئة.

ولمجلس إدارة الهيئة للحفاظ على سلامة أموال المستثمرين بالصندوق أن يصدر قراراً مسيئاً باستبعاد أي من أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين المشار إليهم.

ولصاحب الشأن التظلم من قرار استبعاده أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار.

الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ صاحب الشأن بالقرار أو علمه به^(١).

وعلى ذلك إذا قدم التظلم في أي من القرارات الصادرة عن مجلس إدارة الهيئة والمنصوص عليها بالمادتين ٣٠، ٣١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بعد أنقضاء خمسة عشر يوماً فإن مؤدى ذلك هو الحكم بعدم قبول الدعوى لتقديم التظلم بعد فوات الميعاد، وفي ذلك ذهبت محكمة القضاء للقول بأنه (وحيث إن مؤدى ما تقدم أن المشرع أوجب على صاحب الشأن التظلم من القرارات الصادرة وفقاً لأحكام المواد السابقة على المادة (٣٢) المشار إليها، وفيها الإنذار بإزالة المخالفات، أمام لجنة التظلمات المشكلة لهذا الغرض بالهيئة العامة لسوق المال، وفي ميعاد محدد (خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ صاحب الشأن بالقرار أو علمه به)، ورتب المشرع على عدم التظلم أمام اللجنة، حكماً مؤداها عدم قبول الدعوى بطلب إلغاء تلك القرارات،

(١) تنص المادة ٣٠ على أنه "يجوز وقف نشاط الشركة إذا خالفت أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له أو إذا فقدت أي شرط من شروط الترخيص ولم تقم بعد إنذارها بإزالة المخالفة أو استكمال شروط الترخيص خلال المدة وبالشروط التي يحددها رئيس الهيئة. ويصدر بالوقف قرار مسبب من رئيس الهيئة لمدة لا تجاوز ثلاثين يوماً، ويحدد القرار ما يتخذ من إجراءات خلال مدة الوقف، ويسلم القرار للشركة أو تخطر به بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، ويعلن عن ذلك في صحيفتين صباحيتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة الشركة. فإذا انتهت هذه المدة دون قيام الشركة بإزالة الأسباب التي تم الوقف من أجلها، تعين عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة لإصدار قرار بإلغاء الترخيص.

كما تنص المادة ٣١ على أنه: "لمجلس إدارة الهيئة إذا قام خطر يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها أن يتخذ ما يراه من التدابير الآتية:

- توجيه تنبيه إلى الشركة.
- منع الشركة من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاولةها.
- مطالبة رئيس مجلس إدارة الشركة بدعوة المجلس إلى الانعقاد للنظر في أمر المخالفات المنسوبة إلى الشركة واتخاذ اللازم نحو إزالتها ويحضر اجتماع مجلس الإدارة في هذه الحالة ممثل أو أكثر عن الهيئة.
- تعيين عضو مراقب مجلس إدارة الشركة وذلك للمدة التي يحددها مجلس إدارة الهيئة ويكون لهذا العضو المشاركة في مناقشات المجلس وتسجيل رأيه فيما يتخذ من القرارات.
- حل مجلس الإدارة وتعيين مفض لإدارة الشركة مؤقتاً لحين تعيين مجلس إدارة جديد بالأداة القانونية المقررة.
- إلزام الشركة المخالفة بزيادة قيمة التامين المودع منها.

وذاً الحكم ينطبق إذا قدم التظلم إلى لجنة التظلمات بعد الميعاد المحدد قانوناً (خمساً عشر يوماً) ومن ثم فإن لتظلم الذي يعتد به لقبول دعوى الإلغاء هو التظلم المقدم في الميعاد، فالتظلم بعد الميعاد ويضحى وعدم التظلم سواء بسواء.

وحيث إنه بتطبيق ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن القرار المطعون فيه (إنذار الشركة بإزالة المخالفات المنسوبة إليها) صدر استناداً إلى حكم نص المادة (٣٠) من قانون سوق رأس المال المشار إليها ومن ثم فإنه يندرج ضمن القرارات الواجب التظلم منها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ الشركة المدعية به، وإذا أخطرت الشركة المذكورة بهذا القرار بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٦ وتسلمته بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٧ ولم تبادر بالتظلم منه إلا في ٢٠٠٢/٥/١٢ أي بعد الميعاد المقرر قانوناً والمشار إليه، وهو ما حدا بلجنة إصدار قرارها بعدم قبول التظلم شكلاً لتقديمه بعد الميعاد المقرر قانوناً، ومن ثم يضحى هذا التظلم والعدم سواء بسواء، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى شكلاً لعدم سابقة التظلم في الميعاد القانوني^(١).

ب- التظلم من القرارات المتعلقة برفض طلب التأسيس أو الترخيص إعمالاً لحكم المادة ١٣٧ من اللائحة التنفيذية^(٢).

فقرار رفض طلب تأسيس الشركات التي تعمل في مجال الأوراق المالية، والذي يقدم إلى الهيئة وفقاً للإجراءات والضوابط التي نظمتها اللائحة يجب التظلم منه إلى لجنة التظلمات خلال مدة خمسة عشر يوماً، كما أن قرار

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٤٤١٥ لسنة ٢٦ قضائية، جلسة ٢٠٠٤/١١/١٣ م.

(٢) تنص المادة ١٣٧ على أن "يجوز التظلم من قرار رفض طلب التأسيس أو طلب الترخيص إلى لجنة التظلمات المنصوص عليها في الباب الخامس من القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطار أو علم صاحب الشأن بقرار الرفض، ويجب أن يتضمن التظلم بياناً بأسبابه وأن يرفق به ما يتوفر من مستندات تويده. وتتولى لجنة التظلمات نظر التظلم ولها في سبيل ذلك طلب إيضاحات من المتظلم أو من الهيئة، ويتم البت في التظلم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه أو من تاريخ تقديم الإيضاحات. ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائياً، ونافاً، ولا تقبل الدعوى بطلب إلغاء قرار رفض طلب التأسيس أو طلب الترخيص قبل التظلم منه.

رفض الترخيص أي من الأنشطة المتعلقة بمجالات الأوراق المالية يمكن كذلك التظلم من خلال ذات المدة^(١).

كما يجب على لجنة التظلمات البت في التظلم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه، ولجنة الحق أن تطلب ما تشاء من بيانات أو مستندات سواء من المتظلم أو من الهيئة بحسب الأحوال.

فإذا أصدرت اللجنة قرارها في التظلم، فإن قرارها في هذا الأمر يكون نهائياً ونافذاً، إلا أن ذلك لا يحول بين المتظلم وحق طلب رفع دعوى إلغاء قرار الهيئة برفض التأسيس أو الترخيص بمزاولة النشاط وإنما يشترط فقط تقديم التظلم إلى اللجنة وفق الأجل المنصوص عليه.

٣- يكون التظلم خلال مدة أسبوع من تاريخ الإبلاغ أو العلم بالقرارات الخاصة بصندوق تأمين المتعاملين في الأوراق المالية من المخاطر غير التجارية الناشئة عن أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

حيث نصت المادة ١٥ من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٧٦٤ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء صندوق لتأمين المتعاملين في الأوراق المالية من المخاطر غير التجارية على أنه من حق الهيئة العامة لسوق المال إجراء التفتيش الدوري وغير الدوري على الصندوق للتحقق من سلامة تطبيق القانون واللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له وأحكام هذا القرار وفي حالة مخالفة ذلك يحق للهيئة أن تتخذ أحد الإجراءات التالية:

- إخطار إدارة الصندوق باتخاذ الإجراء الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة خلال أجل معين .
- تنحية عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الإدارة أو العاملين، أو تنحية كامل مجلس الإدارة وتعيين مفوض لإدارة الصندوق لمدة لا تزيد عن ستة أشهر.

(١) المواد من ١٢٨-١٣٢، المواد ١٣٣ - ١٣٦ من اللائحة الداخلية للمجلس.

إلا أنه يكون لكل ذي شأن التظلم في هذا القرار أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالقرار أو علمه به^(١).

وهذا ما أفتت به الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، حينما انتهت لخضوع هذا الصندوق لرقابة الهيئة العامة للرقابة المالية ومن ثم خضوع القرارات التي تصدر من الهيئة أثناء مباشرتها الاختصاص بالرقابة والتفتيش على الصندوق للتظلم المنصوص عليه في المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال^(٢).

وعلى هدي ما سبق يتضح أن القاعدة العامة فيما يتعلق بمواعيد التظلم من القرارات الإدارية الصادرة من الهيئة أو الوزير أو رئيس البورصة هي ثلاثون يوماً، إلا أن هناك بعض القرارات الإدارية التي تصدر في مجال سوق المال لا تخضع لهذه القاعدة، وإنما اختصها القانون بمواعيد خاصة للتظلم منها^(٣)، وهي القرارات المنصوص عليها بالفصل الأول من الباب الثالث من قانون سوق رأس المال، والمتعلقة بقرارات منح الترخيص للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، والجزاءات والتدابير التي توقعها الهيئة على الشركات المخالفة والمواد المنصوص عليها في المادة ٣٢^(٤).

كما أن هناك قرارات أخرى يتم الطعن عليها خلال ٦٠ يوماً وهي تلك القرارات المتعلقة باستبعاد أي من أعضاء مجلس إدارة صندوق الاستثمار والمنصوص عليها بالمادة ٣٩ بالفصل الثاني من الباب الثالث.

(١) انظر في ذلك: د. ١٥ من قرار مجلس الوزراء رقم ١٧٦٤ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء صندوق لتأمين المتعاملين في الأوراق المالية من المخاطر غير التجارية، المنشور بالوقائع المصرية، العدد رقم ٢٤٨ بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٣١ م.

(٢) فتوى إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، رقم ٥ لسنة ٦٠ بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١، جلسة ٢٠٠٦/٢/١، ملف رقم ١٤٦/١/٥٨.

(٣) د. سمير محمد يحي الأحمري، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٤) د. محمد تنوير محمد الراجعي، المرجع السابق، ص ٤٦.

كما أن هناك قرارات يتم التظلم منها خلال سبعة أيام وهي تلك القرارات المتعلقة بصندوق تأمين المتعاملين في الأوراق المالية من المخاطر على نحو ما فصلنا سابقاً.

وبذلك يكون المشرع لم ينتهج نهجاً واحداً بالنسبة للتظلم من القرارات الإدارية المتعلقة بسوق المال وهو ما يعد نهجاً منتقداً من قبل المشرع، إذ أن تحديد المواعيد يمثل أهمية بالغة للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وكذلك بالنسبة للمستثمرين، فكان يتعين على المشرع أن ينص على موعد واحد يراعي فيه تحقيق قدر من التوازن بين مصالح المستثمرين من ناحية ومصالح الشركات من ناحية أخرى، وهو ما يساهم في التخفيف من المخاطر القانونية الناجمة عن غموض القواعد القانونية وتشتيتها.

وإذا كانت اعتبارات السرعة والمرونة في منازعات سوق الأوراق المالية تقتضي الحاجة إلى حماية ناجزة وذلك بالخروج عن القواعد العامة في مواعيد الطعن والتظلم فإنه يمكن أن يكون الموعد - كما ذهب إلى ذلك أحد الفقهاء - خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالقرار بالنسبة للتظلم، وثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة والعلم به بالنسبة للطعن بالإلغاء^(١).

الفرع الثاني

إجراءات نظر التظلم والبت فيه

وفقاً لنص المادة ٣/٥١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩١ والتي نصت على أن " تبين اللائحة التنفيذية إجراءات نظر التظلم والبت فيه، ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائياً نافذاً....".

وقد نصت المادة ٢٠٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على أن ينشأ بالهيئة مكتب للتظلمات يزود بعدد من العاملين بالهيئة يتولى تلقي التظلمات وقيدها بالسجل المعد لذلك في يوم ورودها، وعلى المكتب أن يرد على المتظلم

(١) د. أشرف أحمد بالمنعم، المرجع السابق، ص ١٢٨.

صورة من تظلمه مثبتاً عليها رقم القيد وتاريخه^(١). ويقدم طلب التظلم من أصل وست صور إلى مكتب التظلمات مشتملاً على البيانات الآتية:

- ١- اسم المتظلم ولقبه ومهنته وعنوانه.
- ٢- تاريخ صدور القرار المتظلم منه وتاريخ إخطار أو علم المتظلم به.
- ٣- موضوع التظلم والأسباب التي بني عليها ويرفق بالتظلم المستندات المؤيدة له.
- ٤- الإيصال الدال على سداد المتظلم مبلغ ١٢٠٠ جنيه لدى خزانة الهيئة العامة^(٢)

٥- طلبات المتظلم خاصة لو كان المتظلم يهدف إلى إلغاء القرار أو شق منه^(٣).
وبمجرد ورود التظلم يتم قيده بسجل مكتب التظلمات، ثم يعرض التظلم على رئيس اللجنة لاتخاذ إجراءات عرضه على اللجنة وتحديد تاريخ جلسة نظره، ويخطر به المتظلم بكتاب مسجل بعلم الوصول للحضور أمام اللجنة بنفسه أو بنائب عنه أو ممثله، كما يجوز إخطاره بأي وسيلة اتصال أخرى يرغب المتظلم في اتباعها كالإيميل أو الفاكس أو التلكس.

إذا كان المتظلم شركة من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو كان التظلم يتعلق بإحدى هذه الشركات فعلى اللجنة بناء على طلب الشركة أن تدعو لحضور جلسة نظر التظلم مندوب عن الجمعية المهنية للأوراق المالية التي تشترك فيها الشركة.

يقوم مقرر اللجنة بإخطار الإدارة العامة لفض المنازعات ومكتب التظلمات بتاريخ الجلسة المحددة لانعقاد لجنة التظلمات^(٤). فإذا لم يحضر أي من أطراف

(١) د. نسرین فرحان، المرجع السابق، ص ٥٦١.

(٢) عدلت المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية بقرار وزير الاستثمار رقم ٤٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال الصادرة بالقرار رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢، والمعدلة بالقرار رقم ٤٠ لسنة ٢٠١٨م. الوقائع المصرية، العدد ٥٩ تابع (أ)، بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٢م.

(٣) د. ماهر مصطفى محمد إمام، النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠٠٨، ص ٦٥.

(٤) الدليل الإرشادي في شأن التظلم من القرارات الإدارية الصادرة من الوزير أو الهيئة العامة للرقابة المالية، سابق الإشارة إليه.

التظلم بعد إخطاره بالجلسة المحددة لنظر التظلم جاز للجنة نظر التظلم في غيبته، وعلى إدارة التظلمات الاحتفاظ بما يدل على إتمام الإخطار وللجنة البت في التظلم إذا كان صالحاً لذلك.

الفصل في التظلم:

وفقاً لنص المادة ٢/٢٠٨ يتعين على لجنة التظلمات البت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ عرضه عليها أو من تاريخ استيفاء الإيضاحات التي طلبتها على حسب الأحوال^(١).

ويلاحظ أن موعد الـ ٦٠ يوماً للرد على التظلم لا يتناسب مع السرعة المطلوبة لاستقرار الأوضاع والمعاملات داخل سوق الأوراق المالية، خاصة وأن المشرع جعل موعد تقديم التظلم في حالات معينة عشر يوماً أو أقل، فهل يكون من المنطقي جعل موعد الرد على التظلم ستين يوماً؟

وتكون قرارات اللجنة في التظلم نهائية، وبالتالي لا يجوز التظلم من قرار لجنة التظلمات مرة أخرى سواء أمام ذات اللجنة أو أمام لجنة أخرى، كما أن قرار لجنة التظلمات يكون واجب النفاذ حتى ولو لم يحظ بقبول المتظلم أو الجهة المتظلم من قرارها، ولا يكون أمام صاحب الشأن إلا طريق الطعن القضائي بإلغاء القرار الإداري الصادر من الوزير أو الهيئة أو رئيس البورصة على حسب الأحوال، ولا يترتب - كأصل عام على رفع دعوى الإلغاء - وقف تنفيذ القرار الإداري على ما سوف نرى^(٢).

ويخطر مكتب التظلمات صاحب الشأن بصورة معتمدة ورسمية من القرار الصادر من لجنة التظلمات، وذلك إما بتسليمها للمتظلم باليد أو بخطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بذات الوسيلة التي تم إخطاره بها بإجراءات نظر التظلم،

(١) م ٢/٢٠٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، م ٨ من القرار رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٦ بشأن إجراءات نظر التظلم.

(٢) د. سمير محمد يحيى الأحرامي، المرجع السابق، ص ١٩٣.

كما يجب على إدارة التظلمات إخطار الجهات المعنية بالهيئة، وكذلك شركة المقاصة والبورصة بمنطوق القرار^(١).

المطلب الثالث

أنار التظلم

بعد تقديم التظلم والفصل فيه من قبل لجنة التظلمات يثور التساؤل عن أثر التظلم القانوني، هنا علينا التفريق بين التظلمات المقدمة على القرارات الإدارية الصادرة من الوزير أو رئيس الهيئة حيث يكون التظلم وجوبياً وفقاً لنص المادة ٥١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩١م، والتي تنص على أنه "... لا تقبل الدعوى بطلب إلغاء القرارات قبل التظلم منها"، أما التظلمات المقدمة من ذوي الشأن ضد قرارات رئيس البورصة أمام لجنة التظلمات، فإن التظلم منها اختيارياً لذوي الشأن، وهو ما نصت عليه المادة ٢١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وعلى ذلك فإنه على الرغم من تحفظنا على هذه المادة والتي أجازت لرئيس البورصة إصدار قرارات هي نفس القرارات التي تكون لرئيس الهيئة كقرار وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي للتلاعب بالأسعار أو حق إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القانون أو وقف التعامل على أوراق مالية والتي يجب التظلم منها أمام لجنة التظلمات وجوبياً، إلا أن المشرع لم يفسح على جعل التظلم من قرارات رئيس البورصة وجوبياً وإنما جعله اختيارياً، ومن ثم فإن لصاحب الشأن إذا كان القرار صادراً من رئيس البورصة حق التظلم إن رغب في ذلك، وله كذلك حق الطعن القضائي مباشرة دون ولوج طريق التظلم.

أما القرارات التي تصدر من رئيس الهيئة أو الوزير في مجال سوق الأوراق المالية والمنصوص عليها في العديد من المواضيع على نحو ما تناولنا سابقاً، فإن التظلم بشأنها يترتب عليه عدة نتائج نتناول كل منها في فرع مستقل علي النحو التالي :

(١) م ٢٠٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، والدليل الإرشادي في شأن التظلم من القرارات الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ١٣.

الفرع الأول

عدم قبول دعوى الإلغاء قبل التظلم

يعد التظلم من قرارات الهيئة أو قرارات الوزير المختص على التفصيل السابق وجوبياً لقبول الطعن بالإلغاء على هذه القرارات أمام محاكم القضاء الإداري. ولعل هذا الأثر هو ما أفصحت عنه صراحة المادة ٥١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، والتي نصت على أنه "لا تقبل الدعوى بطلب إلغاء تلك القرارات قبل التظلم منها".

وأكدته أحكام محاكم القضاء الإداري ومنها ما ذهبت إليه في حكم حديث بالقول إن "المشرع جعل قرار لجنة التظلمات بالبت في التظلم، نهائياً وناقذاً، واشترط لقبول الدعوى بطلب إلغاء تلك القرارات أن يتم التظلم منها مسبقاً قبل اللجوء للقضاء بطلب إلغائها، وبذلك فإن التظلم من القرارات الصادرة عن الوزير المختص أو عن الهيئة القائمة على تطبيق أحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المشار إليه تطبيقاً لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً كإجراء شكلي جوهرى ينبغي مراعاة اتخاذه قبل ولوج طريق الدعوى القضائية، ويترتب على عدم تقديمه قبل إقامة الدعوى وجوب الحكم بعدم قبولها شكلاً لعدم سابقة التظلم إلى الجهة الإدارية التي حددها القانون^(١).

وفي حكم آخر ذهبت المحكمة لتأكيد هذا المبدأ بالقول أنه "ومن حيث إنه عن شكل الدعوى فإنه وفقاً لأحكام المواد ٥٠ ، ٥١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق المال وطبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها يكون قرار هذه اللجنة بالبت في التظلم نهائياً، ولا تقبل الدعوى بطلب إلغاء هذه القرارات قبل التظلم منها، ولما كان القرار المطعون فيه يندرج ضمن القرارات المشار إليها، ولم تكشف الأوراق أن المدعي قد سبق له التظلم منه أمام لجنة التظلمات قبل إقامة دعواه، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى لهذا السبب^(٢).

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٢٨٩٥٢ لسنة ٢٦٦ق، بتاريخ ٢٦/٤/٢٠١٦، حكم غير منشور.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٥٨٣٤ لسنة ٥٣ق، بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٣م، غير منشور.

كذلك قضت في حكم آخر أنه "وحيث أن مفاد ما تقدم أنه يلزم لقبول دعوى إلغاء القرارات الصادرة من الوزير أو الهيئة العامة لسوق المال طبقاً لأحكام قانون سوق رأس المال المشار إليه أو لائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وقيام ذوي الشأن بالتظلم قبل رفع الدعوى وذلك أمام اللجنة المشكلة طبقاً لنص المادة (٥٠) سالفه الذكر، فإن أقيمت الدعوى قبل ولوج طريق التظلم عدت غير مقبولة"^(١).

غير أن ما ينبغي التنبيه عليه أن الطعن أمام القضاء الإداري بالإلغاء يكون بالنسبة للقرار الصادر من الهيئة أو الوزير لا على قرار لجنة التظلمات المشكلة وفقاً لنص المادة (٥٠) من قانون سوق رأس المال، لأن قرار هذه الأخيرة هو قرار نهائي غير قابل للطعن فيه، ولكن الطعن يكون منصباً على القرار الإداري المتظلم منه، فاللجنة ما هي إلا سلطة خصها القانون بنظر التظلمات بنظرة سريعة ومغايرة ومحيدة، بدلاً من أن ينظر من قبل ذات الجهة التي أصدرته، والتي غالباً ما تصر على موقفها، لذلك لا تصدر (أي اللجنة) قرارات إدارية وإنما تنظر التظلم من هذه القرارات ويبقى الطعن أمام القضاء الإداري بالإلغاء على القرارات المتظلم منها^(٢).

وإذا كان المشرع في قانون سوق رأس المال أخذ بنظام التظلم الوجوبي استثناءً من الأصل العام بالنسبة للقرارات التي تصدر من الوزير أو الهيئة وفقاً لأحكام قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، فإن تطبيق هذا الحكم وإعمال أثره القانوني مرهون بأن تكون السلطة المختصة قانوناً بإصدار القرار هي الهيئة أو الوزير المختص دون سوهما، فإذا صدر القرار من رئيس البورصة كان التظلم أمام اللجنة اختيارياً وليس وجوبياً، كما أنه إذا استلزم المشرع لأحداث المركز القانوني الذي يفصح عنه القرار الإداري مشاركة جهة أخرى للهيئة أو للوزير المشار إليهما، فإن الحظر الشكلي بعدم قبول الدعوى الذي قرره المادة (٥١) سالفه الذكر يزول حكمه ولا يعمل أثره، والقول بغير ذلك يؤدي

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٨٢٨٢ لسنة ٥٥ ق، بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١١، غير منشور.

(٢) د. سمير محمد يحي الأحرابي، المرجع السابق، ص ١٩٣.

إلى تبعية الخصومة الواحدة وتناقض الحكم الصادر فيها، وهو أمر لا تقبله العدالة^(١).

ولا يترتب - كأصل عام على تقديم التظلم في القرارات الإدارية - وقف تنفيذ هذه القرارات وإنما يتعين تنفيذها إعمالاً لقرينة السلامة التي تتمتع بها القرارات الإدارية، فالمادة رقم ١/٤٩ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بمجلس الدولة تنص على أنه " لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه". وإذا كانت المادة تتحدث عن الأثر غير الواقف للطعن في الأحكام القضائية فإن بعض الفقه يذهب إلى امتداد هذا الأثر غير الواقف على التظلمات الإدارية أيضاً، حيث لا يترتب، كأصل عام على تقديم التظلم الإداري، وقف تنفيذ القرارات الإدارية^(٢).

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة إلا أن المادة ٢٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ نصت على أنه "يكون التظلم من القرارات الإدارية التي تصدر من الوزير طبقاً لأحكام القانون، وهذه اللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة رقم (٥٠) من هذا القانون، وفيما لم يرد به نص خاص يكون ميعاد التظلم أمام اللجنة ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن بالقرار أو علمه به. ولا تسري القرارات الصادرة من الهيئة إعمالاً لحكم المادة ٣٠ من القانون قبل انقضاء مواعيد التظلم المنصوص عليها في المادة ٣٢ من القانون المشار إليه أو البت فيه وتسري القرارات الصادرة إعمالاً لحكم المادة ٣١ من القانون اعتباراً من اليوم التالي لإخطار الشركة بالقرار ما لم يحدد مجلس إدارة الهيئة تاريخاً آخر"^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة السابقة، الدعوى رقم ١٣٥٥٥ لسنة ٦٠ ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/١٠م.

(٢) د. محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ، ص ٢٨٨.

(٣) معدلة بقرار وزير الاستثمار رقم ١٤٠ لسنة ٢٠٠٦ بشأن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس

المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، الوقائع المصرية، العدد ٩٣، بتاريخ ٢٩/٤/٢٠٠٦.

والأصل أن القرارات التي تصدر من الوزير أو الهيئة في مجال سوق رأس المال تعد من قبيل القرارات الإدارية التي يترتب عليها قوة النفاذ، وبمجرد صدورهما، حيث لم يرتب القانون على التظلم منها وقف تنفيذها.

إلا أن اللائحة التنفيذية بمقتضى نص المادة ٢٠٥ سالفه الذكر قد خرجت على هذا المبدأ، حيث نصت على أن القرارات الإدارية التي تصدر عن الهيئة إعمالاً لنص المادتين ٣٠، ٣١ من القانون المشار إليه فإن هذه القرارات لا يبدأ تنفيذها قبل البت في التظلم أو انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وبذلك أوقفت القوة التنفيذية للقرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً لنص المادتين ٣٠، ٣١ من قانون سوق رأس المال، لكن هذا الأثر الواقف لا يترتب من وقت تقديم التظلم وإنما من تاريخ صدور القرار حتى فوات مواعيد التظلم أو البت فيه.

وفي موضع آخر لا تسري القرارات التي تصدر إعمالاً لحكم المادة ٣١ من تاريخ صدورهما، وإنما من تاريخ إخطار الشركة بالقرار، فإذا تقاعست الهيئة عن إخطار الشركة بالقرار فلا يسري إلا فقط من تاريخ الإخطار ولم يحدد القانون موعداً محدداً يتعين فيه إخطار الشركة بالقرار^(١).

وعلى هدي ما سبق، نجد أن الهيئة تصدر نوعين من القرارات الإدارية، القرارات التي تصدر استناداً لنص المادتين ٣٠، ٣١ من قانون سوق رأس المال، وهذه القرارات تظل غير نافذة إلا أن ينقضي مواعيد التظلم منها أو لحين تاريخ البت فيها، أو لحين إخطار الشركة بها فيما يتعلق بالمادة (٣١).

أما القرارات الإدارية الأخرى التي لا تستند في إصدارها لنص المادة ٣٠ أو ٣١ من قانون سوق رأس المال فإنه ونظراً لسكوت المشرع عنها، بحكم صريح. فإننا نؤيد ما ذهب إليه اتجاه فقهي بخضوعها للقاعدة العامة حيث تسري من تاريخ العلم بها^(٢).

(١) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

(٢) د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٤١.

الفرع الثالث

عدم خضوع القرارات الإدارية المتظلم منها

لقانون التوفيق رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠

الأصل أنه، ووفقاً للقانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن لجان التوفيق^(١)، تختص لجان التوفيق بنظر المنازعات الإدارية التي يكون أحد أطرافها شخص عام، ويستثنى منها المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها، وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، وتلك التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات التحكيم..^(٢).

وقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا عن حكمة اللجوء إلى لجان التوفيق بالقول أن " ومفاد ما تقدم فإنه ضماناً لقيام وحدات الجهاز الإداري للدولة بتنفيذ السياسات المنوطة بها وتحقيق الأهداف المقررة، وتفرغ الموظفين العموميون للأعمال المعهود إليهم، وكذلك كفالة المتعاملين في وحدات هذا الجهاز من الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة مؤمنة التقاضي أوجب المشرع على المدعي اللجوء إلى لجنة التوفيق المختصة في شأن منازعاته المدنية والتجارية والإدارية، وذلك قبل ولوجها سبيل التقاضي ليعرض أمر منازعاته لتتولى فحصها وإصدار التوصية المناسبة في موضوعها إلى الجهة الإدارية في ضوء أحكام القانون الواجب التطبيق عسى أن تستجيب إلى طلب المدعي أو يقنع الأخير بأن مظنة حق لا سند لها في القانون فيعدل عن مخاصمة جهة الإدارة قضاءً، فإن أنكرت حق المدعي أو لم تنزل توصية اللجنة في نفسه منزلة اليقين كان له اللجوء إلى القضاء وولوج سبيله استدعاء لحقه في التقاضي الذي كفله له الدستور.

وقد عادت المحكمة لتؤكد استثناء بعض الجهات وبعض الحالات من

الخضوع لأحكام هذا القانون بالقول...

(١) الجريدة الرسمية، العدد ١٣ مكرر بتاريخ ٤/٤/٢٠٠٠م.

(٢) م ٢ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م.

".....إن المشرع أخرج عن هذا الاختصاص، بنص صريح المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها، وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية وتلك التي تقررها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم..."^(١).

وعلى ذلك، فإن قانون التوفيق رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ قد نظم توفيق الأوضاع في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها أو الهيئات العامة طرفاً فيها، إلا أنه قد استثنى من ذلك المنازعات التي يوجب القانون التظلم منها، ومنها بالطبع تلك المنازعات التي تتعلق بالقرارات الإدارية التي تصدر من الوزير^(٢).

حيث استوجبت المادة ٥٠ ضرورة التظلم من هذه القرارات أولاً إلى لجنة التظلمات المنشأة طبقاً لنص المادة ٥١ من قانون سوق رأس المال، ولذلك فهي تخرج عن نطاق تطبيق قانون لجان فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢.

وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في إحدى الدعاوى بالقول أنه "ومن حيث أنه عن الدفع المبدى من البورصة بعدم قبول الدعوى شكلاً لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون قبل إقامتها باللجوء إلى لجنة التوفيق في بعض المنازعات، فإن ذلك مردود عليه بأن الدعوى المائلة تخرج عن القواعد والإجراءات المقررة بموجب أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بحسبان أن التظلم من القرار الذي صدر بشطب الشركة من تداول البورصة يجب التظلم منه أمام لجنة التظلمات بالهيئة العامة لسوق المال قبل اللجوء إلى القضاء، وبذلك فثمة طريق خاص للتظلم من ذلك القرار، الأمر الذي يخرج معه الدعوى المائلة عن الإجراءات المتطلبة وفقاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ م..."^(٣).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٧٦٦ لسنة ٤٧ قضائية، بجلسة ٢٠٠٥/١٢/٣، غير منشور.

(٢) د. ثروت عبدالعال أحمد، التوفيق في منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة وفقاً لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٩٤.

المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٠٨٦ لسنة ٥٠ ق. ع، جلسة ٢٠٠٨/٤/٥ م، غير منشور، والطعن رقم ٧٣٥٨ لسنة ٥٧ ق. ع، جلسة ٢٠١٧/١/٢٨ م، غير منشور.

(٣) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٤٦٣٩٤ لسنة ٦٢ ق، بتاريخ ٢٤/٤/٢٠١٠ م، غير منشور.

المبحث الثاني

التحكيم كوسيلة بديلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

تتميز القطاعات الاقتصادية والاستثمارية بالحاجة إلى سرعة ومرونة غير تقليدية لإنهاء المنازعات التي قد تنور بين أسواق الأوراق المالية والجهات الإدارية المنظمة لها في الدول المختلفة ، وإذا كان القضاء هو الوسيلة الأصلية لحل المنازعات بصفة عامة فإن طبيعة منازعات أسواق الأوراق المالية وما تتميز به من سرعة يقتضي البحث عن وسائل بديلة لحسم هذه المنازعات (١) . ولا شك أن التحكيم يعد هو الوسيلة البديلة الأهم والأكثر انتشارا وشيوعا خاصة في العقدين الأخيرين حيث تشير الإحصاءات أن أكثر من ٩٠ بالمئة من عقود التجارة الدولية تنص علي شرط التحكيم بها وذلك نظرا للقبول المنقطع النظير والأعتراف بها من كل من مؤسسات المجتمع المدني من ناحية وسلطات الدولة من ناحية أخرى (٢) . وتنقسم التشريعات المنظمة للبورصات فيما بينها من حيث مدي وجوبية اللجوء للتحكيم لفض منازعات سوق الأوراق المالية ، فبينما هناك بعض التشريعات التي تجعل اللجوء للتحكيم وجوبيا لفض منازعات سوق الأوراق المالية كالتشريع البحريني والكويتي والإماراتي والمصري قبل صدور حكم المحكمة الدستورية، فإن هناك تشريعات أخرى تجعل اللجوء للتحكيم في تلك المنازعات اختياريا كما هو الحال في تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية والبرازيل واليابان ومن الدول العربية الأردن ، وسلطنة عمان . (٣)

(١) من هذه الوسائل البديلة أيضا بخلاف التحكيم كل من التوفيق ، والوساطة ، والتفاوض والمحاكم المصغرة وغير ذلك ، أنظر في تفصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه، المرجع السابق، ص ٤٥٠

(٢) : د. صالح راشد الحمراي ، المرجع السابق ، ص ١٢ وما بعدها

(٣) : د. أشرف أحمد عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٩٨ وما بعدها ، و د. صالح راشد الحمراي ، المرجع السابق ، ص ١٢ وما بعدها ، و د. سمير محمد يحي الأحرابي ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ .

هذا وقد أخذ المشرع المصري بالتحكيم الإلجباري في منازعات سوق الأوراق المالية ، قبل التحول لنظام التحكيم الأختياري علي أثر صدور حكم المحكمة الدستورية العليا

وهديا لما سبق فإننا سوف نقلي الضوء علي التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية المصرية في هذا المبحث مقسيمه إلي مطلبين علي النحو التالي :

المطلب الأول: ماهية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

المطلب الثاني: مدى دستورية نظام التحكيم الإلجباري في مصر والتحول لنظام التحكيم الأختياري

المطلب الأول

ماهية التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

يعد التحكيم أحد الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لحسم منازعات الأوراق المالية ، فبالإضافة للتظلم الأداري ، والطعن القضائي يمكن للأطراف المعنية حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم بالاتفاق بينهم نظرا للمزايا العديدة التي يتمتع بها هذا النظام ، غير أن لجوء الأطراف لهذه الوسيلة يقتضي منا الحديث عن مفهومه أولا ، فإذا فرغنا من ذلك تعين علينا بيان أنواعه المختلفة ، وهذا ما يجعلنا نقسم الدراسة في هذا المطلب لفرعين علي النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

الفرع الثاني : أنواع التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

الفرع الأول

مفهوم التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

يعرف التحكيم بصفة عامة بأنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم تسوية المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين" ، ويتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار

المحكّمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز^(١).

وعرفه البعض الآخر بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"^(٢).

أو أنه "ذلك النظام الذي يتم بمقتضاه إخراج منازعة ما من ولاية القضاء وطرحها على محكم أو محكمين ليفصلوا فيها بحكم تحكيمي منهي للخصومة بينهما"^(٣).

ومن الفقه الفرنسي من عرفه بأنه "نظام قضائي خاص بواسطته تخرج خصومة معينة من اختصاص القضاء ويتم نظرها بواسطة أشخاص مختارين للفصل بينهما"^(٤).

أما القضاء، فقد ذهب المحكمة الدستورية العليا إلى تعريف التحكيم بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحدونها ليفصل هذا المحكم في هذا النزاع بقرار يكون نائياً عن شبه المغالاة مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية^(٥).

-
- (١) د. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط٣، سنة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، ص ٥.
- (٢) د. أحمد محمد مليجي، موسوعة التحكيم، جزء أول، بدون ناشر الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١م، ص ٨.
- (٣) انظر في هذا المعنى مولفنا بعنوان "حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التحكيم"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص ١٦.
- (٤) De Laubadèr (A.), Mederma Heraud (A.), Maupim (A.), La justice, Édition Sirey, 1996 =
- (٥) (F.); Delovle (P.), Traité de contrats administratifs, LGDJ, Paris, Tom.1, 1982. p. 1984.
- Heraud (A.), Maupim (A.), La justice, Édition Sirey, 1996 p.149.
- J.M. Auby et R. Drago,, Traité du contentieux administratif, Tome 1, 3 éd, , p.45 LGDJ, Paris, 1984
- (٦) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد الثاني، بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٩٥، ص ١٥٢.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تعريف التحكيم بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"^(١).

أما التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية فيمكن تعريفه بأنه " اللجوء إلى جهة مختصة لفض المنازعات المتعلقة بالتعامل في سوق الأوراق المالية من قبل الأفراد والمؤسسات الاستثمارية المتعاملة في السوق سواء أكانت الجهة القائمة على فض المنازعات مفروضة من قبل المشرع أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتنازعين"^(٢).

أو هو "اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء للتحكيم وفقاً لقانون سوق الأوراق المالية من خلال اختيار محكم أو أكثر أو جهات ومراكز تحكيمية متخصصة في فض منازعات سوق الأوراق المالية، ويملكون الخبرة المالية والمهنية والكفاءة العالية فيه، لحسم ما نشأ أو سينشأ بين الطرفين بحكم تحكيمي فاصل ومنهي للمنازعة بعيداً عن سلطات القضاء العادي"^(٣).

ومن جانبنا يمكن تعريفه بأنه "ذلك النظام الذي يتم اللجوء إليه لفض المنازعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية بعيداً عن القضاء، وذلك بطرح النزاع على محكم أو محكمين ليفصلوا فيه بحكم منهي للمنازعة بينهما".

ولقد حظي التحكيم، بصفة عامة وفي مجال سوق الأوراق المالية بصفة خاصة، بأهمية كبيرة نظراً لما يتمتع به من مزايا يوفرها للأطراف المتنازعة، من حيث دور الإرادة في اختيار المحكمين، وما يتمتع به المحكم أو المحكمين من مرونة كبيرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة والذي اتفق عليه الأطراف أو القانون الأقرب للنزاع بعيداً عن الإجراءات الشكلية أمام المحاكم"^(٤).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١/١٨م.

(٢) د. صالح راشد الحمراي، التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة حول مدى دستوريتها، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م، ص ٣٠.

(٣) د. مصطفى ناطق صالح، د. نسيبة إبراهيم حمو، نظام التحكيم التجاري في حسم منازعات الأوراق المالية، دراسة مقارنة، بحث مستل من رسالة دكتوراه بعنوان "التحكيم التجاري في المؤسسات المالية، دراسة مقارنة"، منشور بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الموصل، العراق، ص ٢٥٢.

(٤) د. صالح راشد الحمراي، المرجع السابق، ص ٧٤.

هذا فضلاً عن المزايا التقليدية الأخرى للتحكيم، كالسرعة والسرية في حسم المنازعات وقلة الجهد والتكاليف^(١). فإن التحكيم في مجال سوق الأوراق المالية يحظى بمزايا عديدة، حيث يمكن المستثمرين من الحصول على حكم من قبل محكمين يتمتعون بخبرة واسعة في مجال الأوراق المالية، وقلك الكثير من التشابك في هذا النوع من القضايا التي تحتاج إلى أشخاص من ذوي الاختصاص، بل ويفتح لهم المجال لاختيار القانون المناسب للفصل في النزاع شريطة عدم تعارضه مع النظام العام والآداب^(٢).

الفرع الثاني

أنواع التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية

يعد التحكيم أحد الأدوات القانونية لحسم المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية، ويلجأ إليه المتعاملون في الأوراق المالية نظراً للعديد من المزايا التي عرضنا لها سابقاً.

وينقسم التحكيم في منازعات أسواق الأوراق المالية للعديد من الأنواع، إلا أن ما يهمنا هو تقسيم التحكيم إلى تحكيم اختياري وآخر إجباري، وذلك بالنظر لدور الإرادة فيه.

فالتحكيم يكون إجبارياً عندما لا يكون لإرادة الأطراف أي دخل في اختياره، بحيث يكون مجرد قبولهم التعامل في سوق الأوراق المالية قبولاً للتحكيم بين المتعاملين وفقاً لقانون وأنظمة السوق، بحيث لا يكون لإرادة الأطراف المتنازعة أي دور في اختيار أو تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات التي تتبع عند نظر النزاع^(٣).

(١) تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية التشريعية، ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عن مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي، مضبطة الجلسة الـ ٢٥١ بتاريخ ٢ فبراير سنة ١٩٩٤م.

(٢) د. إبراهيم محمد شاكر على، التحكيم في منازعات شركات مسرة الأوراق المالية مع العملاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠١٢م ص ١٩٥.

(٣) من الدول التي أخذت بهذا النظام مصر، والإمارات، البحرين، قطر، والكويت، حيث فرض المشرع في هذه الدول وجوبية اللجوء إلى التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية، انظر في تفصيل ذلك: د. سمير محمد يحي الأحرابي، المرجع السابق، ص ١٩٦.

وإنما يكون تشكيل هيئة التحكيم محددًا مسبقاً وفقاً للقانون والأنظمة الخاصة بالسوق^(١).

ويصبح التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لفض منازعات سوق الأوراق المالية وذلك بموجب إرادة المشرع وليس إرادة الأطراف^(٢).

ولعل هذا هو ما اتجه إليه المشرع المصري بموجب المادة ٥٢ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، حيث نص على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره...^(٣).

أما النوع الثاني، فهو التحكيم الاختياري والذي لا يوجد فيه إيجاب من المشرع لأطراف المنازعة باللجوء إليه، إذ يمكنهم اللجوء إلى التحكيم إذا أرادوا ذلك، كما يمكنهم اللجوء إلى غيره من الوسائل البديلة لحسم منازعاتهم.

والتحكيم يعد اختياراً إذا كانت الأطراف أصحاب العلاقة غير ملزمين أو مجبرين على اللجوء إليه، كوسيلة إلزامية لفض منازعاتهم^(٤).

وهو ما أخذ به المشرع المصري بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩، حيث نصت المادة رقم (١٠) على أن "ينشأ بقرار من رئيس الجمهورية مركز التحكيم والتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام القوانين الخاصة بالمعاملات المالية غير المصرفية، ويجوز لأطراف المنازعة اللجوء إليه، إذا ما اتفقوا ابتداءً أو لاحقاً على تسوية النزاع عن طريق التحكيم...".

وبذلك يكون المشرع المصري قد عدل عن نظام التحكيم الإجمالي في منازعات سوق الأوراق المالية وأخذ بنظام التحكيم الاختياري^(١).

(١) د. مجدي إبراهيم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة ٢٠٠٨م، ص ٤.

(٢) د. إبراهيم محمد شاكر، المرجع السابق، ص ١٨٣. ود. أحمد عبد التواب طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بوزارة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق جامعة الإمارات، المؤتمر السادس عشر، بتاريخ ٢٠٠٨م، ص ١٤١.

(٣) م ٥٢ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م والمقضي بعدم دستوريته بمقتضى حكم المحكمة الدستورية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ ق. دستورية، بتاريخ ٢٠٠٢/١٣، مكتب فني، رقم الجزء (١)، ص ١١٩.

(٤) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ١١.

المطلب الثاني

مدى دستورية نظام التحكيم الإجمالي في مصر والتحول لنظام التحكيم الاختياري

اتجه المشرع المصري في بداية الأمر إلى الأخذ بنظام التحكيم الإجمالي، حيث نصت المادة ٥٢ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية.

إذ لم يكن لإرادة الأطراف أي دخل في ذلك ولا يمكنهم تجنب التحكيم واللجوء إلى غيره، وإنما كان لازماً عليهم اللجوء إلى التحكيم بحكم القانون لحسم منازعاتهم، واستمر هذا الوضع حتى أصدرت المحكمة الدستورية حكماً يقضي بعدم دستورية نظام التحكيم الإجمالي في منازعات سوق الأوراق المالية، بما يستوجب ضرورة التحول إلى نظام التحكيم الاختياري، وهو ما يقتضي منا تقسيم الدراسة في هذا المطلب لفرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : مدى دستورية نظام التحكيم الإجمالي في مصر.

الفرع الثاني : الأخذ بنظام التحكيم الاختياري في منازعات سوق الأوراق المالية المصري .

الفرع الأول

مدى دستورية نظام التحكيم الإجمالي في مصر

نظم المشرع المصري تسوية منازعات سوق رأس المال بنوعيتها الإدارية والتجارية بمقتضى المادة ١٠ والمواد من ٥٢ إلى ٦٢ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(١) أخذت العديد من الدول بنظام التحكيم الاختياري في منازعات سوق الأوراق المالية ومن ذلك على سبيل المثال (الولايات المتحدة الأمريكية، الأردن، سلطنة عمان) انظر في ذلك : د. أشرف أحمد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها.

حيث نصت المادة ٢/١٠ من هذا القانون على أن "لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جدية يبيدها عدد من المساهمين الذين يملكون ٥% على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبت وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم.

وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار، فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر الوقف كأن لم يكن.

كما نصت المادة ٥٢ على أن "يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع..".

وبذلك يكون المشرع المصري قد أخذ بنظام التحكيم الإلزامي دونما اعتبار لإرادة الطرفين المتنازعين سواء فيما يتعلق باختيار المحكمين أو حتى بإجراءات التحكيم، إذ أن هيئة التحكيم تشكل وبمقتضى هذا النص بقرار من وزير العدل وتكون برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل طرف.

هذا وقد تم الطعن على المادتين ٢/١٠ و ٥٢ من قانون سوق رأس المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، أمام المحكمة الدستورية العليا، والتي قضت بعدم دستورية نص المادتين سالفتي الذكر.

هذا وقد جاء قضاء هذه المحكمة على أنه "وحيث إن حكم الإحالة ينعي على النصين المطعون عليهما - م ٢/١٠، م ٥٢ - أنهما جعلاً للجوء إلى التحكيم طريقاً إجبارياً للتقاضي على خلاف الأصل من أنه وسيلة اختيارية لفض المنازعات لا تنشأ إلا عن الإرادة الحرة لأطرافه فحال بذلك دون اللجوء إلى القضاء ابتداء بما يخل بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور.

وحيث إن هذا النص صحيح، ذلك أن مؤدى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً إذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وواصلت المحكمة القول بأنه "إن القاعدة التي تتأسس عليها مشروعية التحكيم كأسلوب لفض المنازعات يغير طريقة التقاضي العادي هي قاعدة اتفاقية تبني إرادة الأطراف فيها على أصولها وأحكامها، سواء توجهت هذه الإرادة الحرة إلى اختيار التحكيم سبباً لفض نزاع قائم بينهم، أو لفض ما عساه أن يقع. مستقبلاً من خلافات بينهم تنشأ من علاقاتهم التعاقدية ومن هذه القاعدة الاتفاقية تبعث سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم، ومن ثم فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان.

هذا وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا لعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٠)، والمادة (٥٢) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٩٢.

كما قضت كذلك بسقوط نصوص المواد (٥٣ - ٦٢) من ذات القانون والمادتين (٢١٠، ٢١١) من اللائحة التنفيذية للقانون.

ويستفاد من حكم المحكمة الدستورية العليا أن التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية يمثل خروجاً على مبدأ دستوري مستقر نصت عليه المادة ٦٨ من دستور سنة ١٩٧١ والمادة رقم ٩٧ من دستور سنة ٢٠١٤ والتي جاء فيها أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي وتعمل على سرعة الفصل في القضايا ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء...".

الفرع الثاني

الأخذ بنظام التحكيم الاختياري

الأصل في دستورية التحكيم هو وجود اتفاق تحكيم صحيح لسلب ولاية القضاء بموجب النصوص القانونية التي تنظم التحكيم، أما ما جاء بنصوص قانون

سوق رأس المال فإن التحكيم مقرر بإرادة المشرع وبالتالي لا يوجد اتفاق تحكيم أصلاً بين الطرفين المتنازعين وهو ما يعني أن هذا النوع من التحكيم الذي يغفل إرادة الأطراف في تقريره غير دستورياً على نحو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا^(١).

وبصدور حكم المحكمة الدستورية العليا زال نظام التحكيم الإجمالي في منازعات أسواق الأوراق المالية في مصر، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية، كل ما هناك أن اللجوء لنظام التحكيم لفض منازعات سوق الأوراق المالية أصبح اختيارياً وليس إجبارياً، كما استرد القضاء ولايته على المنازعات الخاصة بتطبيق قانون سوق رأس المال بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية.

- اللجوء إلى التحكيم في ظل العمل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية.

أصدر المشرع القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الهيئة العامة للرقابة المالية لتحل محل كل من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، والهيئة العامة لسوق المال، والهيئة العامة لشئون التمويل العقاري، وتتولى الهيئة الرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بما في ذلك أسواق رأس المال مستهدفة من وراء ذلك سلامة واستقرار هذا السوق، وتنظيمه وتنميته ورفع كفاءته وتحقيق شفافية الأنشطة التي تمارس فيه^(٢).

وقد أنطقت المادة ١٠ من القانون برئيس الجمهورية إصدار قرار بإنشاء مركز التحكيم والتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام القوانين الخاصة بالمعاملات المالية غير المصرفية، وجعلت اللجوء إليه جوازياً لأطراف المنازعة سواء أكان ذلك بمقتضى اتفاق تحكيم أو بمشاركة تحكيم، كما أنطقت هذه

(١) د. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٠٤.

(٢) موقع الهيئة العامة للرقابة المالية:

المادة للوزير المختص إصدار النظام الأساسي للمركز، وتحديد القواعد والإجراءات المنظمة له والرسوم التي يتقاضاها^(١).

وبذلك يكون المشرع المصري وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية التحكيم الإجمالي في منازعات سوق الأوراق المالية قد تحول - وإن تباطأ - إلى نظام التحكيم الاختياري، فأصبح لأطراف المنازعة حرية اللجوء إلى التحكيم من عدمه بالنسبة للمنازعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية. وتطبيقاً لنص المادة ١٠ أصدر مجلس إدارة البورصة المصرية وفي سبيل وجود قواعد تحكيم متخصصة في السوق قراره بجلسة رقم ٨ لسنة ٢٠١٤م بشأن اعتماد قواعد تحكيم البورصة المصرية لتسوية منازعات سوق رأس المال تطبق عند اتفاق طرف التحكيم على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات إلى التحكيم وفقاً لهذه القواعد^(٢).

المطلب الثالث

قواعد وإجراءات التحكيم الاختياري في مجال سوق الأوراق المالية المصري

نهج المشرع المصري نهج العديد من الدول وأخذ بنظام التحكيم الاختياري كوسيلة لفض منازعات سوق الأوراق المالية، وذلك نظراً لحاجة هذا السوق إلى مثل هذه الوسيلة البديلة لحسم ما يثور أو عساه أن يثور من منازعات تتعلق بهذا السوق السريع والحيوي، حيث يلعب الوقت دوراً هاماً في نجاحه كما تلعب السرية والمعلوماتية والإفصاح والشفافية وغيرها من القواعد أساساً يستند إليه هذا السوق، ولعل هذا هو ما دفع المشرع المصري خاصة بعد حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية نظام التحكيم الإجمالي في سوق الأوراق المالية إلى التحول لنظام التحكيم الاختياري الذي يعتمد في الأساس، كما هو مستقر على إرادة طرفي

(١) م ١١ ق ١٠ لسنة ٢٠٠٩.

(٢) م ١/٦ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لتسوية منازعات سوق المال على الموقع الإلكتروني للبورصة:

<http://www.egx.com.eg/getdoc/88843116-7827-4c41-b2ca-4802a23138a0>

/Arbitration-Rules.aspx

المنازعة في اللجوء إليه أو إلى غيره من الوسائل البديلة الأخرى لحسم منازعاتهم^(١).

خاصة بعد تكس الآلاف من القضايا في أروقة المحاكم بعد حكم المحكمة الدستورية التاريخي، فوفقاً لتقديرات الهيئة العامة لسوق المال فإن حوالي ٣٥٨٤ منازعة متعلقة بالتعامل في سوق المال في يونيو ٢٠٠٣ لم يتم الفصل فيها بعد، وتقدر قيمة الحقوق المتنازع عليها ما يقارب المليار جنيه مصري^(٢).

وقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ نصاً في مادته رقم (١٠) على جواز التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية، وأحال لرئيس الجمهورية إنشاء مركز التحكيم، والتسوية في منازعات سوق رأس المال، كما أناط بالوزير المختص إصدار القواعد المنظمة لذلك.

وقد أصدرت إدارة البورصة بالفعل هذه القواعد في عام ٢٠١٤ معتمداً على قواعد (الأونسيترال) لقواعد التحكيم.

ويحدد نطاق التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية فقط بالمنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والتي تقع بين المتعاملين في السوق من وسطاء ومستثمرين، أما عن الإجراءات أو الجزاءات التي تفرضها إدارة السوق ضد الشركات المخالفة للقانون أو التعليمات والأنظمة داخل السوق فإنها تخرج عن إمكانية نظرها عن طريق التحكيم إذ تعد قواعد أمره لا يجوز مخالفتها لتلحقها بالنظام العام^(٣).

هذا وسوف نتناول بالدراسة في هذا المطلب تباعاً هيئة التحكيم، ثم نعرِّج بعد ذلك لدراسة إجراءات التحكيم ... كل في فرع مستقل على النحو التالي:

(١) انظر في تفاصيل هذه الوسائل البديلة كالصلح والتوفيق والوساطة، وغيرها رسالتنا للدكتوراه، بعنوان "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البيوت)"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، سنة ٢٠٠٦م، ص ٤٤٨ وما بعدها.

(٢) د. صالح رشاد الحمراي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٣) انظر في هذا المعنى د. أشرف أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص ١٠٤.

الفرع الأول هيئة التحكيم

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم.
(أ) القاعدة العامة:

القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد البورصة المصرية هي تشكيل الهيئة من عدد ثلاثة محكمين سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لم يتفقوا بشرط مرور مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم المدعي إخطار التحكيم ولم يفصح الأطراف عن الأخذ بنظام المحكم الواحد^(١).

وفي حالة الأخذ بالتشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم فعلى كل طرف من طرفي التحكيم أن يعين محكماً واحداً، وبعد ذلك يختار المحكان المعينان المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم^(٢).

ويجوز لكل طرف أن يختار محكمه ويخطر الطرف الآخر بذلك وإذا تقاعس هذا الأخير عن اختيار محكمه خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ استلام الإخطار أن يطلب من القطاع القانوني بالبورصة تعيين المحكم الثاني^(٣).

ولعل ذلك يعكس الحرص من قبل البورصة في إنهاء منازعات سوق رأس المال بسرعة، فإذا تقاعس أحد طرفي المنازعة عن تعيين محكم بعد انقضاء مدة ثلاثين يوماً من تاريخ قيام الطرف الآخر باختيار محكمه وإخطاره بذلك، هنا أجازت القواعد للطرف الجاد أن يطلب من القطاع القانوني بالبورصة تولي مهمة اختيار المحكم الثاني حثاً للأطراف على السرعة في اختيار محكميهم فضلاً عن منعهم من التعمد في إطالة أمد النزاع مما يؤثر على البورصة ويتعارض مع أهم مميزات التحكيم المتعلقة بالسرعة والمرونة.

وفي ذات الاتجاه أجازت هذه القواعد للقطاع القانوني بالبورصة مهمة تعيين المحكم الثالث رئيس هيئة التحكيم وبذات إجراءات تعيين المحكم الفرد إذا فشلا

(١) م ١/١١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٢) م ١/١٣ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٣) م ٢/١٣ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

المحكّمين في اختيار المحكم الثالث خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تعيين المحكم الثاني^(١).

(ب) الاستثناء :

إذا كانت القاعدة العامة هي تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين سواء أكان ذلك باتفاق الأطراف أو حتى دون اتفاق على التفصيل السابق، إلا أنه وخروجاً عن هذه القاعدة يجوز أن تشكل هيئة التحكيم من محكم فرد، كما يجوز أن تتشكل الهيئة من عدد آخر أكثر من الثلاثة بشرط أن يكون العدد وترأ^(٢).

- تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد.

يجوز تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد فقط إذا لم يتفق الأطراف مسبقاً على عدد المحكمين ولم يتفقوا خلال ثلاثين يوماً من تسليم المدعى عليه إخطار التحكيم، ففي هذه الحالة يجوز تشكيل الهيئة من محكم واحد فقط^(٣) طالما أن الطرف الآخر لم يتولى تعيين محكم وكان ذلك مناسباً في ضوء ظروف القضية^(٤).

وإذا كان هناك اتفاق مسبق من الأطراف على تعيين محكم فرد وتعذر عليهم تعيينه، ففي هذه الحالة يُعين القطاع القانوني المحكم الفرد بناء على طلب أحد الأطراف مع انقضاء مدة ثلاثين يوماً من تاريخ استلام جميع الأطراف الآخرين المعنيين بتعيين محكم فرد^(٥).

كما يجوز للقطاع القانوني تعيين المحكم الفرد في أقرب وقت ممكن ويتبع في هذا التعيين طريقة القائمة حيث يرسل القطاع لكل واحد من الأطراف نسخة متطابقة من قائمة تتضمن ثلاثة أسماء على الأقل.

ويجوز لكل طرف من الأطراف أن يعيد القائمة إلى القطاع القانوني خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمه بعد أن يكون قد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها مع حقه في إعادة ترتيب الأسماء بالقائمة حسب الترتيب الأفضل له.

(١) م ٢/١٣ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٢) م ٢/١٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٣) م ١/١١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٤) م ٢/١١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٥) م ٢/١٢ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

يعين القطاع القانوني المحكم الفرد من بين الأسماء في القوائم التي أعيدت إليه وبعد شطب الأسماء المعترض عليها من الأطراف ووفقاً لترتيب الأفضلية وبعد انقضاء مدة الثلاثين يوماً المشار إليها، ويتبع القطاع في تعيين المحكم الفرد طريقة القائمة، كما يجوز له عدم اتباع طريقة القائمة إذا رأى أنها لا تتناسب ظروف القضية ويتمتع في ذلك بسلطة تقدير واسعة.

كما يكون للقطاع كذلك عدم اتباع طريقة القائمة إذا لم يتفق الأطراف على اتباعها^(١).

- تشكيل هيئة التحكيم من عدد يزيد عن ثلاثة محكمين على أن يكون وترأ: إذا كان الأصل هو تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين واستثناء من ذلك يجوز تشكيل الهيئة من محكم واحد فإنه أيضاً مما يعد استثناء على الأصل يجوز تشكيل هيئة التحكيم من عدد من المحكمين أكثر من ثلاثة ووفقاً للطريقة التي يفتق عليها الأطراف على أن يكون العدد وترأ خاصة لو كان الأطراف متعددون وانفقوا على ذلك سواء بصفتهم مدعين أو مدعى عليهم^(٢).

وفي حالة تعدد الأطراف وعدم تمكنهم من تشكيل الهيئة من عدد وتر أكثر من ثلاثة، فللقطاع القانوني تشكيلها بناء على طلب أحد الأطراف، وله في سبيل ذلك إلغاء أي تعيين سابق، كما له أن يعين أو يعيد تعيين جميع المحكمين، وله أن يعين رئيس هيئة التحكيم من أحدهم^(٣).

ويجوز في جميع الأحوال استبدال محكم بمحكم آخر بذات الإجراءات التي تم بها تعيين المحكم الأصلي، وذلك في الحالات التي تتطلب تبديل أحد المحكمين أثناء سير إجراءات التحكيم، ويتبع ذات الإجراءات إن لم يتمكن أحد الأطراف أثناء عملية تعيين المحكم المراد تبديله من ممارسة حقه في التعيين أو في المشاركة في التعيين.

(١) م ١٣ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

(٢) م ٢/١٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

(٣) م ٣/١٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

كما يجوز للقطاع القانوني وبناء على طلب أحد الأطراف وفي حالة الظروف الاستثنائية للقضية تعيين محكم بديل أو يصرح لباقي المحكمين ودون تعيين محكم بديل بالاستمرار في التحكيم وذلك بعد قفل باب المرافعة^(١). وفي حالة تبديل أحد المحكمين يتعين على هيئة التحكيم أن تعيد سماع المرافعات الشفوية التي سبق الاستماع إليها قبل التبديل ما لم تقرر الهيئة خلاف ذلك^(٢).

الفرع الثاني

إجراءات التحكيم

تعد هذه المرحلة من أهم وأصعب مراحل التحكيم، لأنها تحتاج إلى محكم متمكن وعلي علم بموضوع النزاع وتتوافر فيه الخبرة الكافية سواء من الناحية العملية أو العلمية في أسواق رأس المال، وكذلك الكفاءة والسرعة في الوصول إلى الترضية المناسبة لكلا الطرفين وفي أقرب وقت ممكن^(٣).

ولم تحدد القواعد إجراءات محددة يتعين على هيئة التحكيم السير وفقاً لها وإنما وضعت قواعد وضوابط يتعين الالتزام بها مع اتباع هيئة التحكيم الإجراءات التي تراها مناسبة لتحقيق هذه القواعد والضوابط، ومن ذلك ضرورة أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن يتاح لكل طرف في كافة مراحل القضية الفرصة الكاملة لإبداء دفاعه، مع اتباع الإجراءات اللازمة التي تكفل تحقيق الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف وتجنب النفقات غير الضرورية^(٤).

وعلى الهيئة الفصل في أي دفوع عند بدء نظر النزاع تتعلق بعدم الاختصاص أو عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان أو فسخ العقد الأصلي بين المتنازعين، ويقدم هذا الدفع إلى هيئة التحكيم في موعد أقصاه الرد على الدعوى أي

(١) م ٢٢١ / ١٨ من قواعد تحكم البورصة المصرية.

(٢) م ١٩ من قواعد تحكيم البورصة المصرية

(٣) د. مصطفى ناطق صالح، د. نسيبة إبراهيم حمو، المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٤) م ٢١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

وقت تقديم بيان الدفاع بما في ذلك الطلبات المقابلة أو الدعوى المقامة بقصد الدفع بالمقاصة^(١).

وللهيئة الاستماع للشهود إن وجدوا، وكذلك الاستعانة بالخبراء إذا دعت الحاجة إلى ذلك والاستماع للمرافعات الشفوية إذا طلب ذلك أحد الأطراف أو رأت ذلك هيئة التحكيم^(٢).

وعلى طرفي النزاع تبادل الأوراق والمستندات والأدلة المختلفة وذلك من خلال القطاع القانوني كما يتعين على الأطراف أن تودع لدى القطاع القانوني عدد من النسخ يكفي بحيث يكون لكل طرف من الأطراف الأخرى نسخة ، ويكون لدى كل محكم نسخة وثلاث نسخ للقطاع القانوني من أية إخطارات أو مذكرات أو مستندات مرفقة وأية مراسلات سواء مرسلة أو مودعة من أحد الأطراف^(٣).

والأصل أن جلسات التحكيم تكون سرية نظراً لما تحويه من بيانات ومعلومات هامة وسرية وأي تسريب لها أو إطلاع عليها قد يؤثر على سمعة الشركة أو العميل أو المستثمر في السوق، ومن ثم فلا يجوز إتاحتها للجمهور، وذلك وفقاً للقواعد الواردة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية أو وفقاً لما تراه الهيئة التحكيمية أو وفقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بذلك^(٤).

إلا أنه واستثناء من هذه القاعدة أجازت قواعد التحكيم بالبورصة المصرية إتاحة بعض المعلومات والبيانات للكافة، كالإخطار بالتحكيم والرد على الإخطار بالتحكيم، وبيان الدعوى وبيان الدفاع وأية بيانات كتابية أو أدلة أخرى كتابية مقدمة من أي طرف وتقارير الخبراء وأقوال الشهود والمذكرات المقدمة من الغير ومحاضر الجلسات وأية أوامر أو قرارات أو أحكام صادرة من هيئة التحكيم^(٥).

(١) م ٢٧ / ١ ، ٢ .

(٢) م ٣/٢١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٣) م ٤/٢١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٤) م ١/٣٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٥) م ٦/٢١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

وذلك كله دون الإخلال بنص المادة ٣٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية التي تتعلق بالمعلومات السرية أو المحمية والتي لا يجوز إتاحتها إلى عامة الناس.

وقد أجازت قواعد تحكيم البورصة المصرية لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ تدابير وقتية لا تنتهي بها الخصومة أو تفصل في موضوع الحق المتنازع عليه وذلك بناء على طلب أحد طرفي النزاع ومن ذلك على سبيل المثال: إبقاء الحال على ما هو عليه أو إعادة الأمر إلى ما كان عليه لحين الفصل في النزاع، كما يجوز كذلك لهيئة التحكيم اتخاذ إجراء مؤقت لمنع وقوع ضرر حال أو محتمل أو ماس بإجراءات التحكيم ذاتها أو الامتناع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ضرراً أو مساس بهذه الإجراءات.

كما يجوز لهيئة التحكيم اتخاذ ما يلزم للمحافظة على الأدلة ذات الصلة بموضوع النزاع، كما يكون لها اتخاذ الوسائل اللازمة للمحافظة على الأصول التي يحتمل التنفيذ عليها بموجب حكم تحكيمي لاحق^(١).

وأخيراً وبعد أن تصل هيئة التحكيم إلى قناعة تامة في موضوع النزاع تقوم بقفل باب المرافعة تمهيداً للمداولة والتي يتعين أن تكون سرية^(٢)، وذلك باستثناء وفي حدود ما يكون مطلوباً الإفصاح عنه بموجب قرار من سلطة قضائية^(٣).

الفرع الثالث

حكم التحكيم

يصدر حكم التحكيم بأغلبية المحكمين - اثنين على الأقل - إذا كانت الهيئة ثلاثية ولا يشترط الإجماع في إصدار الحكم^(٤). ويجب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وأن يشتمل على ما يتضمنه الحكم القانوني من حيثيات وصولاً لمنطوق الحكم^(٥).

(١) م ٣١ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

(٢) م ٣٧ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

(٣) م ٣/٣٩ من قواعد تحكيم البورصة المصرية.

(٤) م ١/٣٩ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٥) م ٢/٤٠ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

وعلى خلاف الحكم القضائي الذي يوقع عليه جميع قضاة الدائرة التي أصدرته فإن حكم التحكيم يوقع من رئيس هيئة التحكيم والأعضاء الآخرين، ويجوز لأحد المحكمين أو بعضهم عدم التوقيع على أن يبين الحكم أسباب عدم توقيع أحدهم في حالة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين أو أكثر^(١).

وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئة التحكيم نهائية، بمعنى أن هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم لا يجوز لها أن تعدل عنه أو تلغيه أو تغير فيه، كما لا يجوز طرح موضوع النزاع على هيئة تحكيم أخرى ومع ذلك فإن الحكم يكون قابلاً للطعن عليه أمام محكمة الاستئناف المختصة^(٢).

ويسلم لكل طرف نسخة أصلية من الحكم موقفاً عليها من المحكمين، ويجوز نشر الحكم التحكيمي الصادر من هيئة التحكيم علناً، وذلك إذا ما قرر كل الأطراف ذلك، أو كان أحد الأطراف ملزماً قانوناً أو ملزماً بحكم قاعدة صدرت عن إدارة البورصة تلزمه بالإفصاح عن الحكم وفي هذه الحالة تخطر إدارة الإفصاح بالبورصة من القطاع القانوني بما هو مطلوب نشره^(٣).

ولعل هذا هو ما كان محل انتقاد بعض الفقه، إذ أن الالتزام القانوني بنشر الحكم التحكيمي علناً يتعارض مع جوهر نظام التحكيم الذي يقوم في الأساس على السرية، ويرى هذا الفريق ضرورة أن يقتصر النشر على المبدأ التحكيمي دون تفاصيل القضية المنظورة أمام هيئة التحكيم والتي قد يضر نشر تفاصيلها بالمتعاملين وتخرق قاعدة السرية^(٤).

وأخيراً، يكون لهيئة التحكيم، بعد إصدار الحكم، سلطة تفسير ما غمض منه خلال مدة أقصاها ٣٠ يوماً من تاريخ تسلم الطرف الحكم^(٥)، والتي عليها إصدار قرارها في طلب التفسير خلال مدة أقصاها ٤٥ يوماً من تاريخ تسلم الطلب.

(١) م ٣/٤٠ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٢) د. سمير محمد يحي الأحرابي، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٣) م ٥/٤٠ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٤) د. مصطفى ناطق صالح، د. نسبية إبراهيم حمو، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٥) م ١/٤٣ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

كما يحق لهيئة التحكيم كذلك تصحيح أي أخطاء سواء مادية أو كتابية أو حسابية أو مطبعية أو أي أخطاء أخرى مماثلة في حكم التحكيم بناء على طلب أي طرف خلال مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الحكم، ويكون لهيئة التحكيم حق إصدار رأيها في طلب التصحيح في مدة خمسة وأربعين (٤٥) يوماً من تاريخ تسلم الطلب^(١).

كما يجوز لهيئة القيام بهذا التصحيح من تلقاء نفسها خلال ٣٠ يوماً من تاريخ إرسال حكم التحكيم^(٢).

وتصدر الهيئة رأيها في هذا التصحيح كتابة، ويعد قرار التصحيح جزءاً من حكم التحكيم.

وإذا ما أغفل حكم التحكيم أحد الطلبات التي قدمت أثناء إجراءات التحكيم فيكون للهيئة إصدار حكم تحكيمي إضافي بناء على طلب أي طرف خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تسلمه حكم التحكيم مع التزامه بإخطار الأطراف الأخرى والقطاع القانوني بهذا الطلب، ويجوز لهيئة التحكيم أن تحدد للأطراف الأخرى خمسة عشر يوماً للتعليق على هذا الطلب^(٣).

وتصدر هيئة التحكيم الحكم الإضافي متى توافرت مبررات طلب تصحيح الإغفال خلال ٦٠ يوماً من تاريخ تسلم الطلب مع حق الهيئة في مد المدة اللازمة لإصدار مثل هذا الحكم^(٤).

المبحث الثالث

الطعن القضائي كآلية لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

إذا لم يقنع المستثمر أو غيره قرارات المتعاملين بأسواق الأوراق المالية، بما قد يقدمه من تظلم في قرارات البورصة أو الهيئة العامة للرقابة المالية، فإنه

(١) م ٢/٤٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٢) م ٣/٤٤ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٣) م ١/٤٥ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

(٤) م ٢/٤٥ من قواعد تحكيم البورصة المصرية لسنة ٢٠١٤م.

يمكنه اللجوء إلى طريقة التحكيم على نحو ما بينا في دراستنا، إلا أن ذلك ليس وجوباً عليه خاصة بعد حكم المحكمة الدستورية العليا، فلا يكون أمامه إلا ولوج طريق التقاضي لاقتضاء حقه سواء أكان ذلك عن طريق اللجوء للقضاء العادي أو القضاء الإداري على حسب الأحوال، فإذا كانت المنازعة بين المتعاملين في اسواق الأوراق المالية فوقاً لنص المادة ٥٢ والتي قضى بعدم دستوريته والتي تنص على أن الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم يكون أمام محكمة الاستئناف المختصة، إلا أنه وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فقد أصبح اللجوء إلى التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية اختيارياً وليس وجوبياً واللجوء إليه لا يتضمن نزولاً عن حق اللجوء للقضاء وإنما هو مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع ويترتب على هذا أن عدم تنفيذ اتفاق التحكيم يؤدي إلى استرداد المحكمة المختصة لسلطتها في الفصل في الدعوى بناء على طلب ذوي الشأن^(١).

وهذا هو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بالقول أن "الانفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء، أساس ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدمة التي تتعلق بالنظام العام..."^(٢).

إلا أن اللجوء إلى القضاء بشأن منازعات سوق الأوراق المالية قد يكون أمام القضاء الإداري وقد يكون أمام القضاء العادي فيثور التساؤل حول الجهة المختصة بنظر المنازعة؟ كما يثور التساؤل عن نطاق اختصاص كل جهة من جهتي التقاضي بنظر منازعات سوق الأوراق المالية؟.

وهدياً لما سبق فإننا سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث لعدة مطالب، نتحدث في المطلب الأول عن الاختصاص القضائي بنظر منازعات سوق الأوراق المالية على أن نخصص المطلب الثاني لدراسة رقابة القضاء العادي لمنازعات سوق

(١) د. سحر عبدالستار إمام، قانون المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ٢٠١٠، ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. ع، جلسة ١٩٩٤/١/١٨، مكتبة في رقم ٣٩، جزء (١)، ص ٦٩١.

الأوراق المالية، ونختم دراستنا بمطلب ثالث نتحدث فيه عن رقابة القضاء الإداري لمنازعات سوق الأوراق المالية.

المطلب الأول

معيار الاختصاص القضائي بنظر منازعات سوق الأوراق المالية

عرفت مصر نظام القضاء المزدوج منذ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة، وقبل هذا التاريخ كانت مصر تأخذ بنظام القضاء الموحد، ومرت مصر بعد هذا القانون بالعديد من التطورات التشريعية، حيث صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وتلاه القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، وأخيراً صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، والذي نص في مادته العاشرة على أن تخصص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في سائر المنازعات الإدارية وذلك بعد أن عدت المادة المذكورة ثلاثة عشر نوعاً من المنازعات التي تختص بها هذه المحاكم، وبذلك أصبح القاضي الإداري هو القاضي القانوني العام في نظر كافية أنواع المنازعات الإدارية^(١).

إلا أن ذلك لا يعني أن اختصاص القضاء الإداري قد أصبح يحيط بكافة أنواع المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وإنما انعقد اختصاصه بتلك المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة^(٢).

كما أن ذلك لا يحول بين المشرع وإخراج بعض المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري ويعهد بها إلى جهة أخرى سواء جهة قضائية أو غير ذلك، وهذا هو ما قضت به المحكمة العليا (الدستورية) منذ بواكر أحكامها، حيث قالت "إن تقرير الولاية العامة في المنازعات الإدارية لمجلس الدولة طبقاً لنص المادة (١٧٢) من الدستور (دستور ١٩٧١)، لا يعني غل يد المشرع عن إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى على سبيل الاستثناء، وبالقدر وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام، إعمالاً للتفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من

(١) راجع ي ذلك: د. السيد خليل هيكل، د. وهيب عياد سلامة، د. ثروت عبدالعال أحمد، القضاء الإداري، الجزء الأول، بدون ناشر، سنة ٢٠٠١م، ص ١٦٦ - ١٧١.

(٢) د. ماجد راغب الطلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٥ ص ١٨٠.

الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها...^(١).

وعندما أصدر المشرع المصري القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق الأوراق المالية عمد المشرع إلى تحديد الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ في مجال الأوراق المالية وبيان طريقة تسويتها بمقتضى نصوص المواد (٥٠، ٥١، ٥٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢) ففرق بين نوعين من المنازعات عهد بنوع منها إلى القضاء الإداري وعهد بنوع آخر من المنازعات ليتم حسمها عن طريق التحكيم الإلزامي حتى صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في عام ٢٠٠٢ وقضى بعدم دستورية المادة ٥٢ ونظام التحكيم الإلزامي وعاد الاختصاص من جديد إلى القضاء العادي، واستمر الوضع على هذا النحو حتى أصدر المشرع القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية والتي أصبح لها سلطة الفصل في جانب من منازعات سوق الأوراق المالية.

وهدياً على ما سبق، فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا المطلب لفرعين، فنتحدث في الفرع الأول عن توزيع الاختصاص بنظر منازعات سوق الأوراق المالية قبل صدور القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ وفي الفرع الثاني نتحدث عن توزيع الاختصاص بنظر منازعات سوق الأوراق المالية بعد صدور القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م.

الفرع الأول

توزيع الاختصاص بنظر منازعات سوق الأوراق المالية

قبل العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م

قبل صدور القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨^(٢)، ومنذ صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق الأوراق المالية كانت منازعات سوق الأوراق المالية مشاعاً

(١) الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق، عليا، جلسة ٧ فبراير ١٩٧٦م.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٢١، تاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٨م.

بين القضاء الإداري وهيئات التحكيم التي كانت تشكل بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء الاستئناف وعضوية محكم من كل طرف^(١).

ووفقاً لنص المادة رقم ٥٢ من هذا القانون فإن المنازعات التي تثور بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية يجب حسمها عن طريق التحكيم الإلزامي. ويكون الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة، وتكون أحكام هيئة التحكيم نهائية ونافاذة ما لم تقرر محكمة الطعن وقت تنفيذها.

أما المنازعات الإدارية التي تتعلق بالقرارات الإدارية التي تصدر من رئيس البورصة أو الوزير أو رئيس الهيئة العامة لسوق المال (تحولت إلى الهيئة العامة للرقابة المالية) فإنها تدخل في اختصاص القضاء الإداري استناداً للبند ١٤ من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ باعتبارها من قبل القرارات الإدارية على ما هو مستقر عليه في مفهوم القرار الإداري فقهاً وقضاءً، وهو ما أكدته أحكام القضاء الإداري في غير موضع، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة في أحد أحكامها بالقول أنه "ومن حيث إنه عن الدفع المبدي بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، فإنه مردود إذ أنه وفقاً لأحكام البندين خامساً ورابع عشر من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٢ تختص محاكم مجلس الدولة بنظر الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية، ووفقاً لأحكام المواد ٥٠، ٥١، ٥٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق المال، فقد فرق المشرع بين المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية أو من الهيئة العامة لسوق رأس المال تنفيذاً لأحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية فجعل الاختصاص بنظر المنازعات منوط بالقضاء الإداري المختص ولائياً بنظر المنازعات الإدارية، وبين المنازعات الناشئة بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية فجعل الاختصاص بنظرها لهيئة التحكيم وأجاز الطعن فيما يصدر عن هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة^(٢).

(١) م ٥٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٥٨٣٤ لسنة ٥٤ قضائية بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٢م، غير منشور.

والأصل في القرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة أو رئيس هيئة سوق المال بموجب قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية يطعن عليها مباشرة بالإلغاء أمام محاكم القضاء الإداري المختصة.

إلا أن المشرع وخروجاً عن الأصل العام استوجب التظلم في هذه القرارات قبل ولوج الطعن فيها أمام القضاء، أمام لجنة التظلمات وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال، توخياً منه لإمكانية تسوية هذه المنازعات بالتظلم مما يؤدي إلى الإسراع في تسويتها وهو ما يتماشى مع طبيعة هذه المنازعات وتعلقها بسوق حيوي وهو سوق رأس المال^(١).

واستمر الوضع على هذا الحال، حيث يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو رئيس هيئة سوق المال بعد استيفاء الإجراءات الشكلية المتعلقة بالتظلم الوجوبي بالنسبة لقرارات الهيئة أو الوزير أما المنازعات الأخرى والمتعلقة بالمتعاملين في مجال الأوراق المالية فكان التحكيم الإجمالي هو السبيل الوحيد لحسمها.

ثم صدر حكم المحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠٠٢ وقضى بعدم دستورية التحكيم الإجمالي وترتب على ذلك الحكم بعدم دستورية المادة ٢/١٠، والمادة ٥٢ وسقوط المواد من ٥٣ إلى ٦٢، وكذلك المادتين ٢١٠، ٢١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

وبصدور حكم المحكمة الدستورية العليا لا يجوز تطبيق نصوص المواد سالفة الذكر اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، وأصبح هذا الحكم ملزماً لجميع سلطات الدولة والكافة ويمنع على جميع المحاكم باختلاف درجاتها وأنواعها تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها حتى لو كانت سابقة على صدور الحكم بعد الدستورية باعتبار أن قضاء المحكمة الدستورية العليا هنا يعد قضاءً كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص^(٢).

(١) د. نسرین فرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٤٠.

(٢) راجع في هذا المعنى، حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٦٤٣ لسنة ٧١ قضائية، بتاريخ ٢٣/١/٢٠٠٧، غير منشور.

وعلى إثر صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نظام التحكيم الإلزامي، فإن مؤدى ذلك أن الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالمتعاملين في مجال الأوراق المالية ينعقد للقاضي الطبيعي وهو جهة القضاء العادي والتي كفل دستور ١٩٧١ وكذلك دستور ٢٠١٤ الحالي لكل مواطن حق اللجوء إليه^(١).

ولما كان قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ قد اتخذ من التحكيم وسيلة للفصل في منازعات المتعاملين في مجال الأوراق المالية، وناط بمحاكم الاستئناف المختصة الفصل في الطعون الصادرة في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، ومن ثم ينعقد الاختصاص بالفصل في هذه المنازعات لمحكمة الاستئناف المختصة ولا تتغير جهة الاختصاص بالفصل في الطعون بصدور حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر بحسبان أن اختصاص محكمة الاستئناف بالفصل فيما يصدر من هيئات التحكيم معقود لها، ويخرج المنازعة عن اختصاص محاكم مجلس الدولة^(٢).

وظل الوضع على هذا الحال حيث يختص القضاء الإداري بنظر منازعات سوق الأوراق المالية المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة أو هيئة سوق المال، أما المنازعات المتعلقة بالمتعاملين في مجال الأوراق المالية فينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي حتى صدر القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية.

الفرع الثاني

توزيع الاختصاص بنظر منازعات سوق الأوراق المالية

بعد العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨

بعد إصدار المحكمة الدستورية العليا حكمها الشهير بعدم دستورية نظام التحكيم الإلزامي في منازعات سوق الأوراق المالية تكدست القضايا أمام القضاء العادي، حيث بلغ عددها حوالي ٣٥٨٤ طعن في يونيو ٢٠٠٣ م فقط^(٣).

(١) حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٦٢ قضائية، بتاريخ ٢٦/١/٢٠٠٣، غير منشور.

(٢) انظر قريباً من هذا المعنى: حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٧٩٤٩ لسنة ٥٦ قضائية، بتاريخ ١٤/١/٢٠٠٣ م، غير منشور.

(٣) د. صالح راشد الحرائي، المرجع السابق، ص ٢٠٦ م.

ولذا دعت الحاجة، ولتشجيع الاستثمار عامة وفي قطاع الأوراق المالية بسوق المال بصفة خاصة، إلى ضرورة توفير قضاء متخصص يعالج سلبيات النظم التقليدية للنقاضي، ويحقق سرعة في الفصل في المنازعات مع كفالة ضمانات النقاضي بواسطة قضاة مؤهلين يتفهمون دقة وتبعات ما يفصلون فيه من منازعات لها طبيعة خاصة^(١).

ونتيجة لذلك أصدر المشرع القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية، ووفقاً لنص المادة الأولى منه تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف تسمى المحكمة الاقتصادية يندب لرئاستها رئيس بمحاكم الاستئناف لمدة سنة قابلة للتجديد.

هذا وتشكل المحاكم الاقتصادية من دوائر ابتدائية وأخرى استئنافية وبها هيئة لتحضير الدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة^(٢). وتختص المحاكم الاقتصادية دون غيرها نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في سبعة عشر قانوناً^(٣).

(١) انظر: د. صلاح الدين أحمد فؤاد حسنين، نحو دعائم لوجستية للمحاكم الاقتصادية، مؤتمر كلية القانون، بجامعة الإمارات، ٢٠١٥م، ص ١١٠٥.

(٢) انظر المادتين ٢٢١ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) وفقاً لنص المادة ٤ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ تختص هذه المحاكم بنظر الدعاوى الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية:

- ١- قانون العقوبات في شأن جرائم التفالس.
- ٢- قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر.
- ٣- قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.
- ٤- قانون سوق رأس المال.
- ٥- قانون الاستثمار.
- ٦- قانون التأجير التمويلي.
- ٧- قانون الإيداع والتفويض المركزي للأوراق المالية.
- ٨- قانون التمويل العقاري.
- ٩- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية،
- ١٠- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد.
- ١١- قانون الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها.
- ١٢- قانون التجارة في شأن جرائم الصلح الواقي من الإفلاس.
- ١٣- قانون حماية الاقتصاد القومي من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة في التجارة الدولية.
- ١٤- قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.
- ١٥- قانون حماية المستهلك .

وفيما عدا المنازعات والدعاوي التي يختص بها مجلس الدولة تختص محاكم الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها بنظر المنازعات والدعاوي التي لا تجاوز قيمتها خمسة مليون جنيه والتي تنشأ عن تطبيق ثلاثة عشر قانوناً من بينهم قانون سوق رأس المال^(١). أما الدعاوي التي يتجاوز قيمتها خمسة مليون جنيه فإن الاختصاص بنظرها ينعقد للدوائر الاستثنائية للمحاكم الاقتصادية^(٢).

وبذلك يكون توزيع الاختصاص بين محاكم مجلس الدولة والمحاكم الاقتصادية فيما يتعلق بقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م واضحاً حيث ينعقد الاختصاص لمحاكم مجلس الدولة بالنسبة لسائر المنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة أو الهيئة العامة للرقابة المالية بعد صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩، أما ما عداها من منازعات تتعلق بهذا القانون، فإن الاختصاص بنظرها ينعقد للمحاكم الاقتصادية بدرجتها الابتدائية الاستثنائية، كما يجوز لطرفي المنازعة اللجوء التحكيم الاختياري إذا ما رغب في ذلك سواء عن طريق اتفاق تحكيم أو مشاركة تحكيم.

المطلب الثاني

اختصاص القضاء الإداري بتسوية المنازعات الإدارية

في سوق الأوراق المالية

يعد القضاء الإداري هو قاضي القانون العام بالنسبة لسائر المنازعات الإدارية، وذلك استناداً لنص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة ٤٧ لسنة ١٩٧١ والتي عدت اختصاص القضاء الإداري في ثلاثة عشر بنداً اختتمت بالبند الرابع عشر والتي تنص على اختصاص مجلس الدولة بسائر المنازعات الإدارية.

وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا للقول بأن "المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أضحى مجلس الدولة هو

١٦ - قانون تنظيم الاتصالات.

١٧ - قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

(١) انظر في تفصيل ذلك المادة ٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م، معلة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد ٢١ مكرر (ج) بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣١م.

(٢) انظر في تفصيل ذلك: د. أيمن رمضان الزيني، ورقة عمل بعنوان "المحاكم الاقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار"، مؤتمر القانون والاستثمار، جامعة طنطا، بتاريخ ٢٩، ٣٠ أبريل ٢٠١٧م، ص ٣٦.

صاحب الولاية العامة بنظر سائر المتنازعات الإدارية وقاضي القانون العام وأن المنازعات التي وردت بالمادة ١٠ وردت على سبيل المثال وليس الحصر..".
إلا أن المطالع لنصوص قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ يلحظ عدم انفراد مجلس الدولة بسائر المنازعات المتعلقة بهذا القانون على نحو ما بينا، وإنما ينحصر اختصاصه بنظر الدعاوى المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة أو الهيئة العامة للرقابة المالية.
وعلى هدي ما سبق فإننا سوف نقسم دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين:
نتحدث في الفرع الأول عن اختصاص القضاء الإداري بالرقابة على قرارات الهيئة العامة للرقابة المالية، والفرع الثاني: الرقابة على القرارات التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة.

الفرع الأول

اختصاص القضاء الإداري

بالرقابة على قرارات الهيئة العامة للرقابة المالية

يباشر القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية التي تصدر من رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية أو من مجلس إدارة الهيئة وذلك فيما يتعلق بسوق رأس المال المصري في شتى المجالات المختلفة ومن ذلك:
أولاً: الرقابة على قرارات الهيئة في مرحلة إصدار الأوراق المالية وتداولها.
لا يقتصر دور الهيئة الرقابي على الأسواق الثانوية (البورصات) وإنما يمتد كذلك إلى مرحلة الأسواق الأولية أو ما يسمى بسوق الإصدار، حيث تلتزم أي شركة ترغب في إصدار أوراق مالية بأن تخطر الهيئة العامة للرقابة المالية بذلك وتحصل على موافقتها، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ كما قضت به محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بالقول:
"إن المشرع ناط بالهيئة سلطة الموافقة على إصدار الأوراق المالية ومن بينها أسهم الزيادة في رأس مال الشركة.."^(١).

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٧٠١ لسنة ٢٥٥ق، بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢، غير منشور.

غير أن قرارات الهيئة في هذا الصدد ليست مطلقة. من كل قيد وإنما تخضع لرقابة القضاء للتحقق من مدى التزام الهيئة أحكام القانون بحيث لو أصدرت الهيئة قراراً غير مشروع تولى القضاء إلغائه

ومن ذلك ما أشرطه المشرع لمنح الترخيص المنصوص عليه بالمادة ٢٨ لمزاولة الأنشطة المنصوص عليها بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م من ضرورة أداء تأمين يحدد قيمته والقواعد والإجراءات المنظمة للخصم منه واستكمالته وإدارة حصيلته ورده بقرار من مجلس إدارة الهيئة " (١).

وبهذا النص يكون المشرع قد فوض مجلس إدارة الهيئة في تحديد قيمة التأمين والقواعد والإجراءات المنظمة للخصم منه، واستكمال التأمين وإدارة حصيلته ورده، فإذا تجاوز مجلس إدارة حدود التفويض الممنوح له بأن قام بفرض غرامات مقابل التأخير، فيكون بذلك قد خرج عن حدود التفويض الذي رسمه له المشرع و يكون قراره غير مشروع ويتعين إلغاه

وهذا هو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها حين قالت: "وحيث أن المشرع في قانون سوق راس المال المشار إليه لم يفوض مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال في فرض ثمة غرامات أيأ ما كان نوعها أو مقدارها تحت أي مسمى ، ومن ثم فإن مجلس الإدارة المذكور بتقريره مقابل التأخير المشار اليه يكون قد أستحدث بلا ريب حكماً جديداً لم يكن موجوداً ولا يندرج في المسائل المنوط به تنظيمها ، وبذلك يكون قد سلب اختصاصاً غير مقرر له الأمر الذي يغدو معه القرار المطعون فيه . فيما تضمنه من فرض مقابل التأخير بالنسبة المشار إليها مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم وينطوي بلا ريب على غصب لسلطة المشرع بما يجعله يهوي إلى الانعدام ومن ثم لا تلحقه ثمة حصانه بمضي المدة ولا تسري بشأنه أحكام التظلم الوجوبي الواردة في المادة (٥١) من قانون سوق راس المال المشار إليه.

(١) م ٢٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وانتهت المحكمة للحكم بقبول الدعوى شكلا وبإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من فرض مقابل التأخير وما يترتب على ذلك من آثار^(١).

كذلك يمتد دور القضاء الإداري في إصباح الحماية على كل من يباشر عمليات التداول في البورصة، كمثل لشركة سمسرة، حيث قام القضاء الإداري بإلغاء قرار الهيئة العامة لسوق المال القاضي بشطب قيد الطالبة كممثلة لشركة سمسرة، وذلك على أساس قيامها بإجراء عمليات تداول من خلال الشركة التي كانت تعمل بها لحسابها الخاص باعتبارها عميلاً رئيسياً ويتبعها عملاء آخرون وتقوم بالاكنتاب نيابة عنهم دون توكيل رسمي بذلك منهم.

وقد استندت المحكمة في إلغائها لقرار الهيئة لفقده ركن السبب، وفي ذلك تقول المحكمة.

" ومن حيث إن جهة الإدارة قد استخلصت من المسلك الذي نسبت إلى المدعية اقترافه أنها صارت مفتقدة لحسن السمعة وهو من الشروط المتطلب توافرها فيمن يباشر عمليات التداول بالبورصة ممثلاً لشركة السمسرة - وهو العمل الذي كانت تقوم به المدعية - وفي بيان ما إذا كان هذا الاستخلاص استخلاصاً سائغاً يجد أصلاً ثابتاً من أوراق الدعوى ، فإنه لم يرد على لسان المدعية في محضر التحقيق الذي باشرته الهيئة المدعى عليها ما يشير صراحة أو ضمناً إلى أن المدعية كانت تقوم بالعمل لحسابها باعتبارها عميلاً رئيسياً قط، إذ أوردت المدعية أنها كانت تقوم بعملها بصفقتها ممثلة لشركة ديناميك وباسم العميل ، إذ كانت تتسلم النقدية من العميل في حالة الشراء وتحرر له إيصالاً باسمه من الشركة ثم تخطر الشركة بأمر العميل الشفوي الصادر لها ثم تقوم الشركة بتنفيذ الأمر وتخطر العميل بعد التنفيذ وتسلم الأسهم من الشركة وتسلمها للعميل والأمر كذلك في حال البيع إذ قررت بأنها كانت تتسلم الأسهم من العميل وتسلمها الشركة وبتمام تنفيذ عملية البيع تتولى إخطار العميل وتسليمه القيمة، ولا يستفاد من هذه الأقوال أن المدعية كانت تباشر هذه

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٨٥١١ لسنة ٥٨ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٥/٤/١٦م، غير منشور.

الأعمال لحسابها ، ولم تقدم الهيئة المدعى عليها - إثباتا لما أوردته في دفاعها -
ثمة دليل يستخلص منه فقدها لشرط حسن السمعة ...
واستطردت المحكمة القول بأنه " ومن حيث إنه لما كان ما تقدم وإذ أجدبت
أوراق الدعوى من ثمة دليل على صحة هذا الاتهام فإن استخلاص الجهة الإدارية
لما انتهت إليه من نتيجة يضحى منتزعاً من غير أصول موجودة تنتجها أو تؤدي
إليها فضلاً عن أن الوقائع التي تساندت عليها لا تنتج ما انتهى إليه مسلك الإدارة من
إلصاق فقدان حسن السمعة بالمدعية، الأمر الذي يكون معه القرار الطعين قد صدر
فاقداً لركن السبب ووقع مخالفاً للقانون، ويتعين القضاء بإلغائه مع ما يترتب على
ذلك من آثار^(١).

ثانياً: الرقابة على قرارات الهيئة فيما يتعلق بتعزيز مبدأ الشفافية.

تمثل الشفافية والإفصاح وجهان لعملة واحدة لا غنى عنهما في تعاملات
سوق الأوراق المالية، وذلك بما لهما من دور هام في إتاحة المعلومات الملائمة
للمستثمرين والمتعاملين في سوق المال بما من شأنه زيادة كفاءة ونشاط الشركات.
ويعرف الفقه الشفافية بأنها " توفير المناخ الذي ينتج كافة المعلومات أو
البيانات أو أساليب اتخاذ القرار المتعلقة بالأفراد أو الشركات ذوي الصفة العامة^(٢).
وعرفها البعض بأنها "الكشف عن المعلومات الداخلية وأية معلومات تؤثر
على أسعار الأسهم والإفصاح عنها في توقيت واحد"^(٣).

وقد حرص كل من المشرع الفرنسي والمصري على السواء على النص في
العديد من المواد على ضرورة احترام مبدأ الإفصاح والشفافية في مجال سوق
الأوراق المالية، ففي فرنسا تقوم هيئة الأسواق المالية الفرنسية AMF بوضع

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٦٩٤٥، السنة ٥٣ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١١م، غير منشور.

(٢) د. محمد المعتز المجتبى إبراهيم، دور الشفافية والإفصاح المحاسبي في سوق الأوراق المالية في ترشيد قرار
الاستثمار، دراسة تطبيقية في سوق الخرطوم للأوراق المالية، بحث منشور بمجلة "أماراباك" تصدر عن
الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد السادس، العدد السادس عشر، سنة ٢٠١٥م، على الموقع
الإلكتروني www.amarabac.com، ص ١٢٥.

(٣) انظر: د. أحمد رجب عبدالمالك عبدالرحمن، مدى تحقيق الشفافية والإفصاح في التقارير المالية المنشورة للشركات
المتداولة في سوق المال السعودي، دراسة تطبيقية، بحث منشور بالمجلة العلمية لجامعة الملك فيصل (العلوم
الإنسانية والإدارية)، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م، على الموقع الإلكتروني

القواعد والمعايير اللازمة للتأكد من قيام الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية بالإفصاح للجمهور عن المعلومات التي تهمهم كذلك المعلومات المتعلقة بزيادة رأس المال أو الاندماج أو تلك المتعلقة بالإصدارات الجديدة، كذلك تقوم الهيئة بالتأكد من أن عملية الإفصاح تتم في الأوقات المناسبة، وقد نصت اللائحة العامة لسوق المال الفرنسي على أن "أي شركة ترغب في القيام باكتتاب عام لإصدار أوراق مالية أن تنشر إعلاناً تعلم فيه الجمهور وتقوم الهيئة بالإشراف على صحة هذه المعلومات التي تعطيها الشركات للجمهور^(١)."

وفي القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري نصت المادة (٥) على أنه يجب أن تتضمن نشرة الاكتتاب في أسهم الشركات عند تأسيسها الإفصاح عن البيانات الآتية:

١- غرض الشركة ومدتها. ٢- رأس مال الشركة المصدر والمدفوع.

٧- أية بيانات تحددها اللائحة التنفيذية.

ونصت المادة (٦) على أنه "على كل شركة طرحت أوراقاً مالية لها في اكتتاب عام أن تقدم على مسؤوليتها إلى الهيئة تقرير نصف سنوي عن نشاطها ونتائج أعمالها على أن تتضمن هذه التقارير البيانات التي تفصح عن المركز المالي الصحيح لها...".

وقد نصت المادة ٦١ مكرر ٣ من اللائحة التنفيذية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أنه "مع عدم الإخلال باختصاص الهيئة في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون واللائحة يمنع التلاعب بالأسعار يجوز للهيئة ولبورصة الأوراق المالية المقيدة بها أسهم الشركة التي قدم بشأنها عرض للشراء أن تطلب من الشركة الإفصاح عن بعض البيانات والمعلومات وإتاحتها للمساهمين بالشركة أو للجمهور".

ويلعب القضاء الإداري دوراً هاماً في التحقق من توافر هذا المبدأ والتحقق من قيام الهيئة العامة للرقابة المالية من أداء دورها في هذا الخصوص، وفي ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري إلى ضرورة التزام الشركات العاملة في مجال

(١) المادة ١/٢١١ من اللائحة العامة الفرنسية.

سوق المال بالأمانة والمساواة والحفاظ على مصالح عملائها، حيث أيدت المحكمة قرار الهيئة بوقف نشاط إحصدي الشركات لمدة خمسة عشر يوماً لثبوت المخالفة المنسوبة إليها، فبعد أن أوردت نص المادة ٣٠ من قانون سوق رأس المال، وكذلك نصوص المواد (٩٠، ٢١٦، ٢٢٧، ٢٣١، ٢٣٣، ٢٤٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، ذهبت المحكمة للقول أنه "وحيث إن مؤدى النصوص المتقدمة أن المشرع بمقتضى قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية المشار إليهما فرض على الشركات الخاضعة لأحكامها عدة واجبات، وحظر عليها اتباع أو إجراء عمليات معينة أوردتها تفصيلاً بالنصوص المتقدمة.

ويترتب على عدم قيام الشركة بالواجبات المنوط بها، وكذلك ارتكابها للأعمال المحظورة عليها حق رئيس الهيئة في إصدار قرار يوقف نشاط الشركة لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً....".

وانتهت المحكمة لتأييد قرار الهيئة بوقف نشاط الشركة المدعية لمدة خمس عشر يوماً^(١).

كما أكدت على هذا الاتجاه المحكمة الإدارية العليا، حينما طعن أمامها في حكم لمحكمة القضاء الإداري والذي حكم برفض طعن الشركة وتأييد قرار الهيئة فيما تضمنه من إلغاء الترخيص الممنوح للشركة حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا بعد أن أوردت نصوص قانون سوق الأوراق المالية ونصوص لائحته التنفيذية القول أنه "إن المشرع قد أوجب إنذار الشركة قبل إصدار قرار وقفها عن ممارسة نشاطها بالمخالفات المقترفة خروجاً على أحكام قانون سوق رأس المال أو لائحته التنفيذية وتكليفها بإزالتها خلال المدة التي يتضمنها هذا الإنذار وبالشروط التي تحدد فيه من قبل رئيس الهيئة ثم أوجب تسبب القرار الذي يصدر بالوقف كإجراء شكلي جوهرى.

وواصلت المحكمة القول بأنه: "ومؤدى ذلك أن المشرع قرر منح الشركة المخالفة فرصة متكررة لإزالة المخالفات التي ارتكبتها وذلك قبل إصدار قرار الوقف

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٦٢٧ لسنة ٥٦ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١٤، غير منشور.

بموجب ما يوجه إليها من إنذار .. الأمر الذي يعني أن المشرع عقد مقابلة بين مصلحة الشركة والمتعاملين معها وبين المصلحة العامة حفاظاً على التعاملات في سوق رأس المال وما يجب أن يكون عليه بما لا يؤدي إلى فقد الثقة في التعامل من خلاله، فإذا لم تأت هذه المقابلة بثمرتها المرجوة واستمرت الشركة المخالفة على ونيرتها دون أن تنهض لإزالة المخالفات المقترفة من قبلها كان إلغاء الترخيص الممنوح لها حتماً حفاظاً على ما هدف المشرع إلى الحفاظ عليه من جراء ما استوجب اتخاذه من إجراءات مثل صدور قرار بإلغاء الترخيص من قبل مجلس إدارة الهيئة الذي يقدر الأمر في ضوء ما يعرض عليه من ملاسبات وما سبق اتخاذه من إجراءات^(١).

ويلعب الإفصاح والشفافية دوراً هاماً في حماية أقلية المساهمين في سوق الأوراق المالية وعدم انصياعهم لقرارات تحقق مصالح الأغلبية، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري وبعد أن بينت نصوص قانون سوق الأوراق المالية ولائحته التنفيذية المتعلقة بتنظيم عروض الشراء سواء عروض الشراء الإجمالي أو عروض الشراء الاختياري في المنازعة الواقعة بين شركة أورنج والشركة المصرية للاتصالات،

حيث طعنت الشركة المصرية للاتصالات على قرار الهيئة العامة للرقابة المالية والمتعلق بالموافقة على عرض الشراء الإجمالي المقدم من شركة أورنج لشراء أسهم الشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول (موبينيل)، وكذلك إلغاء قرار لجنة التظلمات المقدم من جانب أوراسكوم تيلكوم في قرار الهيئة. وذهبت المحكمة للقول بأنه "وحيث إن الهيئة العامة للرقابة المالية قررت أنه لا يمكن قبول نقل الملكية في موبينيل للاتصالات طالما أن شركة فرانس تلكوم تسعى لذلك بشكل منفصل عن الشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول وبسعرين مغايرين لما في ذلك من تعارض مع مبدأ تحقيق المساواة وتكافؤ الفرص بين مالكي الأوراق المالية.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٢١٥ لسنة ٥٦ قضائية، بتاريخ ٢٨/٥/٢٠١١، مكتب فني ٥٦، ص ١٠٥١ وما بعدها.

وانتهت المحكمة بالحكم بإلغاء قرار الهيئة لأنه صدر على غير سند صحيح من أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م والباب الثاني عشر من لائحته التنفيذية .^(١)

٢ - الرقابة على قرارات الهيئة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

تتمتع الهيئة بصلاحيات عديدة في توقيع مختلف الجزاءات على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، إلا أن هذه السلطات ليست مطلقة من كل قيد وإنما يتعين على الهيئة عند اللجوء إليها أن تراعي المصلحة العامة في ذلك ملتزمة أحكام القانون واللائحة التنفيذية.

ومن بين هذه الجزاءات التي تملكها الهيئة ما جاء بالمادة ٣١ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م والتي تنص على أن :

(لمجلس إدارة الهيئة إذا قام خطر يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها أن يتخذ ما يراه من التدابير الآتية:
أ) توجه تنبيه إلى الشركة.

ب) منع الشركة من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاولةها.

ج) مطالبة رئيس مجلس إدارة الشركة بدعوة المجلس إلى الانعقاد للنظر في أمر المخالفات المنسوبة إلى الشركة واتخاذ اللازم نحو إزالتها ويحضر اجتماع مجلس الإدارة في هذه الحالة ممثل أو أكثر عن الهيئة.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بالقول أنه:

" والمستفاد من جماع النصوص المتقدمة (في شأن الدعوى الماثلة)، أن المشرع في القانون المذكور قد أناط بالهيئة العامة لسوق المال مراقبة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية بهدف تحقيق استقرار التعامل في سوق الأوراق المالية ، ومن وسائل هذه الرقابة أنه عند قيام الهيئة بفحص المخالفات المنسوبة لتلك الشركات ، تقوم بإنذار الشركة لإزالة المخالفة المنسوبة إليها خلال مدة تحددها لها ،

(١) محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم ١٢١٤٩ لسنة ٦٤ قضائية ، بتاريخ ١٣ / ١ / ٢٠١٠ ، غير منشور .

فإن لم تلتزم الشركة بإزالة المخالفة المنسوبة لها خلال تلك المدة ، فإنه يجوز للهيئة وقف نشاط الشركة مدة لا تجاوز ثلاثين يوماً ، فإن انتهت هذه المدة دون قيام الشركة ، بإزالة الأسباب التي تم الوقف من أجلها ، فإن الأمر يعرض على مجلس إدارة الهيئة لإصدار قرار بإلغاء ترخيص الشركة .

ثم ذهبت المحكمة للقول بأنه: "ولما كان يؤخذ من ذلك، إنه يلزم قبل إصدار الهيئة لقرار إلغاء ترخيص الشركة، أن يصدر قرار منها بوقف نشاط الشركة، بمعنى أن قرار إلغاء الترخيص يكون مبنياً على قرار وقف نشاط الشركة، ومؤدى ذلك ولازمه ، أنه يشترط لصحة قرار الهيئة بإلغاء الترخيص الممنوح للشركة أن يكون قرارها بوقف نشاط الشركة، قد صدر صحيحاً طبقاً للقانون، بحيث إذا كنت مشروعياً هذا القرار محل منازعة ولم تتأكد بعد ، فإنه لا يجوز للهيئة إصدار القرار بإلغاء ترخيص الشركة، وألا يقع بالمخالفة لصحيح حكم القانون." (١).

وفي موضع آخر وتأكيداً على هذا المبدأ المتمثل في ضرورة أن يسبق قرار الهيئة بوقف نشاط إحدى الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية إنذارها بإزالة المخالفة المنسوبة إليها وفقاً للشروط وفي المدد التي يحددها رئيس الهيئة، ذهبت المحكمة الإدارية العليا للقول بأنه:

ومن حيث إنه باستقراء نصوص المواد ٣٠، ٣١، ٣٢، ٤٣ من قانون سوق راس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ يبين أن المشرع، مراعاة منه لخطورة التعامل في الأوراق المالية، وضع تنظيمياً متكاملًا لهذا التعامل، كما وضع ضوابط وقيود تحول دون التلاعب أو الغش أو المضاربات الوهمية، ومنها إجراء معاملات على حساب العميل دون إذن أو تفويض أو تجاوز هذا التفويض، وناط بالهيئة العامة لسوق المال القيام بهذا الدور الجوهري فأجاز لها وقف نشاط الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ومنها شركات السمسرة في حالة مخالفتها لأحكام قانون هيئة سوق المال، المشار إليه، ولائحته التنفيذية، أو إذا فقدت أي شرط من

(١) محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم ٢٣٦٨٠ لسنة ٥٧ قضائية ، بتاريخ ١٩ /٦/ ٢٠٠٤م ، غير منشور .

شروط ترخيصها، واستوجب المشرع أن يسبق قرار الوقف إنذار الشركة المخالفة بإزالة المخالفة المنسوبة إليها وفقا للشروط وخلال المدة التي يحددها رئيس الهيئة. وواصلت المحكمة القول بأنه:

ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن كان قد أبرم عقد فتح حساب لدى الشركة المطعون ضدها الثانية لإجراء عمليات شراء بيع الأسهم المتداولة في بورصة الأوراق المالية، ثم اكتشف أن الشركة باعت له عدد ١٩٠٠ سهم من أسهمه التي كانت مودعة لديها دون أمر كتابي منه، فتقدم بشكوى ضدها للهيئة المطعون ضدها الأولى التي قامت . بعد تحقيق - بإنذار الشركة لإزالة المخالفة، وإزاء لجوء الشركة للتحكيم فضلا عن قيام الطاعن بإقامة تحكيم فرعي، قامت الهيئة بوقف الإجراءات لحين صدور حكم التحكيم في المنازعة. وإذ صدر هذا الحكم لصالح الطاعن حينما قضى بإلزام الشركة المطعون ضدها الثانية بدفع مبلغ ١٠٨٦٩٩ جنيها إلى الطاعن، فقد لجأ الطاعن إلى الهيئة المطعون ضدها الأولى لاستكمال باقي الإجراءات المنصوص عليها والتي كانت قد توقفت عند الإنذار، انتظارا لما تسفر عنه هيئة التحكيم، فقامت الهيئة بإنذار الشركة المطعون ضدها الثانية لإزالة المخالفة التي أكدها حكم التحكيم، بيد أن لجنة التظلمات بالهيئة اصدرت قرارها المطعون فيه بإلغاء الإنذار الثاني الصادر من الهيئة على سند من أن القانون لم يخول الهيئة أي اختصاص بتنفيذ أحكام هيئة التحكيم.

هذا وقد أكدت المحكمة أن القرار المتظلم منه مخالفا للقانون بالقول (.. ومن حيث إن القرار المتظلم منه قد صدر بالمخالفة للقانون من ناحيتين: أولهما أن الإنذار الثاني الصادر من الهيئة لا يعدو أن يكون استكمالا للإجراءات السابقة اتخاذها على حكم هيئة التحكيم (وهو الإنذار الأول) بل وتأكيدا له بعد صدور حكم هيئة التحكيم، وثانيها: أن هذا الإجراء ليس قرارا إداريا يسوغ التظلم منه، كما أنه لا يدخل في مفهوم القرارات التي تختص لجنة التظلمات بنظرها طبقا لحكمي المادتين ٥٠، ٥١ من قانون سوق رأس المال المشار إليه، وهو ما كان يتعين أن تظن إليه لجنة التظلمات، ومن ثم يكون قرارها الصادر دون مراعاة ذلك مخالفا للقانون خليقا بالإلغاء.

وانتهت المحكمة بالحكم بإلغاء قرار لجنة التظلمات المطعون فيه^(١).

الفرع الثاني

الرقابة على القرارات التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة

يباشر القضاء الإداري كذلك رقابته على القرارات التي تصدر من الوزير المختص وتتعلق بسوق الأوراق المالية أو رئيس البورصة، لضمان مطابقة هذه القرارات لأحكام القانون واللائحة التنفيذية ومن ذلك:

١- رقابة القضاء الإداري على قرارات البورصة التي تهدف لمنع التلاعب بالأسعار.

أجاز قانون سوق الأوراق المالية في المادة ٢١ منه لرئيس البورصة وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب في الأسعار، كما أجازت له كذلك حق إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أو التي تتم بسعر لا مبرر له، كما يجوز لرئيس البورصة وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيه^(٢).

وفي ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري وبعد أن أوردت نصوص المواد ٢١، ٤٣ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ أنه "... حيث أن مؤدى ما تقدم أن المشرع أجاز تداول حصص تأسيس وأسهم الشركات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ خلال السنتين الماليتين الأوليين للشركة بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه، كما أجاز لرئيس البورصة وقف عروض طلبات التداول التي تهدف للتلاعب في الأسعار..

وواصلت المحكمة القول أنه:

"وإذ قامت هذه الهيئة بإجراء التفتيش على أعمال الشركة وفحص دفاترها وسجلاتها ومعاينة موقع المشروع، فقد أسفر التفتيش على:

١- سداد ٢٥ % فقط من رأس الشركة المصدر.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٥٧٠ لسنة ٤٩ قضائية، بتاريخ ١٩/١١/٢٠٠٥م، غير منشور.

(٢) م ٢١ ق، ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

٢- لم يبدأ تنفيذ المشروع، وأن ما تم إنجازه تمثل في دراسات جدوى خاصة بالمصنع.

٣- تم إلغاء تخصيص الأرض المخصصة لمشروع الشركة اذ سحب قرار التخصيص بتاريخ ١٩٩٩/٦/٩ لعدم وفاء الشركة بالتزاماتها المالية. وعلى أثر ذلك التفتيش أصدرت هيئة الاستثمار قرارها بإلغاء الموافقة السابق إصدارها للشركة بتاريخ ١٩٩٨/٦/١ (الموافقة على تداول ٦٠% من أسهم رأس مال الشركة)، وقد تم نشر ملخص تلك الوقائع المتعلقة بالشركة على شاشات بورصة الأوراق المالية لتحقيق الشفافية لكل من المستثمرين الذين تعاملوا على أسهم تلك الشركة ، الأمر الذي حدا إلى تقديم عدد من المتعاملين على هذه الأسهم بطلبات لإلغاء العمليات التي تمت لصالحهم والصادرة من مؤسسي تلك الشركة كطرف بائع لتلك الأسهم".

وقد انتهت المحكمة للقول بأنه:

" وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم فإن أوراق الدعوي تكشف عن عدم جدية الشركة المذكورة وتراخيها عن تحقيق الهدف الذي نشأت من أجله، الأمر الذي يضيف ظلال من الشك والريب في مسلك الشركة ، وإذ صدر القرار المطعون فيه بإلغاء جميع العمليات التي تمت على أسهم تلك الشركة فإنه يكون قد صدر ممن يملك سلطة إصداره ، ومحمولاً على أسبابه المبررة له واقعا وقانونا ، ويغدو طلب إلغائه غير قائم على سند صحيح مما يتعين القضاء برفضه^(١).

(١) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٣٦٢٣ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٩، غير منشور، وكذلك الطعن رقم ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٦، غير منشور.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقنا للانتهاء من هذا المؤلف والذي جاء بعنوان (أسواق الأوراق المالية وأليات الرقابة عليها وكيفية حسم منازعاتها ، دراسة مقارنة) والذي قسمناه لفصلين أساسيين يسبقهما مبحث تمهيدي ، تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية سوق الأوراق المالية وكيفية إدارتها ، حيث قسمناه لمطلبين تناولنا في المطلب الأول منه تعريف سوق الأوراق المالية علي الصعيدين الفقهي والتشريعي فضلا عن التعريف القضائي وانتهينا لتعريفه بأنه "سوق يتم فيه تداول الأوراق المالية من قبل الشركات المقيدة بالبورصة تحت إشراف الدولة ورقابتها، ولا يتم التداول فيه مباشرة بين المستثمر البائع والمستثمر المشتري وإنما يتم ذلك من خلال شركة السمسرة المعتمدة والمرخص لها بذلك، ويتم ذلك من خلال نظام الكتروني في مكان وزمان محددين" .

أما الفصل الأول فقد جاء بعنوان الرقابة على سوق الأوراق المالية، وقد قسمناه إلي مبحثين تناولنا في المبحث الأول الرقابة على سوق الأوراق المالية في مصر، وقسم إلي مطلبين المطلب الأول تناولنا فيه الدور الرقابي للبورصة المصرية حيث تناولنا كيفية رقابة البورصة علي أعضائها وهي للشركات المرخص لها من قبل الهيئة العامة للرقابة المالية بمزاولة عملية الوساطة في الأوراق المالية وغيره من الأنشطة المرتبطة بأنشطة الوساطة ، حيث تناولنا كيفية أسماك البورصة سجلات تقيدهم في الشركات المرخص لها من الهيئة بالعمل في مجال الأوراق المالية وكذلك تناولنا أنواع العضوية في البورصة ونوعية الأنشطة التي تتحدد وفقا لها ، كما تحدثنا عن لجنة العضوية بالبورصة من حيث تشكيلها وكيفية قيامها بدورها الرقابي علي أعضائها ونوعية الجزاءات التي توقعها عليهم وما تتضمنه من قواعد ومعايير وشروط تهدف إلى إعمال مبادئ الحكومة والحد من المخاطر المرتبطة بالتعامل في البورصة .

كذلك تناولنا دور البورصة في الرقابة علي عمليات التداول المختلفة سواء تلك التي يملكها رئيس البورصة والتي أوضحتها المادة ٢١ من قانون سوق المال بنصها على أن "يجوز بقرار من رئيس البورصة وقف عروض طلبات التداول التي

ترمي إلى التلاعب في الأسعار.." وكذلك رقابتها اللحظية علي عمليات التداول وما تلتزم إدارة البورصة بتقديمه من تقارير دورية عن حركة التداول للأوراق المالية إلى الهيئة العامة للرقابة المالية.

أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه دور الهيئة العامة للرقابة المالية وبموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ في الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية فبدأنا الحديث أولاً عن تشكيل الهيئة العامة للرقابة المالية حيث بينا طريقة تعيين كل من رئيس البورصة ونائبه والأعضاء ثم أردفنا ذلك بالحديث عن الطبيعة القانونية للهيئة العامة للرقابة المالية وأنتهينا إلي تمتعها بالشخصية الاعتبارية العامة ، ثم بينا بعد ذلك دورها في الرقابة على سوق الأوراق المالية سواء في ذلك سوق الإصدار أو التداول ثم عرجنا بعد ذلك للحديث عن الدور الرقابي للهيئة من خلال نظام التفتيش والمتابعة .

أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الرقابة على سوق الأوراق المالية الفرنسية ، وقد قسمناه لمطلبين ، تناولنا في المطلب الأول الرقابة على بورصة الأوراق المالية قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣م. حيث كانت الرقابة علي البورصة تتولاها لجنة عمليات البورصة (COB)، كما أن الرقابة الداخلية كانت يباشرها مجلس يسمى بمجلس بورصات القيم (C.B.V) والذي عهد إليه بإدارة وتيسير العمليات الفورية، ومجلس الأسواق الآجلة C.M.T المختص بالإشراف على الأسواق الآجلة ، وبصدور القانون الخاص بتحديث الأنشطة المالية رقم ٥٩٧ في ٢ يوليو ١٩٩٦ فقد تم الدمج لكل من مجلس بورصات القيم (C.B.V)، ومجلس الأسواق الآجلة C.M.T تحت مجلس واحد يسمى بمجلس الأسواق المالية الفرنسي C.M.F يتولى الرقابة الداخلية أما الرقابة الخارجية فظلت من اختصاص لجنة عمليات البورصة C.O.B .

ثم أصدر المشرع الفرنسي التقنين النقدي والمالي رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ ، والذي أحدث تغييراً جذرياً في القوانين المنظمة للجهات المشرفة على سوق المال . وبمقتضى هذا القانون تم الدمج بين كل من لجنة عمليات البورصة (C.O.B)، ومجلس الأسواق المالية (C.M.F)، والمجلس التأديبي للتنظيم المالي في هيئة واحدة

أطلق عليها مسمى "هيئة الأسواق المالية AMF" ومن ثم فقد حلت هيئة الأسواق المالية محل لجنة عمليات البورصة ، ومجلس الأسواق المالية ، وأحيل إليها كل ما كان يحال إليهما قبل صدور القانون رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ لذلك كان لزاما علينا التعرض لتشكيلها وأختصاصاتها وطبيعتها القانونية وبيان دورها في الرقابة على البورصة الفرنسية وسلطاتها المختلفة سواء التنظيمية واللائحية أو في مجال التنقيش والتحقيق أو حتي في مجال توقيع الجزاءات .

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه تسوية منازعات سوق الوراق المالية حيث قسمناه لثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول النظم الإداري كوسيلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية والذي جاء في ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول تشكيل لجنة التظلمات واختصاصاتها وطبيعتها ، أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه مواعيد وإجراءات نظر التظلم حيث بينا اختلاف هذه المواعيد من حالة لأخرى ثم عرجنا بعد ذلك للحديث عن إجراءات التظلم المختلفة فبيننا الجهة التي يقدم إليها التظلم والبيانات التي يتعين أن يحتويها وغير ذلك من إجراءات مختلفة ثم بينا بعد ذلك الآثار المختلفة التي تترتب علي تقديم التظلم والمتمثلة في عدم قبول دعوى الإلغاء قبل التظلم و عدم خضوع القرارات الإدارية المتظلم منها لقانون لجان التوفيق وفض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠

أما المبحث الثاني فقد عرضنا فيه للتحكيم كوسيلة بديلة لحسم منازعات سوق الأوراق المالية فعرضنا للوضع السابق علي حكم المحكمة الدستورية العليا والذي كان التحكيم إجباريا في منازعات سوق الأوراق المالية وتم الحكم بعدم دستوريته لأسباب أهمها تعارضه مع مبدأ حق الأفراد للجوء للقضاء وعدم تقييد هذا الحق إلا بمقتضي اتفاق تحكيم وليس بإلزام من قبل المشرع علي ما أفصحت عنه المحكمة الدستورية في حكمها .

ثم تناولنا الوضع بعد صدور الحكم وأنتهينا لعدم وجود مانع يحول دون اللجوء للتحكيم علي أن يكون اختياريا بإتفاق الأطراف علي ذلك وهو ما تأكد بإصدار المشرع القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن الهيئة العامة للرقابة المالية والذي أناطت المادة ١٠ منه برئيس الجمهورية إصدار قرار بإنشاء مركز التحكيم

والتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام القوانين الخاصة بالمعاملات المالية غير المصرفية، وجعلت اللجوء إليه جوازياً لأطراف المنازعة سواء أكان ذلك بمقتضى اتفاق تحكيم أو بمشارطة تحكيم، كما أنطقت هذه المادة للوزير المختص إصدار النظام الأساسي للمركز، وتحديد القواعد والإجراءات المنظمة له والرسوم التي يتقاضاها وتطبيقاً لنص المادة ١٠ أصدر مجلس إدارة البورصة المصرية وفي سبيل وجود قواعد تحكيم متخصصة في السوق قراره بجلسة رقم ٨ لسنة ٢٠١٤م بشأن اعتماد قواعد تحكيم البورصة المصرية لتسوية منازعات سوق رأس المال وأخير تناولنا في المبحث الثالث الطعن القضائي كآلية لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية حيث بينا معيار توزيع الاختصاص بنظر منازعات سوق الأوراق المالية سواء قبل أو بعد العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية ، كما بينا حدود اختصاص القضاء الإداري بتسوية المنازعات الإدارية في سوق الأوراق المالية سواء الاختصاص بالرقابة على قرارات الهيئة العامة للرقابة المالية أو الرقابة على القرارات التي تصدر من الوزير أو رئيس البورصة.

التوصيات:

بعد أن انتهينا في بحثنا وأوردنا ما توصلنا إليه من نتائج فإننا نود أن نلفت نظر المشرع لجملة من التوصيات على النحو التالي:

أولاً: نناشد المشرع المصري تعديل نص المادة ٦ من القرار رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م بجعل مدة عضوية مجلس إدارة البورصة بما في ذلك الرئيس والنائب أربع سنوات قابلة للتجديد على الأقل لمدة أخرى واحدة، وذلك حتى لا تحرم البورصة من أعضاء قد يكونوا أكفاء ولن يتمكنوا من تحقيق أهدافهم وخططهم في مدة واحدة لا تتجاوز أربع سنوات وفقاً لآخر تعديل جرى بالقرار الجمهوري رقم ٢٧٤ لسنة ٢٠١٧م، وعلى ذلك نرى إبقاء النص الأصلي كما هو خاصة وأن التجديد لا يكون وجوبياً وإنما هو أمر اختياري لرئيس مجلس الوزراء إن أراد التجديد أو رأى عدم التجديد فالخيار له حسبما تقتضيه مصلحة العمل.

ثانياً: كما نناشد المشرع المصري تعديل نص المادة (٥) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ والخاصة بتعيين رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية ليكون تعيينه بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس النواب ليتسق هذا التعديل مع نص المادة ٢١٦ من الدستور والتي تجعل تعيين رؤساء الهيئات المستقلة، ومنها الهيئة العامة للرقابة المالية بقرار جمهوري وتكريساً لما يجري عليه العمل حالياً خاصة في ظل صدور القرار الجمهوري رقم ٥٠٣ لسنة ٢٠١٧ يتعين رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية الحالي.

ثالثاً: نهيب بالمشرع المصري سرعة تعديل نص المادة (٧) من القرار رقم ١٩٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار النظام الأساسي للهيئة العامة للرقابة المالية والتي تشترط في رئيس الهيئة ونائبه ومساعديه الخبرة الفنية في الشؤون الاقتصادية والأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بحيث يضاف إلى ذلك أيضاً ضرورة توافر الخبرة القانونية.

رابعاً: على المشرع المصري الإسراع في تعديل نص المادة (٥١) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وذلك بجعل لجنة التظلمات تختص بنظر التظلمات التي يقدمها ذوي الشأن في القرارات الإدارية التي تصدر من الوزير أو الهيئة وكذلك تلك التي تصدر من رئيس البورصة لوحدة الموضوع ولتحقيق الغاية من إنشاء هذه اللجنة المتمثلة في حسم المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية الصادرة في مجال سوق الأوراق المالية.

خامساً: نهيب بالمشرع المصري الإسراع في تعديل قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وإضافة مواد جديدة بدلاً من المواد (م/٢/١٠)، م/٥٢ حتى المادة (٦٢) والتي صدر حكم من المحكمة الدستورية بإلغائها أو سقوطها حتى يبقى التحكيمي الاختياري وسيلة ممكنة لحسم المنازعات التي قد تنور في مجال سوق الأوراق المالية، وبحيث نورد هذه المواد تنظيمياً متكاملاً وواضحاً لهذه الوسيلة من حيث تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها وإمكانية الطعن على أحكامها أمام محكمة الاستئناف المختصة إذا كان ذلك مناسباً وخلافاً للقواعد العامة في مسائل التحكيم.

سادساً: نظراً لاختلاف مواعيد التظلم في القرارات الإدارية في مجال سوق الأوراق المالية والتي قد تكون ٦٠ أو ٣٠ يوماً أو ٧ أيام، لذا نرى ضرورة وضع موعد واحد للتظلم من هذه القرارات بحيث يكون موعد التظلم ١٥ يوماً في جميع القرارات على أن يكون موعد الرد على التظلم ١٥ يوماً أخري وموعد رفع الدعوى ٣٠ يوماً بحد أقصى.

هذا وبالله التوفيق وعليه قصد السبيل

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية.

أ - الكتب.

١. د. أحمد سعد عبداللطيف، بورصة الأوراق المالية، بورصة الأوراق المالية، بدون ناشر، سنة ١٩٩٨م
٢. د. أحمد محمد مليجي، موسوعة التحكيم، جزء أول، بدون ناشر الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١م
٣. د. السيد خليل هيكل، د. وهيب عياد سلامة، د. ثروت عبدالعال أحمد، القضاء الإداري، الجزء الأول، بدون ناشر، سنة ٢٠٠١م.
٤. د. خالد موسى توني، المسؤولية الجنائية عن ترويح البيانات والمعلومات غير الصحيحة في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٨.
٥. د. دويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.
٦. د. رأفت فوده، النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.
٧. المستشار. رجب سليم، د. شعبان أحمد محمود، شرح قانون سوق رأس المال، الطبعة الأولى، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٤.
٨. د. رمضان محمد بطيخ، القضاء الإداري ١٩٩٨م، دار النهضة العربية القاهرة.
٩. د. سيد طه بدوي، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م.
١٠. د. صالح راشد الحرمانى، التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة حول مدى دستوريته، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م.

١١. د. عاشور عبدالجواد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال ، دراسة في تشريعات مصر والكويت والاردن مقارنة بالنظامين الفرنسي والأمريكي ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ .
١٢. د. عبدالباسط وفا محمد حسن، بورصة الأوراق المالية ودورها في تحقيق أهداف تحول مشروعات قطاع الأعمال العام إلى الملكية الخاصة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م .
١٣. د. عبدالغفار حنفي، بورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣م .
١٤. د. عبدالغفار حنفي، رسمية قرياقص، أسواق المال، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٠ .
١٥. د. عبدالهادي مقبل، ، بورصة الأوراق المالية وقانون سوق رأس المال، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٥ .
١٦. د. عزيزة بن سمينة، البورصة والأسواق المالية، دراسة تحليلية، دار الأيام للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٦ .
١٧. د. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .
١٨. د. غزال منتسل العوسي، ، آليات العمل في بورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا في ضوء أحدث التعديلات التشريعية والفنية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠م .
١٩. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م .
٢٠. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٩٥ .
٢١. د. محسن خليل، قضاء الإلغاء ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، سنة ١٩٨٩ .

٢٢. د. محمد الشحات الجندي، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨ م .
٢٣. د. محمد إسماعيل هاشم، الرقابة علي التداول في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية بين النظامين المصري والأمريكي، بدون ناشر، سنة ٢٠١١م
٢٤. د. محمد حلمي عبدالنواب، الأطر الشرعية والفنية لبورصة الأوراق المالية وأليات الرقابة القانونية عليها ، دار الفكر العربي ، سنة ٢٠١٢م
٢٥. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٣، سنة ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية.
٢٦. د. مروة محمد العيسوي، مدى توافق الإفصاح في البورصة مع مبدأ السرية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة ٢٠١٦م.
- ب- الرسائل العلمية.
١. د. إبراهيم محمد شاكر علي، التحكيم في منازعات شركات سمسرة الأوراق المالية مع العملاء ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، سنة ٢٠١٣م
٢. د. أحمد سعيد أحمد الشهراني، رسالة ماجستير بعنوان "عمليات الأوراق المالية العاجلة والأجلة"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٧م
٣. د. أشرف أحمد عبدالمنعم، رقابة الدولة علي سوق الأوراق المالية في مصر ، دراسة مقارنة بالولايات المتحدة الأمريكية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠٤ .
٤. د. خالد أحمد سيف شعراوي، الإطار القانوني لعمليات التداول في البورصة، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، سنة ٢٠١٤ .
٥. د. دويب حسين صابر، رسالة دكتوراه بعنوان "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) " ، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، سنة ٢٠٠٦م
٦. د. سمير محمد يحيى ، سوق الأوراق المالية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة ٢٠١٢ م .

٧. د. صالح أحمد البريري، بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١ م .
٨. د. عبدالرحمن محمد طه، رقابة الدولية على سوق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة ٢٠١٣ .
٩. د. ماهر مصطفى محمد إمام، النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة حلوان، سنة ٢٠٠٨ .
١٠. د. محمد تنوير محمد الراجحي، دور الهيئة العامة لسوق المال في حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ٢٠٠٦ .
١١. د. محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ .
١٢. د. نسرین فرحان إبراهيم ، الرقابة الإدارية والقضائية علي أعمال الإدارة في مجال سوق الأوراق المالية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، سنة ٢٠١٥ م .
١٣. د. وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، سنة ٢٠٠٨ م.

ج- الدوريات.

١. د. أحمد رجب عبدالملك عبدالرحمن، مدى تحقيق الشفافية والإفصاح في التقارير المالية المنشورة للشركات المتداولة في سوق المال السعودي، دراسة تطبيقية، بحث منشور بالمجلة العلمية لجامعة الملك فيصل (العلوم الإنسانية
٢. د. سحر عبدالستار إمام، قانون المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ٢٠١٠

٣. د. طاهر شوقي مؤمن، الإفصاح والشفافية في السوق المالية المصرية والكويتية والفرنسية، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، العدد (٧)، الجزء الأول، مايو ٢٠١٦

٤. د. محمد المعتر المجتبى إبراهيم، دور الشفافية والإفصاح المحاسبي في سوق الأوراق المالية في ترشيد قرار الاستثمار، دراسة تطبيقية في سوق الخرطوم للأوراق المالية، بحث منشور بمجلة "أماراباك" تصدر عن الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد السادس، العدد السادس عشر، سنة ٢٠١٥م منشور علي الموقع الالكتروني <http://www.amarabac-magazin.com>

٥. د. محمد صلاح عبدالله أبورجب، د. طارق جمعة السيد راشد، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ الشفافية في سوق المال، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦ .

٦. د. محمد محمد عبداللطيف، . سلطة تنظيم الأسواق المالية، الإطار الدستوري والتنظيم التشريعي، بحث مقارنة بين كل من فرنسا ومصر والكويت، مجلة الحقوق - الكويت، مجلد ٣٣، ٨٢، يونيو ٢٠٠٩م.

٧. د. مصطفى ناطق صالح، د. نسيبة إبراهيم حمو، نظام التحكيم التجاري في حسم منازعات الأوراق المالية، دراسة مقارنة، بحث مستل من رسالة دكتوراه بعنوان "التحكيم التجاري في المؤسسات المالية، دراسة مقارنة"، منشور بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الموصل، العراق .

٨. دليل إجراءات التظلم، الهيئة العامة لسوق المال، أغسطس ٢٠٠٦

٩. دليل قواعد وإجراءات التداول بالبورصة المصرية، الإصدار الثاني لسنة ٢٠١٧ .

د = المؤتمرات :

١- . أحمد عبد التواب طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع

بدولة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الحقوق جامعة الإمارات ،

المؤتمر السادس عشر ، بتاريخ / ٢٠٠٨م

- ٢- د. أيمن رمضان الزيني، ورقة عمل بعنوان " المحاكم الاقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار"، مؤتمر القانون والاستثمار، جامعة طنطا، بتاريخ ٢٩ ، ٣٠ أبريل ٢٠١٧ .
- ٣- د. صلاح الدين أحمد فؤاد حسنين، نحو دعائم لوجستية للمحاكم الاقتصادية، مؤتمر كلية القانون، بجامعة الإمارات، ٢٠١٥م.
- ٤- د. ماجد راغب الحلوي، الرقابة الإدارية علي أسواق الأوراق المالية ، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أفق وتحديات ، مارس ٢٠٠٦ .
- ٥- د. مجدي إبراهيم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة ٢٠٠٨م .

ثانياً: مراجع باللغة الأجنبية.

1. Albert SALGUEIRO, Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, Thèse Université Clermont 1, Le 13 Septembre 2004.
2. Anne TEISSIER, Les secrets professionnels de banquier, Tome 1, édition P.U.A.M., 1999.
3. Anne-Dominique Merville, Droit des marchés financiers , Gualino Editeur, Paris, 2006.
4. Berger Jean Louis, Peu réglementation de compétence normative, Revue de droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, No. 16 spécial 2001.
5. CF. Maptin (Lucin), Banques et bourses, 2eme Édition, Montchrstien, Paris, 1991.
6. ConstantinSDelicostopoulos, L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire, LGDJ, Paris, 2002.
7. De Laubadèr (A.), Mederma (F.); Delovle (P.), Traité de contrats administratifs, LGDJ, Paris, Tom.1, 1982.
8. G. Uedon Marie-José, Les Autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 1991.
9. Gérome Lasserr Capdevill, Le secret bancaire étude de droit comparé (France Suisse, Luxembourg) Tome 1, PUAM, 2002.
10. Heraud (A.), Maupim (A.), La justice, Édition Sirey, 1996
11. J.M. Auby et R. Drago,, Traité du contentieux administratif, Tome 1, 3 éd, LGDJ, Paris, 1984
12. Jaques (B.) Solnik (B.), Marchés financiers gestion de portefeuille et des risqué ed, Dunod, Paris, 2002.
13. Join Tricou, La loi de modernisationdes activités financières Banque no. 574, oct. 1996.
14. JP. Valet, Droit de la régulation des marchés financiers, Gualino édition, 2006.

- J. Huet, Les secret commercial et la Transparence de l'information, petite affiches 15 février, 1988 no 20, p 11-
érome .10
- Lefebvre Jasé: "Un pouvoir réglementaire á géométrie variable" inN. Decoopman, s/dir, Le désordre des autorités administratives indépendantes l'exemple du secteur économique et financier, PUF, Collection Cepriscan, Paris, 2002. .16
- Legall Jean-Pierre, Droit commercial, les regroupements commerciaux sociétés commerciales et bourse de valeurs Editions ,Dalloz. 13eme édition, Paris 1992. .17
- Michel Gentot, Les autorités administratives, Paris, édition Montchrestien, coll-clefs, 1991 .18
- Michel Vasseur, Droit des affaires, les cours de droit, Paris, 1987-1988. .19
- OHI Daniel, Droit des sociétés lites, Paris, 2005. .20
- Olivier Picon, La bourse comment gérer votre portefeuille, 3 éd, Delmas, Dalloz, 1998. .21
- Pierre Lambert, Secret professionnel, Bruylant, Bruxelles, 2005 .22
- Pierre THOMASSEL, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, LGDJ, Paris, 2003. .23
- Pierre-Henri Conac, La régulation des marchés boursiers par la commission des opérations de bourse (COB) et la securities and exchange commission (SEC), La Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2002. .24
- Robert Marie-Claude, La Commission des operation de bourse, Répertoire commercial, T2, Dalloz, Paris, 1996. .25
- Thierry Bonneau, France Drummond, Droit des marchés financiers, 2eme Édition, Economica, Paris, 2005. .26
- Thomasset Pierre Sylvie, L'autorité de la regulation boursiere face aux garanties processuelles fondamentale, Edtion LG.D.J, Paris, 2003 .27

Zouaimia Rachid,, les autorités administratives .٢٨
indépendantes et la régulation économique, Revue IDARA,
No 26, 2003

ثالثاً مواقع إنترنت

- ١ . <http://iefpedia.com/arb/wp>
- ٢ . www.amarabac.com
- ٣ . www.egx.com.eg
- ٤ . www.egx-com.eg/arabic/committees.aspx
- ٥ . www.egx.com.et/get.doc16621a257-ui36-4136-4390-a467eqec4fe98/listing-Guide2017.aspx
- ٦ . www.daldewolf.com/documents

توسع ديوان المظالم في الأخذ بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء

الدكتور

شادي محمد عرفه حجازي

دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

أستاذ القانون العام المساعد - قسم القانون - كلية إدارة الأعمال

جامعة الأمير سطام بن عبدالعزيز - المملكة العربية السعودية

ملخص البحث

تعتبر المصلحة الشخصية المباشرة شرطاً أساسياً يجب أن يتوافر لقبول دعوى الإلغاء، وشرط المصلحة من الشروط الشكلية الهامة التي يبحث عنها القاضي الإداري في بداية نظره للدعوى. لذلك سنتعرض في بحثنا هذا للتعريف بشرط المصلحة كأحد شروط قبول دعوى الإلغاء، وأوصاف المصلحة، ووقت توافرها، وإندماج الصفة في المصلحة في دعوى الإلغاء، وأيضاً للتمييز بين المصلحة الدينية ودعاوى الحسبة، مع عرض أحكام قضائية صادرة عن ديوان المظالم (القضاء الإداري السعودي). لبيان مدى توسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة.

Abstract

Direct self-interest is considered an essential condition that must be available to consent of the action of cancellation, and the self-interest condition that is sought by the administrative judge at the beginning of his consideration of the lawsuit is deemed nominal. Therefore, in this research, we will present the definition of the self-interest condition as one of the conditions for consenting the action of cancellation, the descriptions of the self-interest, the time of its availability, the merging of status with the interest in the action of cancellation and also the distinction between the religious interest and the *Hesba* Cases; with the presentation of judgments issued by the Board of Grievances (the Saudi Administrative Judiciary). Accordingly, the aim is to clarify the extent to which the Saudi Administrative Judiciary expands on the application of the self-interest condition.

التمهيد

أهمية البحث:

دعوى الإلغاء هي دعوى مشروعية، يقوم القضاء الإداري بواسطتها بالرقابة على مدى مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية، ومدى توافقها مع الأنظمة والتشريعات.

ولما كان شرط المصلحة واجب التحقق، ومهم لقبول دعوى الإلغاء، وإمكانية التوسع في الأخذ به لمقتضيات الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد والمصلحة العامة، مما يتيح الفرصة للقضاء الإداري لفرض رقابته بشكل أوسع على أعمال الإدارة، لذلك يأتي بحثنا هذا ليتناول الموضوع، موضحاً أحدث ما وصل إليه القضاء الإداري السعودي وإستقر عليه في شأن التوسع في قبول المصلحة في دعوى الإلغاء.

أهداف البحث:

- ١- إيضاح المقصود بالمصلحة في دعوى الإلغاء.
- ٢- ما هي أوصاف المصلحة؟، وما المقصود بالمصلحة الشخصية المباشرة؟
- ٣- بيان المتبع في القضاء الإداري السعودي في تحديد وقت توافر شرط المصلحة.
- ٤- بيان مدى إندماج الصفة في المصلحة في دعوى الإلغاء.
- ٥- التمييز بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة.

صعوبات البحث:

تتمثل صعوبة البحث في الموضوع في حداثة النظام القضائي السعودي، وبالأخص نظام القضاء الإداري، وندرة الأحكام القضائية المنشورة، حتى أن ديوان المظالم لم يقم بنشر الأحكام والمبادئ القضائية الصادرة عنه إلا منذ عام ١٤٢٧هـ، وإلى عام ١٤٣٦هـ. مما يصعب معه في بعض الأحيان معرفة ما إستقرت وتواترت عليه محاكم الديوان في قضائها، ومنها موضوع بحثنا هذا.

حدود البحث:

سنتناول في موضوع بحثنا قبول شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، أمام القضاء الإداري، من خلال التعريف بشرط المصلحة كأحد شروط قبول دعوى الإلغاء، وأوصاف المصلحة، ووقت توافرها، وإندماج الصفة في المصلحة في دعوى الإلغاء، وأيضاً للتمييز بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة، مع عرض أحكام قضائية صادرة عن ديوان المظالم، لبيان مدى توسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة، وطبقاً لما سبق يمكننا تقسيم حدود البحث إلى:-

- الحدود المكانية: نقتصر فيها البحث علي النظام في المملكة العربية السعودية
- الحدود الزمانية: الأنظمة والتشريعات السعودية المعمول بها، والأحكام القضائية المنشورة في الفترة من ١٤٢٧هـ، إلى ١٤٣٦هـ.

منهج البحث:

إتبعنا في بحثنا هذا للمنهج التحليلي التأسيلي، حيث قمنا بتحليل مختلف الأحكام القضائية والنصوص القانونية المتعلقة بالبحث في النظام السعودي، وعرضنا للعديد من الأحكام والمبادئ القضائية التي صدرت من القضاء الإداري السعودي في نقاط البحث المختلفة. لتحديد ماهية المصلحة، كشرط لقبول دعوى الإلغاء، ومدى توسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ به.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: (شروط دعوى إلغاء القرار الإداري) للباحث فهد بن ناصر الجوفان، لعام ١٤٢٦هـ، هي دراسة قام بها الباحث في قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الامام محمد بن سعود، وقد تناول الباحث فيها شرط المصلحة إلي جانب شرط الصفة طبعاً، لكن لم يتعمق في دراسته من الناحية القانونية، ولم يعرض لنماذج أحكام قضائية صادرة عن ديوان المظالم تغطي كل ما يتعلق بالمصلحة في دعوى الإلغاء، لإيضاح إتجاه الديوان في التوسع في الأخذ بشرط المصلحة، كما جاء بحثنا هذا.

الدراسة الثانية: (ضابط الصفة والمصلحة المؤثرة في الدعوى القضائية) للباحث بندر بن عبدالرحمن العتيبي، لعام ١٤٣٢هـ، وهي دراسة قام بها الباحث في قسم

القانون المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، تكلم فيها عن شرط المصلحة بشكل عام، وفي الدعوى المدنية فقط، بينما بحثنا هذا يتناول المصلحة في الدعوى الادارية، وخصوصاً دعوى الإلغاء.

الدراسة الثالثة: (شروط قبول دعوى الإلغاء في النظام السعودي) للباحث جميل عبدالله الطويل، لعام ١٤٣٣ هـ، وهي دراسة قام بها الباحث في كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف بن عبدالعزيز، تكلم فيها الباحث عن شروط قبول دعوى الإلغاء، بصفة عامة، وبالطبع منها شرط المصلحة، لكن لم يتعمق في دراسة ولم يعرض لنماذج أحكام قضائية صادرة عن ديوان المظالم تغطي كل ما يتعلق بالمصلحة في دعوى الإلغاء، لإيضاح إتجاه الديوان في التوسع في الأخذ بشرط المصلحة، كما جاء بحثنا هذا.

وأخيراً، فإن الدراسات السابقة التي عرضناها، تميل أكثر للتأصيل الفقهي الشرعي لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء، وليست هي فقط بل تكاد تكون معظم الدراسات والكتب التي تحمل عنوان (القضاء الإداري السعودي) تميل أيضاً لعرض الجانب الفقهي الشرعي في شرط المصلحة، دون محاولة التأصيل والتحليل للنصوص النظامية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع، كما جاء موضوع بحثنا.

المقدمة

شرط المصلحة هو من شروط قبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (ديوان المظالم)، وشروط قبول دعوى الإلغاء هي شروط شكلية، يجب أن تتوافر لقبول الدعوى، حتى يتسنى للقضاء الإداري نظرها والفصل فيها. وتتضمن شروط قبول دعوى الإلغاء في النظام السعودي إلى جانب شرط المصلحة، شرط الميعاد، وشرط التظلم (الوجوبي)، وأن يكون القرار محل الطعن بالإلغاء قراراً إدارياً، وأن يكون هذا القرار صادراً عن سلطة إدارية وطنية، وأيضاً أن يكون القرار الإداري نهائياً ومؤثراً، وبالطبع ضرورة توافر أهلية التقاضي، والصفة في رافع الدعوى، ولأهمية شرط المصلحة ووجوب توافر المصلحة لدى رافع الدعوى، فهو شرط عام في كافة الدعاوي التي ترفع أمام القضاء، سواء كان قضاء عادي أو قضاء إداري أو قضاء دستوري أو قضاء عسكري أو أي جهة قضائية أخرى. لذلك نجد أن النصوص التشريعية لا تخلو من النص على وجوب توافر المصلحة لدى رافع الدعوى خصوصاً في النظام السعودي، إعمالاً لقاعدة (لا مصلحة لا دعوى).

وقد نص المشروع السعودي في نظام المرافعات الشرعية - الصادر بمقتضى المرسوم الملك رقم (م / ١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ هـ في المادة (٣) على أن (لا يقبل أي طلب أو رفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، ومع ذلك لا تكفي المصلحة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لرفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه).

كذلك نص المشروع السعودي في نظام ديوان المظالم الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم (م / ٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/٢٩ هـ. في المادة (١٣/ب) على أن (تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي:
أ - ...؛

ب - دعاوي إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن والمقصود بذوو الشأن هم أصحاب المصلحة في رافع الدعوى أمام المحاكم الإدارية)^١.

١ - ولو رجعنا إلى نص الفقرة (ب) من المادة الثالثة عشر من ديوان المظالم لعام ١٤٢٨ هـ نجد أن هذا النص اسند الاختصاص بنظر دعوى الإلغاء إلى ولاية الديوان ويقرر الحق في الطعن في القرارات الإدارية، لنوو الشأن

وتتميز المصلحة في دعوى الإلغاء بأنها أكثر إتساعاً في مفهومها عن المصلحة في الدعاوى الأخرى، فإذا كان المقصود بالمصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى أمام القضاء العادي، هو أن يكون لرافع الدعوى حقاً ذاتياً قد اعتدي عليه، سواء كان هذا الحق عينياً لحق الملكية أو حقاً شخصياً لحق الدائنية وحق المستأجر، أي أن يكون لرافع الدعوى حقاً بالمعنى الدقيق، والإحكام القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم توافر شرط المصلحة¹. والمقصود بالمصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى أمام القضاء الإداري، يحمل نفس المعنى السابق أمام القضاء العادي، في مفهوم ونطاق المصلحة لرافع الدعوى، لكن القضاء الإداري، يعطى للمصلحة مدلولاً أكثر شيواعاً وشمولاً، ليقبل رفع الدعوى من الطاعن الذي يمس القرار المطعون فيه مركزاً قانونياً أو حالة قانونية تجعل له مصلحة مباشرة في الطعن بالإلغاء². لذلك، ولإيضاح المقصود بشرط المصلحة في دعوى الإلغاء، وعرض أهم التطبيقات القضائية التي صدرت من خلال أحكام ديوان المظالم السعودي (القضاء الإداري) في الأخذ بشرط المصلحة، سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين:

- المبحث الأول: التعريف بشرط المصلحة وخصائصها.
- المبحث الثاني: التطبيقات القضائية الصادرة عن ديوان المظالم بشأن شرط المصلحة.

وفي هذا التغيير = = حياء، بصيغة الاطلاق والعموم يبحث يمكن القول أنه يشمل من له مصلحة في الطعن على القرار الإداري وكل من مس القرار حقاً كان أو مركز نظامياً له: أي أن تعبير ذوى الشأن شمل حقد رفع الدعوى دفاعاً عن المصلحة العامة إلا أن أحكام ديوان المظالم استقرت على توافر مصلحة شخصية للطاعن لقبول دعوى الإلغاء. راجع: الدكتور / خالد خليل الظاهر - القضاء الإداري - الطبعة الثانية - مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٤، ص ٢٠٠.

1 - راجع في هذا المعنى: د / محمد رفعت عبد الوهاب - أصول القضاء الإداري - طبعة ٢٠٠٧ - دار الجامعة الجديدة - ص ٤٩ وما بعدها، كذلك راجع: د/ سليمان الطماوي- القضاء الاداري(قضاء الإلغاء)- دار الفكر العربي- ص ٢٣٠، وما بعدها.

2 - راجع في هذا المعنى: د/ سامي جمال الدين- الدعاوى الإدارية- منشأة المعارف- الطبعة الثانية- ٢٠٠٨- ص ٢٤٠ وما بعدها. كذلك راجع: د/مصطفى أبو زيد فهمي، ود/ ماجد راغب الطلو - الدعاوى الإدارية - دار الجامعة الجديدة- طبعة ٢٠٠٥.

المبحث الأول

التعريف بشرط المصلحة وخصائصها

سنتناول في هذا المبحث للتعريف بشرط المصلحة في مطلب أول، والشروط التي ينبغي توفرها في المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التعريف بشرط المصلحة

المصلحة شرط من الشروط الواجب توافرها في الطاعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المعيبة، وذلك لقبول دعوى الإلغاء، ونظرها أمام القضاء، ويمكننا أن نعرف المصلحة بأنها: -

١. المصلحة لغة هي: هي الصلاح بمعنى الاستقامة والسلامة من العيب، وهي المنفعة (1).

٢. المصلحة اصطلاحاً: - هي كل ما فيه فائدة، وحماها الشارع، وفيها فائدة لحفظ الدين والعقل، والمال، والعرض والنفس. والمصلحة بهذا المعنى تمكن صاحبها من اللجوء إلى القضاء لإسترداد حقه أو الدفاع عنه (2).

ويعرف البعض (المصلحة) بوصفها شرطاً لقبول دعوى الإلغاء بأنها (المصلحة هي أن يكون رافع الدعوى في حالة نظامية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصيته له) (1). أيضاً تعرف

١ في معنى المصلحة (لغة) راجع: - مجمع اللغة العربية- المعجم الوسيط- مكتبة الشروق الدولية- الطبعة الرابعة- ٢٠٠٤/١٤٢٥م مادة (ص - ل - ح) (٢٥٠/١). كذلك قد جاء في معنى المصلحة (لغة) أنها تعنى: - لغة كالمصلحة وزناً ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمصلحة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحد من المصالح، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال (والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح فكل ما كان فيه نفع، سواء كان بالجلب والتحصيل باستحصال الفوائد والذائد أو بالدفع والاتقاء، كالشعاع المضار والآلام، فهو جديد بأن يسمى مصلحة). راجع: - لسان العرب، محمد بن بكر منظور المصري، ج ٧، ص ٣٨٤، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط ٣ - ١٤١٩ هـ.

٢ في هذا المعنى راجع: - د/ خالد خليل الظاهر - القضاء الإداري الطبعة الثانية - مكتبة القانون والاقتصاد. ٢٠١٤ - ص ١٩٩ كذلك راجع: - أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة - مكتبة الرياض الحديثة ط ٧ ص ١٠٦.

١- راجع: - خالد خليل الظاهر - المرجع السابق - ص ٢٠٠. كذلك راجع: د/ حمدي العجمي، د/ محمد جمال ذنبيات- القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية- الطبعة الثانية- ١٤٣٤هـ - ٢٠١٢م- ص ٢٦٠ وما بعدها.

(المصلحة) في دعوى الإلغاء بأنها (الفائدة أو الغاية التي يرجو الطاعن تحقيقها من تقديم دعوى الإلغاء وإلغاء القرار الإداري المطعون فيه)⁽²⁾.

وفي رأينا أن (المصلحة) في دعوى الإلغاء وبإيجاز هي (المنفعة التي تعود على رافع دعوى الإلغاء). ومما أعجبنا في توضيح معنى المنفعة هو وصفها بأنها (غاية فطرية لا تتجلى لدى الإنسان في شيء كما تجلى من نزوعه، من وراء جميع تصرفاته وأعماله، إلى تحصيل المنفعة لنفسه في الجملة، أي بقطع النظر عن كونها منفعة شخصية خاصة أو منفعة عمومية شاملة له ولغيره)⁽³⁾.

وبهذا فالمصلحة في دعوى الإلغاء، منفعة أو مكسب يسعى رافع الدعوى للوصول، إليه ولذلك لجأ إلى القضاء كطريق مشروع لتحقيق مسعاه - فالمصلحة سواء كانت مصدرها حقاً ذاتياً أو مصدرها حالة قانونية خاصة بالطاعن بالإلغاء قد مسها القرار المطعون فيه تكون مقبولة طالماً توافرت فيها الشروط المطلوبة، والتي سنعرض لها فيما هو قادم.

وقد تعرض القضاء الإداري السعودي في أحد أحكامه لتعريف المصلحة، وجاء في الحكم أنه "من المقرر أنه يشترط لقبول الدعاوي أمام القضاء أن يكون لرافعها مصلحة إقامتها والمصلحة هي الفائدة العملية التي يراد تحقيقها من الإلتجاء إلى القضاء"⁽¹⁾.

والمصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء هي من المسائل الأولية التي ينبغي على القاضي أن يبحثها قبل الولوج لموضوع الدعوى، حتى ولو لم يرفع الخصوم بعدم قبول الدعوى لعدم توافر شرط المصلحة، فالقاضي يبحث مدى توافر المصلحة، وذلك لتعلقها بالنظام العام، وفي هذا المعنى جاء في حكم لديوان المظالم أن "....من المتوجب على القاضي بداية التصدي من تلقاء نفسه للتحقق من استقاء الدعوى

٢- راجع: د / علي خطار شطناوي- موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم)(الكتاب الأول)- مكتبة الرشد - ص ٢٧١. وفي نفس المعنى راجع: د/ محمد محمود الزويبي- القضاء الإداري السعودي- القسم الأول- مكتبة المتنبّي- ١٤٣٩-١٨-٢٠١٨- ص ٢٠٩، وما بعدها.

٣- راجع: أ - محمد عبد الله صالح اللحيدان - شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية - دراسة تأصيلية تطبيقية - جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض ١٤٢٥ هـ - ص ٣٠.

١ - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - رقم (٦/ت/٥٦) لعام ١٤٢٨ هـ الصادر بجلسة ١٢/١/٢٠١٨ هـ - مجموعة الأحكام والمباني الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ١٩٨ وما بعدها.

شروط قبولها، وسلوك المدعي سبيل المطالبة الإدارية وفقاً للمواعيد المقررة في هذا الشأن، وميعاد رفع الدعوى القضائية، وذلك قبل دخولها في موضوعها، بحسبناها مسألة أولية يتم بحثها ولو لم تكن ثمة دفع يصدها أثارها الجهة الإدارية، لكون كافة الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمور متصلة بالنظام العام....⁽²⁾.

وفي حكم حديث لديوان المظالم، أكد القضاء الإداري السعودي على واجب القاضي الإداري المتعلق بالتأكد من توافر شرط المصلحة فجاء في الحكم أنه "ويتعين على القاضي وفقاً لما سبق التأكد من مصلحة الخصوم في الدعوي قبل المضي في استكمال عناصر الدفع المتصلة بموضوع المنازعة؛ إعمالاً لأصول التقاضي وقواعد المرافعات والتعميمات المنظمة لذلك والتي تصدر من رئيس الديوان دوماً بالنظر والفحص لقبول الدعوي قبل النظر في موضوعها، دون إيقال كاهل القضاة والمتقاضين بالترافع والمدافعة في دعوي غير مقبولة"⁽¹⁾.

ولبيان مدى أهمية شرط المصلحة، وأن القاضي الإداري يبحث فيه ابتداءً، وقبل النظر في موضوع الدعوى، وحتى لو كان رافع الدعوى على حق من ناحية الموضوع. حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم بأنه "ولا ينال من ذلك ما أثاره وكيل المدعي من إستدلالة بالمادة (١١) من اللائحة التنفيذية لنظام العلامات التجارية من أن (كل ذي مصلحة الاعتراض على قبول تسجيل العلامة)؛ فإنه لا مصلحة ظاهرة في إعتراض المدعية على العلامة محل الدعوى سوى ما ذكره وكيلها من عدم وجود ما يميز العلامة أو كونها وصفية. ومسؤولية بحث ذلك إنما تقع على عاتق الجهات ذات العلاقة وبذلك تكون المدعية قد أحطت نفسها محل الجهات الرقابية أو الجهة المدعى عليها نفسها"^(٧). ولا ننسى أن نشير إلي أن الدفع

٢ - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - رقم الحكم ٣٦٩ / ت / ٦ لعام ١٤٢٨ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٢٧/٦/٢٠ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧ هـ - المجلد الأول، ص ٢٨٨ وما بعدها. كذلك وفي نفس المعنى راجع: حكم هيئة التدقيق - ديوان المظالم رقم ٣٦٩ / ت / ٦ لعام ١٤٢٧ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٢٧ / ٧ / ٢٠ هـ. (غير منشور).

(1) حكم محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم رقم ٢٧٢٩ / ق لعام ١٤٣٦ هـ - جلسة ١٤٣٦/٧/٢٤ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية القضائية - المجلد الأول - ص ١٦١.

(2) حكم محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم رقم ٥/٣٧٥ لعام ١٤٣٤ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ١٥٣.

بإندعام المصلحة، ليس دفعاً شكلياً أو موضوعياً، إنما هو دفع بعدم القبول، يجوز إبداءه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

وأخيراً، بعد أن عرضنا لتعريف المصلحة، وأيضاً لبيان كونها من الشروط الشكلية المتعلقة بالنظام العام، سنعرض لوقت توافر شرط المصلحة، من خلال ما ذهبت إليه أحكام ديوان المظالم السعودي. فقد استقرت أحكام ديوان المظالم السعودي على أن شرط المصلحة ليس فقط شرط ابتداء وإنما أيضاً هو شرط استمرار. فرفع الدعوى يشترط فيه توافر المصلحة عند رفع دعواه، وأيضاً حتى يستمر في دعواه، وقد أكد على هذا المعنى حكم حديث لديوان المظالم جاء فيه أن "عن قبول الدعوى، فيما أن استيفاء الدعوى لعناصرها ومراحلها اللازمة قيل أقامتها أمر لازم باعتباره من شروط قبولها ونظرها، وهو أمر يسبق فحص موضوعها بحسبانه مسألة أولية يتحتم على الدائرة بحثها أولاً، وبما أن المصلحة تعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوى، حيث لا تقبل الدعوى إلا بوجود مصلحة معتبرة لمقيمها وكذا استمرارها لحين الفصل في الدعوى، لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها، فلو تخلف شرط المصلحة بعد قيام الدعوى، حيث لا تقبل الدعوى إلى بوجود مصلحة معتبرة لمقيمها وكذا استمرارها لحين الفصل في الدعوى، لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها، فلو تخلف شرط المصلحة بعد قيام الدعوى كان من الواجب عدم قبولها لتخلف شرط من شروطها، وهذا ما سار عليه القضاء الإداري بديوان المظالم وفقاً لما جاء في مبادئه الشرعية والنظامية الصادرة في عام ١٤٠٠ هـ، حيث جاء في القرار رقم (٨٦/٣٩) ما نصه: (ومن المعلوم في نظرية الدعوى إنه يشترط لقبولها أن يكون للمدعى مصلحة في إدعائه من وقت رفع الدعوى وأن يستمر قيامها حتى الفصل فيها نهائياً، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة)، وظالما الأمر ما ذكر، وحيث أن الدائرة وهي في سياق بحثها عن مدى توافر شروط قبول الدعوى محل النظر، والتي منها شرط المصلحة تبين لها أن الترخيص موضوع الدعوى قد إنتهى بتاريخ ١٤٣٥/٤/٩ هـ وذلك بعد إقامته الدعوى بفترة وجيزه وقبل متول المدعي أمام الدائرة، وبناء عليه يتبين أن مصلحة المدعى من إلغاء الطعن لم يستمر في هذه الدعوى، حيث أنها انتهت مع إنتهاء الترخيص موضوع الدعوى، وتكون المطالبة

حينئذ بإلغاء القرار محل الطعن. عذيمة الجدوى، ولا يغني من ذلك قيام المصلحة في ابتداء الدعوى عن استمرارها إلى حسن الفصل في الدعوى، وفقاً لما سبق بنائه، ومن لم تبين للدائرة أن ضابط المصلحة المرجوة من إقامة الدعوى لم يتحقق في دعوى الإلغاء هذه، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم استمرار المصلحة فيها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

خصائص المصلحة في دعوى الإلغاء

القضاء الإداري السعودي توسع في الأخذ بشرط المصلحة، والشرط الوحيد للمصلحة هو أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة لرافع دعوى الإلغاء، فإذا ما تحقق هذا الشرط لا مانع من قبول المصلحة المحتملة كما تقبل المصلحة المحققة، وأيضاً لا مانع من قبول المصلحة الأدبية كما تقبل المصلحة العادية، أيضاً لا مانع من قبول المصلحة الجماعية كما تقبل المصلحة الفردية، وأخيراً يقبل القضاء الإداري السعودي ما يسمى بالمصلحة الدينية. وسنعرض فيما يلي لخصائص (سمات) المصلحة في دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم.

١ حكم ديوان المظالم رقم (٢/٤٨٤) لعام (١٤٣٥ هـ) تاريخ الجلسة ١٤٣٥/١١/٢٣ هـ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية عن ديوان المظالم ١٤٣٥ هـ - المجلد الأول - ص ٢٦٧ وما بعدها. وكتطبيق قضائي لما استقر عليه ديوان المظالم من وجوب استمرار المصلحة منذ بداية رفع الدعوى وحتى الفصل فيها، فقد قضى ديوان المظالم في حكم حديث أيضاً بأن (.....ولما كان الثابت من الأوراق أن هناك نزاعاً حول هذه الشروط المدعية ومن المالك للمحلات الأربعة التي تطلب الأولى إصدار ترخيص عليها، وكان الثابت كذلك أن المحلات قد سلمت لشركة (.....) مما يعني أن المحلات وقت نظر الدعوى ليست في حيازة المدعية، وإنها لا تملك سند ملكية أو عقد استئجار لها، ومن ثم فإنه من المستحيل نظاماً طلب إصدار ترخيص لها = في ظل هذا الوضع، المحل الثابت المطلوب إصدار الترخيص نشأته يعد هو محل الترخيص، فإن لم يوجد المحل فقد قرار الترخيص ركناً من أركانه، وإذا ثبت ذلك فإنه ليس للمدعية مصلحة قانونية في الاستمرار في نظر الدعوى لوجود الاستحالة القانونية، وحيث أن شرط المصلحة هو أحد شرائط القبول لنظر الدعوى وإنه من اللازم استمرار وجوده طيلة فترة نظر النزاع - كما استقر قضاء هيئة التدقيق - فمتى ما فقدت المصلحة في أي مرحلة من مراحل نظر الدعوى فإنه يلزم القضاء بعدم قبولها) حكم ديوان المظالم رقم (٣/٤٧٦) لعام ١٤٣٥ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٣٥/٣/٧ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٣٥ هـ - المجلد الأول - ص ٢٥٩ وما بعدها. وفي نفس المعنى راجع حكم ديوان المظالم الصادر من هيئة التدقيق رقم (٢٥٧ / ت / ٨) لعام (١٤٢٨ هـ) تاريخ الجلسة (١٤٢٨/٢/٢٠ هـ) - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٨ هـ - المجلد الأول - ص ٤٧٤ وما بعدها. وإيضاً نفس المعنى جاء في أحدث مدونات الأحكام المنشورة عن ديوان المظالم حكم حديث من محكمة الاستئناف الإدارية رقم ١٧٦٠/ق لعام ١٤٣٦ جلسة ١٤٣٦/٤/١٥ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ القضائية - المجلد الأول - ص ١٥١ وما بعدها .

أولاً: يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة.

الشرط الأهم والأوحد لقبول دعاوي الإلغاء فيما يتعلق بتوافر المصلحة لدى الطاعن بالإلغاء، وهو ما يميز بينها وبين المصلحة في الدعاوي العادية، لذلك يجب أن تكون المصلحة في رافع الدعوى، ليست فقط حقاً ذاتياً ثم اعتداد عليه، ولكن يجب أن تكون المصلحة تمثل إعتداءً على حاله قانونية أو مركز قانوني يؤثر فيها القرار المطعون ضده بالإلغاء تأثيراً مباشراً^١.

وشرط المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى شرط ضروري لأنه بدونها ستصبح دعوى الإلغاء. كما يذهب أستاذنا الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب - بدون ضابط أو قيد تماماً مثل دعوى الحسبة المعروفة في الشريعة الإسلامية^٢. وهو ما سنتعرض له من خلال أحكام القضاء في المملكة العربية السعودية في المبحث الثاني الخاص بالتطبيقات القضائية.

وقد جاء في أحد أحكام ديوان المظالم توضيح لمعنى المصلحة الشخصية المباشرة، فقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " من المقرر أن بشرط قبول الدعاوى أمام القضاء أن يكون لرافعها مصلحة في إقامتها والمصلحة هي الفائدة العملية التي يراد تحقيقها من الالتجاء إلى القضاء ويجب أن تكون هذه مصلحة شخصية ومباشرة بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو الذي تعود إليه الفائدة من رفع الدعوى وأن لا تكون الفائدة فقط لتحقيق المصلحة العامة، بل يجب أن تكون للمدعى ومتميزة عند المصلحة العامة، ويقائده خاصة ومباشرة تعود إليه. وحيث أن المدعى قرر أن مطالبته في هذه الدعوى بإلغاء القرار محل الطعن حتى لا تتسند اللجنة في المستقبل على النص الوارد في المادة (١٣) من نظام البلديات وتطبقه على أناس آخرين وحتى يتم إظهار الفهم الصحيح للنظام الخ...، لذلك فإن المصلحة الشخصية والمباشرة للمدعى تكون منتفية في هذه الدعوى الأمر الذي تنهى معه الدائرة إلى عدم قبول الدعوى لعدم وجود المصلحة للمدعى، ومن المعلوم أن وجود المصلحة

1 - راجع في هذه المعنى: د / حسان هاشم أبو العلا - الوجيز في القضاء الإداري السعودي - دار حافظ بجدة - الطبعة الثانية - ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م - ص ١٥١ وما بعدها.

2 - راجع: د / محمد رفعت عبد الوهاب - أصول القضاء الإداري - المرجع السابق - ص ٥٢

حسبما سبق بيانه شرط من شروط قبول الدعوى وتتصدى له الدائرة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به المدعى عليه".^١

ثانياً: يجوز أن تكون المصلحة محتملة.

المصلحة المحققة هي المصلحة المؤكدة والموجودة في الحال، وقد توسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة ليأخذ بالمصلحة المحتملة مثل المؤكدة لقبول دعوى الإلغاء، لأن ما قد يمس مستقبلاً مركز الطاعن بالإلغاء محتمل الحدوث، قد يسبب ضرراً، يلحق رافع الدعوى، ويخضع تقدير المصلحة المحتملة إلى تقدير القضاء. وقد ذهب ديوان المظالم في أحد أحكامه إلى أن "من الأضرار التي تصيب أهالي الحي من إقامة قصور الأفراح، وفيها الإزعاجات الناتجة عن كثرة المترددين على القصور وسيارتهم، فضلاً عن إحضار الفنانين والمركبات، واستعمال مكبرات الصوت، وكذلك تعزر إيقاف سيارات ساكن الحي في أماكنها المعتادة، وقالت الدائرة: أنه يتعين درء هذه الإخطار عملاً بالقاعدة الشرعية المستمرة من حيث رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))، وإنه من المعلوم شرعاً أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح ولئن كان الضرر لم يقع بعد على المجاورين، إلا أن وقوعه في حكم المؤكد...".^(١)

أيضاً ما يؤكد قبول ديوان المظالم للمصلحة المحتملة، ما جاء في حكم لمحكمة الإستئناف الإدارية بديوان المظالم من أنه "الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية ليست لها علامة مشابهة للعلامة المراد تسجيلها، وأن هذا التسجيل لن يؤثر على منتجات المدعية، وأن المصلحة التي تدعيها المدعية منتفية هنا، لذا تنتهي معه الدائرة إلى عدم قبول الدعوى لعدم توفر شرط المصلحة. ولا ينال من ذلك القول بأن المدعية لها مصلحة تقوم مقام الصفة، نظراً لكون هذه المصلحة تنتفي بإنتفاء

١ حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٦/ت/٥٦ لعام ١٤٢٨ هـ تاريخ الجلسة ١٢/١/١٤٢٨ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم السعودي - المجلد الأول - ص ١٩٨. للمزيد حول معنى المصلحة المحتملة = = وقبولها راجع: د/ فهد محمد عبدالعزيز الدغيث - رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم - دراسة مقارنة دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٢. ص ١١٤ وما بعدها.

١ حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - حكم رقم ٣٤/ت/٣ لعام ١٤١١ هـ في القضية رقم ٤/١٣٢/ق لعام ١٤٠٩ هـ (غير منشور).

موجبها، وهو عدم ثبوت إستخدام المدعية لهذة العلامة أو علامة مشابهة لها، كما أن الظاهر من طلب المدعية أن المحتملة منتفية لأنها تطعن في عدم تميز العلامة وهو طعن ينافي المصلحة " ١. وما يفهم من نص الحكم أن المحكمة تقبل المصلحة المحتملة بشرط توافرها، ولأنها غير متوفرة رفضت المحكمة الدعوى.

ثالثاً: يجوز أن تكون المصلحة أدبية.

يشترط في المصلحة بصفة عامة أن تكون مشروعاً، وهو شرط منطقي وبديهي، فالقضاء الإداري لا يحمي المصالح غير المشروعية، فقط يتقدم أحد تجار المنوعات أو المهربين للطعن على قرار حظر إستيراد سلع معينه مضره بالصحة العامة أو مخالفة الآداب أمام القضاء الإداري، الذي بدوره سيرفض الدعوى لعدم مشروعية المصلحة.

وترتيباً على ما سبق فإن المصالح التي يقبل بها القضاء الإداري المصالح الأدبية، فمعظم أنواع المصالح المتوفرة في من يرفع دعوى إلغاء هي المصالح المادية والأمثلة عليها كثيرة من: - قرار إداري صادر بمصادرة قطعة أرض، أو قرار إداري سلبي صادر يرفض منح رخصة فتح محل تجاري، وقد يكون فيها خسائر مادية للمخاطبين بإحكام هذه القرارات، مما يجعل الدعاوى المرفوعة من المخاطبين بهذه القرارات الإدارية متبولة توافر المصلحة المادية، أما عند قبول المصلحة الأدبية أمام محاكم ديوان المظالم، فاليرغم من ندرة وقلة الأحكام المنشورة، وصعوبة التوصل إليها، إلا أننا نرى أن السياسة القضائية للديوان، واتجاهه للتوسع في قبول شروط المصلحة، لا تمنع قبول المصالح الأدبية في الدعاوى المرفوعة أمامها.

وما يؤكد ما ذهبنا إليه، من أن ديوان المظالم يقبل المصلحة الأدبية في رافع دعوى الإلغاء، هو حكم صدر عن ديوان المظالم حديث نسبياً، قضت فيه المحكمة بأن "... ومن ثم فإنه يستلزم بدائه النظر في مصلحة المدعي من مخاصمة المدعى عليها والتظلم من امتناعها عن القيام بوضح اللوحات الإرشادية فإن كان هذا الإقناع

1 - حكم محكمة الاستئناف الادارية بديوان المظالم رقم ٢٦١٣ / ق - لعام ١٤٣٦ هـ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - المجلد الأول - ص ١٥٦.

قد أصاب حق المدعى ثبت له المصلحة في الدعوى وتعين النظر في موضوعها ولما كان وضع اللوحات الإرشادية من أعمال التنظيمات العامة التي تخضع لتقدير جهة الإدارة ولا تضيء لمركز المدعى مثيرة مادية أو معنوية، كما أنها بصورتها السلبية لا تحرم المدعي من نفع عام مقرر له نظاماً لخدمات. الماء والكهرباء ولا تلحق به ضرراً كوعورة الطرق ونحوها، فوجودها وعدمها لا أثر له قبل مركز المدعى إيجاباً أو سلباً... (1)

وقد استقر مجلس الدولة المصري على الأخذ بالمصلحة الأدبية منذ إنشائه وحتى وقتنا هذا، ففي حكم حيث نسب للمحكمة الإدارية العليا قضت المحكمة بأن "من المقرر أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أو أدبية لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرار المطعون فيه... (2).

رابعاً: يجوز أن تحقق المصلحة للجماعات والهيئات.

غالبية الدعاوي المرفوعة أمام القضاء الإداري السعودي هي من فرد واحد قد مس القرار الإداري المعيب المطعون فيه بمركزه القانوني، محدثاً ضرراً، ما جعله يلجأ للقضاء لرفع الضرر، لكن قد تكون الدعوى جماعية مرفوعة من جماعة أو هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية، لكن ترفع عن المصلحة المشتركة لكل من ينتمي للجماعة أو الهيئة، فبئثر التساؤل هنا هل يقبل القضاء الإداري السعودي شرط المصلحة إذا توافر في الجماعات والهيئات؟

للإجابة عن هذا التساؤل نعرض أولاً: للمقصود بمصلحة الجماعات والهيئات في القضاء الإداري المصري، حيث استقر القضاء الإداري المصري على قبول المصلحة الجماعات، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا أن "من المسلم به أن للنقابات المنشأة وفقاً للقانون أن ترفع الدعاوى المتعلقة بحقوقها بصفتها شخصاً معنوياً عادياً كالحقوق التي عساها أن تكون في ذمة أعضائها أو قبل الغير الذي يتعامل معها، كذلك استقر الرأي فقها وقضاء على أن للنقابات أن

١ - حكم ديوان المظالم حكم استئناف رقم ٢/٣٨٨ لعام ١٤٣٤ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٣٤/٤/٢٢ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - المجلد الأول - ص ١٤٧ ما بعدها.

٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٤٠٩٩) - لسنة ٤٥ قد ٤٠ - جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤ (غير منشور).

ترفع الدعاوى المتعلقة بالمصلحة الجماعية أو المشتركة لدفاع عن مصالح المهنة، وجرى القضاء في فرنسا على اعتبار أن للنقابة مصلحة جماعية إذا كان ثمة ضرر قد أصاب أعضائها بصفتهم أعضاء في النقابة وبسبب مباشرتهم للمهنة التي وجدت النقابة للدفاع عنها غير أنه يجب التفرقة بين المصالح الجماعية والمصالح الفردية لهؤلاء الأعضاء، فهذه المصالح الفردية هي ملك لأصحابها، وهم أصحاب الحق في المطالبة بها ورفع الدعوى عنها، ولا تقبل الدعوى بشأنها من النقابة⁽¹⁾. وهذا ما إستقر عليه القضاء الإداري المصري منذ إنشائه وحتى وقتنا هذا. وهو في رأينا ما لم يخرج عليه القضاء الإداري السعودي كما سوف نرى فيما هو قادم، نظراً للتقارب الواضح بين جهتي القضاء المصري والسعودي، على الأقل فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح.

ثانياً: ما جاء في نص المادة (١٣) في الفقرة (ب) من نظام ديوان المظالم من أن ".... دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن هم أصحاب المصلحة في رفع الدعوى أمام المحاكم الإدارية". فقد جاءت كلمة (ذو الشأن) بصفة عامة، مما يؤكد ما نذهب إليه من جواز رفع دعوى الإلغاء من قبل الجماعات والهيئات.

ثالثاً: قبول ديوان المظالم لدعاوى الإلغاء المرفوعة من قبل هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما سنرى فيما هو قادم في بحثنا هذا، ومثال ذلك: ما جاء في قرار لهيئة التدقيق بديوان المظالم من أنه " إجتمعت بمقر ديوان المظالم بالرياض هيئة تدقيق القضايا، وذلك لدراسة العرض المقدم لمعالي رئيس الديوان من دائرة التدقيق الخامسة في في مذكرتها رقم.... وتاريخ.... التي تضمنت أن هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر درجت - مؤخراً- على الاعتراض على قرارات لجنة التظلمات والاعتراضات بوزارة التجارة الصادرة بالموافقة على تسجيل علامات تحوي صوراً لذوات الأرواح، وقد إستقر قضاء الديوان

١ - حكم محكمة الإدارية العليا المصرية الصادر ١٩٦٠/١١/١٢ - (غير منشور) مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد رفعت عبد الروهاب - أصول القضاء الإداري - مرجع سابق ص ٥٧ وما بعدها.

على قبول دعاوى الهيئة في هذا الشأن وإلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها
(١).

وأخيراً، الخلاصة في ما يتعلق بموقف ديوان المظالم السعودي، لن يختلف طبقاً
للسياسة القضائية التي يتبعها - كما سبق وذكرنا من التوسع بالأخذ بشرط
المصلحة- لرقابة قضائية أكثر شمولية على أعمال الإدارة، والتأكد من مشروعيتها.
لذلك لا نجد مانع من قبول ديوان المظالم لطعون الجماعات والهيئات. وما يدعونا
عدم وجود نصوص قانونية صريحة أو ضمنية تمنع ذلك، كذلك عدم وجود أحكام
قضائية عكس ما نذهب إليه.

خامساً: جواز تحقق المصلحة للسكان في منطقة معينة.

الشرط الأوحد والأهم لقبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالمصلحة هو وجود
مصلحة شخصية مباشرة لرافع الدعوى، والتوسع في الأخذ بشرط المصلحة لقبول
صفة السكان للدفاع عن المصالح الحيوية الهامة لمنطقته، يشكل قمة التوسع في الأخذ
بشرط المصلحة، وبالرغم من حداثة النظام القضائي السعودي، وندرة الأحكام
المنشورة، والتي كانت لتساعدنا في تحديد اتجاهات القضاء الإداري السعودي وجواز
قبوله لدعاوى الإلغاء المرفوعة من السكان في منطقة معينة، إلا أننا نحيل لما سبق
وان ذكرناه في البند رابعاً - مصلحة الهيئات والجماعات - حول عدم وجود نص
قانوني يمنع ذلك، كذلك عدم وجود أحكام قضائية بعكس ما نراه، وهو إمكانية قبول
ديوان المظالم لمصلحة السكان في منطقة معينة في دعاوى الإلغاء.

وقد تحصلنا على حكم حديث، يؤكد ما نذهب إليه، نري أنه من الممكن أن
نستشهد به، لتأكيد جواز قبول القضاء الإداري السعودي لدعاوى الإلغاء من السكان
في منطقة معينة، وفي هذا الحكم قضت محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم
بأن " بناءً على الدعوى المقامة من المدعين وبعد الإطلاع على كافة أوراق الدعوى
وبعد النظر في خطاب الجهة المدعى عليها رقم... وحيث أن دعوى المدعين تتعلق
بالطعن في قرار المدعي عليها في قرار المدعى عليها تعيين (...) شيخاً لقرية (...)

1- قرار هيئة التدقيق مجتمعة رقم (٩) لعام ١٤٢٤ هـ

بمنطقة عسير وعلى سند من أن المذكور عليه ملاحظات وطعون في أمانته ومناسبته لهذا التعيين، والتعويض وأتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى ولما كانت هذه الدعوى من قبيل دعاوى الإلغاء والتعويض التي تختص بنظرها المحاكم الإدارية بموجب نظام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٢٨هـ في المادة (١٣/ب) ولما كان المدعون من أهل وسكان قرية (...) المشار إليها فإن لهم المصلحة في إقامة الدعوى لأن هذا يمس مراكزهم النظامية ومن ثم تقضي هذه المحكمة بثبوت الصفة في المدعين....^١.

أيضاً في حكم حديث، قضت محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم بأن "الثابت أن المدعي يملك منزلاً في حي القادسية بمدينة الرياض بموجب الصك رقم... وتاريخ...، والثابت أنه بعد نزول الأمطار فإن المياه تتجمع أمام منزله، وتعيق حركته، ولم ينازع الأطراف في ذلك، ولما كان المنظم قد حدد الوظائف والأعمال المنوطة بالبلديات، وما يجب عليها القيام به مفصلاً ذلك في نظام البلديات والقرى الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥/م) لعام ١٣٩٧ هـ، ونص في المادة الخامسة منه على ما يلي (مع عدم الإخلال بما تقضي به الأنظمة من إختصاص عام لبعض الإدارات أو المصالح، تقوم البلدية بجميع الأعمال المتعلقة بتنظيم منطقتها وإصلاحها وتجميلها والمحافظة على الصحة والراحة والسلامة العامة، ولها في سبيل ذلك إتخاذ التدابير اللازمة خاصة في النواحي الآتية:.... ٤ - وقاية الصحة العامة، ودرم البرك والمستنقعات ودرء خطر السيول وإنشاء أسوار الأشجار حول البلدة لحمايتها من الرمال) وهذا نص صريح ألزم البلدية بدرم البرك والمستنقعات ودرء خطر السيول. ولما كان من الواجب على الأمانة إبتداء القيام بما يلزم المخطط من إنشاءات خاصة تدرأ الخطر عن المواطن، وعدم السماح بالإفراغات في مناطق تجمع السيول ونحوها، كما أن صدر المادة ألزم البلدية بالقيام بجميع الأعمال المتعلقة بالمحافظة علي السلامة العامة، ولا يخفى أن خطر السيول وتجمعها في الطريق يشكل خطراً على قاطني الحي بشكل خاص، وسالكي الطريق بشكل عام، وحيث أن الأمانة بما يلزم تجاه ذلك، يعد إخلالاً منها بواجبها المنوط بها؛ وتقضي الدائرة بإلزامها بإتخاذ

١ حكم محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم - رقم ١٠٢٩/١/س/٦ لعام ١٤٣١هـ بجلسة ١٠/٩/١٤٣١هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الثالث - ص ١١١٦.

الإجراءات النظامية اللازمة حيال منع تجمع السيول أمام منزل المدعي. لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعي عليها بإتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة لمنع تجمع السيول أمام منزل المدعي " ١.

ونستنتج من نص الحكم السابق عرضه، أنه إلى جانب توافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة لرافع الدعوى والمتمثلة في إلزام البلدية بالقيام بالأعمال التي تدرء عنه خطر السيول وعن منزله، تتوافر هنا في رأينا، صفة الساكن التي تستتبع توافر المصلحة أي الفائدة التي ستعود علي رافع الدعوى، وسوف يستفيد منها أيضاً سكان المنطقة وجيرانه.

ونفس الحكم من الممكن أن نستشهد به، فيما يتعلق بمصلحة المالك، فهناك فارق كبير بين المالك والساكن في منطقة معينة- وسبب هذه التفرقة وجود الملايين من الأجانب (ساكن) في المملكة ومناطقها المختلفة- فالمالك هو صاحب الملكية التي ترد علي العقار، ويتمتع بكل السلطات علي ما يملكه، أما الساكن قد يكون مالك أو مستأجر، أو صاحب حق إنتفاع، وكلها تعطي صاحبها بعض السلطات علي العقار. وإستناداً علي الحكم السابق، نرى أن ديوان المظالم لا يوجد ما يمنعه، من قبول الدعاوى التي يرفعها المالك للطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية التي قد تسبب له ضرراً، وفي هذا الشأن ذهب أستاذنا الدكتور / ماجد الحلو إلى أنه (لا شك في توافر شرط المصلحة في هذا الصدد في حالة إعتداء القرار الإداري على حق الملكية. وليس هذا هو المراد بيانه في هذا وإنما للمالك فضلاً عن ذلك أن يطعن في القرارات الإدارية المعيبة التي تسبب له كمالك أضراراً ومضايقات ولو لم تصل إلى حد الإعتداء على حق الملكية) ٢.

سادساً: طعون الموظفين.

طعون الموظفين العموميين تتمتع بنطاق واسع في مجال دعوى الإلغاء، وذلك لحماية حقوقهم ومصالحهم الوظيفية، والقضاء الإداري السعودي ينظر العديد من هذه

1 - حكم محكمة الإستئناف الإدارية بديوان المظالم رقم ١/٥٩٥٦/ق لعام ١٤٣٦ هـ جلسة ١٠/٢٤/١٤٣٦ هـ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - لعام ١٤٣٦ هـ المجلد الرابع- ص ١٩٥٤.

2 - راجع د/ ماجد راغب الحلو- القضاء الإداري- دار المطبوعات الجامعية- طبعة ١٩٩٥- ص ٣٠٢.

الطعون، وتزخر مدونات الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم بالمئات بل بالآف من الأحكام الصادرة في هذا الشأن.

وتتمثل المصالح التي تبرر قبول طعون الموظفين العموميين أمام ديوان المظالم في: الطعون المتعلقة بقرارات التعيين في الوظيفة والعلاوات والزيادات السنوية، والترقية، والنقل، والندب، والوقف عن العمل، والإحالة للتقاعد، وكل ما من شأنه المساس أو التأثير على الحقوق الوظيفية للموظفين العموميين¹.

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية الصادرة عن

ديوان المظالم بشأن شرط المصلحة

بعد أن عرضنا للتعريف بشرط المصلحة، وخصائصها، سنعرض هنا وفي هذا المبحث، لتوسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة، من خلال أهم وأحدث الأحكام القضائية الصادرة من ديوان المظالم، خصوصاً في موضوعين وهما: -

أولاً: - إندماج شرط الصفة والمصلحة لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (مطلب أول).

ثانياً: - قبول ديوان المظالم للمصلحة الدينية والتميز بينها وبين دعاوى الحسبة (مطلب ثاني).

1- للاطلاع على مدونات الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم السعودي من خلال الموقع:-

<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/Pages/default.aspx>

كذلك صفحة وزارة العدل السعودية : : <https://www.moj.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

المطلب الأول

اندماج شرطي الصفة والمصلحة لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري

لقد توسع القضاء الإداري السعودي في شرط المصلحة، للدرجة التي أدت إلى اندماج الصفة في المصلحة، وهو عكس المعمول به في الدعاوي العادية، فكل من شرط الصفة والمصلحة مستقلان عن بعضهما، وكل منهما له ذاتية التي يبحث عنها القاضي، ليتأكد من أن الدعوى مقبولة.

أما في القضاء الإداري، كما ذكرنا، يندمج شرطي الصفة والمصلحة وفيما يلي سنعرض للتعريف بالصفة واشتراط توافرها في دعوى الإلغاء، ولأهم الأحكام الصادرة من ديوان المظالم حول إندماج الصفة في المصلحة.

الفرع الأول

توافر شرط الصفة لقبول دعوى الإلغاء

الصفة شرط لقبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المعيبة أمام القضاء الإداري السعودي، إلى جانب المصلحة وأهلية التقاضي. أما عن الصفة فيمكننا تعريفها بأنها: الصفة لغة هي: - الحالة التي يكون عليها الشيء من طبيته وبعته (1). أو هي الإمارة اللازمة للشيء (2).

الصفة اصطلاحاً هي: أن يكون المدعي صاحب شأن في موضوع معين يخوله الإدعاء أمام القضاء. وقد ذهب ديوان المظالم في تعريف الصفة في أحد أحكامه بأنها " الصفة المعتبرة التي نص عليها الفقهاء عند مباشرة الدعوى أن يكون المدعي ذا شأن في القضية فيما يدعيه لنفسه أو وكيله ممن انتزعه منه بغير حق " (1).

وفيما يتعلق بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة أو لرفعها من غير ذي صفة بالنظام العام وما يترتب على ذلك فقد جاء في حكم لديوان المظالم أن (.....) والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة هو دفع متعلق

١ - مجمع اللغة العربية - المرجع السابق - المادة (و - ص - ف) ١٠٣٦/٢ .

٢ - ابن فارس - معجم المقاييس اللغوية - دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م - مادة (و - ص - ف) ص ١٠٩٣ .

١ - حكم هيئة التحقيق رقم ٨١/ت/٣ لعام ١٤٢١ هـ جلسة ١٤٢١/٤/٢٨ .

بالنظام العام - يجوز لصاحب الشأن - أن يثره في أي مرحلة كانت الدعوى ويجوز للدائرة أن تتصدى من تلقاء نفسها ولو لم يكن ثمة دفع من المدعي عليها....." (2)

أيضاً فيما يتعلق بتعريف الصفة، وأهمية توافر الصفة لقبول دعوى الإلغاء فقد قضى ديوان المظالم بأن "الصفة شرط لقبول الدعوى والاستمرار في موضوعها، ذلك بأن تثبت كأصل لمن يدعى لنفسه حقاً أو مركز نظامياً أو لمن يدعى عليه، فإذا ما انعدمت فإنها من ثم تكون غير مقبولة شكلاً، فالتأكد من صفات الخصوم في الدعوى للتحقق مما إذا كانت الدعوى مقامة من ذي صفة على ذي صفة من الأمور الأولية الواجب على الدائرة مراعاتها، يحسبان أن ثبوت هذه الصفة شرط توفره بدائه لقيام الإدعاء الذي يبنى عليه انعقاد الخصومية، وإلا انعدمت الخصومة من أساسها وأصبح من غير المجدي التعرض لموضوعها، لأن الشرط يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده ولا عدم لذاتية، حتى إذا ما تبين للدائرة عدم توافر الصفة في المدعى قضت بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، بدلا من المضي في بحث محل المنازعة لخصومه متعدمة ثم القضاء بعد ذلك كله بعدم قبولها لهذا السبب، كما لا يحق أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة هو من قبيل النظام العام الذي يجيز لذوي الشأن إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة التصدي له من تلقاء ذاته ولو لم يكن ثمة دفع من المدعي عليه" (1)

وأيضاً فيما يتعلق بإشتراط توافر الصفة في رافع دعوى الإلغاء، فقد حكم ديوان المظالم في أحد أحكامه بأن "من المقرر أنه يتعين قبل الفصل في موضوع الدعوى بحث مدى إختصاص الديوان بنظرها ومدى توافر شروط قبولها، وحيث أنه فيما يتعلق بالاختصاص فإن الدعوى تدخل في إختصاص الديوان بموجب المادة ١/٨/ب - بإعتبار أن الدعوى هي طعن في قرار مؤسسة النقد - بإيقاف أعمال الشركة في مجال التأمين، وأما فيما يتعلق بشروط قبول الدعوى، فإنه من المقرر أنه يشترط

2 - محكم ديوان المظالم رقم ١٠٩ / إس / ٣ لعام ١٤٣٢ هـ تاريخ الجلسة ١٤٣٢/١/٢٩ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ٣١ وما بعدها.

١ - محكم ديوان المظالم رقم حكم الاستئناف ٢٨٨ / ٢ / ٢ لعام ١٤٣٤ - تاريخ الجلسة ١٤٣٤/٤/٢٢ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم - لعام ١٤٣٤ هـ - المجلد الأول - ص ١٤٧ وما بعدها.

لقبول الدعوى أن تكون مقامة من ذي صفة وهو صاحب الحق المعتدى عليه أو من يمثله شرعاً بوكالة أو ولاية أو نيابة ، وحيث أن للنظر في مدى توافر هذا الشرط في هذه الدعوى، فإنه الدائرة طلبت من الحاضرين من المدعية في أكثر من جلسة إثبات صفتهم في الدعوى نيابة عن الشركة المدعية، فقدم أحدهم محضر جلسة مجلس إدارة الشركة المشار إليها في الوقائع، وصورة من عقد وكالة حصرية وشراكة من هذه الشركة ومن المدعو....، مؤرخ في ١٤/١٠/٢٠٠٣ م، وحيث أنه بالنظر في هذا الوكالة فإن الدعوى الماثلة مقامة الشركة... للتأمين التعاوني، ولم يقدم الحاضر وكالة عنها أو عن الشركاء فيها، وما قدمه من عقود هي عن الشركة... ومقرها لبنان وهي لا تملك إلا ما نسبته ٢٦,٤ % من أشهر الشركة المدعية هذا فضلا عن أ الوكالة التي قدمها وكالة تجارية لا تخوله الحق في المرافقة وتمثيل الشركة أمام القضاء، ولذلك فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول هذه الدعوى، لإقامتها من غير ذي صفة. فلهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت الدائرة: بعدم قبول الدعوى لإقامتها من غير ذي صفة" (2).

وتأكيداً على ما سبق من ضرورة أن يكون رافع الدعوى ذو صفة أي صاحب الحق المعتدى عليه أو من يمثله شرعاً بوكالة أو نيابة أو ولاية. فقد قضت هيئة التدقيق بديوان المظالم بأن " الدائرة في ضوء ذلك تبحث مدى توافر شروط قبول الدعوى في جانب المدعي والتي منها شرط الصفة، ذلك بأن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق، فلا يجوز أن تقام الدعوى إلا من ذي صفة، إذ أنه من المسلم به أن الصفة شرط أساسي في قبول الدعوى فمتى تخلف ذلك الشرط تعين القضاء بعدم قبول الدعوى، وتطبيقاً لذلك وحيث أن المدعي قد قرر يجلسه هذا اليوم أنه أقام دعواه بناء على المصلحة العامة وليس لديه توكيل عن أهال الرئيسة، فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول دعواه، لرفعها من غير ذي صفة. ولذلك كله حكمت الدائرة بعدم قبول الدعوى المقامة من المدعي... ضد بلدية محافظة ضياء لرفعها من غير ذي صفة " (1).

2 - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم: - رقم الحكم ٢٣٤ / ت / ٥ لعام ١٤٢٧ تاريخ الجلسة ١٤٢٧/٥/٢٨ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - إصدارات ديوان المظالم السعودي - المجلد الأول - ص ٢٤٨ وما بعدها.
1 - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم: - رقم الحكم ٦٥٩ / ت / ٦ لعام ١٤٢٧ تاريخ الجلسة ١٤٢٧/١١/٥ هـ - مجموعة والمبادئ الأحكام الإدارية من إصدارات ديوان المظالم- المجلد الأول - ص ٣٣٤ وما بعدها.

ومن التطبيقات القضائية الحديثة والصادرة من ديوان المظالم، حول عدم جواز قبول الدعوى الإدارية، إلا إذا رفعت من صاحب صفة، فقد حكم ديوان المظالم بأن" المدعية من أن..... سيتنازل لها عن العلامات لحل الدعوى فإن ذلك لا يعطيها الحق في رفع الدعوى ما دامت العلامات مسجلة في سجلات الوزارة بإسمه إذ قد لا يتم ذلك التنازل لأي سبب من الأسباب، وحيث الأمر ما ذكر فإن المدعية لا صفة لها في إقامة الدعوى، مما تنتهي معه الدائرة على عدم قبولها. لذلك حكمت الدائرة بعدم قبول الدعوى رقم (٤٩٦٨ / ١ / ق) لعام ١٤٢٨ هـ - المقامة من شركة...، شركة...، ضد وزارة التجارة والصناعة، لرفعها من غير ذي صفة " ١ .

بعد أن عرضنا لنماذج من الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم في ما يتعلق برفض الدعوى المرفوعة من غير ذي صفة أيضاً ستعرض فيما هو قادم لنماذج من تطبيقات قضائية صادرة من ديوان المظالم فيما يتعلق برفض الدعوى المرفوعة على غير ذي صفة.

وفي هذا الشأن - رفع الدعوى على غير ذي صفة - فقد قضت هيئة التدقيق في ديوان المظالم بأنه "...، لما كان المدعي أثناء عمله لدى وزارة الاتصالات خاضعاً لنظام الخدمة المدنية فإن الجهة المختصة بطلب الضم هي المؤسسة العامة للتقاعد، وعليه فإن دعواه يجب أن تكون في مواجهة المؤسسة العامة للتقاعد لكونها المعنية بتطبيق النظام في النظام في حقه، ومن ذلك النظر في طلبه وهو استثنائه من نص الفقرة السادسة من المادة الثالثة من نظام تبادل المنافع، إذا أصبح المدة التي عملها بالشركة إذا ضمت إلى خدمات بالوزارة تؤهله للتقاعد المبكر، ويتمعن ما سبق ولكن المدعي عليها وزارة الاتصالات. وتقنية المعلومات ليست المسؤولة عن تطبيق نظام تبادل المنافع فإنه بتعين قبول هذه الدعوى ضدها، لذلك حكمت الدائرة: بعدم

1 - حكم ديوان المظالم رقم ١١٢ / إس / ٥ لعام ١٤٣٠ هـ تاريخ الجلسة ١٤٣٠/٢/١٩ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - المجلد الأول - ص ٩١ وما بعدها - وفي هذا المعنى أيضاً: - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - رقم ٥٧٧ / ت لعام ١٤٢٨ هـ تاريخ الجلسة ١٤٢٨/٩/١٠ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - المجلد الأول - ص ٤١٣ وما بعدها.

قبول الدعوى المقامة من..... ضد وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، لإقامتها على غير ذي صفة " ١ .

وتأكيد على ما سبق، فقد حكمت هيئة التدقيق بديوان المظالم في حكم حديث نسبياً بأن "إعمالاً للقواعد الشرعية المستقرة أن (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)، وإن إجراءات الخصومة أمام القضاء الإداري يتوقف قبولها على رفعها من ذي صفة على ذي صفة، إقامة للعدل لئلا تلزم جهة بأمر غير لازم عليها، وتسهيلاً لإجراءات تنفيذ الحكم في موضوع الدعوى، وتنتهي الدائرة بعد ذلك إلى أن الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة، وإن ذمة المدعي عليها بريئة من طلب المدعي، ولا يؤثر على ذلك القول. بأن إصدار التأشيرات واستحصال رسومها من مسئولية مكتب العمل بعد أن انتقلت هذه الوظيفة الإدارية إليه، فإن مسئولية مكتب العمل تنحصر في التأشيرات التي حصلت رسومها في نطاق اختصاصها من تاريخ ١٤٢٤/٢/٢٩ هـ - فما بعد كما لم يقدّم المدعي البينة على أن مكتب العمل هو من ألغى التأشير على فرض صحة القول بانتقال الحقوق والالتزامات لمكتب العمل باعتباره خلفاً خاص لمكتب الاستقدام. لكل ما سبق حكمت الدائرة لعدم قبول الدعوى، لرفعها على غير ذي صفة، على الوجه الموضح بالأسباب" ٢ .

وفي تطبيق قضائي حديث، حول ضرورة أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، فقد جاء في حكم لديوان المظالم أن "وحيث أنه من المتعين على الدائرة قبل الخوض في موضوع الدعوى التحقيق في استئنائها لشروط قبولها، بأن تكون ابتداء مرفوعة من ذي صفة على ذي صفة، ومعنى ذلك أن يكون المدعي والمدعى عليه ذا شأن معترف به شرعاً ونظماً في القضية محل الدعوى، وأن يكون ذلك الشأن

1 - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم: - رقم الحكم ٤٣٩ / ت / ٥ لعام ١٤٢٧ هـ - تاريخ الجلسة ١١/١٣/١٤٢٧ هـ -

مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة من ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ٣٤٢ وما بعده.

2 - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم: - رقم الحكم ٤٦٠/ت/٦ لعام ١٤٢٨ هـ تاريخ الجلسة ٦/٢٩/١٤٢٨ هـ - مجموعة

الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ٣٥١ وما بعدها. أيضاً هناك

العديد من أحكام ديوان المظالم في نفس المعنى منها: حكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم ١٧٥/س/٤ لعام

١٤٣٢ هـ جلسة ١٤٣٢/٦/٦ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم - المجلد الأول - ص

٢١٢. أيضاً حكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم ٢/٢٠١ لعام ١٤٣٥ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية -

المجلد الأول - ص ٢٠٨. وأخيراً حكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم ١١٧٤/١/١٤٣٥ هـ - مجموعة

الأحكام والمبادئ الإدارية - المجلد الأول - ص ٢١٢.

كافياً لتحويل المدعي حق الادعاء، وتكليف المدعي عليه بالجواب والمخاصمة، وحيث أن المدعي قد قرر أن بلدية الرس هي من امتنعت عن سفلته وإنارة الطريق محل الدعوى في الرئيس، وحيث صدر القرار رقم ٤٨٩٠٣ بتاريخ ١٨/٩/١٤٣١ هـ المتضمن سلخ الخدمات البلدية لقربة الرئيس عن بلدية قصر ابن عقيل، لذا فإنها لا تصح مخاصمة بلدية الرس، لانتهاء صفتها في هذه الدعوى، الأمر الذي يكون معه المدعي قد أقام دعواه على غير ذي صفة، ما تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بعدم قبولها، فضلا عن ذلك فإن المدعي رفع دعواه لمصلحة المجاورين، وليس له مصلحة فيها، وليس معه توكيل، ما تعد به الدعوى كذلك مقامه من غير ذي صفة " ١ .

الفرع الثاني

اندماج الصفة في المصلحة

أهم ما يقوم به القاضي في بداية نظره وحكمه في أي نزاع يعرض عليه هو بحث ما إذا كان هناك صفة أو مصلحة لرافع الدعوى، وكما ذكرنا سابقاً، فقد توسع القضاء الإداري في الأخذ بشرط المصلحة، حتى أدمج شرط الصفة في المصلحة لقبول دعوى الإلغاء.

واندماج الصفة في المصلحة، أو بمعنى أصح ذوبان الصفة في المصلحة، بحيث أن مجرد توافر المصلحة يجعل دعوى الإلغاء مقبولة وإن لم يبحث القاضي عن الصفة، فهي موجودة بوجود المصلحة، والحكمة من هذا الاندماج، هي أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية شرعت أساساً لضمان احترام مبدأ سيادة القانون والرقابة مشروعية أعمال الإدارة، فما يؤدي إلى التوسع في قبول دعوى الإلغاء والتخفيف من الشروط والقيود التي تحول دون الوصول إلى قضاء الإلغاء " ٢ .

وتأكيداً على ما سبق، فقد جاء في حكم لديوان المظالم أن " الفقه والقضاء قد استقرا على أن مصلحة المدعي في الدعوى هي منشأ الصفة فيها، فإن هي ثبتت أكسبته حقاً في رفع دعواه والنظر في موضوعها، وإلا كانت غير مقبولة

1 - حكم ديوان المظالم رقم الحكم ٢٧٢ / ٢ لعام ١٤٣٣ هـ. تاريخ الجلسة ١١/٥/١٤٣٣ هـ. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - صادرة من ديوان المظالم - المجلد الأول - ص ٢٩٦ وما بعدها.

2 - راجع: محمد رفعت عبد الوهاب - المرجع السابق - ص ٥٠، ٥١

الشكل، والمصلحة المعتبرة في الدعوى هي كل ما يؤثر على المراكز القانونية للأشخاص، فلا تقبل دعوى الإلغاء إلا ممن مس القرار مركزه النظامي ولا دعوى التعويض إلا ممن أصابه الضرر...¹. ويستفاد من هذا الحكم أن مجرد توافر شرط المصلحة يعني توافر الصفة في رفع الدعوى، فالصفة والمصلحة يأتیان بمعنى أن يكون رافع الدعوى في مركز قانوني أو نظامي، أصابة الضرر أو قد يصيبة الضرر من القرار المطعون فيه بالإلغاء.

أيضاً وتأكيداً لنفس الفكرة في حكم آخر لديوان المظالم حديث قضت محكمة الاستئناف الإدارية بأن "استقر الفقه والقضاء على صفة المدعي في المنازعة الإدارية تدور وجود وعدمها مع مصلحته في الدعوى فإذا ثبتت له مصلحة في الإلغاء القرار الإداري ثبتت له الصفة التي تخوله رفع الدعوى، وأن المصلحة ترتبط بتأثير القرار على المركز النظامي للمدعي - الترخيص هو إذن الجهة الإدارية بممارسة النشاط المرخص فيه ولا يفهم بحال أنه تمليك منفعة الموقع للمرخص له أو الإذن له بالاستيراد به إذ أن هذا الحق موقوف للمالك - لا وجه للاحتجاج بالترخيص على إيقاء العين تحت يد المرخص له حيث أن العلاقة الوحيدة التي تربط المرخص له بالموقع المرخص عليه هو عقد الإيجار المبرم بينه وبين المالك - لا يسوغ تحميل جهة الإدارة إخلال المستأجر بالعقد المدعي دون الالتجاء إلى الجهات المعنية - الترخيص يكون لشخص المرخص له لا للوقع ما تكون معه صلاحية الترخيص مستمرة للمستأجر ما يعني أنه له الانتقال إلى موقع آخر بذات الترخيص كما هو منظم في: "لائحة تنظيم المدارس الأهلية" ما يعني: انقطاع أثر قرار الترخيص عن المدعي وانعدام مصلحته في طلب إلغائه أثر ذلك: عدم قبول الدعوى"².

1 - حكم ديوان المظالم رقم حكم الاستئناف ٢/٣٨٨ - لعام ١٤٣٤ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٣٤/٤/٢٢ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية - الصادرة من ديوان المظالم - لعام ١٤٣٤ هـ - المجلد الأول - ص ١٤٧ وما بعدها.

2 - حكم ديوان المظالم رقم ٩٧٢ / ٢ / س لعام ١٤٣٤ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٣٤/٩/٢١ هـ - مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٤ هـ - المجلد الأول - ص ٢٤٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

قبول ديوان المظالم للمصلحة الدينية

والتمييز بينها وبين دعاوى الحسبة

توسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة، فقبل بالمصلحة المحتملة إلى جانب المصلحة المحققة، وقبل بالمصلحة الأدبية إلى جانب المصلحة المادية، وفي هذا الجزء سوف نعرض للمصلحة الدينية، بإعتبارها من المصالح المعنوية (الأدبية) وقبول القضاء الإداري السعودي بها (فرع أول)، وأيضاً التمييز بينها وبين دعاوى الحسبة. (فرع ثاني).

الفرع الأول

قبول ديوان المظالم للمصلحة الدينية

المصلحة الدينية هي من قبيل المصلحة المعنوية، فالدفاع عن المعتقدات الدينية ذو جانب معنوي، لإرتباط الدين ومعتقداته بالحالة النفسية والمعنوية العامة للأفراد في المجتمع. إلا أن توسع القضاء الإداري ليقبل المصلحة الدينية، يجعلنا نعرض لتوضيح ذلك من خلال تطبيقين من أحكام ديوان المظالم السعودي فيما يلي:

التطبيق الأول:-

يتعلق هذا التطبيق بدعوى مرفوعة من هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - بوصفها هيئة دينية تختص بالحفاظ على النظام العام والآداب العامة في المجتمع وأيضاً الحفاظ على تعاليم الدين الإسلامي ومظاهرة في المجتمع - أمام ديوان المظالم للطعن في قرار تسجيل علامة تجارية لاشتمالها على ما قد يخالف الآداب العامة والإخلال بالدين والنظام العام، مطالبة القضاء بإلغاء تسجيل هذه العلامة التجارية، وقد جاء في حكم لـديوان المظالم أن⁽¹⁾ " ...، بما أن موضوع

١ تتمثل وقائع القضية بالتفصيل وكما جاء في نص الحكم في (أن هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تقدمت أمام ديوان المظالم بلاغه دعوى ذكرت فيها أنها تعترض على قبول وزارة التجارة والصناعة تسجيل عبارة (ستار أكاديمي) بحروف لاتينية مميزة وبأسفلها كلمة الأكاديمية بحروف عربية وخلفها شكل هندسي علامة تجارية بالفن (٤١) شركة...، وذلك لصدور بيان اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والاقتناء رقم ٢٢٨٩٥ وتاريخ ١٤٢٥/٢/٨ بشأن التحذير من برنامج أستار أكاديمي، ولموافقة سموكم وزير الداخلية على ما جاء في محضر اللجنة الاستشارية المعنية بدراسة ما يشبهه ان فيه إساءة للدين ؛ تخيير من ضبطت لديه البسة كتب عليها (star academy) بين إزالتها أو إعادة تصديرها أو إتلافها دون المطالبة بتعويض ؛ لما تحمله من مضامين مخالفة

الدعوى الماثلة هو الاعتراض على قبول تسجيل علامة تجارية، وبما أن المادة الخامسة عشرة من نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ وتاريخ ١٤٢٣/٥/٢٨ هـ وقد نصت على أن (لكل ذي مصلحة الاعتراض على قبول تسجيل العلامة أمام ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ شهرها) فإن ديوان المظالم يختص بنظر هذه الدعوى والفصل فيها بموجب المادة ٨ / ١ / ح) من نظامه. وبما أن شهر العلامة كان بتاريخ ١٤٢٥/١١/٢٦ هـ وأقيمت الدعوى بتاريخ ١٤٢٦/٢/١٧ هـ فإن الدعوى مقبولة شكلاً لإقامتها خلال المدة المقررة في المدة الخامسة عشر من نظام العلامات التجارية أنفة الذكر أما من حيث الموضوع فقد نصت المادة (٢ / ب، ج) من نظام العلامات التجارية على أن "لا تعد ولا تسجل أي علامة تجارية كل تغيير أو إشارة أو اسم محل بالدين أو....) وحيث أن برنامج (ستار أكاديمي) التلفزيوني قد اشتمل على محرمات شرعية على نحو ما أشير إليه في الوقائع، وهو الواقع المستفيض، وصدر في هذا الشأن بيان من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والقناع بالمملكة العربية السعودية، وقرار سمو وزير الداخلية بإزالة أو إعادة تصدير أو إتلاف البضائع التي تحمل اسم هذت البرنامج، وحيث أن العلامات محل الدعوى قد اتخذت إسم البرنامج بحروفه المميزة والشكل الهندسي الذي روح للبرنامج وأصبح معروفاً به، وحيث قرر وكيل طالبة التسجيل بأن موكلته اضطرت إلى إيداع طلب لتسجيل اسم هذا البرنامج للحيلولة دون استخدامه من قبل آخرين.

للقيم والعادات الإسلامية، ولمخالفة هذه العلامة للفقرة (ب، ج) من المادة الثانية لنظام العلامات التجارية، وطلبت المدعية إلغاء قرار قبول التسجيل. وفي سيل نظر الدعوى بعد أن أحيلت إلى هذه الدائرة من الدائرة الإدارية الثانية جرى تحديد جلسة ١٤٢٦/١١/٥ هـ حضرها ممثل المدعية... وممثل المدعى عليها... ووكيل طالبة التسجيل....، وبعد سماع الدعوى أجاب ممثل المدعي عليها بأن قبول تسجيل العلامة التجارية فحل الدعوى جاء متفقاً مع نظام العلامات التجارية، إذ أن هذه العلامة ليست رسماً مخلاً بالدين أو رمزاً ذا صبغة دينية أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وقدم وكيل الشركة طالبة التسجيل مذكرة أودعت ملف القضية، وأفاد وكيل طالبة التسجيل بأن موكلته هي الراعي الرسمي لبرنامج استار أكاديمي الذي بثته قناة (ال - بي - سي) ونظراً إلى أن بعض الشركات والمؤسسات قد استغلت هذا الاسم لترويج منتجاتها، وتقدمت بطلب تسجيله، فقد اضطهرت موكلته إلى إيداع طلبات تسجيل لهذه الكلمة، للحيلة له دون استغلالها من قبل الآخرين، وإنه الآخرين، وإنه لا مانع لدى موكلته من حرمان الجميع لمن فيهم موكلته - من تسجيل هذه الكلمة، أمام في حال السماع لأحد فإن موكلته تطلب الحكم لصالحها لأسبقيتها إلى هذه الكلمة، بعد ذلك قرر جميع الأطراف اكتفاءهم بما قدم، وختصوا أقوالهم، حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - رقم الحكم ٣١ / ت / ٥ لعام ١٤٢٧ هـ - تاريخ الحكم ١٤٢٧/١١/١٤ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ ص ١٥٧٩ وما بعدها.

وإنه لا مانع لدى موكلته من حرمان الجميع بمن فيهم موكلته من تسجيل هذه الكلمة أما في حال السماح لأحد فإن موكلته تطلب الحكم لصالحها، فإن الدائرة تنهى إلى إلغاء قرار وزارة التجارة والصناعة الصادر بقبول التسجيل. فلهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت الدائرة بإلغاء قرار وزارة التجارة والصناعة الصادر بقبول تسجيل العلامة التجارية محل الدعوى لشركة.. بالفئة (٤١)" (١).

في عرضنا شبه المفصل لحكم ديوان المظالم السعودي كتطبيق قضائي يظهر التوسع في الأخذ بشرط المصلحة، بقبول المصلحة الدينية، كانت وجهة نظرنا، أن هذا الحكم من الأحكام الهامة، والتي تظهر مدى تقدم وتطور القضاء الإداري في إظهار الحكمة من التوسع في شرط المصلحة، لتحقيق الرقابة على أعمال الإدارة، بصورة مكتملة، تتمثل في فرض الرقابة القضائية، على قرارات الإدارة للتأكد من مشروعيتها.

ف نجد أن هناك قرار إداري يتضمن موافقة على تسجيل علامة تجارية تتضمن ما قد يخل بالتعاليم الإسلامية والنظام العام في المجتمع، وأن المحكمة قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من قبل هيئة دينية (هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) لتوافر المصلحة فيها وهي المصلحة الدينية، كذلك من الأمور الهامة والتي استندت عليها المحكمة الفتوى الصادرة من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية والتي كانت هي حجر الأساس في إلغاء قرار تسجيل العلامة التجارية المخالفة حفاظاً على النظام العام وتعاليم الدين الإسلامي.

التطبيق الثاني: -

يتمثل هذا التطبيق في دعوى مرفوعة - أيضاً من هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (بوصفها هيئة دينية تختص بالحفاظ على النظام العام والآداب العامة في المجتمع وأيضاً الحفاظ على تعاليم الدين الإسلامي ومظاهره في المجتمع). أمام ديوان المظالم للطعن في قرار تسجيل علامة تجارية لإشتمالها على ما يخالف النظام العام واحتوائها على رمز الصليب، ومطالبة القضاء بإلغاء تسجيل هذه العلامة

١ - حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم - رقم الحكم ٣١/ت/٥ لعام ١٤٢٧ هـ - تاريخ الجلسة ١٤/١/١٤٢٧ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام - ١٤٢٧ هـ - المجلد الثالث - ص ١٥٩٧ وما بعدها.

التجارية⁽¹⁾. وقد جاء حكم المحكمة كالاتي " من حيث أن المدعية تعترض على قرار التجارة والصناعة المتضمن قبول تسجيل كلمة أنكور بحروف لاتينية يعلوها رسمه شبه الصليب، لطالبة التسجيل، وحيث نص نظام ديوان المظالم في مادته (٨/١/ح) على اختصاص الديوان بالفصل في الدعاوي التي من اختصاصه بموجب نصوص نظامية خاصة، وحيث نصت المادة الخامسة عشرة من نظام العلامات التجارية تنص على (أن لكل ذي مصلحة الاعتراض على قبول تسجيل العلامة أمام ديوان النظام خلال تسعين يوماً من تاريخ شهرها)، فإن الديوان يختص بنظر هذه الدعوى. حيث تم الإعلان من العلامة المشار إليها بجريدة أم القرى العدد ٣٩٩٤ بتاريخ ١٤٢٥/٤/٩ هـ وقدمت الدعوى إلى الديوان في ١٤٢٥/٧/٨ هـ فإنها تعتبر مقبولة شكلاً لتقديمها خلال المدة النظامية، أما عن الموضوع، فحسب تركب أعراض المدعية على اشتغال العلامة محل الدعوى على رسمه تشبه الصليب، وإنه بذلك يغير قبول التسجيل مخالفة للمادة الثانية فقرة (ب، ج) من نظام العلامات التجارية، وحيث أنه وبالاطلاع على الرسمة المشار إليها فقد تبين أنها رسمه المرساة التي اشتهر وضعها على السفن والمواني، وجرى العرف على أنها لا تحمل صبغة دينية، وبالتالي فإنه تسجيل العلامة محل الدعوى لا يدخل الحظر المنصوص عليه في

١- توجز وقائع هذه الدعوى في الاعتراض المقدم من هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على قرار المدعي عليها بقبول تسجيل كلمة أنكور بحروف لاتينية يعلوها رسمه وأسفلها نقطة داخل شكل هندسي علامة تجارية بالفئة ٣ لشركة... والمعلن عنها بجريدة، أم القرى في ١٤٢٥/٤/٩ هـ بالعدد ٣٩٩٤، وذلك بحجة أن العلامة المطلوب تسجيلها تحمل شكلاً من أشكال الصليب وإنها مخالفة للفقرتين (ب، ج) من المادة الثانية من نظام العلامة التجارية وبإحالة القضية إلى الدائرة الإدارية الثالثة انتهت إلي رفعها على معالي رئيس الديوان، لإحالتها إلى هذه الدائرة لوجود قضية مماثلة تنتظر لدى الدائرة الإدارية الرابعة أحدث فيها العلامة وأسباب الدعوى وفي سبيل نظر القضية جرى تحديد جلسة في ٢٩ / ٤ / ١٤٢٦ هـ أشعر بها طرفاً الدعوى بالخطاب رقم ٢٦٢٠ وتاريخ ٣ / ٣ / ١٤٢٦ هـ، وفي تلك الجلسة حضر ممثل الهيئة... كما حضر ممثل وزارة التجارة والصناعة... كما حضر وكيل طالبة التسجيل.... استمعت الدائرة إلى خلاصة الدعوى من ممثل الهيئة ولم تخرج مما ورد من لائحة الدعوى من أن شكل المرساة تشابه الصليب وقد اكتفى ممثل التجارة بمذكرته المقدمة في ١٤٢٥/١١/٩ هـ المتضمنة أن رسم المرساة يقصد المساعده، والمعونه ؛ لأن اسم الشركة يعني الصحة وأن الرسمة ليست للصليب، وطلب السماح لموكلة بإكمال الإجراءات التسجيل.

المادة (٢٠/ب - ج) من نظام العلامات التجارية، فهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت الدائرة برفض الدعوى^(١) .

في عرضنا شبه المفصل للحكم الثاني لديوان المظالم السعودي، كتطبيق قضائي يظهر التوسع في الأخذ بشرط المصلحة، بقبول المصلحة الدينية، كانت وجهة نظرنا أيضاً، أن هذا الحكم من الأحكام الهامة، والتي تظهر مدى تقدم وتطور القضاء الإداري في إظهار الحكمة من التوسع في شرط المصلحة، لتحقيق الرقابة على أعمال الإدارة، بصورة مكتملة، تتمثل في فرض الرقابة القضائية، على قرارات الإدارة للتأكد من مشروعيتها. ونجد أن هناك قرار إداري يتضمن موافقة على تسجيل علامة تجارية تضمن ما قد يخل بالتعاليم الإسلامية والنظام لعام في المجتمع، وإن المحكمة رفضت دعوى الإلغاء المرفوعة من قبل هيئة دينية (هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) بالرغم من توافر المصلحة فيها وهي المصلحة الدينية وقبولها شكلاً، إلا أنها من حيث الموضوع لم تری أن العلامة التجارية محل القرار الإداري المطلوب إلغاؤه تتضمن على ما قد يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

التمييز بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة

الحسبة من الموضوعات التي توضح وتظهر كمال وجمال وعظمة الشريعة الإسلامية، فقد ظهر نظام الحسبة منذ عهد رسول الله ﷺ، الذي نهى بنفسه عن غش الناس، كما جاء من بعده الخلفاء الراشدين وقاموا أيضاً يتولى شئون الحسبة، أو تعيين من يكون أهلاً لها، وأيضاً استمر الحال في عهد الأمويين، وفي عهد العباسيين فيما يتعلق بالحسبة، وأصبح لها ولاية (ولاية الحسبة) كولاية القضاء وولاية المظالم.

وقد تعددت تعريفات الحسبة^(١) فمنها (الحسبة هي شروع المجتمع المسلم في القيام بأعمال الخير والبر وتغيير المنكر وفق السياسة الشرعية، حماية لمقاصد الشريعة)^(٢) أو هي " أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله".^(٣)

١ حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم: - رقم (٥/ت/٧٠) لعام ١٤٢٧ هـ تاريخ الجلسة ١٤٢٧/٢/٧ هـ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة من ديوان المظالم - المجلد الثالث - لعام ١٤٢٧ هـ ص ١٥٨٦، حكم هيئة التدقيق بديوان المشار إليه في البند السابق.

أساس دعوى الحسبة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وسبب رفعها هو محاربة المنكرات وكفالة حماية النظام العام في المجتمع^(٤). وتقام دعوى الحسبة للدفاع عن المصلحة العامة للمجتمع، لذلك يمكننا أن نعرف الحسبة بأنها (قول لدى القاضي ونحوه يقصد به المحتسب طلب حق الله تعالى قبل المحتسب عليه)^(١). ويحق لكل فرد توافرت فيه شروط المحتسب^(٢) أو حتى والى الحسبة رفع دعوى الحسبة للقضاء.

وبصفة عامة، دعوى الحسبة هي دعوى المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، وتتعلق بحق الله عز وجل، وهي من الدعاوى التي ترفع للدفاع عن حق من حقوق الله تعالى، والعمل على إزالة المنكر، وهي من فروع الكفاية على المسلمين، عملاً بقوله تعالى في سورة آل عمران " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " (الآية ١٠٤).

أما عن مجالات الحسبة ودعوى الحسبة فهي متعددة وكثيرة، يكاد يكون حصرها صعب للغاية، وفي ذلك يقول القلقشندي (هي وظيفة جليلة رفيعة الشأن وموضوعها التحدث في الأمر والنهي والتحدث على المعاش والصنائع والأخذ على يد الخارج

١ - الحسبة في اللغة هي تطلق على عدة معان منها، طلب الأجر يقال: فعلته حسبة أي طالباً للأجر من الله، ومنها بذل المعروف ومنع الظلم لوجه الله تعالى، ومنها الإنكار يقال، احتسب فلأنه على فلان أي أنكر عليه فيسب عمله، ومنها: المحتسب الذي بأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، ومنها الحفظ والشهادة والرقابة من جانب المحتسب. يراجع: الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، دمشق، ١٤١٢، مادة (حسب).

٢ -راجع: أحمد بن علي الشهري - الأبعاد الأمنية لمبدأ الاحتساب - دراسة تأصيلية مقارنة - جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض - (١٤٣١ - ٢٠١٠) ص ١٠

٣ -راجع: - علي من حسن الما وردى - الرتبة في طلب الحسبة - تحقيق مركز الدراسات القضائية والاقتصادية - دار الرسالة - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٤٢٣ هـ ص ٧٦.

٤ -رىقبتنا لبيان مدى أهمية الحسبة في النظام الإسلامي وأهمية تطبيقها في المجتمعات الإسلامية ما دل عليه النص القرآني، في قوله تعالى: __ ((وَلْيَتَصَرَّنَ اللَّهُ مَنْ يَتَصَرُّهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ (٤٠) الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَإِلَيْكَ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ (٤١) سورة الحج.

١ -راجع: ناجي بن حسن حضيرى - الحسبة النظرية والعلمية عند شيخ الإسلام بن تيمية - الرياض - دار الفضيلة - الطبعة الأولى - ١٤٢٥ هـ ص ١٤٩.

٢ -هناك عدد من الشروط من الواجب توافرها في المحتسب ومنها (الإسلام، التكليف - القدرة، العلم، العفة والورع، الحرية، الذكورية، النفاة في الدين.....).

عن طريق الصلاح في معيشته وصناعته، وهذه الوظائف لا حصر لعددتها على التفصيل ولا سبيل إلى استيفاء ذكرها على تفاوت المراتب. (٣)

بقيت نقطة من وجهة نظرنا، وهي توضيح أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر متاح لكافة المسلمين، أما الحسبة فهي ولاية- كما ذكرنا سابقاً -مثل ولاية المظالم، وولاية القضاء، تقتصر على من تعينهم الدولة للقيام بها، كذلك دعوى الحسبة هي متاحة للجميع سواء كانوا أفراداً أو جهات معنوية (اعتبارية)، (عادية أو رسمية).

التمييز بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة.

عرضنا فيما سبق للتعريف بدعوى الحسبة، وماهية المصلحة الدينية، بقي لنا التمييز بينهما من خلال أحكام القضاء الإداري السعودي، والنصوص النظامية، كما يلي:-
أولاً: قديماً كانت- في ظل نظام المرافعات الشرعية القديم^١ - دعوى الحسبة من الممكن رفعها من قبل ثلاثة من المواطنين، وقد جاء في نص المادة (٥) من نظام المرافعات الشرعية القديم أن " تقبل الدعوى من ثلاثة على الأقل من المواطنين في كل ما فيه مصلحة عامة إذا لم يكن في البلد جهة رسمية مسؤولة عن تلك المصلحة ".

وإن كانت الحكمة من توسع القضاء الإداري في الأخذ بشرط المصلحة، هو إستهداف توسيع دائرة الرقابة على الأعمال الإدارية، لضمان مشروعية أعمالها، في كل تصرفاتها وخضوعها للقانون بمعناه الواسع، إلا أن ديوان المظالم في ظل النظام القديم للمرافعات الشرعية فرض رقابته أيضاً على حق الأفراد في رفع دعاوى الحسبة، لكي لا تعد مانعاً ومصدراً لإحجام رجال الإدارة عن ممارسة أعمالهم. فهذا ما جاءت وأكدت عليه أحكام المحاكم الإدارية في ديوان المظالم، فقد جاء في أحد أحكامه الحديثة أن "....، ولما كان وضع اللوحات من أعمال التنظيمات العامة التي تضع لتقدير جهة الإدارة ولا تضيف لمركز المدعى ميزة مادية أو معنوية، كما أنها بصورتها السلبية لا تحرم المدعي من نفع عام مقرر له نظاماً كخدمات الماء والكهرباء، ولا تلحق ضرراً كوعورة الطرق ونحوها، فوجودها وعدمها لا أثر له

٣ - أبو العباس أحمد القلقشندي صبح الأعشى، دار الكتب المصرية - القاهرة - د ط - ١٤٣٠ هـ الجزء الرابع ص ٣٧.

1 - نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٢/م) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠ هـ.

قبل مركز المدعي إيجاباً أو سلبياً، ومن ثم فإن الدعوى بصورتها الماثلة من دعاوى الحسبة التي بتعين لقبولها في الدعاوى العامة توافر الشروط المنصوص عليها في المادة (٥) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٢١) في ١٤٢١/٥/٢٥ هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) في ١٣٢٣/٦/٣ هـ، قبولها في الدعاوى الإدارية - على وجه الخصوص له ما يقيد به لعله يتعلق بطبيعة القضاء الإداري الذي يمارس رقابته على جهات الإدارة المنوط بها تحقيق الصالح وخلقطمأنينة لدى الأفراد تجاه نشاط الإدارة لئلا يترتب على مراكزهم القانونية، الأمر الذي يستلزم عدم التصييق على الجهات التنفيذية ومنها الصلاحيات اللازمة لمباشرة أعمالها وتسيير المرافق العامة في إطار المشروعية النظامية، ولو قبلت دعاوى الأفراد في كل واقعة لاصفة لهم فيها إلا الذود عن الصالح العام لأحجم رجال الإدارة عن مباشرة أعمالهم المنوط بهم تحسباً للمخاصمة أمام القضاء، كما أنه للحد من قبول دعاوى الحسبة علة تتعلق بقاعدة الفصل بين السلطات إذ من صور الحسبة في الدعاوى الإدارية ما يجاوز الفصل في الخصومة إلى الإشراف على أعمال الإدارة أو الاعتداء على اختصاص السلطة التنظيمية في حق مراقبة جهات التنفيذ بحيث تكون الأخيرة مسئولة أمامها عن تطبيق الأحكام والأنظمة واللوائح، فيما ينتهي اختصاص سلطة القضاء عند تطبيق الأحكام الشرعية والأنظمة المرعية على ما يندرج من المنازعات في ولايتها القضائية، وما تلخص معه الدائرة الماثلة إلى عدم قبولها لرفعها على غير ذي صفة " ١ .

ثانياً: تغيير نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١ هـ، وحل محله نظام المرافعات الشرعية لعام ١٤٣٥ هـ. وقصر المنظم السعودي حق رفع دعوى الحسبة على جهة رسمية واحدة، وقد جاءت المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية الجديد لتتص على أن " لا ترفع أي دعوى إلا عن طريق المدعي العام بعد موافقة الملك، ولا تسمع بعد مضي ستين يوماً من تاريخ الحق المدعى به " ٢ . ونتيجة لذلك التعديل

١ - محكم ديوان المظالم: - رقم الحكم ٢/٣٨٨ لعام ١٤٣٤ هـ - تاريخ الجلسة ١٤٣٤/٤/٢٢ هـ - مجموعة الأحكام

والمبادئ الإدارية - الصادرة من ديوان المظالم - لعام ١٤٣٤ هـ - المجلد الأول- ص ١٤٧ وما بعدها.

2 - نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ هـ.

أصبحت النيابة العامة في المملكة العربية السعودية، هي المختصة دون غيرها برفع دعوى الحسبة بعد أخذ موافقة الملك. هذا وقبل التعديل الأخير كانت هناك خطوة تمهيدية من المنظم السعودي لقصر دعاوي الحسبة علي النيابة العامة (هيئة التحقيق والإدعاء العام في مسماها القديم). وفي هذا الشأن جاء في أحد أحكام ديوان المظالم أن " وحيث أن المدعية تهدف من إقامة الدعوى إلى الحكم بإلغاء قرار الجهة المدعي عليها السلبي والمتمثل في امتناعها عن تطبيق قرار منع صور المرأة في الصحف والمجلات واستعمالها في الدعايات إذ أنه يجب على الوزارة اتخاذ هذا القرار طبقاً للأنظمة واللوائح، وحيث أن هذه الدعوى تعتبر من دعاوى الحسبة، وحيث أن الأمر السامي رقم (١٣٣ / م) بتاريخ ١٤٢٧/١/٦ هـ قد نص على أنه (ترفع دعاوى الحسبة من المواطنين إلى هيئة التحقيق والإدعاء العام لدراستها وإذا قررت الهيئة أن الموضوع يستحق أن يرفع بشأنها دعوى فعليها الرفع للمقام السامي بموسوعات ذلك لأخذ التوجيه اللازم)، وحيث أنه طبقاً للنص المقدم فإنه دعاوي الحسبة ترفع من المواطنين إلى هيئة التحقيق والإدعاء العام لدراستها، وللهيئة الحق في رفع دعوى قضائية من عدمها، أي أنه لا تقبل دعوى الحسبة أمام القضاء من المواطنين وإنما المختص برفعها أمام القضاء هي هيئة التحقيق والإدعاء العام، وحيث الحال كما ذكر، فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول الدعوى المقامة من (...) ضد وزارة الثقافة والإعلام وهو ما نقض به الدائرة " (١).

ثالثاً: أما عن المصلحة الدينية، سبق أن ذكرنا، أنها من قبيل المصلحة الأدبية، وعرضنا لتطبيقين هامين من أحكام القضاء الإداري السعودي، وقبول دعوي الإلغاء المرفوعة من قبل هيئة الأمر بالمعروف، بإعتبارها هيئة دينية تختص بالحفاظ على النظام العام والآداب العامة في المجتمع وأيضاً الحفاظ على تعاليم الدين الإسلامي ومظاهرة في المجتمع، بل وإستقرار أحكام ديوان المظالم علي توافر المصلحة الدينية في الهيئة، من خلال قرار هيئة التدقيق بالديوان، وأبرزنا أن المصلحة الدينية تتعلق بالجانب

١ حكم ديوان المظالم:- رقم الحكم (٢٠ / إس / ٨) لعام ١٤٣٠- تاريخ الجلسة ١٤٣٠/١/١٤ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة من ديوان المظالم - لعام ١٤٣٠ - المجلد الأول- ص ١١٣ .

المعنوي أو النفسي، الذي قد يكون له عامل مهم ومؤثر علي نفوس جموع المواطنين في الدولة.

وفي رأينا - نظراً لعدم توصلنا لأية أحكام قضائية صادرة عن ديوان المظالم لتوضيح مدي قبول أو رفض ديوان المظالم لدعاوي الأفراد المستندة للمصلحة الدينية، خصوصاً وأن دعاوي الحسبة قاصرة على النيابة العامة السعودية - أن الفارق بين دعاوى الحسبة والدعوى المستندة للمصلحة الدينية هو مدي تعلق الموضوع بالأمور الدينية أو تعلقه بالأمور العامة في الدولة، وأن هذا الفارق يرجع إلي القاضي الإداري في تكييف هذه الأمور. وأن تقليص إختصاصات هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في آخر نظام صادر ينظم عملها¹، لن يمنعها من رفع دعاوى الإلغاء المستندة فيها لصفقتها ومصحتها الدينية. مثلما منع المنظم السعودي الأفراد من رفع دعاوي الحسبة. وأخيراً، قد نرى في المستقبل دعاوى إلغاء مرفوعة من الأفراد يستندوا فيها للمصلحة الدينية، قد تساعد في معرفة مدي توسع ديوان المظالم السعودي في الأخذ بشرط المصلحة الدينية لقبول دعوى الإلغاء.

1 - النصوص النظامية الخاصة بهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هي: نظام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٧) بتاريخ ١٠/٢٦/١٤٠٠ هـ وقد تم الغاؤه بمقتضى تنظيم الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٣) بتاريخ ١٦/٣/١٤٣٤ هـ وأيضاً تم الغاؤه بتنظيم الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٨٩) بتاريخ ١٤٣٧/٧/٤ هـ.

أبرزت دراستنا، لتوسع القضاء الإداري السعودي في الأخذ بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء، مدى تطور القضاء الإداري السعودي، وتوسعه في تحديد طبيعة المصلحة التي يعتد بها لقبول دعوى الإلغاء، وذلك من خلال التعريف بالمصلحة، وخصائصها، ووقت توافرها، والتفرقة بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة.

وبالرغم من حداثة نظام القضاء الإداري السعودي، فقد حرصنا أن يتضمن بحثنا في أكثر من موضع للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية في ديوان المظالم، محاولين استقراء المبادئ التي قد استقر عليها السديوان، أو سوف يستقر عليها في المستقبل، خصوصاً في الحالات التي لا يوجد فيها نصوصاً صريحة، تتعلق بأوصاف المصلحة أو تميز بين المصلحة الدينية ودعوى الحسبة.

وخلصنا إلى أن ديوان المظالم، قد توسع في الأخذ بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء، فالإلى جانب قبوله المصلحة الشخصية والمباشرة، والمصلحة المؤكدة، والمصلحة المادية، قبل أيضاً المصلحة المحتملة والمصلحة الأدبية، والمصلحة الدينية، ومصالح الهيئات والجماعات، وبالطبع طعون الموظفين. وقد أدي التوسع في الأخذ بشرط المصلحة إلى اندماج الصفة في المصلحة، كما أوضحنا فيما سبق.

وختاماً، هناك عدد من التوصيات قد تسهم في إعلاء مبدأ المشروعية، وتسهم في جعل رقابة القضاء الإداري السعودي أكثر فعالية علي أعمال الإدارة في دعاوي الإلغاء وهي:-

أولاً: بتعين علي المنظم (المشرع) السعودي، النص صراحة في النصوص الخاصة بالقضاء الإداري، مثل: نظام ديوان المظالم، ونظام المرافعات أمام ديوان المظالم، على قبول المصالح الأدبية، والمصالح المحتملة، ومصالح الهيئات والجماعات، وأيضاً وقت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء.

ثانياً: نتمنى أن تُفصل وتُفسر المحاكم الإدارية في ديوان المظالم، أسباب توسعها في الأخذ بشرط المصلحة، والحكمة من ذلك، وأن تذكر صراحة الوصف المنضبط للمصلحة (أدبية، أو محتملة أو دينية) تيسيراً على عموم المشتغلين والمهتمين بدراسة

أحكام الديوان، وبالطبع تيسيراً على أطراف الدعوي، لفهم طبيعة المصالح الواجب توافرها لرفع دعاوى الإلغاء.

ثالثاً: يتعين على القائمين على نشر الأحكام القضائية، التوسع في زيادة أعداد المدونات القضائية، وسنوات النشر، التي تتضمن الأحكام والمبادئ الهامة لمحاكم ديوان المطالم، ليس فقط للمساهمة في نشر الثقافة القانونية، لكن للتيسير على الباحثين في الموضوعات الهامة، مثل موضوع بحثنا، خصوصاً وأن حداثة القضاء الإداري السعودي تستدعي المزيد والمزيد من الدراسات والأبحاث، للوقوف على الإتجاهات والمبادئ التي إستقر أو سوف يستقر عليها القضاء الإداري السعودي.

المراجع

المراجع الفقهية العامة:

- العلامة / أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة - مكتبة الرياض الحديثة - الطبعة ٧.
- د/ حسان هاشم أبو العلا - الوجيز في القضاء الإداري السعودي - دار حافظ بجدة - الطبعة الثانية - ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
- د/ حمدي العجمي، د/ محمد جمال ذنبيات - القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية - الطبعة الثانية - ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٢ م.
- د/ خالد خليل الظاهر - القضاء الإداري - الطبعة الثانية - مكتبة القانون والاقتصاد - ٢٠١٤.
- د/ سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية - منشأة المعارف - الطبعة الثانية - ٢٠٠٨.
- د/ علي خطار شطناوي - موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) (الكتاب الأول) - الطبعة الأولى - مكتبة الرشد - ٢٠١٤.
- د/ فهد محمد عبدالعزيز الدغيثر - رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٢.
- د/ محمد محمود الروبي - القضاء الإداري السعودي - القسم الأول - مكتبة المنتبي - ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م.
- د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - طبعة ١٩٩٥.
- د/ محمد رفعت عبد الوهاب - أصول القضاء الإداري - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٧.
- د/ مصطفى أبو زيد فهمي، ود/ ماجد راغب الحلو - الدعاوى الإدارية - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٥.

المراجع الفقهية الخاصة:

- أ/ بندر بن بندر بن عبدالرحمن بن طایل العتيبي - ضابط الصفة والمصلحة المؤثرة في الدعوى القضائية - رسالة ماجستير غير منشورة - جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، الرياض - ١٤٣٢هـ.

- أ/ جميل عبدالله الطويل - شروط قبول دعوى الإلغاء في النظام السعودي - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - لعام ١٤٣٣هـ.

- أ/ فهد بن ناصر بن عبدالعزيز الجوفان - شروط قبول دعوى إلغاء القرار الإداري مع تطبيقات من أحكام ديوان المظالم - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير غير منشورة - جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية - الرياض - ١٤٢٦هـ.

- أ/ محمد عبد الله صالح اللحيدان - شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية - دراسة تأصيلية تطبيقية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ١٤٢٥هـ.

- د/ ناجي بن حسن خضير - الحسبة النظرية والعلمية عند شيخ الإسلام بن تيمية - الرياض - دار الفضيلة - الطبعة الأولى - ١٤٢٥ هـ.

المعاجم والقواميس اللغوية:

- ابن فارس - معجم المقاييس اللغوية - دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.

- أبو العباس أحمد القلقشندي صبح الأعشى - دار الكتب المصرية - القاهرة - د ط - الجزء الرابع - ١٤٣٠ هـ .

- مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مكتبة الشروق الدولية - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٤/١٤٢٥هـ م.

- لسان العرب - محمد بن بكر منظور المصري - ج ٧ - دار إحياء التراث العربي بيروت - ط ٣ - ١٤١٩ هـ.

مدونات الأحكام والمبادئ الإدارية:

- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٢٧ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٢٨ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٢٩ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٠ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣١ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٢ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٣ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٤ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٥ ١٤هـ.
- مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية - الصادرة عن ديوان المظالم السعودي-
عام ٣٦ ١٤هـ.

المواقع على الإنترنت:

- موقع ديوان المظالم السعودي الخاص بالأحكام والمبادئ الإدارية:
<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/Pages/default.aspx>
- موقع وزارة العدل السعودية:
<https://www.moj.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

تقارير الأداء (أو الكفاية)
وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢
بشأن نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة
في دولة الإمارات العربية المتحدة

الدكتور/ موسى مصطفى شحادة
أستاذ القانون العام المشارك
كلية القانون / جامعة الشارقة

مقدمة عامة

تسعى الدولة وإدارتها المختلفة جاهدة إلى تحقيق أهدافها بكل كفاءة وفاعلية ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تبني الدولة سياسة اصلاح إداري مبنية على أسس شاملة وواضحة . وترتبط سياسة الإصلاح الإداري بتطور الدولة وتطور أنشطتها ومهامها، فكلما تطورت الدولة تطورت ونمت الإدارة، ، خاصة وأن الإصلاح الإداري يعدُّ وسيلة رشيدة وهامة تهدف أساساً إلى معالجة الإختلالات وأية جوانب مرضية قد نصيب التنظيم الوظيفي والإداري والفني للجهاز الحكومي، بغية إعادة مقوماته المادية والبشرية إلى حالتها السليمة، لأداء الوظيفة المناط به بكل كفاءة . وهذا ما عناه المجلس الدستوري الفرنسي بقوله أن " المهمة الأساسية للدولة هي تحقيق المصلحة العامة وضمان حقوق وحرريات الأفراد . ولا يتأتى ذلك إلا بمساعدة الأفراد على تطبيق تشريعاتها ، التي يجب أن تتميز بالموضوعية والسهولة والوضوح ، وبتفعيل مبدأ المساواة أمام القانون ، ومبدأ ضمان الحقوق المنصوص عليهما... " (١).

وترتبط تقارير الأداء أو الكفائية بصورة مباشرة بتحقيق أهداف إدارية أو تنظيمية أو فنية أو قانونية للموظف العام. فهي اليوصلة أو المؤشر العلمي والعملية. والموضوعي لتقييم أداء الموظف، حيث تقوم هذه التقارير، ومن خلال النماذج المعدة لذلك بتقويم وتحليل أداء الموظف وسلوكياته وصفاته المميزة قبل ترقيته أو منحة العلاوة الدورية أو إبتعائه للتدريب أو الدراسة أو توليه مناصب عليا، بل تعد التقارير من بين المؤشرات الهامة التي تراعيها السلطة الإدارية قبل فصل الموظف العام أو الاستغناء عن خدماته أو إحالته إلى لجان التحقيق والتأديب . ومن هنا فإن المدخل إلى عملية الإصلاح الإداري وتنمية الموارد البشرية بالأساس هو مدخل تشريعي وقانوني ، فلا بد من غطاء قانوني لعمليات وإجراءات الإصلاح الإداري، بما يكفل ويحقق إنسجامها مع النظام القانوني للدولة .

(1) -Conseil Constitutionnel (Cons. Constit.) , 16 Novembre 1999, No. 99 – 421 Dc, Journal Officiel J.O.) , 22 Décembre 1999, P.19041

وتحقيقاً لذلك أصدر مجلس الوزراء في دولة الإمارات العربية المتحدة قراره رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ بشأن نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية والذي بدأ العمل به في ٩ / ٥ / ٢٠١٢. (١) وجاء هذا القرار ليستجيب وليحقق مجموعة من الأهداف والإعتبرات الهامة التي تتطلب مع رسم استراتيجيات ذات أمد بعيد، لتفحص وتقييم ومتابعة أداء الموظفين في بيئة عمل تتناسب مع متغيرات البيئة الإدارية في دولة الإمارات ، وذلك للوصول بهذه الشريحة الهامة لمستويات أداء متقدمة بهدف ترسيخ منهج علمي لمكافأة الإنجازات والنتائج المتميزة للموظف، أي ترسيخ منهج علمي يضمن ربط الأداء بمكافأة الإنجاز والنتائج المتميزة ، إضافة إلى تطوير أداء الموظفين وقدراتهم ومهاراتهم من خلال تقييم دوري لأدائهم ينسجم وأهداف الوزارة والجهة الاتحادية. أي تحسين وزيادة إنتاجية الموظفين من خلال تقييم أداء سنوي ينسجم مع أهداف الحكومة الاتحادية، مع الأخذ بعين الإعتبار توفيق الأهداف الفردية للموظفين مع أهداف الوزارة والجهة الاتحادية ، أي مطابقة الأهداف الإستراتيجية للجهات التابعة للحكومة الاتحادية وترسيخها على المستويات الفردية دون الإخلال بالإنجازات الفردية وروح الفريق الواحد. (٢)

تحقيقاً للأهداف المتوخاة من هذا البحث نرى دراسة هذا الموضوع في مباحث :

المبحث الأول : ماهية تقارير الأداء أو الكفاية.

المبحث الثاني: عناصر وإجراءات تقارير الأداء أو الكفاية

المبحث الثالث: عملية ضبط تصنيف الأداء ووزن النسب

المبحث الرابع : التظلم من تقارير تقييم الأداء أو الكفاية

المبحث الخامس : معالجة الأداء المتدني وفقاً لنظام إدارة الأداء

المبحث السادس : أثر تقارير الأداء على أمن واستقرار الموظف العام

الخاتمة

(٢) صدر هذا القرار إستناداً للمرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته الواردة بمقتضى المرسوم بقانون إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١١ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية (نشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٥٢٨ بتاريخ ٩/١٩/٢٠١١ ، ص ٤٣ ، وعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية) ، ولائحته التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢.

(٣) -أنظر المادة رقم ٣٠ من المرسوم إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١١ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية .

المبحث الأول ماهية تقارير الأداء أو الكفاية المطلب الأول

تعريف تقارير الأداء وأهدافها ونطاق تطبيقها

يقصد بتقارير الأداء (La notation) أو الكفاية أو التقارير السنوية السرية التقارير التي يقدمها الرؤساء الإداريون المباشرون (١) عن مرؤوسيه في كل سنة، متضمنة تقييم أداء الموظف العام خلال سنة بمقتضى نماذج تعد لهذا الغرض (وثيقة الأداء السنوي) (٢)، تتناسب مع فئات الموظفين ودرجاتهم الوظيفية وفقاً لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية المعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢. وهذا ما أكدته المادة رقم (٢٠ / بند رقم ١) من المرسوم بقانون إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١١ المعدل لبعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية بقولها " يتم قياس أداء الموظف وفقاً لنظام إدارة الأداء الذي يصدره مجلس الوزراء بناء على اقتراح الهيئة الإتحادية للموارد البشرية، ويحدد النظام على وجه الخصوص الآتي :

- أ- أسس ومعايير ومستويات قياس أداء الموظف .
- ب- مستويات الأداء التي تستحق عنها العلاوة الدورية السنوية للموظف .
- ج- مستويات الأداء المطلوبة للترقية .
- د- إجراءات التظلم من نتائج تقييم الأداء السنوي ."

(٤) - عرف نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية المعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ الرئيس المباشر بأنه " الشخص المسؤول عن عملية تخطيط وتقييم أداء الموظف " .

(٥) - عرف نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية المعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ وثيقة الأداء السنوي بأنها " عبارة عن خطة مدونة على نموذج خاص ومعتمد تتضمن الأهداف والكفاءات مع بيان وزن كل هدف وكيفية تقييم الإنجاز والمهام والمسؤوليات وآليات التقييم لكل هدف وكفاءة ومستوى المهارة المطلوب للكفاءات ، كما تحتوي هذه الوثيقة على قسم خاص بالمراجعة المرحلية وآخر خاص بالتقييم النهائي للأداء " .

باختصار يقصد بمفهوم تقييم الأداء النتائج التي تسعى الحكومة إلى تحقيقها عن طريق موظفيها من خلال الإلتزام بالأهداف والوسائل المتفق عليها . وعلى هذا الأساس فإن الأداء لا يعتبر هدفاً في حد ذاته وإنما وسيلة لتحقيق غاية وهي النتائج .

الفرع الثاني

الهدف من نظام إدارة تقييم الأداء

نظام إدارة الأداء : عملية يجري بواسطتها تقييم أداء الموظف بالمقارنة مع الأهداف والمؤشرات الرئيسية للأداء (١) ، والتي يتم وضعها بالشراكة بين الموظف ورئيسه المباشر عن الفترة التي يتم خلالها التقييم، بحيث تكون محددة في بداية فترة التقييم، وتخضع لتحديث مستمر خلال فترة الأداء. وينظر للأداء هنا على أنه ترجمة عملية لكافة مراحل التخطيط في الجهة الحكومية، ولا يعتبر هدفاً بحد ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق غاية "نتائج".

ويأتي النظام الذي اعدته الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية انسجاماً مع المفاهيم الإدارية الحديثة التي تسعى الحكومة إلى تطبيقها، وتنفيذاً لما نص عليه المرسوم بقانون اتحادي رقم (١١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية.

أولاً : الأهداف العامة

تهدف تقارير الأداء أو الكفاية بصفة عامة إلى تقييم وتحليل أداء الموظف من جميع الجوانب كفاءته وسلوكه التنظيمي والتزامه بالعمل والدوام الرسمي وتعامله مع رؤسائه وزملائه والمراجعين، ومن ثم تقدير مدى صلاحيته وكفاءته للترقية أو توليه الوظائف العليا، إضافة إلى إبراز نقاط القوة في عمله وشخصيته تمهيداً لتطويرها وضمان استمراريتها، ونقاط الضعف للعمل على التخلص منها أو تحجيمها لغرض

(٦)- عرف نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية المعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ أهداف الأداء الرئيسية بأنها " عبارة عن أهداف قابلة للقياس يتم تحديدها والإتفاق عليها مسبقاً بين الرئيس المباشر والموظف في بداية دورة تقييم إدارة الأداء ويكون من شأنها عند نهاية دورة إدارة الأداء أن تساعد في قياس مدى تقدم الموظف نحو تحقيق الأهداف أو المهام الفردية المطلوبة منه " .

رفع كفاءة الموظف وضمان استمراره في العمل وعدم تعرضه لمشاكل قد تؤدي إلى فصله بسبب عدم الكفاية المهنية.

ثانياً : الأهداف الخاصة

أما الأهداف الخاصة للحكومة من نظام إدارة الأداء فقد نصت عليها المادة (٣٠) / بند رقم ٢) من المرسوم بقانون إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١١ المعدل لبعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الإتحادية بقولها " يهدف نظام إدارة الأداء إلى تحقيق ما يلي : (١)

١. ترسيخ منهج علمي لمكافأة الإنجازات والنتائج المتميزة للموظف. أي ترسيخ منهج علمي يضمن ربط الأداء بمكافأة الإنجاز والنتائج المتميزة .

٢. تطوير أداء الموظفين وقدراتهم ومهاراتهم من خلال تقييم دوري لأدائهم ينسجم وأهداف الوزارة والجهة الإتحادية. أي تحسين وزيادة إنتاجية الموظفين من خلال تقييم أداء سنوي ينسجم مع أهداف الحكومة الإتحادية .

٣. توفيق الأهداف الفردية للموظفين مع أهداف الوزارة والجهة الإتحادية. أي مطابقة الأهداف الإستراتيجية للجهات التابعة للحكومة الإتحادية وترسيخها على المستويات الفردية .

٤. تشجيع الإنجاز الفردي وروح الفريق الواحد. أي تشجيع وتعزيز الإنجازات الفردية ضمن مظلة روح العمل الجماعي .

٥. تشجيع التعلم والتطور المستمرين. أي تطوير وتشجيع ثقافة التعليم المستمر وزيادة فرص التطوير الإحترافي المهني .

باختصار ، تتمحور الأهداف التي تسعى الحكومة الإتحادية إلى تحقيقها من خلال تطبيق نظام إدارة الأداء إلى تمكين الجهات الحكومية الإتحادية من تحديد وتقدير الموظفين الذين يتمتعون بدرجة عالية من الأداء المتميز والكفاءة والمهارة التي

(٧) - انظر أيضاً المادة ٤٠ من اللائحة التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢ للمرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الإتحادية.

تساهم في تحقيق التميز الحكومي . إضافة إلى وضع اسس واضحة لقياس مدى الإسهامات الفعلية في تحقيق وإنجاز الأهداف الإستراتيجية للجهات الحكومية .

الفرع الثالث

نطاق تطبيق نظام إدارة الأداء

يطبق نظام إدارة الأداء على كافة موظفي الوزارات والجهات الاتحادية بغض النظر عن نوع ومدة العقد أو الدرجة الوظيفية ، بما في ذلك العاملين بعقد بدم جزئي والعاملين بعقد بدوام كامل ، ويستثنى منه فئة الوظائف الخدمية ، كما يستثنى من تطبيق هذا النظام أعضاء السلك القضائي على أن تتوافق أنظمة الأداء الخاصة بهذه الفئات المستثناة مع المبادئ العامة والإطار العام لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية . .

ومن الجدير بالذكر أن تطبيق هذا النظام يجب أن يتم وفق إطار زمني على النحو الآتي :

الأولويات	السنة الأولى	السنة الثانية
إسقاط أهداف الأداء الرئيسية	إسقاط الأهداف لكافة الدرجات وتقاس وتحسب في التقييم النهائي .	إسقاط الأهداف لكافة الدرجات وتقاس وتحسب في التقييم النهائي .
تحديد الكفاءات استناداً إلى إطار عام الكفاءات الخاص بالحكومة الاتحادية	تطبق على كافة الدرجات وتقاس ولا تحسب في التقييم النهائي في السنة الأولى	تطبق على كافة الدرجات وتقاس وتحسب في التقييم النهائي من السنة الثانية .
وضع وقياس وزن الأهداف	إختياري في السنة الأولى	يطبق وفق النظام من السنة الثانية .
مكافئات مرتبطة بالأداء	سيتم تحديدها لاحقاً	سيتم تحديدها لاحقاً .

المطلب الثاني

مبادئ وركائز نظام إدارة الأداء

يستند نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية على العديد من المبادئ . كما وأن تحقيق أهداف هذا النظام يتمحور حول ركيزتين أساسيتين .

الفرع الأول

مبادئ نظام إدارة الأداء

يستند نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية على العديد من المبادئ أهمها :

أولاً : التوافق الإستراتيجي

وهذا يعني تعزيز وتطوير ثقافة الأداء من خلال ربط أداء الموظف الفردي بالتوجه الإستراتيجي للحكومة الاتحادية بشكل عام والوزارة أو الجهة الاتحادية التي يعمل بها الموظف .

ثانياً : الإدارة بالأهداف

وهي إشراك الموظف في التخطيط وصنع الأهداف لكي يلتزم بالضوابط والمعايير التي تحقق الأهداف ، حتى يشعر بأن عمله ذو قيمة ومحل تقدير من جهة الإدارة مما يتحقق معه الرضا الوظيفي .

ثالثاً : التغذية الراجعة

أي تشجيع الملاحظات المنصفة والإيجابية من الرؤساء الإداريين المباشرين المتابعين لأداء موظفيهم وذلك كأسلوب لتطوير ومراجعة الأداء .

رابعاً : العلاقة التكاملية (التبادلية)

أي ربط الأداء بالحوافز والعلاوات وفرص الترقية والتدريب والتطوير ، حيث يعتمد قياس فاعلية أداء الجهة الحكومية على مدى تحقيقها للأهداف .

خامساً : العدل والمصداقية

أي إرساء نظام إدارة أداء الموظفين يتسم بالثبات والعدل والإنصاف والمصداقية ، من خلال تحديد معايير وسياسات وإجراءات واضحة تتماشى مع تشريعات وأنظمة الحكومة الاتحادية .

الفرع الثاني : ركائز نظام إدارة الأداء

أن تحقيق أهداف نظام إدارة الأداء للموظفين الحكوميين يستوجب التركيز على إنجاز الأهداف المؤسسية للحكومة الاتحادية ، وهذا يتمحور حول ركيزتين أساسيتين هما :

أولاً : الأهداف

ويمثل هذا المحور ما يتوقع من الموظف إنجازه خلال السنة ، حيث أن هذه الأهداف تساعد الموظف على ضمان التركيز على النواحي الرئيسية الهامة في عمله ، مما يحقق الإنجاز بكل كفاءة وفاعلية . إضافة لذلك تتم موازنة وربط جميع أهداف الموظفين مع الأهداف المؤسسية للجهات الاتحادية أو المتطلبات التشغيلية للإدارات والأقسام .

ثانياً : الكفاءات

ينصب هذا المحور على الأسلوب أو الآلية التي تحدد كيفية إنجاز الموظف لأهدافه وفق الإطار العام للكفاءات السلوكية . ويتضمن الإطار العام للكفاءات السلوكية مجموعتين مختلفتين من الكفاءات هما (ثلاثة قيادية وستة أساسية) . وقد تم تطوير هاتين المجموعتين وفقاً للأولويات والقيم الإستراتيجية ، ووثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة الخاصة بالحكومة الاتحادية وفق ما يلي :

الكفاءات الأساسية	الكفاءات القيادية والاساسية	الكفاءات القيادية
القدرة على خلق وبلورة رؤية واضحة للمستقبل ، وربط الأهداف الإستراتيجية للجهة الاتحادية بأولويات العمل ، ويشمل ذلك : التحليل طويل الأجل لأولويات الجهة لغايات خلق رؤية مشتركة لموظفي الجهة الاتحادية ، وذلك لتشجيعهم وتوليد الإهتمام والحماسة لديهم تجاه هذه الرؤية وتحفيزهم لتحقيق الأهداف الإستراتيجية للجهة الاتحادية .	التفكير الإستراتيجي	الكفاءات القيادية

الكفاءات
القيادية

تمكين الموظفين وتطوير
قدراتهم

القدرة على تشجيع وتحفيز الموظفين
وفرق العمل عن طريق منحهم
الصلاحيات اللازمة لتسيير الأعمال
المناطة بهم وتوفير الدعم والإرشاد
والتطوير ، وإيجاد بيئة عمل مشجعة
على تحقيق أعلى مستويات الأداء لفردي
، وإعداد القادة المستقبليين مما يضمن
استدامة نجاح الجهة الاتحادية .

الكفاءات
القيادية

قيادة التغيير

القدرة على تشجيع وتحفيز الموظفين
وفرق العمل لتبني فكر التغيير والنقد
البناء لآليات العمل وقيادة مبادرات
التطوير بالتوافق مع رؤية الجهة
الإتحادية وأهدافها الإستراتيجية .

الكفاءات
الأساسية

التواصل ومهارات الإتصال

القدرة على الإستماع والشرح والإقناع
والتأثير في الآخرين من خلال التعبير
عن الأفكار والآراء بطريقة تتلاءم
وتتوافق مع الموقف في مختلف الجوانب
سواء شفهاً أم خطياً ، بالطريقة التي
تؤدي إلى تحقيق غاية التواصل الإيجابي
.

الكفاءات
الأساسية

العمل بروح الفريق الواحد

القدرة على العمل بشكل جماعي و بروح
الفريق الواحد بين مختلف الوحدات
التنظيمية من أجل تحقيق الأهداف
المشتركة ، مع مراعاة المحافظة على
الروابط الإيجابية على جميع المستويات

<p>بغض النظر عن الاختلافات الثقافية إضافة لإحترام وجهات النظر المتبادلة</p>		
<p>القدرة على تحديد وتحقيق الأهداف الاستراتيجية ، والحفاظ على التركيز والفعالية والتميز في تحقيق النتائج التي تتسجم مع أهداف الجهة الاتحادية . ويشمل ذلك القدرة على تذليل التحديات والعقبات التي تعترض العمل وإيجاد الحلول المناسبة لها وفقاً للإمكانيات المتاحة .</p>	<p>التركيز على النتائج</p>	<p>الكفاءات الأساسية</p>
<p>القدرة على التخطيط السليم والفعال لموارد الجهة الاتحادية واعتماد معايير التميز في تحقيق أهدافها واستراتيجياتها ، مما يشمل على تحديد الأولويات وتشجيع التعاون وتحفيز الموظفين لتأدية مهامهم وفقاً لمعايير التميز المطلوبة .</p>	<p>إدارة الموارد بفاعلية</p>	<p>الكفاءات الأساسية</p>
<p>تحمل كامل المسؤولية عن نتائج قراراته المترتبة على المهام المناطة به ، ومعالجة المشاكل بفاعلية ، وتشجيع الموظفين التابعين له على الإلتزام بتحقيق الأهداف وإنجاز المهمات المكلفين بها بكل صدق وأمانة .</p>	<p>المساءلة</p>	<p>الكفاءات الأساسية</p>
<p>القدرة على فهم احتياجات العملاء الداخليين والخارجيين ، والسعي لتقديم الخدمات اللازمة لتلبية هذه الاحتياجات</p>	<p>التركيز على خدمة العملاء</p>	<p>الكفاءات الأساسية</p>

<p>باحتراف ومهنية . ويشمل التركيز على متلقي الخدمة بمنحهم خدمات عالية ضمن الإمكانيات المتاحة .</p>		
--	--	--

المبحث الثاني

عناصر وإجراءات تقارير الأداء أو الكفاية

تتمحور عناصر تقارير الأداء أو الكفاية أو ما يمكن تسميته بعناصر تقييم أداء الموظفين حول نظامين . من جهة أخرى تمر إجراءات تقييم الأداء بعدد من المراحل .

المطلب الأول

عناصر تقارير الأداء أو الكفاية

بصفة عامة تتمحور عناصر تقارير الأداء أو الكفاية أو ما يمكن تسميته بعناصر تقييم أداء الموظفين حول نظامين

الفرع الأول

نظام التقييم الرقمي (note chiffré)

أي يتم تقييم الموظفين من خلال نموذج أو نماذج معدة مسبقاً تتضمن الإجابة على العديد من الأسئلة وكل سؤال له علامة. فمثلاً في فرنسا يتم التقييم من خلال نموذج يرصد له (٢٠) علامة أي من (٢٠ - ٠). غير أن بعض الدول يتم التقييم من خلال تقديرات قد تكون ثلاثية (ممتاز - كفاء - ضعيف) وبعضها رباعي (ممتاز - جيد - مرضي - ضعيف)، وبعضها خماسي (ممتاز - جيد جداً - جيد - متوسط - ضعيف)، ويعتبر الاتجاه الأخير من أكثر الاتجاهات السائدة في دول العالم ومنها الأردن والامارات حتى سنة ٢٠١٢ تاريخ صدور نظام إدارة الأداء وغيرها.

الفرع الثاني

نظام التقييم العام (L'appréciation générale)

يعتمد هذا النظام على تقييم أداء الموظف بصورة عامة وذلك من خلال تقرير سنوي يتضمن معلومات أساسية عن الموظف ووظيفته وأدائه الوظيفي وصفاته ومميزاته الشخصية، وعلاقاته مع رؤسائه وزملائه في العمل ومدى تقدمه والانطباع

العام عنه من قبل رئيسه المباشر وأية عقوبات تأديبية تم إيقاعها عليه خلال السنة وأية ملاحظات أخرى، ومن ثم يؤشر في التقدير الذي يستحقه من خلال تقديرات محددة سلفاً.

أن التقدير العام يستدعي من الإدارة أن تعد ملفاً خاصاً لكل موظف تدون فيه جميع الملاحظات والبيانات خلال السنة (كالحضور والغياب، وأعمال الموظف، واللجان التي يحضرها، وجميع الأعمال التي يشارك فيها، وأية عقوبات تم إيقاعها على الموظف) حتى يتمكن الرئيس الإداري المباشر من تقييم الموظف بصورة صحيحة وموضوعية.

وقد انتقد بعض الفقهاء مدى ملائمة آلية تطبيق نظام تقارير الأداء بالنسبة للموظفين العموميين، وشبه البعض نظام التقييم الرقمي أو حتى نظام التقييم بالتقديرات بالعلامات المدرسية لأن ذلك يعتمد على الرئيس الإداري المباشر، وفي كثير من الحالات تلعب العوامل الشخصية ومدى علاقة الموظف بالرئيس دوراً هاماً في التقييم هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن نظام التقييم العام غالباً ما تشوبه عيوب لأن الرئيس الإداري لا يستطيع بأي حال من الأحوال متابعة أعمال جميع الموظفين لديه وخاصة في الدوائر الكبيرة التي يعمل فيها المئات من الموظفين (١).

المطلب الثاني

إجراءات تقارير الأداء أو الكفاية

تمر عملية تقارير الأداء أو الكفاية بصفة عامة بمرحلتين : أولهما : تبدأ بتقدير الرئيس الإداري المباشر لأداء الموظف وذلك من خلال تعبئة النموذج المعد لهذا الغرض وذلك بالإجابة على الأسئلة التي يتضمنها التقرير، ولا

(8)-DE FORGES J.M., op. cit, p. 214 et suiv.

(٩)حكمتها في ١٦ / ١ / ١٩٦٠، المجموعة السنة ٥ ص ١٧٩ - وفي ١٩ / ١ / ١٩٦٣ المجموعة السنة ٨ ص ٥٤٢، راجع كذلك حكمتها في ٢٥ / ٢ / ١٩٩٠ الطعن ١٧٩٥ لسنة ٣٣ ق، وعلى النقيض من ذلك حكمتها في ١٣ / ١١ / ١٩٩٣ الطعن ٣١٥٩ لسنة ٣٣ ق، وصدر الحكمين بشأن إجراء واحد هو إخطار العامل كتابة بأوجه النقص في الأداء التي أدت إلى خفض درجة كفاءته عن الأعراف السابقة، راجع أيضاً حكمتها في ٧ / ٥ / ١٩٩٤ الطعن ١١٢٣ لسنة ٣٣ ق، وفيه قضت بأن إجراء قياس أداء الموظف دورياً كل ثلاثة أشهر لا يعد من الإجراءات الجوهرية ولا يؤدي إغفاله إلى بطلان تقرير الكفاية.

يجوز أن يتم ذلك من قبل سلطة التعيين مثلاً، بل فقط من الرئيس الإداري المباشر للموظف وقت وضع التقرير، لأنه الشخص الأقدر على معرفة أداء الموظف الذي يعمل تحت رئاسته من جميع النواحي المعرفية والسلوكية والإبداعية وغيرها. وعلى الرئيس الإداري المباشر للموظف أن يراعي عند وضع التقرير السنوي السري الدقة واعتماد الحقيقة والموضوعية والتجرد ووضع التقديرات على أسس موضوعية مجردة بعيدة عن الاعتبارات الشخصية والذهبية والدينية أو المصلحية أو الفكرية.

في هذا الخصوص قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه " نظراً لخطورة التقارير السرية في حياة الموظف، فإنه من اللازم.. أن تمر تلك التقارير على السنن والمراحل التي استتمها ورسمها ونظمها (المشرع)، فإذا أغفل منها أى إجراء جوهرى، لم تنتج تلك التقارير الآثار المترتبة عليها قانوناً " (١) .

وثانيهما : تبدأ المرحلة الثانية بتبليغ الموظف الذي يحصل على تقديرات متدنية وفقاً للتشريعات المختلفة في نطاق الوظيفة العامة بتقرير أدائه أو صورة عنه.

في دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة ٣١ بند ١ من المرسوم بقانون إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ المعدل لبعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية على أن "يقيم أداء الموظفين بشكل سنوي من قبل المسؤول المباشر على أن يتم اشراك الموظفين في عملية مراجعة الأداء المتعلقة بهم " .

وقد نصت المادة ٤٠ بند ٢ من قرار مجلس الوزراء رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢ في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية على أن " يتم قياس أداء الموظف وفقاً لنظام إدارة أداء موظفي الحكومة الاتحادية الذي يصدر عن مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الهيئة الاتحادية للموارد البشرية "

استناداً لهذه النصوص صدر نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ وحدد في الفصل الخامس منه مراحل دورة أداء الموظفين التي تتمثل في ثلاث مراحل على النحو الآتي:

المرحلة الأولى : تخطيط الأداء

تعتمد مرحلة تخطيط الأداء وفقاً لنظام إدارة الأداء على عاملين أساسيين هما :

- الخطة التشغيلية والإستراتيجية لكل جهة إتحادية .

- إطار الكفاءات السلوكية للحكومة الإتحادية .

وتبدأ هذه المرحلة في شهري يناير وفبراير من كل عام ، حيث يتم الإتفاق فيها على وضع الأهداف وتحديدها ، إضافة لبيان التوقعات والكفاءات المطلوبة من الموظف والمتوقع منه أن ينجزها مع نهاية السنة وتدوين كل ذلك في وثيقة الأداء السنوي ، وذلك حسب الدرجة الوظيفية المبينة في (وثيقة الأداء) ، والتي يجب أن يوقع عليها كل من الموظف والرئيس المباشر في هذه المرحلة .

قبل الشروع في تحديد الأهداف ضمن وثيقة الأداء السنوي يتعين أولاً على الجهات الإتحادية تنفيذ ما يعرف بعملية إسقاط الأهداف ثم البدء بعد ذلك في صياغة وثيقة الأداء .

أولاً : إسقاط الأهداف

تهدف عملية إسقاط الأهداف إلى التوافق والإنسجام التام بين الخطة الإستراتيجية من جهة وإدارة الأداء من جهة أخرى كونها تبدأ من أعلى الهرم الإداري ثم تستمر نزولاً إلى أسفل الهرم أي من مستوى إلى آخر كالتالي :

١. يجتمع وكيل الوزارة مع وكلاء الوزارة المساعدين (التابعين له) ومن في حكمهم بهدف مراجعة الأهداف المؤسسية للخطة الإستراتيجية المعتمدة أصلاً في كل جهة إتحادية لمواءمة الأهداف والمهام اللاحقة والتي سوف تنبثق عن إدارة اداء الموظفين التابعين لهم مع الخطة الإستراتيجية .

٢. يقوم وكيل الوزارة المساعد ومن في حكمه في كل جهة إتحادية بالإجتماع مع مدراء الإدارات التابعين له وفقاً للهيكل التنظيمي لإبلاغهم بالخطة

الإستراتيجية ومؤشرات الأداء الرئيسية لغايات الإتفاق على تحديد أهدافهم السنوية الخاصة بما يتوافق مع الخطة الإستراتيجية .

٣. يكرر مدراء الإدارات مع رؤساء الوحدات التنظيمية التابعة لهم ذات الدور من حيث الإجتماع مع رؤساء الأقسام أو رؤساء الفرق أو المشرفون لإبلاغهم بالخطة الإستراتيجية ومؤشرات الأداء الرئيسية لغايات الإتفاق على تحديد أهدافهم السنوية الخاصة .

٤. يتولى كل رئيس مباشر بعد هذا الإجتماع مع موظفيه للإتفاق معهم على تحديد الأهداف الفردية إستناداً إلى مسؤوليات أعمالهم الرئيسية وأهداف الوحدات التنظيمية التابعين لها .

ثانياً : إعداد وثيقة الأداء السنوي

يتم إعداد وثيقة الأداء السنوي من خلال عدة خطوات كالتالي :

١-تحديد الأهداف

لغايات البدء في إعداد وثيقة الأداء السنوي يعقد إجتماع بين كل من الموظف والرئيس المباشر في بداية السنة ، وذلك لمناقشة الأهداف والكفاءات التي يتوقع من الموظف المعني إنجازها وتحقيقها مع نهاية السنة شريطة أن تكون هذه الأهداف متفقة مع معايير الأهداف الذكية والتي يقصد منها أن تكون :

- محددة -أي مكتوبة بطريقة واضحة لا تحتمل اللبس من حيث ما يجب تحقيقه .
- قابلة للقياس - يجب أن يكون هناك مقاييس واضحة وشفافة لقياس الأهداف .
- قابلة للتحقق - يجب أن يكون الهدف ممكن التحقيق وقابلاً للتفعيل والتطبيق وذو جدوى تعكس طموحات الحكومة لتحسين معايير الخدمات الإتحادية كما يجب أن يكون قابلاً للإنجاز .

- ذات صلة -أي أن تعكس الأهداف العامة التي تسعى الجهة الإتحادية لتحقيقها .
 - الإطار الزمني - يجب أن يتم تحديد فترة زمنية محددة لإنجاز وتحقيق الهدف .
- وخلال إجتماع إعداد الوثيقة يتعين على كل موظف في الجهة الإتحادية أن يعمل على المناقشة والإتفاق على عدد من الأهداف الرئيسية المتوافقة مع الدرجة الوظيفية

شريطة مراعاة عدد الأهداف المقترحة كما يلي والإتفاق عليها ثم التوقيع على الوثيقة من قبل الموظف والرئيس المباشر :

عدد الأهداف تكون استناداً إلى الدرجة الوظيفية

عدد الأهداف	الدرجات الوظيفية
أربعة أهداف بحد أدنى	درجة وكيل وزارة إلى الدرجة السادسة
مسؤوليات أو مهام العمل الرئيسية	الدرجة السابعة فما دون

باستثناء الوظائف الخدمية .

٢- تحديد وزن الأهداف :

ينبغي على كل رئيس مباشر خلال اجتماع وضع الأهداف أن يخصص وزناً لإهمية كل هدف على حدة ، وتكمن أهمية هذا الوزن في :

• عرض الأهمية النسبية لكل هدف بالمقارنة مع الأهداف الأخرى خلال الأشهر الإثنا عشر (١٢) التالية .

• إظهار وتحديد المجالات الرئيسية التي يجب على الموظفين التركيز عليها في أعمالهم .

فإذا كان لهدف ما قيمة أكبر من الأهداف الأخرى يدرك الموظف عنئذ أن تحقيق ذلك الهدف يؤكد نجاحه في عمله .

كما يجب على الرؤساء المباشرين ضمان وجود توازن بين الأهداف بحيث يكون مجموع إجمالي الأوزان لإهمية الأهداف ١٠٠ % . علماً أن هذه الأوزان قابلة للتعديل قبل وخلال مرحلة المراجعة المرحلية فقط ، أما بعد ذلك فلا يجوز تعديلها .

٣- تحديد الكفاءات السلوكية :

ينبغي على كل رئيس مباشر بعد انتهاء مرحلة تحديد الأهداف وأوزانها أن يحدد الكفاءات السلوكية والمستوى المطلوب لكل كفاءة لمروؤسيه وفق الإطار العام للكفاءات السلوكية .

ويتعين على الرئيس المباشر والموظف الإلتزام بالمستوى المهاري المقابل لكل كفاءة وفقاً للدرجة الوظيفية المبينة فيما يلي :

الكفاءات الأساسية والكفاءات القيادية	رأس المال البشري ومستوى المهارة PL	الدرجة	الدرجة الوظيفية
رأس المال البشري مجموعة النتائج المجموعات الإستراتيجية	PL7	وكيل وزارة / وكيل وزارة مساعد	الوظائف القيادية
PL6	PL6	الدرجة الخاصة أ الدرجة الخاصة ب	وظائف الإدارة العليا
PL5	PL5	الدرجة ١ الدرجة ٢	
			الوظائف الإشرافية
PL4	PL4	الدرجة ٣ الدرجة ٤	
PL3	PL3	الدرجة ٥ الدرجة ٦	
PL2	PL2	الدرجة ٧ الدرجة ٨	الوظائف الداعمة
PL1	PL1	الدرجة ٩ الدرجة ١٠	

كما ينبغي على الموظف والرئيس الإداري المباشر الرجوع في هذا الشأن إلى الإطار العام للكفاءات السلوكية من أجل الإطلاع بصورة واضحة على جميع الكفاءات والمستويات المهنية المقابلة لها بشكل عام والإلتزام بالمستوى المهاري المقابل لكل كفاءة وفقاً لدرجته الوظيفية بشكل خاص .

المرحلة الثانية : المراجعة المرحلية

يتعين على جميع موظفي الحكومة الاتحادية الخضوع لمراجعة مرحلية وفقاً (لوثيقة الأداء السنوي) ، وذلك خلال الإجتماع مع رؤسائهم المباشرين ضمن إطار دورة إدارة أداء الموظفين ، إذ يجب على الرؤساء المباشرين اعتبار إجتماع المراجعة المرحلية فرصة للتواصل والتحفيز والتصحيح كي يضمنوا أن نتيجة المراجعة النهائية للتقييم السنوي سوف لن تشكل مفاجأة للموظف في نهاية السنة .

علماً بأن المراجعة المرحلية الرسمية تتم خلال شهري يونيو (٦) ويوليو (٧) بين كل رئيس مباشر وموظفيه لكي يتم الوقوف على :

أ. التطور والتقدم الذي تم نحو تحقيق الأهداف وتحديد الصعوبات التي قد تحول دون إنجاز أو تحقيق الأهداف .

ب. بيان ومناقشة الكفاءات السلوكية المنشودة .

ج. كيفية تغيير أو تعديل أي هدف إذا كان غير واقعي أو غير ذي صلة شريطة أن لا يستغل هذا البند من قبل الموظف للتغطية على أدائه المتدني .

د. أهم المشاكل وتحديد ما بحيث يمكن تصحيحها بأقرب وقت ممكن .

هـ. تخطيط وتعديل الأهداف للأشهر الستة المتبقية إذا كان ذلك مطلوباً.

و. إعادة النظر في وزن الأهداف كفرصة أخيرة قبل ثباتها .

ز. تزويد إدارة الموارد البشرية بنسخة عن الجزء الخاص بالمراجعة المرحلية من وثيقة الأداء .

المرحلة الثالثة : التقييم النهائي للأداء السنوي

أولاً : مسارات التقييم

يتم تقييم أداء الموظف من خلال مسارين هما :

١-تقييم الأداء السنوي للأهداف والمهام

أ. تناط عملية تقييم الأداء السنوي لكل موظف في الجهات الاتحادية بالرئيس

المباشر الذي كان مسؤولاً عن مرحلة تخطيط الأداء من خلال وثيقة الأداء

السنوي التي تم الإتفاق والتوقيع عليها في بداية دورة نظام إدارة أداء

الموظفين ، وكذلك المراجعة المستمرة والمراجعة المرحلية ، حيث يناقش الرئيس المباشر مع الموظف أثناء اجتماع تقييم الأداء السنوي النهائي مدى التطور والتقدم الذي تحقق من حيث الأهداف والمهام على اعتبار أن تقييم الأداء السنوي يضمن المراجعة الكاملة لتقييم الأداء ، وإن كان الإهتمام ينصب على مجالات التحسين .

ب. يجب على الرئيس المباشر والموظف الإتفاق معاً حول نتائج الأداء آخذين بعين الإعتبار ما تم رصده أثناء المراجعة المرحلية من نتائج .

ج. ولأهمية هذه المرحلة فإن نتائج تقييم الأداء يجب أن تكون مسببة من حيث ذكر المبررات والملاحظات والأسباب ، إضافة لبيان نقاط القوة والضعف، وما هي مجالات التحسين الضرورية لمعالجة نقاط التطوير الفنية والسلوكية التي يحتاجها الموظف ، وتجاوز أية سلبيات ، وكل هذا يجب أن يكون موثقاً ومدوناً على وثيقة الأداء وذلك وفقاً للدرجة الوظيفية للموظف.

د. على أن يتم تقييم الأهداف أو المهام الفردية الخاصة بالموظف وفقاً لمعيار تقييم يتألف من ٤ نقاط كما هو موضح في الجدول الآتي :

جدول معيار التقييم للأهداف والمهام		
النقاط	المستوى	توصيف المستوى
٤	يفوق التوقعات بشكل ملحوظ	<ul style="list-style-type: none"> ▪ حقق أهدافه بكل كفاءة وفاعلية طيلة العام وتجاوز نسبة القياس لمؤشرات الأداء المحددة للأهداف بشكل ملحوظ (أكثر من ١٠٠%) ▪ حقق أهداف أكثر من الأهداف المتفق عليها في وثيقة الأداء . ▪ كان للأهداف التي حققها أثر إيجابي واضح وملحوظ على جهة عمله . قام بتقديم اقتراحات ومبادرات تم الأخذ بها وتطبيقها من قبل جهة عمله .

<ul style="list-style-type: none"> ▪ حقق أهدافه بكل كفاءة وفاعلية ▪ حقق نسبة القياس لمؤشرات الأداء المحددة للأهداف (٨٠-١٠٠%) . ▪ كان للأهداف التي حققها أثر إيجابي واضح وملحوس على الإدارة أو القطاع الذي يعمل به . ▪ قام بتقديم اقتراحات ومبادرات إيجابية . 	<p>يفوق التوقعات</p>	<p>٣</p>
<p>يؤدي عمله بانتظام وفقاً للإصول المقررة ويفي بالتوقعات في جميع ما يطلب منه ويحقق معظم أهدافه (٦٠-٨٠%) .</p>	<p>يلبي التوقعات</p>	
<p>مستوى أداء الموظف دائماً أدنى من التوقعات ، إذ أنه يحقق نسبة القياس لمؤشرات الأداء أقل من (٦٠%) في الكثير من المجالات الأساسية في العمل ويحتاج إلى تطوير وتحسين أدائه ليصل إلى المستوى المطلوب .</p>	<p>بحاجة إلى تحسين</p>	

٢-تقييم الأداء السنوي للكفاءات السلوكية

٠-كما في عملية تقييم الأهداف تناط عملية تقييم الكفاءات السلوكية لكل موظف في الجهة الإتحادية بالرئيس المباشر الذي كان مسؤولاً عن مرحلة تخطيط الأداء من خلال وثيقة الأداء السنوي ، حيث يناقش الرئيس المباشر مع الموظف أثناء اجتماع التقييم النهائي كيفية قيام الموظف بانجاز الأهداف أو المهام بناء على الإطار العام للكفاءات السلوكية الصادرة عن الهيئة الإتحادية للموارد البشرية ، والذي يعد بمثابة مؤشر يعكس مدى تحقيق الموظف للمؤشرات المعتمدة لكل كفاءة من الكفاءات المحددة للمستويات المبينة في الوثيقة حسب إطار الكفاءات الذي يتعين على الرئيس

المباشر الرجوع إليها لغايات فهم مضمون الكفاءات ومستوياتها قبل إجراء عملية التقييم يجب أن يتم وفق سلم التقييم المبين في الجدول الآتي :

جدول سلم التقييم للكفاءات		
التقييم	المستوى	مستوى الكفاءات
٤	يفوق التوقعات بشكل ملحوظ	<ul style="list-style-type: none"> ▪ يثبت الموظف تمتعه بجميع المؤشرات السلوكية وفقاً لمستوى المهارة المطلوب لدرجته ومعظم المؤشرات السلوكية للمستوى المهاري التالي بصورة ملحوظة طوال فترة التقييم. ▪ لم يتخذ في حقة أية جزاءات إدارية خلال العام .
٣	يفوق التوقعات	<ul style="list-style-type: none"> ▪ يثبت الموظف تمتعه بجميع المؤشرات السلوكية التي تلبي مستوى المهارة المطلوب لدرجته . ▪ كما يبرهن الموظف تمتعه ببعض المؤشرات السلوكية التي تفوق المستوى المهاري المحدد له في ٤ كفاءات كحد أدنى . ▪ لم يتخذ في حقة أية جزاءات إدارية خلال العام .
٢	يلبي التوقعات	<p>يبرهن الموظف عموماً تمتعه بمعظم المؤشرات السلوكية المطلوبة لدرجته الحالية ، في حين لا يظهر الموظف أية مؤشرات سلوكية إضافية .</p>
١	بحاجة إلى تحسين	<p>يفتقد الموظف إلى معظم المؤشرات السلوكية في ٤ كفاءات أو أكثر مما يؤدي إلى حدوث عيوب ونواقص كبيرة تؤثر سلباً على العمل أو على فريق العمل ، لذلك يكون التحسين مطلوباً في السلوكيات الأكثر أهمية .</p>

٥- ونظراً لأهمية عملية تقييم الكفاءات السلوكية للموظف فإنه يتعين على الرئيس المباشر المعني بالتقييم مراقبة أداء الموظف بشكل عام وتوثيق الملاحظات التي يشاهدها على الموظف بشكل تراكمي فيما يتعلق بالكفاءات السلوكية التي يظهرها خلال سنة التقييم ، وذلك بالطريقة التي يراها مناسبة ، على أن تكون جميع الملاحظات مكتوبة ومبين فيها نوع وتاريخ الملاحظة من أجل مناقشة الموظف فيها

لاحقاً عند عملية التقييم واعتبارها كدليل اثبات على التزام الموظف بهذا السلوك من عدمه بناءً على ما تم الإتفاق عليه في وثيقة الأداء السنوي .

• ولهذه الغاية قامت الهيئة الاتحادية للموارد البشرية باعداد دليل ارشادي يوضح كيفية عملية تقييم الكفاءات السلوكية (١) .

• وعند انتهاء عملية التقييم يجب على الرئيس المباشر والموظف استغلال نتائج التقييم من حيث اعتمادها كمدخلات لخطة التدريب والتطوير الفردية للموظف وفقاً لنظام التدريب والتطوير ثانياً : نتائج الأداء

بعد الإنتهاء من عملية تقييم الموظف- وفقاً للمسارين المشار إليهما سابقاً - يجب التوقيع على نتيجة التقييم من قبل الموظف ، علماً بأن هذا التوقيع يعتبر إشعاراً بالإطلاع على النتيجة وليس قبولاً بها ، ويتم احتساب نتائج الأداء الكلية على النحو التالي :

أ-مجموع نتائج الأهداف : يتم احتساب النتائج من خلال ضرب درجة تقييم الأداء لكل هدف بالوزن الخاص به ويتم جمع النتيجة .

ب-معدل نتائج الكفاءات : يتم احتساب معدل نتائج الكفاءات من خلال جمع درجات تقييم الكفاءات وتقسيمها على عدد الكفاءات المنصوص عليها في الوثيقة .

ج-نتيجة الأداء النهائي :وهو عبارة عن ضرب مجموع نتائج الأهداف ومعدل نتائج الكفاءات بالوزن الخاص بهما المبين في الجدول المبين أدناه ، وتكون نتيجة التقييم النهائي حاصل جمعها :

الخطوط الإرشادية لقياس قيمة الأهداف والكفاءات		
الدرجات الوظيفية	الوزن الممنوح	الوزن الكفاءة
وظائف قيادية عليا وكيل الوزارة / المدير العام وكيل الوزارة المساعد / المدير التنفيذي	٦٠%	٤٠%
من الدرجة الخاصة أ إلى الدرجة الثانية	٥٠%	٥٠%
الدرجة الثالثة فما دون (باستثناء الوظائف الخدمية)	٤٠%	٦٠%

(١٠) -التعليمات الصادرة عن الهيئة الاتحادية بشأن كيفية تقييم الكفاءات السلوكية ، سبتمبر ٢٠١١ .

- وهنا تجدر الإشارة إلى أنه يتعين على الرئيس المباشر بعد الإنتهاء من عملية إحتساب نتائج الأداء للموظفين القيام برفع نتائج الأداء إلى مدير الإدارة للمصادقة عليها .

- كما يتعين على الرئيس المباشر إبلاغ المدير التالي لمدير الإدارة خطياً إذا كانت نتائج الأداء تقع ضمن مستوى أداء يفوق التوقعات فما فوق أو بحاجة إلى تحسين ، وذلك للإطلاع والموافقة قبل قيام لجنة الضبط وموازنة النسب بممارسة مهامها .

المبحث الثالث

عملية ضبط تصنيف الأداء ووزن النسب

أن الهدف من تقديم بيانات عادلة ومنصفة في جميع الأقسام والإدارات يقتضي ضبط تصنيفات أداء جميع الموظفين داخل الجهة الإتحادية عن طريق عملية الضبط وموازنة النسب التي تتم بعد اجتماع تقييم الأداء السنوي وقبل إبلاغ الموظفين بدرجة أو نتيجة تقييم الأداء النهائية .

وتهدف هذه العملية المبينة خطواتها أدناه إلى تسوية وموازنة كامل نتائج أداء الموظفين داخل الجهة الحكومية الإتحادية :

١. تشكل " لجنة للضبط وموازنة النسب " في كل جهة إتحادية برئاسة وكيل الوزارة / المدير العام وعضوية مدير إدارة الموارد البشرية ووكلاء الوزارة المساعدين .

٢. تكون المهمة الأساسية لهذه اللجان هو تقييم جميع مستويات الموظفين في جميع الجهات الإتحادية ، وضمان التقييم العادل والمنصف .

٣. تتمتع لجان الضبط وموازنة النسب بالصلاحيات الكاملة في طلب أي رئيس مباشر للموظفين لتقديم أية بيانات تتعلق بنتائج تقييم مرؤوسيه لتمكينها من ضبط تصنيفات أداء الموظفين داخل الجهة الإتحادية .

٤. تعتبر قرارات لجان الضبط وموازنة النسب بمثابة التقييم النهائي لأداء كل موظف .

٥. يتولى مدير إدارة الموارد البشرية إدارة عملية الضبط وموازنة النسب ، وبعد ذلك تتخذ إجراءات التبليغ حيث يقوم الرئيس المباشر بإبلاغ كل موظف تابع له بنتيجة التقييم النهائي .

٦. يتعين على لجان الضبط وموازنة النسب في الجهات الاتحادية الحكومية توزيع النتائج الإجمالية لتقييم أداء الموظفين في تلك الجهة بما لا يتجاوز سقف النسب حسب الجدول التالي :

مبادئ توزيع نسب التقييم النهائي	
نسبة الموظفين	تصنيف الأداء
٥-٠%	يفوق التوقعات بشكل ملحوظ
١٠-٠%	يفوق التوقعات
١٠٠-٨٠%	يلبي التوقعات
٥-٠%	بحاجة إلى تحسين

٧-تختلف نسب توزيع الأداء بين الإدارات في الجهة الاتحادية إستناداً إلى مؤشرات الأداء الرئيسية المؤسسية وتصنيف الحكومة لنتائج أداء الجهة الاتحادية علماً بأن هذه المبادئ الإرشادية لتوزيع الأداء تعتبر ضرورية لضمان التوزيع الواقعي لتصنيفات الأداء في الجهة الاتحادية .

المبحث الرابع

التظلم من تقارير تقييم الأداء أو الكفاية

أجاز المشرع للموظفين الذين حققوا مستوى أداء " بحاجة إلى تحسين " فقط أن يتظلم من نتيجة التقييم وفقاً لآلية التظلم التالية :

أولاً : يقدم طلب التظلم من الموظف الذي حقق مستوى أداء " بحاجة إلى تحسين " تظلمه إلى رئيسه المباشر .

ثانياً : يقدم طلب التظلم خلال حمسة أيام عمل من تاريخ تبليغ الموظف بنتيجة تقييمه ثالثاً : يقدم التظلم وفقاً للنموذج الخاص بالشكاوى والتظلمات المعد لهذا الغرض .

رابعاً : يتعين على الرئيس المباشر مناقشة الأمر مع الموظف للوصول إلى حل لموضوع الاعتراض :

١. فإذا اقتنع الموظف بنتيجة تقييمه تم التوقيع على الاعتراض من قبل الطرفين وحفظه .

٢. أما إذا تم الإتفاق على تعديل نتيجة التقييم عندئذ يتم التوقيع على النموذج من قبل الطرفين إضافة لمدير الإدارة مع بيان الأسباب وإرساله إلى إدارة الموارد البشرية لإتخاذ الإجراءات اللازمة نحو تعديل نتيجة التقييم والآثار المترتبة عليها .

خامساً : إذا لم يتم التوصل لإتفاق يجوز للموظف خلال خمسة أيام عمل رفع التظلم لمدير المستوى الإداري التالي له والذي بدوره عليه أن يرد على التظلم خطياً في مدة أقصاها عشرة أيام عمل (شريطة مناقشة ذلك مع مدير إدارة الموارد البشرية) .
سادساً: أخيراً يجوز للموظف بعد تلقيه رد مدير المستوى الإداري التالي أن يتظلم خلال خمسة أيام عمل للوزير أو من يمثله ، الذي ينبغي عليه أن يرد على الموظف خلال شهر من تاريخ رفع التظلم إليه ويكون قرار الوزير أو من يمثله قطعياً في هذا الشأن .

نموذج شكاوى وتظلمات لموظفي الحكومة الاتحادية الحاصلين على مستوى تقييم أداء يحتاج إلى تحسين

خاص وسري

الدرجة الوظيفية	اسم الموظف
اسم مدير الإدارة	المسمى الوظيفي
اسم مدير الموارد البشرية	اسم الرئيس المباشر
تاريخ تقديم التظلم	الإدارة

■ الخطوة الأولى (لإستعمال الموظف)

بيان أسباب التظلم مع ارفاق المستندات الداعمة للشكوى أو التظلم :

.....

توقيع الموظف

■ الخطوة الثانية (لإستعمال الرئيس المباشر)

نتائج الإجتماع مع الموظف

أ- إذا اقتنع الموظف بنتيجة التقييم يتم التوقيع على هذا النموذج من قبل الرئيس المباشر ويحفظ التظلم .

توقيع الرئيس المباشر

توقيع الموظف

.....

.....

ب- إذا كانت نتيجة الإجتماع الإتفاق على تعديل نتيجة التقييم يتم التوقيع على هذا النموذج من قبل الموظف والرئيس المباشر ومدير الإدارة أو المسؤول الثاني مع بيان الأسباب وإرسال النموذج إلى مدير إدارة الموارد البشرية لتعديل النتيجة :

النتيجة السابقة	النتيجة الحالية (المعدلة)	بيان الأسباب
توقيع الموظف	توقيع الرئيس المباشر	توقيع مدير الإدارة / المسؤول التالي

ج- إذا لم يتم التوصل لإتفاق يتعين على الموظف رفع التظلم إلى مدير الإدارة أو المسؤول التالي وتحديد موعد اجتماع بين كل من مدير الإدارة أو المسؤول التالي ومدير الموارد البشرية والموظف فإذا كانت نتيجة الإجتماع تتضمن إعادة التقييم يعبا الجزء أدناه :

النتيجة السابقة	مضمون قرار إعادة التقييم للموظف	بيان الأسباب
توقيع الموظف	توقيع مدير إدارة الموارد البشرية	توقيع مدير الإدارة / المسؤول التالي
إذا كانت نتيجة الإجتماع عدم إعادة التقييم واعتماد النتيجة الأولى يتم اللجوء إلى الخطوة الثالثة من حيث التظلم إلى الوزير أو من يقوم أو من يقوم مقامه من قبل الموظف الذي يرفعه للوزير بواسط مدير الإدارة بعد التوقيع على الجزء المقابل	رفع التظلم للوزير أو من يقوم مقامه بواسطة مدير الإدارة .	يقوم مقامه بواسطة مدير الإدارة .

الخطوة الثالثة

التظلم من قرار مدير المستوى الإداري التالي إلى الوزير أو من يمثله
تاريخ رفع التظلم : اليوم / الشهر / السنة مدير الإدارة أو المستوى التالي
قرار الوزير أو من يمثله التوقيع

المبحث الخامس

معالجة الأداء المتدني وفقاً لنظام إدارة الأداء

اعتبر نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الإتحادية الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ أن الموظفين الذين يندرج أدائهم على مستوى " بحاجة إلى تحسين " هم من ذوي الأداء المتدني والذين يحتاجون إلى معالجة مستوى أدائهم الوظيفي .

المطلب الأول

خطة تطوير وتحسين ومعالجة الأداء

ألزم النظام الرئيس الإداري المباشر بأن يجتمع مع هؤلاء الموظفين ويناقش معهم الأسباب الكامنة وراء أدائهم المتدني في المستوى من أجل معالجته والوصول بهم إلى مستوى أعلى ، ويجب على الرئيس المباشر أن يتبع الخطوات التالية :

أولاً : تطوير خطة تحسين أداء واضحة مع الموظف المعني مدتها ستة (٦) أشهر)
وفق النموذج الخاص المعد لهذا الغرض) ، ويجب أن تعكس هذه الخطة ما يلي :

١. تعكس وتبين فهم توقعات الأداء وما هي المهمات التي يجب إنجازها خلال

فترة محددة من الزمن (فترات تحسين الأداء) .

٢. توضح المهام والمسؤوليات الخاصة بالموظف المعني .

٣. تشمل الإستراتيجيات الخاصة بالتدريب والتطوير المهني .

٤. تتضمن تحديد مدة زمنية لتحسين الأداء .

٥. تدعم وتؤكد على أهمية الأعمال التي يتم أدائها وتنفيذها .

ثانياً : مراقبة أداء الموظف المعني وتقديم التغذية الراجعة له وتدريبه بصورة مستمرة .

ثالثاً : مراجعة ومناقشة أداء الموظف

رابعاً : عند نهاية المرحلة الأولى من خطة تحسين الأداء التي تمتد لسنة أشهر يتعين تحديد جدول زمني لعقد إجتماع تقييم الأداء ، وذلك بغرض مراجعة ومناقشة أداء الموظف مما يسمح للطرفين بالتأكد من أن المشكلة قد تم علاجها أو إيجاد دعم للمسائل القائمة وفي حال عدم تحسين الأداء يتم توجيه إنذار خطي للموظف ويتم تمديد الفترة السابقة لسنة أشهر إضافية على ذات النموذج ، وفي حال عدم تحسين أداء الموظف بعد منحه الفترة الإضافية ، يجوز للرئيس المباشر إتخاذ أحد الإجراءات التالية :

أ- التوصية للإدارة العليا بنقل الموظف المعني إلى وظيفة أخرى تتلاءم مع قدراته.
ب- التوصية للإدارة العليا بإنهاء خدمة الموظف المعني بسبب عدم كفاءته الوظيفية ، وذلك وفقاً لأحكام القانون ولائحته التنفيذية .

المطلب الثاني

الفئات المستثناة من خطة تطوير وتحسين ومعالجة الأداء

استثنى المشرع الفئات التالية من خطة تطوير وتحسين ومعالجة الأداء على النحو التالي :

١. العاملين في الوظائف الخدمية .
٢. أعضاء السلك القضائي ، حيث يخضعون لإنظمة أداء خاصة بهم تتوافق مع المبادئ والإطار العام لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية .
٣. الموظفون من فئة العقود المؤقتة ، حيث يتم وضع أهداف ومهام وكفاءات لهم منذ البداية مع مراجعة مستمرة ومرحلية وفقاً لإحكام هذا النظام ، وذلك حتى يتم تقييمهم إذا تم تعيينهم في وظيفة دائمة بعد إنتهاء العقد المؤقت ، شريطة عدم وجود فاصل مني بينهما ، وفي حال عدم التعيين توقف إجراءات التقييم .
٤. الموظفون الذين يعملون على مشاريع محددة يتولى الرؤساء الإداريون المباشرون بالتنسيق مع مدراء المشاريع عملية مراجعة وتقييم أدائهم السنوي

٥. الموظفون المعينون بدوام جزئي يطبق عليهم نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية وتحسب المكافآت المرتبطة بالأداء ولكن وفقاً للنسبة والتناسب مع ساعات العمل والدرجة الوظيفية .

٦. ما الوظائف التخصصية والفنية التي لها طبيعة خاصة فيكون لها وسائل وأدوات خاصة بها لعملية المراجعة والتقييم .

٧. الموظفين العاملين وفق نظام المناوبات تصدر الهيئة الاتحادية للموارد البشرية لائحة خاصة بعملية تقييمهم بالإستناد لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية .

بقي أن نشير إلى ما يلي :

أ. إذا لم يتمكن الرئيس الإداري المباشر من تنفيذ دورة إدارة أداء الموظف لإي سبب من الأسباب يتولى الشخص الذي يحل مكانه كرئيس مباشر القيام بهذه المهمة حسب الأصول .

ب. إذا طرأ أي تغيير على وضع الموظف خلال العام سواء نقل أو ندب أو إعاره يتعين عليه عندئذ مراجعة أهدافه . أما إذا كان التغيير ينصب على محور مهامه (لأسباب تعود للعمل) فمن الضروري أن يعيد النظر في صياغة وتحديد أهدافه تبعاً لذلك .

ج. بالنسبة لتقييم الموظف الذي تتغير درجته أو مهامه الوظيفية بعد بدء سنة التقييم تكون على النحو الآتي :

- إذا كانت المدة تقل عن ثلاثة أشهر من بدء سنة التقييم يكون التقييم على أساس الوظيفة الجديدة .
- أما إذا كان التغيير بعد ثلاثة أشهر من بدء سنة التقييم فيكون عندئذ تقييم أداءه إستناداً إلى العمل السابق والعمل الحالي بحيث يشترك الرئيس المباشر (السابق والحالي) في عملية التقييم السنوي له ، على أن يراعى استعمال النماذج المناسبة للموضع الوظيفي الجديد .

نموذج خطة تحسين الأداء

أولاً : الأشهر الستة الأولى

تناسب خطة تحسين الأداء (PIP) الموظفين الذين تم تقييمهم ضمن مستوى " بحاجة إلى تحسين " فقط والذين تم اعتبارهم ذوي أداء متدني وقدرات متدنية . وهذا النموذج يوضع المهام والكفاءات التي تحتاج إلى تحسين مع الإطار الزمني المطلوب لتقييم التقدم الذي يتم اجراؤه . ويتم تعبئة هذا القسم من نموذج خطة تحسين الأداء في بداية فترة الستة أشهر من إدارة أداء المتدني

- أسم الموظف :
- المسمى الوظيفي :
- الدرجة الوظيفية :
- تاريخ إصدار خطوة تحسين الأداء :
- تاريخ أو تواريخ المراجعة :

الملاحظات والأسباب	هل تم بلوغ المؤشرات المستهدفة	تاريخ الإنجاز	المؤشرات المستهدفة	التحسين المطلوب	المهمة أو المهارة أو الكفاءة التي تحتاج إلى المراجعة أو التحسين
	لا <input type="radio"/> نعم <input type="radio"/>				
	لا <input type="radio"/> نعم <input type="radio"/>				
	لا <input type="radio"/> نعم <input type="radio"/>				
	لا <input type="radio"/> نعم <input type="radio"/>				
	لا <input type="radio"/> نعم <input type="radio"/>				

تمت مناقشة خطة التحسين أعلاه ويدرك الموظف مسؤولياته والمتوقع منه . في حال أخفق الموظف في تلبية المؤشرات المستهدفة أ تحقيق التحسينات المتوقعة منه . يحق لمديره التصرف بموجب نظام إدارة أداء الموظفين .

توقيع الموظف	التاريخ	توقيع الرئيس المباشر	التاريخ
-----------------------	------------------	-------------------------------	------------------

ثانياً : ستة أشهر إضافية

في حال لم يتحسن أداء الموظف سيتم إصدار إنذار رسمي له وسيتم إعطاؤه فرصة ستة أشهر إضافية لتحسين أداؤه . قبل بداية الستة أشهر الإضافية سيتفق المدير المباشر مع الموظف على طريقة تحقيق مهام التحسين المحددة و / أو خطة المراجعة إذا لزم الأمر

المهمة أو المهارة أو الكفاءة التي تحتاج إلى المراجعة أو التحسين	التحسين المطلوب	المؤشرات المستهدفة	تاريخ الإنجاز	هل تم بلوغ المؤشرات المستهدفة	الملاحظات والأسباب
			○ نعم ٥ ٧		
			○ نعم ٥ ٧		
			○ نعم ٥ ٧		
			○ نعم ٥ ٧		
			○ نعم ٥ ٧		

توقيع الموظف	التاريخ	توقيع الرئيس المباشر	التاريخ
-----------------------	------------------	-------------------------------	------------------

إذا لم يتم تحسين أداء الموظف على الرئيس المباشر أن يوصي باتخاذ الإجراءات وفق الفصل السادس من نظام إدارة أداء موظفي الحكومة الاتحادية (الخاص بإدارة الأداء المتدني والأحكام العامة) والمواد ذات الصلة بقانون الموارد البشرية ولائحته التنفيذية

التوصية

توقيع الرئيس المباشر التاريخ / اليوم / الشهر / السنة

المبحث السادس

أثر تقارير الأداء على أمن واستقرار الموظف العام

مما لا شك فيه أن لتقارير الأداء التي تقدم كل عام عن الموظفين العموميين آثار إيجابية وآثار سلبية على أمنهم الوظيفي واطمئنانهم واستقرارهم :

أولاً : تربط بعض تشريعات الدول المتعلقة بالوظيفة العامة الترقية في الوظيفة العامة بنتائج تقارير الأداء أي التقارير السنوية عن الموظف، بل تعتبر التقارير السنوية من مجموعة المعايير التي يتوقف عليها ترقية الموظف العام. في هذا الخصوص نصت المادة ٣١ / ٢ من المرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية على أن " يؤثر التقييم السنوي للموظف على استحقاقات الموظف المتعلقة بالترقيات...". ومما لا شك فيه أن نتائج تقارير الأداء تعتبر شرطاً أساسياً في ترقية الموظف العام. وهذا ما أكدته المادة ٤٣ / ٢ من اللائحة التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢ للمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية : تحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون " تحقيق الموظف مستويات الأداء المطلوبة للترقية وفقاً لنظام إدارة الأداء " .

كما نصت المادة رقم ٤٠ البند رقم ٢ من اللائحة التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢ على " يتم قياس أداء الموظف وفقاً لنظام إدارة أداء موظفي الحكومة الاتحادية الذي يصدر عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح الهيئة الاتحادية للموارد البشرية " . يجب على الموظف المرشح للترقية أن يحقق مستويات الأداء المطلوبة وفقاً لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ .

وقد أوضح الجدول هذا الجدول من قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ التقييمات النهائية المرتبطة بالترقية على النحو الآتي :

التقييم النهائي للأداء	الترقية
يفوق التوقعات بشكل ملحوظ	مؤهل للترقية الوظيفية أو الإستثنائية أو المالية
يفوق التوقعات	مؤهل للترقية الوظيفية أو الترقية المالية
يلبي التوقعات	مؤهل للترقية المالية
بحاجة إلى تحسين	غير مؤهل لأي نوع من أنواع الترقيات

يبين هذا الجدول ارتباط حصول الموظف على الترقيات المختلفة : الوظيفية أو الإستثنائية أو المالية مع التقييم النهائي للموظف . كما ترتبط هذه الترقيات مع الميزانية السنوية الخاصة بكل جهة إتحادية . كما تخضع لقانون الموارد البشرية ولائحته التنفيذية .

ثانياً: تربط بعض التشريعات الخاصة بالوظيفة العامة بين التقارير السنوية والعلوات الدورية. في هذا الخصوص نصت المادة ٣١ / ٢ من المرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الإتحادية على أن " يؤثر التقييم السنوي للموظف على استحقاقات الموظف المتعلقة بالعلوات الدورية..." وأكد المشرع الإماراتي أيضاً في المادة ٤٠ / ٢ من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون لسنة ٢٠٠٨ : تحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون "مستويات الأداء التي تستحق عنها العلاوة الدورية السنوية للموظف".

جدول يبين ارتباط حصول الموظف على العلاوة الدورية مع التقييم النهائي

العلوة الدورية	التقييم النهائي للأداء
طبقاً للائحة التنفيذية	يفوق التوقعات بشكل ملحوظ
طبقاً للائحة التنفيذية	يفوق التوقعات
طبقاً للائحة التنفيذية	يلبي التوقعات
غير مؤهل للعلوة الدورية	بحاجة إلى تحسين

ثالثاً : تربط بعض التشريعات الخاصة بالوظيفة العامة بين تقارير الأداء ونقل الموظف للعمل في وظيفة أخرى لدى جهة أخرى تتناسب مع كفاءته شريطة أن يكون قد أُنذر في السنة السابقة مباشرة على التقرير . وإذا تكرر حصوله على تقدير متوسط أو ضعيف بعد النقل .

وهذا ما أكده نظام إدارة الأداء في دولة الإمارات ، حيث بين أنه عند نهاية المرحلة الأولى من خطة تحسين الأداء التي تمتد لسنة أشهر يتعين تحديد جدول زمني لعقد إجتماع تقييم الأداء ، وذلك بغرض مراجعة ومناقشة أداء الموظف مما يسمح للطرفين بالتأكيد من أن المشكلة قد تم علاجها أو إيجاد دعم للمسائل القائمة وفي حال عدم تحسين الأداء يتم توجيه إنذار خطي للموظف ويتم تمديد الفترة السابقة لسنة

أشهر إضافية على ذات النموذج ، وفي حال عدم تحسين أداء الموظف بعد منحه الفترة الإضافية ، يجوز للرئيس المباشر التوصية للإدارة العليا بنقل الموظف المعني إلى وظيفة أخرى تتلاءم مع قدراته .

رابعاً : ربط بعض التشريعات بين تقارير الأداء أو التقارير السنوية وحصول الموظف على المكافآت المالية السنوية. وهذا ما بينته المادة ٣٤ من المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية ، فقد نصت بأن " يمنح الموظف مكافأة سنوية وفقاً للمتطلبات والشروط التي يحددها نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية " .

وقد أكد نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية الصادر بمقتضى قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ بأن الموظفين الذين يكون مستوى أدائهم " بحاجة إلى تحسين " من أية مكافآت مالية ، ويتعين على إياهم التواصل مع رؤسائهم الإداريين المباشرين لتطوير خطة تحسين أدائهم .

خامساً : تربط بعض تشريعات الوظيفة العامة بين تقارير الأداء أو الكفاية وإنهاء خدمات الموظف العام، وخاصة الفصل بسبب عدم الكفاية الوظيفية أو المهنية (L'insuffisance professionnelle) أو ما يسمى بالعجز المهني (L'inaptitude professionnelle).

وقد نصت المادة رقم ١٠٨ من المرسوم بقانون إتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١١ المعدل لبعض أحكام المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية بأنه " يجوز للسلطة المختصة بالتعيين إنهاء خدمة الموظف بسبب عدم كفاءته الوظيفية في حال حصوله على تقييم سنوي وفقاً للمستوى والإطار الزمني الذي يحدده نظام إدارة الأداء لهذا الغرض " .

وهذا ما أكدته نظام إدارة الأداء في دولة الإمارات ، حيث بين أنه عند نهاية المرحلة الأولى من خطة تحسين الأداء التي تمتد لسنة أشهر يتعين تحديد جدول زمني لعقد إجتماع تقييم الأداء ، وذلك بغرض مراجعة ومناقشة أداء الموظف مما يسمح للطرفين بالتأكد من أن المشكلة قد تم علاجها أو إيجاد دعم للمسائل القائمة وفي حال عدم تحسين الأداء يتم توجيه إنذار خطي للموظف ويتم تمديد الفترة السابقة لسنة

أشهر إضافية على ذات النموذج ، وفي حال عدم تحسين أداء الموظف بعد منحه الفترة الإضافية ، يجوز للرئيس المباشر التوصية للإدارة العليا التوصية للإدارة العليا بإنهاء خدمة الموظف المعني بسبب عدم كفاءته الوظيفية ، وذلك وفقاً لأحكام القانون ولائحته التنفيذية

ومن البدهة أن يشكل عدم الكفاية الوظيفية أو المهنية أحد الأسباب الرئيسية لفصل الموظفين العاملين من الخدمة. ويظهر العجز في أشكال متعددة تتمحور جميعها حول نظرية عدم الاختصاص أو عدم الكفاءة (١).

وقد أصدر القضاء الإداري العديد من الأحكام التي تؤيد فيها شرعية قرارات الفصل بسبب عدم الكفاية المهنية استناداً إلى تقارير الأداء. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي " بشرعية القرار الصادر من وزير الصحة القاضي بفصل السيد Mennicier الطبيب الجراح المساعد في أحد المستشفيات الباريسية بسبب عدم الكفاية المهنية لأنه لا يتمتع بجميع المهارات الكافية لممارسة اختصاصه كطبيب جراح في المستشفى الذي يعمل به" (٢).

وقضى أيضاً "بشرعية القرار الصادر من الطبيب المسئول عن قسم أمراض النساء والقبالة بفصل إحدى القابلات بسبب عجزها المهني في مجال القبالة، ولفشلها في مواجهة المواقف الصعبة والطارئة في هذا المجال" (٣) .

وفي حكم آخر قضى المجلس " بشرعية القرار الصادر من رئيس البلدية القاضي بفصل أحد الموظفين الذين يعملون في قسم جباية الضرائب البلدية (قسم المسالخ)

(١) - راجع بحثنا عدم الكفاية المهنية باعتباره سبب من أسباب الفصل من الوظيفة العامة بغير الطريق التأديبي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو ٢٠٠٥م.

(12)-C.E., 30 septembre 1987, Mennicier, Req. No. 74768, AJDA, Février 2003 p. 266.

(13)-C.E., 22 juin 1987, Mme Borrat, Rèq. No. 42882, AJDA, Février 2003 p. 266.

(14)-C.E., 17 juin 1992, Pautat, Req. No. 112771.

(15)-C.E., 29 mars 2000, Pacha, Req. No. 196127.

لضعف المهارات اللازمة لممارسة عمله" (١). وفي قضية السيد Pacha قضى المجلس "بقانونية القرار الصادر من الإدارة بفصل السيد Pacha كمدرس لمادة الموسيقى لأنه لم يثبت مهارة فنية في هذا المضمار" (٢).

وفي حكم للمحكمة الإدارية الاستئنافية في باريس قضت "بقانونية القرار الصادر بفصل السيدة Dahmanet من عملها في أحد المرافق العامة لمحدودية مهاراتها المهنية" (٣). و" بشرعية القرار الصادر بفصل السيد Berrahouane من الخدمة كمدرس لمادة الرياضيات بسبب عجزه في تنظيم عمله من حيث المحتوى ومن الناحية التربوية " (٤).

سأداساً : تربط بعض تشريعات الوظيفة العامة بين تقارير الأداء والنظام التأديبي للموظف العام. فمن ناحية تعتبر بعض التشريعات أن حصول الموظف على تقارير متدنية سبب من أسباب تشديد العقوبات التأديبية عليه، لأن من حق لجان التحقيق ومجالس التأديب أن تؤخذ بعين الاعتبار ملف الموظف وما يحتويه من وثائق ومستندات عند توقيع العقوبات التأديبية. أيضاً تعتبر بعض التشريعات أن العقوبات أو الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظف تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييم الموظف، لأنه غالباً ما يتم تقييم الموظف من خلال ملفه.

الخاتمة

- جاء قرار مجلس الوزراء في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ بشأن نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية (والذي بدأ العمل به في ٩ / ٥ / ٢٠١٢) ليستجيب وليحقق مجموعة من الأهداف والاعتبارات الهامة

(16)-Cour Administrative d'appel (CAA) de Nancy, 2 avril 1997, Mlle Vidal, Rèq. No 95 78.

(17)-C.A.A. de Paris 7 février 1998, Berrahouane, Req. No. 96PA00712.

(16)-Cour Administrative d'appel (CAA) de Nancy, 2 avril 1997, Mlle Vidal, Rèq. No 95 78.

(17)-C.A.A. de Paris 7 février 1998, Berrahouane, Req. No. 96PA00712.

التي نص عليها المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ وتعديلاته في شأن الموارد البشرية في الحكومة الإتحادية - والتي تتطابق مع رسم استراتيجيات ذات أمد بعيد، لتفحص وتقييم ومتابعة أداء الموظفين في بيئة عمل تتناسب مع متغيرات البيئة الإدارية في دولة الإمارات ، بغية الوصول بهذه الشريحة الهامة لمستويات أداء متقدمة بهدف ترسيخ منهج علمي لمكافأة الإنجازات والنتائج المتميزة للموظف، أي ترسيخ منهج علمي يضمن ربط الأداء بمكافأة الإنجاز والنتائج المتميزة ، إضافة إلى تطوير أداء الموظفين وقدراتهم ومهاراتهم من خلال تقييم دوري لأدائهم ينسجم وأهداف الوزارة والجهة الإتحادية. أي تحسين وزيادة إنتاجية الموظفين من خلال تقييم أداء سنوي ينسجم مع أهداف الحكومة الإتحادية، مع الأخذ بعين الاعتبار توفيق الأهداف الفردية للموظفين مع أهداف الوزارة والجهة الإتحادية ، أي مطابقة الأهداف الإستراتيجية للجهات التابعة للحكومة الإتحادية وترسيخها على المستويات الفردية دون الإخلال بالإنجازات الفردية وروح الفريق الواحد.

● يطبق نظام إدارة الأداء على كافة موظفي الوزارات والجهات الإتحادية بغض النظر عن نوع ومدة العقد أو الدرجة الوظيفية ، بما في ذلك العاملين بعقد بدمام جزئي والعاملين بعقد بدوام كامل ، ويستثنى منه فئة الوظائف الخدمية ، كما يستثنى من تطبيق هذا النظام أعضاء السلك القضائي على أن تتوافق أنظمة الأداء الخاصة بهذه الفئات المستثناءة مع المبادئ العامة والإطار العام لنظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الإتحادية .

● يستند نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الإتحادية على مبادئ : التوافق الإستراتيجي والإدارة بالأهداف والتغذية الراجعة والعلاقة التكاملية (التبادلية) والعدل والمصادقية

● يتمحور نظام إدارة الأداء حول ركيزتين أساسيتين هما : الأهداف والكفاءات .

● حدد نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الإتحادية مراحل دورة أداء الموظفين في ثلاث مراحل : مرحلة تخطيط الأداء التي تعتمد على عاملين أساسيين هما : الخطة التشغيلية والإستراتيجية لكل جهة إتحادية ، إطار الكفاءات السلوكية

للحكومة الاتحادية. ثم مرحلة إسقاط الأهداف التي تهدف إلى التوافق والإنسجام التام بين الخطة الإستراتيجية من جهة وإدارة الأداء من جهة أخرى كونها تبدأ من أعلى الهرم الإداري ثم تستمر نزولاً إلى أسفل الهرم أي من مستوى إلى آخر. ثم مرحلة إعداد وثيقة الأداء السنوي من خلال مجموعة من الخطوات : تحديد الأهداف : ويجب أن تكون محددة وقابلة للقياس ومكتوبة بطريقة واضحة ، وتقوم على مقاييس واضحة وشفافة لقياس الأهداف ، وقابلة للتحقق . ثم تحديد وزن الأهداف وخصص وزناً لإهمية كل هدف على حدة . ثم تحديد الكفاءات السلوكية ، أي تحديد المستوى المطلوب لكل كفاءة وفق الإطار العام للكفاءات السلوكية .

• ثم تبدأ مرحلة المراجعة المرحلية حيث يخضع جميع موظفي الحكومة الاتحادية الخضوع لمراجعة مرحلية وفقاً (لوثيقة الأداء السنوي) ، لكي يتم الوقوف على:

أ- التطور والتقدم الذي تم نحو تحقيق الأهداف وتحديد الصعوبات التي قد تحول دون إنجاز أو تحقيق الأهداف وبيان ومناقشة الكفاءات السلوكية المنشودة، وكيفية تغيير أو تعديل أي هدف إذا كان غير واقعي أو غير ذي صلة شريطة أن لا يستغل هذا البند من قبل الموظف للتغطية على أدائه المتدني ، وأهم المشاكل وتحديد ما بحيث يمكن تصحيحها بأقرب وقت ممكن ، وتخطيط وتعديل الأهداف للأشهر الستة المتبقية إذا كان ذلك مطلوباً، وإعادة النظر في وزن الأهداف كفرصة أخيرة قبل ثباتها ، وتزويد إدارة الموارد البشرية بنسخة عن الجزء الخاص بالمراجعة المرحلية من وثيقة الأداء.

ب- ثم مرحلة التقييم النهائي للأداء السنوي من خلال تحديد : مسارات التقييم أي تقييم الأداء السنوي للأهداف والمهام وتقييم الأداء السنوي للكفاءات السلوكية .

• تهدف عملية الضبط وموازنة النسب التي تتم بعد اجتماع تقييم الأداء السنوي وقبل إبلاغ الموظفين بدرجة أو نتيجة تقييم الأداء النهائية إلى تسوية وموازنة كامل نتائج أداء الموظفين داخل الجهة الحكومية الاتحادية وباعتبارها قرارات لجان الضبط وموازنة النسب بمثابة التقييم النهائي لأداء كل موظف

• أجاز المشرع للموظفين الذين حققوا مستوى أداء " بحاجة إلى تحسين " فقط أن ينظلموا من نتيجة التقييم خلال حمسة أيام عمل من تاريخ تبليغ الموظف بنتيجة تقييمه وفق إجراءات ومواعيد محددة .

• اعتبر نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الإتحادية أن الموظفين الذين يندرج أدائهم على مستوى " بحاجة إلى تحسين " هم من ذوي الأداء المتدني والذين يحتاجون إلى معالجة مستوى أدائهم الوظيفي من خلال خطة تطوير وتحسين ومعالجة الأداء مدتها ستة (6) أشهر. ويجب أن تعكس هذه الخطة: فهم توقعات الأداء وما هي المهمات التي يجب إنجازها خلال فترة محددة من الزمن (فترات تحسين الأداء) ، وتوضح المهام والمسؤوليات الخاصة بالموظف المعني ، وتشمل الإستراتيجيات الخاصة بالتدريب والتطوير المهني ، وتتضمن تحديد مدة زمنية لتحسين الأداء ، وتدعم وتؤكد على أهمية الأعمال التي يتم أدائها وتنفيذها . ثم مراقبة أداء الموظف المعني وتقديم التغذية الراجعة له وتدريبه بصورة مستمرة مراجعة ومناقشة أداء الموظف . وعند نهاية المرحلة الأولى من خطة تحسين الأداء يتعين تحديد جدول زمني لعقد إجتماع تقييم الأداء ، ويجوز للرئيس المباشر إتخاذ أحد الإجراءات التالية : التوصية للإدارة العليا بنقل الموظف المعني إلى وظيفة أخرى تتلاءم مع قدراته أو التوصية للإدارة العليا بإنهاء خدمة الموظف المعني بسبب عدم كفاءته الوظيفية ، وذلك وفقاً لأحكام القانون ولائحته التنفيذية .

وهكذا لتقارير الأداء التي تقدم كل عام عن الموظفين العموميين آثار إيجابية وآثار سلبية على أمنهم الوظيفي واطمئنانهم واستقرارهم : حيث تربط بعض تشريعات الدول المتعلقة بالوظيفة العامة الترقية في الوظيفة العامة بنتائج تقارير الأداء أي التقارير السنوية عن الموظف، وتربط بعض التشريعات الخاصة بالوظيفة العامة بين التقارير السنوية وترقية الموظف العام وحصوله على العلاوات الدورية ، ونقل الموظف للعمل في وظيفة أخرى لدى جهة أخرى تتناسب مع كفاءته ، أو حصول الموظف على المكافآت المالية السنوية ، وتربط بعض تشريعات الوظيفة العامة بين تقارير الأداء والنظام التأديبي للموظف العام ، خاصة عند حصوله على تقادير

متدنية، بل قد تؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف بسبب عدم الكفاية الوظيفية وخسارة الموظف لوظيفته ومصدر رزقه. لذلك فإنه من الضروري إصلاح نظام تقارير الأداء لتعكس الصورة الصحيحة عن أداء الموظف وتقدمه ولا تترك في أيدي الرؤساء الإداريين بصورة مطلقة الذين قد يسيئون استخدام السلطة في هذا المجال، وذلك بتأثرهم بعوامل شخصية أو عائلية أو قبلية أو مصلحة عند إعدادهم للتقارير السنوية أو بعوامل الانتقام والتعسف والتكيل بالموظف بغية التخلص منه أو نقله من دائرته.

ولهذا يجب على الرؤساء الإداريين على استخدام دفتر للملاحظات اليومية عن أعمال الموظف وإنجازاته وكل ما يتعلق بمساره الوظيفي حتى يتمكن من كتابة التقارير عن الموظفين بصورة موضوعية وبطريقة منصفة وعادلة. وهذا يجنب الرئيس الإداري من الإبتعاد عن العوامل الشخصية والعائلية وعلاقات الصداقة في تقييم الموظفين العموميين ومراعاة الدقة والموضوعية والحيادة، والإبتعاد عن العشوائية في تعبئة التقارير وعن محاباة بعض الموظفين على حساب الموظفين الآخرين وذلك لأسباب سياسية أو دينية شخصية أو خدمية. في هذا الخصوص قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها صدر في سنة ١٩٩٥ أنه " يجب فيمن يشترك في وضع تقارير الكفاية أن يتوفر فيه شرط الحيادة حتى يحصل الإطمئنان إلى عدالته وتجرده عن الميل وسلامة رأيه فيصدر عن بيته، مجرداً من شوائب الميل أو مظنة التحيز بالنسبة للموضوع عنه التقرير، فإذا قام سبب يمكن أن ينتج عنه بحسب الأغلب الأعم ضعف في النفس، يخشى معه محاباة الموظف أو الإضرار به، فإنه يجب على ذلك الموظف الا يشترك في وضع التقرير، وأن يتحى عن ذلك من تلقاء نفسه، بل أنه يجبر على ذلك بناء على الموظف الموضوع عنه التقرير، فإذا اشترك الموظف رغم ذلك في وضع التقرير فإنه يقع باطلاً" (١) .

وهذا ما تبناه المشرع الإماراتي من خلال النص مباشرة في المادة ٣١ بند ١ من المرسوم بقانون إتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بقوله " يقيم أداء الموظفين بشكل

(١٨)- الطعن رقم ٢١٠٦ لسنة ٤٠ القضائية عليا، جلسة ١٢/٢/١٩٩٥، الدائرة الثانية، منشور في الموسوعة الإدارية الجزء ٤١ ص ٥١٤.

سنوي من قبل المسؤول المباشر على أن يتم إشراك الموظفين في عملية مراجعة الأداء المتعلقة بهم " وهذا ما بينه نظام إدارة الأداء لموظفي الحكومة الاتحادية الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ ويعتمد ذلك على قيام الموظف بتحديد أهدافه ووزن هذه الأهداف خلال السنة ويقدمها إلى الرئيس الإداري في وقت محدد ، والذي بدوره يحدد الكفاءات السلوكية والمستوى المطلوب لكل كفاءة لمروسيه وفق الإطار العام للكفاءات السلوكية المعتمدة . كما يعتمد هذا النظام على قيام الرئيس الإداري بمقابلة الموظف ومناقشته ضمن إطار دورة إدارة أداء الموظفين ، وهي فرصة للتواصل وتحفيز المرؤوسين على الحصول على نتائج ممتازة عند المراجعة النهائية . وأجاز المشرع للموظف الذي يحقق أداء بحاجة إلى التحسين الطعن في درج أداءه إلى رئيسه المباشر خلال خمسة أيام عمل من تاريخ تبليغه بنتيجة التقييم . وإذا لم يتم الرئيس المباشر بتعديل النتيجة ولم يقتنع الموظف فيحق له التظلم خلال خمسة أيام إلى مدير المستوى الإداري التالي التابع له الموظف ، وفي حال عدم اقتناع الموظف برد مدير المستوى الإداري التالي ، فيحق للموظف التظلم خلال خمسة أيام عمل للوزير أو من يمثله من تاريخ رد مدير المستوى الإداري التالي ، ويكون قرار الوزير أو من يمثله قطعياً .

ونحن نعتقد أنه على الرغم من النص على يكون قرار الوزير أو من يمثله قطعياً ، إلا أنه يحق للموظف إذا ما استنفد طرق الطعن الإداري أن يطعن في التقرير أمام القضاء الإداري المختص والذي يكون له الكلمة النهائية في هذا الموضوع.

إحياء نظام الوقف الخيري والتطوير الشامل لمراحل التأسيس والإدارة والتنمية

دكتور

شبل إسماعيل عطية

مدرس القانون بالمعهد العالى للحاسب الآلى

كينج مريوط - الاسكندرية

قال الله تعالى:

(لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصرقة أو معروف
أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله
فسوف نؤتيه أجرا عظيما)

سورة النساء (١١٤)

تحاول الدول أن تبحث لها عن طرق غير تقليدية لقضاء حاجات مواطنيها وتحقيق المصالح العامة في ظل التطور المستمر لرغبات الأفراد وكثرة متطلباتهم وتزايد النفقات العامة فلم تعد الحكومات وحدها قادرة على تحمل المسؤولية فأصبح من الضروري إشراك المجتمع في تحمل قدر من هذه المسؤولية ، وليس في ذلك تقليل من سلطة الدولة وهيبتها بل هو تعزيز لقوتها وتأكيد على استقلاليتها وسيادتها بتنمية قدراتها الذاتية وخلق مجتمع إيجابي يقوم بتدبير شئونه بنفسه وليس مجتمعا سلبيا ينتظر قرضا أو معونة من هنا أو هناك فيكون عالة على غيره الذي إن شاء أعطاه وإن شاء منعه .

وهنا يجب العودة إلى الموروث الثقافي والديني لهذه الأمة الذي ترك لنا مؤسسة وطنية تعتمد على تمويل المجتمع ترعاها الأمة وتتفق عليها فشكلت مصدر قوة لكل من المجتمع والدولة بما قدمته من حاجات وخدمات عامة وخاصة للمجتمع وبما وفرته على الدولة من أعباء تلك الخدمات ، هذه المؤسسة هي مؤسسة الوقف التي أسسها النبي صلى الله عليه وسلم في نظام متكامل لنفس الغرض الذي نسعى إليه وهو إيجاد مصدر ذاتي لتمويل الحاجات العامة التي لاغنى عنها ، وظل هذا النظام هو الممول الرئيسي لها قبل أن تضع الدولة يدها عليه فينحصر دوره نتيجة لإهماله وعدم تطويره ووضع قوانين له لا تتفق مع قواعده الشرعية .

لذا فإن إعادة إحياء هذا النظام واستعادة دوره في خدمة المجتمع تقتضى مراعاة قواعده الشرعية التي نشأ وتطور في ظلها مع مراعاة تطوير هذه القواعد بما يتناسب مع التطورات التي وصلت إليه المجتمعات الحديثة حتى لا تكون جهود الإصلاح نظرية لا تقبل التطبيق على أرض الواقع ، وأن يتم توجيه نشاط هذا النظام لخدمة المصالح العامة التي نشأ من أجلها حتى يعود كما كان مصدر قوة للمجتمع .

مشكلة البحث

في ظل هذا التردى في حالة الوقف وانقطاع دور هذه المؤسسة العريقة ، وفي خضم البحث عن وسيلة لإشراك المجتمع في تدبير شئونه تبرز الحاجة إلى إحياء نظام الوقف كمؤسسة وطنية تحمل كل مقومات النجاح لتقديم الخدمات العامة والحاجات الضرورية المتجددة والمستمرة بعد أن اختفى دوره وغاب عن حياة الناس نتيجة لنقله من العمل الأهلي المنظم إلى الحيز الحكومي والحد من نشاطه .

منهج البحث

اعتمد هذا البحث على :

١. المنهج الاستقرائي : باتباع نظام الوقف منذ إنشائه واستخلاص القواعد الأساسية له والتي يجب الاعتماد عليها في أى محاولة للإصلاح .
 ٢. منهج المقارنة : بمقارنة هذه القواعد التي استقر عليها العمل مع التنظيم الحالى للوصول إلى التنظيم الأمثل للنهوض بهذا النظام .
- مقاصد البحث :

سوف ينبثق من هذا البحث تحقيق مجموعة من المقاصد ، أهمها :

١. استخلاص القواعد الأساسية لنظام الوقف وقابليتها للتطوير لتناسب أى حالة يكون عليها المجتمع .
٢. بيان مدى أهمية نظام الوقف فى حياة المجتمع فى القديم والحديث .
٣. كيفية تحقيق استقلال الوقف عن الجهاز الإدارى للدولة مع إيجاد دور لها فى الإشراف والمراقبة .
٤. العمل على التنمية المستمرة للأوقاف .
٥. علاج قصور المحاسبة ووضع قواعد جديدة للمراقبة المستمرة ضمن التنظيم الشامل للمراقبة والإشراف .

خطة البحث :

خطط هذا البحث ليقع فى تمهيد ومبحثين ، على النحو التالى :

تمهيد فى : تعريف الوقف وحكمة مشروعيته .

المبحث الأول : القواعد الأساسية لنظام الوقف فى الشريعة الإسلامية
وبه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : القواعد الأصلية لإنشاء الوقف .

المطلب الثانى : إدارة الوقف .

المطلب الثالث : تنمية الوقف وحماية ثروته .

المبحث الثانى : أسس إحياء الوقف وتطويره

وبه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : إحياء الوقف وتحديد قواعد إنشائه .

المطلب الثانى : التنظيم الإدارى الشامل للوقف .

المطلب الثالث : تنمية الوقف وحمايته .

تمهيد فى : تعريف الوقف وحكمته

ينبغى تحديد معنى الوقف والمقصود به أولا قبل الخوض فى أى تفاصيل تتعلق به ، ثم بيان الأدلة على مشروعية هذا النظام من المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية والحكمة التى شرع من أجلها للوقوف على مدى إمكانية تحقيق هذه الحكمة على أرض الواقع ، وذلك فى النقاط التالية :

أولا : تعريف الوقف

يرتبط المعنى المقصود بالوقف اصطلاحا بمعناه فى اللغة حيث يساعد التعرف على المعنى اللغوى له على معرفة المراد به اصطلاحا .

المعنى اللغوى للوقف

الوقف فى اللغة يعنى الحبس وهو مصدر وقف أى حبس (١) يقال حبست أى وقفته

قال عنتره :

ووقفت فيها ناقتى فكأنها فدن لأقضى حاجة المتظلم

والحبس هو الشئ الذى وقفه صاحبه فيصبح محرما عليه لا يوهب ولا يباع من أرض أو نخل أو بناء فيحبس الأصل وتسبل الثمرة تقريبا لله تعالى (٢)

الوقف اصطلاحا

جاء أجمع تعريف لمعانى الوقف (٣) عند من نظر إليه نظرة مجردة أى من أراد أن يبين حقيقته فقط دون شئ آخر فعرفه بأنه " تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة " (٤) ويرجع الفضل فى وضوح دلالة هذا التعريف فى بيان المقصود مع هذا الإيجاز أنه أخذ مباشرة من كلام النبى صلى الله عليه وسلم الذى يبين فيه مشروعية الوقف وفضله حيث قال لعمر بن الخطاب عندما جاء يسأله عن أفضل مصرف لصدقاته

1 - ابن منظور / لسان العرب - مادة وقف ج٩ ص٣٥٩ - دار صادر بيروت ، الفيروز آبادى / القاموس المحيط ج٣ ص١٩٩ - المطبعة المصرية ١٩٣٣م

2 - ابن منظور / لسان العرب - مادة حبس ج٦ ص٤٤-٤٥ - مرجع سابق

3 - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف

4 - ابن قدامة / المغنى ج٥ ص٥٩٧ - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض

وكانت أرضا له بخير " إن شئت حبست أصلها وتصدق بها " (١) فالتحبيس هو الوقف كما مر في بيان المعنى في اللغوى للوقف ، وتسبيل الثمرة أى التصدق بما ينتجه الأصل من منافع .

أما بقية التعريفات فقد كانت صدى لآراء الفقهاء واختلافاتهم حول التفاصيل المتعلقة بالوقف حيث حاول كل منهم يضمن تعريفه للوقف بعض الشروط التى يراها ضرورية فيه وفقا لمذهبه فمن يرى أن الوقف يلزم الواقف وغيره بمجرد انعقاده ولا يجوز الرجوع فيه وهم جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية فقد نصوا على ذلك فقالوا ان الوقف هو " تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره فى رقبته " (٢) ، وهذا أيضا ما عبر عنه المالكية فعرفوا الوقف بأنه "إعطاء منفعة شئ مدة وجوده " (٣) أى التصدق بما ينتج من هذا الشئ الموقوف ما دام هذا الشئ باقيا .

أما من ذهب إلى أن الوقف يبقى على ملك الواقف وهم الأحناف فقد حرصوا أن يتضمن تعريفهم للوقف ما يفيد ذلك فقالوا هو " حبس المملوك عن التملك من الغير " (٤) فكلمة من الغير تفيد بقاء الموقوف على ملك الواقف (٥) إلا أنه يجوز أن يجرى عليها أى تصرف من التصرفات التى يملكها الواقف فى ملكه كالبيع وغيره ، بعكس التعريفات السابقة التى تفيد خروج الموقوف عن ملك الواقف إلى ملك الله تعالى .

والذى ذهب إليه الجمهور وضمنوه تعريفاتهم للوقف من لزوم الوقف هو ما يتفق مع معنى الوقف وأدلته ، فإن حبست ووقفت لا يفهم منه إلا التأييد ، وهو ما ورد فى رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث يقول " تصدق بأصله لا يباع ولكن ينفق ثمره فتصدق به " (٦) فإن هذا بيان لماهية التحبيس الذى أمر به النبى عمر بن

1 - صحيح البخارى / كتاب الوصايا - باب الوقف كيف يكتب - حديث رقم ٢٧٧٢ - ص - ٦٨٦ - دار ابن كثير - دمشق - بيروت

2 - النووى / تحرير ألفظ التنبيه ص - ٤٦٤ - دار القلم - دمشق

3 - الخطاب / مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨ - دار الفكر - بيروت ١٩٩٢

4 - السرخسى / المبسوط ج ١٢ ص ٢٧ - دار المعرفة - بيروت ١٩٨٦

5 - حاشية ابن عابدين / ج ٣ ص ٤٩٥

6 - صحيح البخارى / كتاب الحرث والمزارعة - باب أوقاف أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ص ٥٦٢ -

مرجع سابق

الخطاب وهو يستلزم لزوم الوقف وعدم جواز نقضه وإلا لما كان تحبباً (١) ،
والقول بغير ذلك يخالف السنة الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم وإجماع
الصحابية (٢) .

مشروعية الوقف

ثبتت مشروعية الوقف بالأدلة القطعية من المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية
وهي الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضی الله عنهم ، وهذه الأدلة منها ما هو عام
لأنه ورد في شأن الصدقة فشملت الوقف وغيره ، ومنها ما جاء عاماً ولكن
خصصه توجيه النبي صلى الله عليه وسلم وبين أن المقصود به هو الوقف ، ومنها
ما جاء صريحاً يدعو إلى الوقف ويوجه الصحابة إليه .

- فمن الأدلة العامة القريبة من المراد بالوقف قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أنفقوا
من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ۝۰۰ " (٣) ففي هذه الآية يأمر الله
المؤمنين بالإنفاق وهو هنا الصدقة وهي تكون من أفضل ما ينتج من الثمار
والزروع التي تنتج من الأرض ومن أجود المال وأطيبه (٤) ، ونرى أن هذه الآية
قريبة من الدعوة إلى الوقف أكثر من غيره من الصدقات لأنها تدعو إلى التصدق
بالثمار التي تنتج من الأرض والوقف أيضاً يكون بالتصدق بالثمرة التي تنتج من
الشيء الموقوف أى مما أخرجته الأرض إذا كان الموقوف أرضاً .

وإذا كانت هذه الآية قريبة من المراد بالوقف فإن آيات غيرها ربط النبي صلى
الله عليه وسلم بينها وبين الوقف وهي قوله تعالى " لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما
تحبون ۝۰ " (٥) وذلك بعد أن أراد أحد الصحابة أن يطبقها لينال البر الذي وعد الله به
، فقال : يا رسول الله إن أحب أموالى إلى بيرحاء وإنما صدقة لله أرجو برها
وذخرها فضعتها حيث شئت فقال صلى الله عليه وسلم " اجعلها في الأقربين " (٦) فهذا
دليل على الوقف لأن هذا الصحابي حين سمع هذه الآية لم يحتج أن يقف حتى يرد

١ - الشوكاني / نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٠٣ - دار الحديث - القاهرة

٢ - ابن قدامة / المغنى ج ٥ ص ٥٩٨ - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - السعودية

٣ - سورة البقرة (٢٦٧)

٤ - ابن كثير / تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٣٠٣ - مكتبة المنار الزرقاء - عمان - الأردن ١٩٨٨

٥ - آل عمران - الآية (٩٢)

٦ - صحيح البخارى / باب الزكاة - كتاب الزكاة على الأقارب ص ٣٥٥ - ٣٥٦ - حديث رقم ١٤٦١

البيان الذى يريد الله أن ينفق منه عباده بآية أخرى أو سنة مبينة (١) ، فالمراد بالإتفاق فى هذه الآية هو الوقف وهذا ما بينه النبى صلى الله عليه وسلم .

* أما السنة فقد جاء بها أحاديث صريحة وضمنية تدعو إلى الوقف وترغب فيه وتبين أنه أفضل أنواع الإتفاق وأبقاها ثوابا وأن الإنسان قد تنقطع حياته ومع ذلك يبقى أثره ينفعه بعد موته لأنه ترك للناس ما ينفعهم ، من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له " (٢) ، فالصدقة الجارية هى التى يتجدد عطائها ويستمر نفعها جيلا بعد جيل ولا يكون ذلك إلا فى الوقف حيث الثواب المستمر للمعطي - الواقف - والنفع الدائم للمتلقى - الموقوف عليه - لذلك كان هذا الحديث دليل على صحة الوقف وعظيم ثوابه (٣) ،

وكان صلى الله عليه وسلم حين يسأل عن أفضل أنواع الصدقة يوجه السائل صراحة إلى الوقف ، فقد روى عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا فسأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرنى فيه ؟ فقال " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها " (٤) وهذا هو الوقف الذى يكون بحبس الأصل والتصدق بالثمرة وهو أفضل أنواع الصدقة .

* وقد أجمع المسلمون على أن الأوقاف سنة قائمة عمل بها النبى صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده (٥) ، وعلى ذلك فإن من لا يقر بمشروعية الوقف يكون مخالفا للإجماع ولا يلتفت إليه (٦) ولو لم يكن الوقف مشروعاً لما حرص الصحابة

- 1 - القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ج ٤ ص ١٣٢ - دار الكتب المصرية - القاهرة ١٩٤٩
- 2 - صحيح مسلم / كتاب الوصية - باب ما يلحق الإنسان بعد وفاته - ج ٢ ص ٧٧٠ - حديث رقم ١٦٣١ - دار طيبة القاهرة ٢٠٠٦
- 3 - صحيح مسلم بشرح النووي / ج ١١ ص ٨٥ - دار الفكر - بيروت ١٩٧٢
- 4 - صحيح البخارى - كتاب الوصايا - باب الوقف كيف يكتب ص ٦٨٦ - حديث رقم ٢٧٧٢ - مرجع سابق
- 5 - ابن رشد الجد / المقدمات الممهدة - ج ٢ ص ٤٠٧ - دار الغرب الاسلامى - بيروت - لبنان
- 6 - القرطبي / الجامع لأحكام القرآن - ج ٤ ص ١٣٢ - دار الكتب المصرية ١٩٤٩

جميعا رضى الله عنهم على التقرب إلى الله تعالى بوقف أموالهم ، حيث لم يبقى من الصحابة أحدا ذو مقدرة على الوقف إلا وقف (١)

حكمة مشروعية الوقف

الوقف وإن كان أحد أنواع الصدقة إلا أنه فى نفعه يفوق كل الأنواع الأخرى منها لما يتضمنه من دوام النفع الذى يأتى من شكل العطاء المتجدد فهو الذى يميز الوقف ويفضله عن غيره ، لأن الصدقة يعطيها مالها مرة واحدة وتنفى بانتفاع متلقيها وربما يحتاج هذا الأخذ إلى مثلها مرة بعد مرة ، فإذا تم تنظيم هذا العطاء ليكون فى شكل متكرر ومنظم بحيث يتم المحافظة على الأصل فلا يدفع للاستهلاك ولكن يخصص للاستثمار وتقديم المنافع ويستهلك ما ينتج عنه فإن هذا بلا شك يعد تنظيما للعطاء يضمن بقاءه ودوام الانتفاع به .

فأفضل ما فى الوقف هو التخطيط للوصول لنتيجة محددة وهى ضمان مصدر دخل دائم لمصلحة أو لخدمة معينة تحتاج للإنفاق الدائم عليها ، وهذا يشكل ضمانا قويا لأوجه وجهات عديدة لأن الوقف ليس قاصرا على الفقراء وحدهم أو دور العبادة كما يعتقد الكثيرون الآن فهذه وإن كانت من أغراض الوقف إلا أنها لا تشكل إلا القليل منها لأن أغراضه التى شرع من أجلها تشمل كل ما يتعلق بنفع المجتمع من مصالح عامة وخاصة لاغنى عنها ويضمن لكثير من الجهات العامة حياتها ، فلا أنفع للعامة من أن يكون شيئا حبسا يصرف عليهم منافعه ويبقى أصله ويستمر عطاؤه (٢) .

فالشريعة الإسلامية وإن كانت لا تفرض الوقف بهذا المعنى فرضا رغم كل ما يحققه من منافع إلا أنها قد رغبت فيه ودعت إليه وطبقه المسلمون واعتمدوا عليه اعتمادا كاملا فى توفير قوام عيشتهم منذ أن بدأت معالم الدولة الإسلامية فى الظهور وظل كذلك حتى عهد قريب ، فهو نوع من التعاون الذى يتفق مع مبادئ الشريعة

١ - أحمد بن يحيى بن المرتضى / البحر الزخار الجامع لعلماء أهل الأمصار ج ٤ ص ١٤٨ - مطابع أنصار السنة المحمدية ١٩٤٩

٢ - الدهلوى / حجة الله البالغة ج ٢ ص ١١٦ - المطبعة المنيرية ١٣٥٢

الإسلامية^(١) التي تدعو إلى الشعور بالمسئولية العامة وتجعل من المجتمع مجتمعا إيجابيا .

المبحث الأول

القواعد الأساسية لنظام الوقف

وضع النبي صلى الله عليه وسلم القواعد الأساسية لنظام الوقف فدعا إلى إنشاءه ورغب فيه ووجه المسلمين إليه ، وحدد مجالات عمله ونشاطه ووضع قواعده ، وبعد أن استجاب الصحابة لهذه الدعوات وأنشأت الوقوف الأولى فى عهده لم يتسلم هذه الأوقاف منهم ليقوم بإدارتها بنفسه ولم يعين أحدا عليها بل ترك هذا الأمر للواقفين يقومون به أو يعهدون به إلى من يختارونه قبل أن يتم تنظيم هذا الأمر فى فترة لاحقة ، وظلت دعواته للوقف وتطبيقاته لأوامر الإنفاق والتعاون بين المسلمين دافعا لهم على مر السنين للدخول فى مصاف الواقفين فكثرت الأوقاف ونمت واحتاجت إلى من يراقبها ويحاسب عليها فوضعوا لها نظاما للمحاسبة .

وبناء على ما سبق نعرض للقواعد الأساسية لنظام الوقف والتي أسهمت فى نجاحه طوال تاريخه حتى تتم مراعاتها عند وضع قواعد الإصلاح لعلها تعزز فرص نجاح جهود الإصلاح التى نبحت عنها ، وسيكون عرضنا لهذه القواعد بناء على التسلسل الزمنى لها وفقا لدورة هذا النظام ، وذلك بدءا من إنشاءه مروراً بالإشراف عليه وإدارته وصولاً إلى تنميته والرقابة عليه وذلك فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

القواعد الأصلية لإنشاء الوقف

بدأ المسلمون بعد الهجرة إلى المدينة فى إقامة دعائم الدولة الإسلامية ومعها بدأت الحاجات العامة فى الظهور وتطلب ذلك البحث عن وسيلة لتوفير أساسيات الحياة التى يحتاج إليها أى مجتمع والتي يجب على السلطة العامة أن تعمل على توفيرها ، وكان أمام هذه السلطة ممثلة فى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة خيارات إما أن يعمل على توفيرها ويحمل الدولة أعبائها ، وإما أن يترك للأفراد

١ - محمد سلام مذكور / الوقف من الناحية التطبيقية والفقهية ص ٨ - المكتبة العالمية - القاهرة ١٩٦١

ذلك مقابل أن يدفع الناس ثمنها ، أو يأخذ طريقا آخر يعتمد على تنمية إحساس الأفراد بالمسئولية تجاه مجتمعهم فعمل على تقوية هذا الإحساس وتنظيمه فوجههم إلى الوقف ورغبهم فيه وبين فضله على الجميع ، ثم وضع القواعد الكفيلة بوصول هذا النظام إلى غايته .

فلم ينشأ نظام الوقف تلقائيا بل جاءت نشأته بالدعوة إليه والترغيب فيه ، وكان إنشاؤه لمواجهة أهم متطلبات الحياة ، وتم تحديد الطريقة التي تمكنه من القيام بدوره الذى أنشئ من أجله ، وقد قام النبي صلى الله عليه وسلم وهو من يمثل الدولة فى هذا الوقت بكل ما يتعلق بهذه المرحلة فدعا إلى الوقف ورغب فيه ، وحدد مجالاته ووضع الضوابط التى تضمن تحقيق غايته وأهدافه : وذلك على النحو التالى :

أولا : الدعوة لإنشاء الوقف والترغيب فيه

استنبط النبي صلى الله عليه وسلم نظام الوقف ليقضى به حاجات الأمة التى بدأت فى الظهور واحدة تلو الأخرى بدرجات متفاوتة ، فمنها ما بدت الحاجة إليه ملحة لا تتحمل التأخير فى قضائها فتوجه بالدعوة العاجلة والمباشرة إليه ، ومنها ما كان قائما بالفعل وكان صلى الله عليه وسلم على علم به ولكن ليس بالدرجة التى تدعوه للتدخل بالطلب المباشر كما فى سابقتها بل يمكن الانتظار حتى يجد ممولا لها ، كما اتخذ صلى الله عليه وسلم من الوقف وسيلة لمواجهة الظروف الطارئة التى تهدد وجود الأمة .

أ- الدعوة المباشرة للوقف للضرورة الملحة

تدخل النبي صلى الله عليه بالدعوة المباشرة على وجه الاستعجال لإنشاء الوقف باعتباره النظام الذى اعتمد عليه فى قضاء الحاجات العامة للمجتمع عندما ظهرت أول حاجة ملحة لا تتحمل التأخير بطبيعتها ، وقد استخدم صلى الله عليه وسلم أسلوب الترغيب بالوعد بجائزة لمن يستجيب لهذه الدعوة العاجلة فاختار جائزة يعلم أن الجميع يتمناها ويسعى إليها فى ذلك الوقت وفى سبيلها باعوا أنفسهم وأموالهم وهى الجنة .

فعقب الهجرة إلى المدينة كان المسلمون فى حاجة لتوفير مورد للماء يكفيهم حاجة الشراب ولم يكن هناك مصدر للماء يصلح لذلك سوى بئر بالمدينة يسمى بئر

رومه ، ومن المعلوم أن الحاجة إلى الماء حاجة فورية فقابلها النبي صلى الله عليه وسلم بطلب فوري للجميع فقال " من حفر بئر رومة فله الجنة " (١) فاستجاب له عثمان بن عفان رضى الله عنه ، فتم توفير مورد للماء وهو يشبه مرفق مياه الشرب فى هذه الأيام .

ب - توجيه رغبات الإنفاق إلى الوقف

قد تكون الخدمة أو الحاجة العامة مطلوبة ولكن ليس بالدرجة السابقة أى أنها يمكن أن تنتظر حتى يوجد من يوفرها ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم على علم بكل متطلبات المجتمع ويعمل على قضائها إلا أنه كان ينتظر الوقت المناسب والوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك ، فإذا كانت الحاجة المطلوبة دائمة ومستمرة فلا يصلح لها إلا الوقف لما يتميز به من دوام العطاء فكان ينتظر حتى يجد من يرغب فى التصديق بماله فيوجهه إلى الوقف إذا كان هذا المال يصلح للوقف ويصلح للخدمة المطلوبة .

فلا شك أن مجتمعا فى طور التكوين كالمجتمع الإسلامى فى المدينة يضم كثيرا من المهاجرين الفقراء الذين تركوا أموالهم وديارهم لاشك أن هؤلاء وغيرهم يحتاجون إلى ما يحتاج إليه الناس من طعام يقيموا به حياتهم وقد أمر الله برعايتهم (٢) ، وهذه الرعاية يجب أن تكون منظمة وبوسيلة مناسبة من مصدر يصلح بطبيعته للعطاء المستمر وهذا لم يكن متيسرا فى ذلك الوقت إلا فى الأرض الزراعية ، فلا أنفع للفقراء من أن يرصد لهم قطعة أرض تزرع ويأكل هؤلاء من ثمارها التى تتجدد بزراعتها مادامت الأرض باقية وهو المقصود من الوقف لذا وضع النبي صلى الله عليه وسلم الأرض التى أرد عمر أن يتصدق بها هذا الموضع فقال له " تصدق بأصله لا يباع ولكن ينفق ثمره " (٣) فاستغل رغبة عمر فى الإنفاق واستغل صلاحية المال الذى يريد أن ينفقه للوقف فأمره بوقفه .

١ - صحيح البخارى / كتاب الوصايا - باب إذا وقف أرضا أو بنرا أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين -

ص ٥٦٦ - مرجع سابق

٢ - يقول الله تعالى (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا) (سورة الحشر الآية ٨)

٣ - صحيح البخارى / كتاب الحرف والمزارعة - باب أوقاف النبي صلى الله عليه وسلم ص ٥٦٢

ج - الاستعانة بالوقف للدفاع عن الدولة

لا يتوقف دور الوقف عند تمويل الأنشطة المدنية بل يمتد نشاطه لتمويل مستلزمات الدفاع عن الدولة ، فعن طريق الوقف تمكن النبي من توفير العتاد اللازم للجهاد ، حيث يتميز الوقف بأنه يعتمد على قدرات المجتمع الذاتية التي يمكن أن تلجأ إليها الدولة في أوقات الشدة وتوجهه حيث شاعت بخلاف القروض أو المعونات الخارجية التي تخضع لشروط المقرض أو من منح المعونة وغالبا لا يسمح بتوجيهها لشراء السلاح ، أما الوقف فهو مال وطني خالص ليس لأحد وصاية عليه إلا الدولة وبالتالي فهي تستخدمه فيما تراه محققا لمصالحها وفقا لمتطلبات المرحلة وبناءا على ترتيب الأولويات ، لذا فقد شارك الوقف على مر السنين في قطاع الأمن الخارجى للأمة ببناء الحصون ووقف السلاح فكان الوقف على الثغور والحصون وحفر الآبار فيها وعلى الخيل والسلاح للمجاهدين^(١) ووقف السلاح نفسه .

وقد وردت أحاديث كثيرة تبين أهمية الوقف ودوره في الاستعداد للدفاع عن الوطن ، منها ما يدعو إليه ويرغب فيه ويدعو إليه لتجهيز الجيش كقوله صلى الله عليه وسلم : " من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله وريه في ميزانه يوم القيامة "^(٢) فهذه الدعوة من النبي للوقف جاءت للاستعداد للجهاد حتى إذا جاء وقت الحاجة كان الجيش مجهزا عن طريق الوقف .

لذا أقر النبي صلى الله عليه وسلم صنع خالد بن الوليد واستحسن صنعه حين وقف سلاحه وعتاده في سبيل الله وللدفاع عن الوطن فقال : " وأما خالد فأنتم تظلمون خالدا فقد احتبس أدرعه وأعتده في سبيل الله " ^(٣) ومنذ ذلك الحين صار الوقف دعامة كبرى للجهاد والدفاع عن الوطن^(٤) لما يحمله من مقومات الوطنية

1 - منذر قحف / الوقف الإسلامي - تطوره ، إدارته ، تنميته - دار الفكر - دمشق وبيروت

2 - صحيح البخري / كتاب الجهاد والسير - باب من احتبس فرسا في سبيل الله ص ٧٠٥ - رقم ٢٨٥٣ - مرجع سابق

3 - المرجع السابق / كتاب الزكاة - باب قوله تعالى (وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله)

4 - أحمد الريسوني / الوقف في الإسلام مجالاته وأبعاده ص ٩ - موقع أطفال الخليج ذوي الاحتياجات

www ww ww0 gu الخاصة

lpkids

والشعور بالمسئولية خاصة إذا كانت هذه المسئولية تتعلق ليس فقط بحياة فرد أو طائفة بل بوجود المجتمع بأسره .

ثانيا : أهمية دور الوقف

جاءت تطبيقات الوقف فى المجتمع الإسلامى منذ بداية إنشاؤه فى أهم مجالات الحياة وظل كذلك طوال تاريخه ، ولم يكن دور الوقف فى هذه المجالات الهامة دورا تكميليا أو ثانويا بل كان الاعتماد على الوقف فى أى نشاط قام به اعتمادا شبه كليا خاصة فيما يتعلق بالقطاعات التى تحتاج إلى دخل مستمر ، ومن ثم تنوعت أشكال الوقف ليتمكن من ممارسة دوره فى مختلف القطاعات .

أ- تحمل الوقف للشئون الهامة

جاء توجيه النبى صلى الله عليه وسلم لنشاط الوقف لخدمة أهم مرافق المجتمع فى ذلك الوقت ، فقد كان محور عمل الأوقاف التى نشأت فى عهده فى توفير المياه وتوفير الغذاء وتوفير السلاح ، وغنى عن البيان مدى أهمية هذه الخدمات فى حياة أى جماعة فلا تقوم الحياة بدونها ولا يستقر أى نظام إلا بتوفيرها ، ولم يكن هناك سبب فى انحصار الوقف فى هذه المجالات إلا بسبب انحصار المتطلبات الهامة للمجتمع فى ذلك الوقت فى تلك الأشياء ولو وجدت غيرها لتكفل الوقف بتوفيرها ، يؤكد ذلك تطور دور الوقف فى المجتمع الإسلامى ودخوله كافة الأنشطة التى يحتاجها المجتمع .

فبعد الفتوحات الإسلامية وتطور المجتمع وتأثره بحضارة البلاد التى تم فتحها حاول المسلمون إدخال خدمات لم تكن موجودة فى المجتمع من قبل كخدمة الصحة فأنشأ الخليفة الأموى الوليد بن عبد الملك أول مستشفى فى تاريخ الدولة الإسلامية وخصص الأوقاف للإنفاق عليها⁽¹⁾ وعندما بدأ التعليم يأخذ شكل المؤسسة المستقلة - المدارس - أنشأت أولى المدارس فى العالم الإسلامى فى القاهرة وفى بغداد وكان للوقف الفضل فى إنشائها والإنفاق عليها⁽²⁾ ، وظل الوقف ينفق على هذه المرافق الأساسية طيلة أربعة عشر قرنا من الزمان حتى منتصف القرن الماضى حين قامت

1 - تاريخ الطبرى / تاريخ الأمم والملوك ص ١٢٣٧ - بيت الأفكار الدولية - عمان - الأردن
2 - ابن كثير / البداية والنهاية ج ١١ ص ١٢٦ - أحداث سنة ٣٠٦ هـ - دار المنار - القاهرة ٢٠٠١

وزارة الأوقاف المصرية بتسليم ما كان لديها من مدارس ومستشفيات وملاجئ إلى
الوزارات المعنية (١) .

ب- المسؤولية الكاملة للوقف عن هذه المرافق

يوفر الوقف مورد ثابت وكاف من المال للإنفاق على المصلحة أو الخدمة التي
يتكفل بها إطعام الفقراء ، وإذا لم يكن مصدر الخدمة ذاته ميسرا فإن الوقف يوفر
المال الكافي لشراؤه وتشغيله كشراء مصدر لتوفير مياه الشرب كما فعل عثمان ،
فالوقف يقدم نموذجا للنظام المتكامل الذي يتكفل بما يعهد به إليه بشكل تام حيث
يتمتع بالقدرة الذاتية على تحمل كافة تبعات نشاطه ، فموارده الذاتية التي تمكنه من
إنشاء مصدر الخدمة كالمدرسة أو المستشفى هي ذاتها التي تمكنه من الإنفاق عليها ،
ولهذا اعتبر نوعا متميزا ومختلفا عن باقي أنواع الصدقات ولهذا أيضا اعتمد
المسلمون عليه اعتمادا كاملا في تسيير المرافق الأساسية التي عمل فيها خاصة فيما
يتعلق بضمان استمرار حياة هذه المرافق .

* ويبدو أن تحمل الوقف وحده تبعات ما يقدمه من خدمات من مقتضيات هذا النظام
بحيث إذا فقد الوقف هذا المصدر الذي يمكنه من الاستمرار يجب البحث عن وسيلة
لاستمرار التمويل عن طريق تطوير هذا الوقف ذاته إذا لم يوجد مصدر خارجي ،
وقد حرص المسلمون على ذلك منذ بداية نشأة الوقف فأوجدوا مصادر دخل ذاتية
للأوقاف التي تفتقد إليها كإلحاق مباني أو محلات تجارية بمبنى الوقف يتم تأجيرها
لتحقيق هذا الدخل وذلك منذ بداية ظهور الإدارة العليا للوقف حيث قام أحد القضاة (
عام ١٨٨هـ) ممن تولوا هذه الإدارة بهدم مسجد ورفع بناؤه لإنشاء محلات تجارية
أسفل المبنى لتأجيرها والإنفاق على تجهيز المسجد ودفع أجور العاملين على إقامة
الشعائر به من عائد الإيجار (٢) .

ونظرا للدور الكامل للوقف في هذه الخدمات فقد ظل وحده يعمل على تقديمها
دون أن يكاف الحكومات شيء لذا ظلت كثير من الدول الإسلامية بدون وزارات
لهذه المرافق الهامة كالتعليم والصحة والشئون الاجتماعية حتى عهد قريب لاستغنائها

١ - تم ذلك بموجب قرار لجنة شئون الأوقاف في - ١٢ - ٥ - ١٩٦٧

٢ - الكندي / الولاية وكتاب القضاة ص ٤٠٧ - مؤسسة قرطبة - مصر

بالوقف عن هذه الوزارات (١) بعد أن تخصصت الأوقاف فى تقديم هذه الخدمات بصورة كاملة ومنظمة فلم تكن حاجة لهذه الوزارات لكفاءة الوقف وتنظيمه الدقيق .

ج - تنوع الوقف للوفاء بأغراضه

تعددت أغراض الوقف منذ بداية إنشاؤه بتعدد صور الحاجات التى قام بتوفيرها لذلك كان طبيعيا أن تتنوع الأموال الموقوفة بتنوع الأغراض التى أنشئت لها ، فكان هناك الوقف المباشر الذى يقدم الخدمة مباشرة مثل بئر رومه فى بداية ظهور الأوقاف وبعد ذلك مبنى المستشفى ومبنى المدارس التى أنشأت على التوالى ، كما بدأ ظهور النوع الآخر من الوقف وهو الوقف الذى لا يقصد استعماله بذاته ولكن يقصد منه إنتاج عائد عن طريق استثماره يتم صرفه على أغراض الوقف كوقف أرض عمر التى خصصت ثمارها للفقراء والمساكين .

فالوقف يدخل بصورة تلقائية فى مجالات النشاط الإنسانى المتجددة فإذا كان الوقف الاستغلالى قد انحصر فى بداية ظهور الوقف على الأنشطة الاستهلاكية والأمنية نظرا لانحصار الحاجات الضرورية فى ذلك الوقت فى هذه الحاجات فقد امتد بعد ذلك إلى الخدمات الصحية والتعليمية ، وإذا كان الوقف الاستثمارى الذى انحصرت أساليب استثماره فى الإيجار وفى أحيان قليلة بالاستغلال كزراعة الأرض الموقوفة (٢) لأن معظم الأوقاف فى الماضى كانت فى صورة عقارات كالمباني السكنية أو المحلات التجارية أو الأراضى الزراعية فيمكن تطوير هذا النوع باستثمار أموال الوقف بوسائل الاستثمار الحديثة التى يمكن أن تساهم ذلك فى تعظيم الاستفادة من أموال الوقف كالاستثمار بإنشاء شركات المساهمة ، كما يمكن تحويل الأموال السائلة من الاستعمال المباشر إلى أصول ثابتة بإنشاء شركات ينص فيها على الاستمرار أو التأييد .

١ - رفعت العوضى / مقال على موقع شركة ثبات لتطوير الأوقاف بعنوان الوقف الخيرى حل إسلامى لمشكلات اقتصادية اجتماعية

٢ - عبد الحليم عمر / الاستثمار فى الوقف وغلته - بحث مقدم الى المؤتمر الرابع عشر لمجمع الفقه الإسلامى - سلطنة عمان ٢٠٠٤

ثالثا : وضع ضوابط وشروط الوقف

قامت الجهة المختصة بإنشاء الوقف بوضع الضوابط الكفيلة بوصول هذا النظام إلى غايته فنحن لا زلنا فى مرحلة الإنشاء والتأسيس التى تتولاها الدولة ، فهى التى تعلم أكثر من غيرها الطريقة المثلى لتحقيق المصالح العامة التى سعت لإنشاء الوقف من أجلها ، وهى التى تحدد كيفية الاستفادة منها بواسطة الوقف وتحدد أيضا القواعد التى يسير عليها نظام الوقف فى تقديم هذه الخدمات ، وتحدد نوعية الأموال التى يصلح وقفها لتحقيق هذا الغرض فتطلب توفيرها من قبل الأفراد .

أ - تحديد شروط الوقف

حدد النبى صلى الله عليه وسلم المقصود بالوقف عند أمره بإنشائه ليميزه عن غيره من التصرفات التى تقترب منه أو التى هو نوع منها كالصدقة فقال " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها " ، فهنا يبين أن الوقف أو لا يقتضى تخصيص مال معين لتحقيق منفعة أو تقديم خدمة معينة وهو فى هذا الحديث الأرض التى وقفها عمر ، وأنه بمجرد وقف المال لا يجوز بعد ذلك التصرف فيه بأى تصرف لأن أى تصرف ينافى المقصود من الوقف ولا يتفق مع معنى التحبيس كما يؤدى إلى تعطل المصلحة التى رصد لها المال ، وأن الانتفاع بالوقف يكون من ثمار هذه الأموال ما هو واضح من نص الحديث ، وكل ذلك ليكون من يريد أن يساهم فى الوقف على بيئة من مقتضى فعله وما يترتب عليه من آثار تتصل بسلطاته على الأموال الموقوفة وملكيته لها .

وتعتبر شروط الوقف هى بمثابة شروط منح الترخيص للوقف والإذن بقيامه لأنه بدون هذه الشروط لا يكون هناك وقفا ومن لا يلتزم بها لا يعتبر قد أنشأ وقفا بل ربما قدم نوعا آخر من الصدقات ، ومن الواضح من هذه الرواية أن شروط الوقف من وضع النبى صلى الله عليه وسلم باعتباره ممثلا للدولة وحتى لو كانت هذه الشروط من كلام عمر كما ورد فى روايات أخرى فيمكن أن يكون عمر قد وضعها بعد أن أمره النبى بها لأنها تبين ماهية الوقف وإلا لما كان وقفا ⁽¹⁾ ، وبذلك تكون

¹ - الشوكانى / نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ج ٦ ص ٤٠٢ - دار الحديث القاهرة

الدولة هي المختصة بوضع شروط الوقف كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا هو الأصلح لهذا النظام كما سنرى .

ب- تنظيم الاستفادة من الوقف

بدخول الوقف دائرة الخدمات العامة يجب أن يكون الانتفاع به وفقا للقواعد التي تنظم الانتفاع بهذه الخدمات ، وغنى عن البيان أن الدولة هي التي تحدد شروط وكيفية هذا الانتفاع ومن ثم فإن الدولة هي التي تنظم عملية الاستفادة من الوقف ، فتحدد شروط المستفيدين وكيفية الانتفاع بخدمات الوقف وثماره وكل ما يتعلق بصرف ريع الوقف ومواعيده ومدخرات الصيانة والترميم ومتى تتم وغير ذلك ، وتقوم بوضع الشروط المناسبة لكل نوع من الأوقاف بما يحقق المصلحة المتلى للمستفيدين منها .

وتبين النصوص الصريحة الأولى للأوقاف التي أنشأت على يد النبي صلى الله عليه وسلم أن الاستفادة من الوقف تعد من القواعد الأساسية للنظام التي يجب النص عليها عند إنشائه خاصة إذا كان الوقف في مجال الخدمات العامة ، فقد اقترنت دعوة النبي لوقف بئر الماء وهو مصدر هذه الخدمة في ذلك الوقت بتنظيم عملية الاستفادة فقال : " من يشترى بئر رومه فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين " (1)

فقد نظم النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الاستفادة من البئر كما يلي :

١. حدد المستفيدين منه وأنه مباح للجميع بقوله " كدلاء المسلمين " أى أن لجميع

المسلمين أن يأخذوا ما حاجتهم من الماء من هذا البئر .

٢. بين أن هناك خدمات لا يجوز التفاضل فيها بين الناس حتى لو كان أحدهم

هو من قام بوقفها فليس له إلا أن ينتفع بها كغيره من الناس .

ومن ثم إذا قام شخص أو مجموعة من الأشخاص بإنشاء وقف يقدم خدمة عامة لا

يجوز التفاضل فيها كمدرسة أو مستشفى. فيجب أن يتساوى الجميع في الاستفادة من

هذا الوقف وإلا لما كان وقفا ، وهذا يجب أن ينص عليه في نظام الوقف كشرط من

شروطه ومن يقوم بإنشاء وقف أو المشاركة فيه بعد ذلك يعتبر موافقا ضمنا بهذه

1 - صحيح البخارى / كتاب المساقاة - باب من رأى صدقة الماء صد ٥٦٦

الشروط فلا يجوز له أن يطلب تفضيل أحد ولو حتى لنفسه بل يتلقى الخدمة كغيره من الناس ، ولا يجوز له أن يمنع أحدا من الاستفادة من هذه الخدمة فإذا كان هناك منع فيكون من قبل الدولة وعلى أساس موضوعي .

ج - تكوين مال الوقف

يرتبط تكوين المال المخصص للوقف بمرحلة الانشاء التي تقوم بها الجهة المختصة بهذه المرحلة وهي الدولة ، فتحدد الأموال اللازمة للمشروع الوقفي فقد يكون في صورة عينية بأن يقدم الواقف عين الوقف في صورة تصلح للانتفاع بها مباشرة أو يتم تجهيزها للانتفاع ، وقد يكون مالا سائلا يتم تحويله إلى أعيان فيشترى به عين الوقف كالأرض التي تزرع أو ينشأ عليها مبنى ، فلا يشترط في المال الموقوف إلا أن يكون صالحا للبقاء بذاته أو بوضعه في تنظيم يقتضى الاستمرار والبقاء ، وأن تتجه نية المالك لهذا المال أن يكون وقفه لهذا المال مؤبدا وأن يكون مالا يجوز الانتفاع به (١)

وقد قبل الرسول صلى الله عليه وسلم من الواقفين الأموال العينية التي تم تقديمها للخدمة مباشرة كحديقة عمر وأرع وعتاد خالد بن الوليد ، بينما حول الأموال السائلة إلى أعيان الوقف لتكون صالحة للبقاء فاشترى بئر رومه بالمال الذي دفعه عثمان ، وعلى ذلك يسمح للواقف بوقف عين الوقف كتخصيص عقار يقام عليه الوقف أو يستعمل هو بذاته كوقف ، أو يقدم مالا يشترى به الأرض أو الآلات أو يقام به المبنى ، على أن يخرج هذا المال من ذمة صاحبه إلى الأبد ، وقد تستخدم النقود بذاتها في الوقف بإقراضها لمن يحتاجها على أن تعاد لصاحبها ثم تقرض مرة أخرى أو تستثمر ويدفع ربحها للمحتاجين ، وقد استمرت أوقاف النقود للاستثمار عن طريق المضاربة في جميع العصور وفي جميع أرجاء العالم الاسلامي ، حتى أواخر العهد العثماني (٢) .

١ - ابن قدامة / المغني ج ٥ ص ٦٤٠ - مرجع سابق

٢ - منذر قحف / الوقف الاسلامي - تطوره إدارته تنميته ص ٤١ - دار الفكر بيروت ودمشق

المطلب الثانى

إدارة الوقف

إذا كان النبى صلى الله عليه وسلم تولى بنفسه الدعوة إلى إنشاء الوقف وتوجيهه ووضع قواعده وضوابطه وبالجملة كل ما يتعلق بمرحلة إنشاؤه وهو هنا يمثل دور الدولة وما يجب عليها أن تقوم به تجاه تأسيس الوقف والدعوة إليه ، فإنه لم يتدخل بعد ذلك فى عمل الوقف وإدارته بل ترك أمر الإدارة للواقف يقوم بها بنفسه أو يقيم عليها غيره ، فقام الواقفون بأمر إدارة الوقف لفترة دون إشراف من الدولة ثم اقتضت الضرورة لمصلحة الأمة ومصلحة الوقف تحقيق نوع من الاشراف وذلك لضمان تحقيق المصلحة العامة وهى الغاية من الوقف وليظل مستقلا عن إدارة الدولة .

وعلى ذلك فإن التنظيم الإدارى للوقف يقوم فى كل الأحوال على الاستقلال التام عن الإدارة الحكومية مع إيجاد نوع من الإشراف للدولة بواسطة أحد سلطاتها الرئيسية ، ويعمل هذا التنظيم على تحقيق الغاية العليا من الوقف واستكمال دورة عمله ، وتحقيق أكبر قدر من الانتفاع بالوقف ، والمحافظة عليه ورعايته وإنفاق غلته فى وجوهها والعمل على إبقاؤه نافعا : وهذا ما سنعرض له فى النقاط التالية :

أولا : استقلال إدارة الوقف

تم إنشاء الوقف فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وكانت غالبية تلك الأوقاف تقدم خدمات عامة ومن ثم خضعت إدارتها للقواعد التى تحكم إدارة المرافق العامة للدولة ، وقد نأت الدولة الاسلامية بنفسها من البداية عن أسلوب الإدارة المباشرة للمرافق العامة لأن هذا الأسلوب يفرض قدرا كبيرا من تدخل الدولة فهو مكلف لها ومثير لسخط الأفراد فى نفس الوقت واختارت أن تكون إدارتها لهذه المرافق عن طريق الضبط الإدارى بأن تترك الأفراد يقومون بالخدمة العامة تحت إشرافها بطريق الترخيص والمراقبة والتفتيش⁽¹⁾ ، وهى فيما يتعلق بالوقف قد قدمت الترخيص بعد أن اكتملت شروطه كما حددتها ، وتركت الأفراد يديرون الأوقاف

¹ - مصطفى كمال وصفى / المشروعية فى النظام الإسلامى ص ٩٥ - مطبعة الأمانة - القاهرة ١٩٧٠

تحت إشرافها ، وقد بدأ هذا النظام بعد فترة وجيزة حيث كان الوقف أولا بدون أى إشراف ولأسباب نعرض لها ظهر الاشراف واستمر بعد ذلك .

أ- الإدارة المستقلة من الواقفين بدون إشراف

كانت إدارة الوقف فى بداية ظهوره بيد الواقفين يديرونه بأنفسهم أو بواسطة غيرهم بدون إشراف من الدولة ، وذلك يتبين من النصوص التى وردت عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث لم يتعرض لأمر إدارة الوقف كما فعل فى إنشاءه بالدعوة إليه وبيان ماهيته وتوجيهه بل ترك ذلك للواقف ، ففى الوقف الذى أوقفه عمر بن الخطاب بعد أن وجهه إليه النبى جاء النص على الإدارة من عمر نفسه فقال " ليس على الولى جناح أن يأكل ويؤكل صديقا غير متأثل مالا فكان ابن عمر هو يلى صدقة عمر . . " (١) فتولى عمر إدارة وقفه بنفسه إلى أن مات (٢) ثم تولاه ابنه عبد الله كما فى هذا الحديث .

فإدارة الوقف المباشرة يتولاها الواقف بنفسه أو يوليها غيره ، ولم يرد أن النبى تولى وقفا أوقفه أحد الصحابة بوصفه رئيسا للدولة أو ولى أحدا على وقف أمر بإنشائه كما كان يولى الولاية على بعض الأمور الأخرى القريبة من الوقف كتوليته على الصدقات - الزكاة - حين استعمل رجل يسمى ابن اللثبية عليها وحاسبه على عمله (٣) ، فكل الروايات تؤكد استقلال الوقف منها ما جاء فى رواية أخرى لكلام عمر عن إدارة وقفه يقول فيها : " لا جناح على من وليه أن يأكل منه وقد يليه الواقف وغيره ، فهو واسع لكل " (٤) فلم يتطرق إلى ذهن عمر إمكانية ولاية الدولة حيث كان ذلك مستبعدا فهو ليس من سمات إدارة الدولة الإسلامية التى بدأت بوادرها فى الظهور منذ ذلك الوقت .

وبالمثل لم يتطرق إلى ذهن أحد فى عصر الخلفاء الراشدين أن ينظم نوعا من الاشراف للدولة على الوقف وإدارته ولم تكن هناك حاجة إلى ذلك حيث كان الوازع الدينى لدى الصحابة قويا لمصاحبتهم النبى صلى الله عليه وسلم أو قرب العهد به

1 - صحيح البخارى / كتاب الوكالة - باب الوكالة فى الوقف ونفقته ص ٥٥٦ - رقم ٢٣١٣

2 - ابن قدامة / المغنى ج ٥ ص ٦٥

3 - صحيح مسلم / كتاب الإمارة - باب تحريم هدايا العمال ج ٢ ص ٨٨٩ - حديث رقم ١٨٣٢

4 - صحيح البخارى / كتاب الوصايا - باب إذا وقف أرضا أو بنى ص ٦٨٧ - رقم ٢٧٧٨

بعد وفاته فلم يخشى على الأوقاف فى هذه الفترة من أن تمتد إليها يد الإهمال أو الغصب أو طمع الواقف فيها والرجوع فى وقفها فلم يكن هناك حاجة للإشراف على الأوقاف ، كما كانت الأوقاف التى أنشأت معروفة ومشهورة حتى إنها باتت معلومة للجميع منها ما ذكرناها ومنها ما ذكر فى مواضع أخرى (١) ، فلم يخشى عليها من الضياع أو التوارث أو أى سبب يخل بنظام الوقف ، وعندما تغيرت الأحوال وخشى على الأوقاف تم إعادة تنظيم إدارتها .

ب - إنشاء إدارة عليا مستقلة للوقف

تميزت جهود المسلمين فى مواجهة المستجدات بأمرين ، الأول : واقعية هذه الحلول وقدرتها على تحقيق المراد على أفضل الوجوه وأحسنها ، الثانى : انبثاق هذه الحلول من نصوص الشريعة وعدم الخروج عليها أو مخالفتها ، وبموجب هذا المنهج تمكنوا من إيجاد حل واقعى يحقق جريان نشاط الوقف تحت رقابة الدولة ، ودون أن يؤدى ذلك إلى القضاء على استقلال إدارة الوقف عن إدارة الدولة وذلك بتشكيل إدارة عليا مستقلة بدورها عن إدارة الدولة تتولى الإشراف العام على الأوقاف بجانب الإدارة المباشرة لكل وقف والتى تقوم باستثمار الأموال الموقوفة وتشغيلها فى الأنشطة المختلفة .

- فالإدارة العليا للوقف هى الجهة التى تتوب عن المجتمع والدولة فى تحقيق مقاصد نظام الوقف وتوفر الحماية القانونية والمادية للأموال الموقوفة وتعمل على استقرار نظام الوقف فى المجتمع .

وقد جاء إنشاء هذه الإدارة لمسايرة تطور الوقف واتساعه وفتح آفاق جديدة له فى نفس الوقت الذى تطورت فيه الأمور الإدارية فى الدولة الاسلامية بإنشاء الدواوين وفصل القضاء عن الولاية العامة وولاية الأقاليم وبداية ظهور ما يدخل تحت ولاية القضاء وتفصيل اختصاصاته ومنها حفظ الحقوق العامة والخاصة فكان طبيعيا أن يتقرر له الإشراف على الأوقاف باعتبار أن الوقف من الحقوق العامة التى ترتبط بها مصالح الأمة الاسلامية ، فأصبح من أهم اختصاصات القاضى بعد فصل المنازعات

¹ - الشوكاتى / نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ج ٦ ص ٤٠٤ - مرجع سابق

واستيفاء الديون النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها والقبض عليها
وصرفها فى سبيلها ومراعاة من يتولى أمرها فإن لم يوجد تولاها هو بنفسه (١) أو
وكل فيها غيره .

وقد كان أول تنظيم للإشراف القضائى على الأوقاف باعتباره إدارة عليا فى بداية
القرن الثانى للهجرة وبالتحديد (عام ١١٥ هـ) فى خلافة هشام بن عبد الملك وكان
إنشاء هذا التنظيم فى مصر حيث قام قاضيه عليها بوضع يده على الأوقاف حفظا لها
من الثواء والتوارث ولم يمت هذا القاضى حتى صار لها ديوانا عظيما بعد أن كانت
بيد أهلها وفى يد أوصيائهم (٢) ومنذ ذلك الوقت كان القضاة فى القاهرة وغيرها من
حواضر العالم الاسلامى يتولون الاشراف على الأوقاف حتى أصبح ذلك اختصاصا
أصيلا من اختصاصاتهم .

* وبقرار الاشراف القضائى على الأوقاف تم تنظيم إدارة الوقف مع المحافظة
على استقلاله وأصبح من القواعد الأساسية لنظام الوقف أن الولاية العامة على
الأوقاف من اختصاص القضاء وحده ، وقد حافظت السلطة القضائية على هذا
الأوقاف حتى عهد قريب وكثيرا ما وقفت فى وجه الممارسات التى تضر بالأوقاف
ومنعت التصرفات غير المشروعة لأنه أكثر الجهات استقلالا وقدرة على منع الظلم
وانتهاك المصالح الشرعية (٣)

وبجانب الولاية العامة للأوقاف وتحت إشرافها ظلت الولاية الخاصة بكل وقف
والتي نشأت من البداية تباشر مهامها فى تسيير أمور الوقف واستثماره وصيانته
وترميمه وصرف غلته على المستحقين وكل ما يتعلق بالإدارة المباشرة بواسطة
شخص يتوافر فيه بعض الصفات أهمها أن يكون أمين قادر لأن هذه الولاية مقيدة
بشروط النظر وليس من النظر تولية الخائن أو العاجز (٤) وكل ذلك تحت إشراف
القضاء صاحب الولاية العامة على الوقف .

١ - المارردى / الأحكام السلطانية ج ١ ص ١٨٢ - ١٨٣ - دار الاعتصام القاهرة ، الفراء / الأحكام

السلطانية ص ٦٦ - دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٠

٢ - الكندى / الولاية وكتاب القضاة ص ٣٤٦ - مؤسسة قرطبة - القاهرة .

٣ - أحمد أبو زيد / نظام الوقف الاسلامى " تطوير أساليب العمل وتحليل نتائج بعض الدراسات - كتاب
أصدرته المنظمة الاسلامية للتربية والعلوم والثقافة والأمانة العامة للأوقاف - الكويت

٤ - الطرابلسى / الإسعاف فى أحكام الأوقاف ص ٤١ - المطبعة الكبرى المصرية ١٢٩٢ هـ

ثانيا : التنظيم الادارى الشامل للوقف

جاء إنشاء الإدارة العامة للوقف بجانب الإدارة المباشرة لتحقيق المصلحة العامة المقصودة من تشريعه ، فهذه المصلحة تقتضى وجود إدارة عامة تعمل على تحقيق هذه المقاصد ، ولا يمكن الوصول إلى هذه الغاية إلا بوجود إدارة مباشرة للوقف يكون هدفها الأول مصلحته ليتمكن من تحقيق الهدف من إنشائه ، لذلك كان التنظيم الإدارى للوقف يتمثل فى وجود إدارة عامة عليا لجميع الأوقاف وإدارة تنفيذية مباشرة لكل وقف ، لكل منهما مهام وواجبات فى ضوء الغاية الأسمى للنظام بأكمله كما سيتضح الآن :

أ- التنظيم الادارى للوقف وتحقيق مقاصد النظام

يقتضى نظام الوقف استمرار تخصيص الأموال الموقفة وفقا للنظام القانونى للوقف وعدم تسربها ، وكذلك إبقائها سالحة لما خصصت له ، وهذا أيضا يقتضى الاحتياط عند إجراء بعض التصرفات الخطرة التى قد تجري على الوقف والتى من شأنها أن تؤثر عليه فتقتضى عليه أو تؤثر فى كفاءته ، لذلك كان وجود الإدارة العليا بجانب الادارة المباشرة ضروريا للإشراف على ذلك كله لضمان استمرار النظام ، وهذا محل التوضيح الآن :

١ - الحماية القانونية للوقف

تعتبر الحماية القانونية للوقف أهم وظائف الإدارة سواء كانت الادارة العليا أو الادارة المباشرة فلكل منهما دور هام فى توفير هذه الحماية ، فالإدارة العليا تقوم بحماية الوقف من الأخطار التى تهدد وجوده أو تقتضى على استمراره أو تشكل تضعف من كفاءته ، أما الإدارة المباشرة فتدافع عن الوقف ضد من يدعى حقا عليه كما تقوم بتمثيله قانونا فى كافة المعاملات التى يكون الوقف طرفا فيها .

- فأهم أسباب قيام الادارة العليا للوقف هو توفير الحماية له من الناحية القانونية وقد عبر عن ذلك القاضى الذى كان له السبق فى إنشائها بقوله " أرى أن أضع يدى عليها حفظا لها من النوء والتوارث " (١) أى حفظا لها من الضياع والنسيان فتمتد

١ - الكندى / الولاة وكتاب القضاة ص ٢٤٦

إليها يد الورثة ، لذلك قام هذا القاضى بإنشاء ديوان لتسجيل الأوقاف ، وصار من المتعارف عليه أن يتولى القضاة النظر فى الأوقاف وحفظ أصولها (١) حتى تكون معلومة ولم يمض وقت حتى أصبح ديوان الأوقاف من أعظم الدواوين لكثرة الأوقاف التى تم تدوينها وحفظها .

* ومنذ ذلك الوقت صار حفظ الوقف مسئولية الإدارة العليا ومحل مسائلة لها إذا ما قصرت فيه وقد يصل الجزاء إلى تجريد المسئول عنها من وظائفه المتعلقة بالوقف وبغيره ، حيث كان القاضى وهو المسئول بحكم وظيفته عن هذه الإدارة لا يستقر فى عمله ولا يطمئن الناس إلى عدله إلا إذا قام بواجبه تجاه الوقف بحفظه وحمائته ، فإذا قصر فى ذلك كان هذا مبررا لعزله من الاشراف على الوقف ومن وظيفة القضاء ، فتم عزل أحد القضاة الذى أهمل فى حفظ الوقف بل كان يساهم فى إبطاله (٢) .

لذا عمل القضاة وهم من تولوا الإدارة العليا للوقف بحكم وظيفتهم على توثيق جميع الأوقاف ليمنع الرجوع فيها وإيجاد لها سنداً قانونياً للمحافظة عليها ، فمنهم من قام (تولى من عام ١٩٩ - ٢٠٤ هـ) بالقضاء فى جميع أوقاف مصر بحيث لم يترك وقفا واحداً إلا وقضى فيه بأحد أمرين إما ببينة أو بإقرار أهله (٣) ، بينما قام آخر بالمرور على الأوقاف ومشاهدتها بنفسه ثم سجلها بخط يده (٤) حتى لا تمتد إليها يد الورثة أو يتقدم الزمن عليها فينسى وقفها فشكل ذلك حماية قانونية للوقف .

* وكما تحافظ الإدارة العامة على الوقف من الضياع أو التوارث فإنها تحافظ عليه من مخاطر نقضه برجوع الواقف نفسه فى وقفه - عند من يجيزون له ذلك - فيقوم ببيعه أو هبته أو رهنه أو توريثه ، إلا أن من أجاز ذلك استثنى الحالة التى تضع فيها الإدارة العليا يدها على الوقف ويكون ذلك بأن يتصل قضاء القاضى بالوقف ويدخل فى حمايته فإن ذلك يمنع الواقف من الرجوع ويصبح الوقف لازماً (٥) ، وذلك

١ - السيوطى / حسن المحاضرة فى أخبار مصر والقاهرة ج ٢ ص ١٦٧ - البابى الحلبي - القاهرة ١٩٦٧

٢ - الكندى / الولاية وكتاب القضاة ص ٣٧٢ - مرجع سابق

٣ - الكندى / الولاية وكتاب القضاة ص ٤٢٤ هـ - مرجع سابق

٤ - المرجع السابق / ص ٤٥٠

٥ - الكاسانى / بدائع الصنائع ج ٥ - ص ٢١٨ - دار الكتاب العربى - بيروت ١٩٨٢ ، السرخسى /

المبسوط ج ١٢ ص ٢٧-٢٨ - دار المعرفة - بيروت ١٩٨٦

لاستكمال الحماية القانونية للوقف من كافة الأطراف التي يخشى منها على استقرار
الوقف ودوام الانتفاع به .

- وتكملة لدور الادارة العليا للوقف فى توفير الحماية القانونية له تقوم الادارة
المباشرة بنوع من هذه الحماية أيضا فى حدود اختصاصها حيث يقوم من يتولى هذه
الادارة بتمثيل الوقف قانونا فى كل العلاقات القانونية مع الغير سواء كان هذا الغير
يشكل خطورة على الوقف كمن يريد أن يغتصب الوقف أو يغتصب غلته فيتصدى له
بالوسائل القانونية المتاحة ، أو كان أحد المتعاملين مع الوقف كمن يؤجر الوقف أو
يعمل فيه أو من يبيع للوقف أو يشتري منه ، أو أحد المستحقين كمن يدعى عدم
حصوله على حقه أو يطعن فى ذمة من يتولى إدارة الوقف أو عدم الالتزام بشروط
الوقف .

فالوقف باعتباره تصرفا قانونيا لا بد من قيام شخص بتمثيله قانونا وببذل كل ما فى
وسعه فى مواجهة أى من هؤلاء ويكون خصما للمعتدى أو لمن يدعى على الوقف
ويدعى هو على من يري أن للوقف حق عنده ، وذلك بنفسه أو بتوكيل من ينوب
عنه كالمحاميين ويدفع أجورهم من غلة الوقف وهو ما عبر عنه الفقهاء بأن على من
يتولى هذه الادارة " حفظ الوقف ، وعمارته وإيجاره وزرعه ، ومخاصمة فيه " (١)

٢- الحماية المادية للوقف

يمتد نشاط التنظيم الادارى للوقف من العمل القانونى إلى أرض الواقع حيث لا
تقتصر الحماية التى يوفرها للوقف على الحماية القانونية السابق الإشارة إليها بل
يشمل الحماية المادية وهى حماية الأعيان والأموال الموقوفة من الإهمال الذى قد
يؤدى إلى تعطلها عن العمل ، فيتخذ كل الوسائل التى تمنع تعطله ليبقى عامرا محققا
الحكمة من إنشائه وهى الإنفاق على الجهات الموقوف عليها وعدم تعطلها ، وهذا
النشاط تقوم به الادارة العليا والإدارة المباشرة كل فى اختصاصه وفى حدود دوره .

¹ - ابن النجار / منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٢ - دار العروبة - مصر ١٩٦٢

- فالإدارة العليا قامت في الأصل لحماية الأوقاف من إهمال المتولين عليها وقد أشار إلى ذلك أيضا القاضي الذي أنشأ هذه الإدارة فالإهمال هو الثواء الذي أشار إليه هذا القاضي فهو يعنى التعطيل وعدم الاستفادة (١) ، حيث يترتب على تعطل الوقف وإهماله من الناحية المادية نفس النتائج التي تترتب على ضياع السند القانوني للوقف فالإهمال المادى يترتب عليه عدم جدوى الوقف وعدم الاستفادة منه وعدم توفير الحماية القانونية للوقف تؤدي أيضا إلى تعطل الوقف وعدم الاستفادة منه .

لذلك نالت أعيان الوقف أكبر قدر من الاهتمام ممن تولوا الاشراف عليها لإدراكهم أهميته بالنسبة للوقف ووظيفته ، وهذا ما جاء على لسان أحد القضاة الأوائل المشهود لهم بالاهتمام بتعمير الأوقاف ورعايتها فيقول : " لولا المرممة ما بقيت الأحباس لأهلها " (٢)، من هنا أولى هذا القاضي وغيره بوصفهم المسئولون عن الادارة العليا للوقف صاحبة الاختصاص بتوفير الحماية له من كلما يعيق دوره ومنها إهماله فقاموا بجهود المحافظة على مادة الوقف تفوق جهودهم في تسجيله ، فحددوا أوقاتا معينة ومنتظمة يتفقدون فيها الأوقاف ، ووضعوا عقوبات توقع على كل من يدير وقفا يوجد به خلل لأن ذلك دليلا على إهماله (٣) .

- أما الإدارة المباشرة وبوصفها المتصلة مباشرة وبصفة مستمرة بالوقف وينصب عملها على عين الوقف ومادته فإن أول ما يجب على من يتولى هذه الادارة المحافظة على أصل الوقف لأن نظام الوقف يقتضى المحافظة على أصله وبدون ذلك لا يكون وقفا (٤) فكان هذا الأمر محل اتفاق بين الفقهاء (٥) فبه يستمر وصول ثواب الوقف إلى الواقف طالما ظل الوقف باقيا وهو مقصوده من الوقف (٦)، ويستمر نفع المال الموقوف لما خصص له ، ويقوم من يتولى الادارة المباشرة بالحماية

1 - محمد بن أبي بكر الرازي / مختار الصحاح ص ٩٠ - دار الكتاب العربي - بيروت

2 - الكندي / الولاة وكتاب القضاة ص ٣٩٥

3 - المرجع السابق / ص ٣٨٣

4 - الشوكاني / نيل الأوطار ص ٤٠٢

5 - النورى / روضة الطالبين ج ٥ ص ٣٤٨ - مرجع سابق ، المرغيناني / الهداية ج ٣ ص ١٣ -

المطبعة الخيرية - القاهرة، الخطاب / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٠ دار الفكر - بيروت

6 - الاسعاف ص ٤٧

المادية للوقف فى جميع الأحوال حتى لو أشترط الواقف عكس ذلك فلا يعتد بشرطه (١) .

* وهذا الالتزام لأهميته تشترك فيه الإدارة العليا مع الإدارة المباشرة بحيث تكون الإدارة المباشرة محل مراقبة من الإدارة العليا فإذا قصر من يقوم بالإدارة المباشرة فيه ألزم على القيام به بعد أن ينال ما يستحقه من العقاب ، وقد وضع الأساس لذلك القضاة الأوائل ممن تولوا الاشراف على الوقف حيث كان نصيب من يهمل فى عمارة الوقف وصيانته الضرب عشر جلدات (٢) لأن ذلك كما قلنا يتعلق بالمصلحة العليا للنظام بأكمله ، وهذا الواجب مقدم على الصرف على الجهات الموقوف عليها (٣) ، أى يجب تقديم نفقات الصيانة على أى نفقات أخرى لأهميتها للوقف واستمراره

٣- إعادة إحياء الأوقاف المتعثرة

يرجع السبب فى وجود الإدارة العليا للوقف كما قدمنا حماية الأموال الموقوفة التى هى قوام النظام كله ، لذلك تعمل هذه الإدارة على إعادة نشاط الوقف الذى يتعطل بصفة نهائية بحيث لا يمكن إعادته بذاته للعمل مرة أخرى بالترميم والإصلاح كما فى الحالة السابقة فتقوم الإدارة العليا ببيعه وإحلال وقف آخر مكانه حتى لا تتأثر المصالح المرتبطة به بفقدانها مصدر التمويل المخصص لها وهذا ما عرف بالاستبدال .

فليس من المصلحة أن يكون هناك وقف تعطل نهائيا أو لم يعد دخله يفى بنفقات تشغيله كأرض زراعية لم تعد صالحة للزراعة ثم تترك هذه الأرض لا يستفيد منها أحد فذلك يتناقض مع الحكمة من الوقف ، فالواجب فى مثل هذه الحالة أن تباع هذه الأرض ويشتري بئمنها أرض صالحة يمكن زراعتها والاستفادة منها ، ولكن لخطورة هذا التصرف وما يمكن أن يتخذه البعض نريعة للاستيلاء على الأوقاف ذات الأهمية الخاص لموقعها داخل الحيز العمرانى مثلا أو لقربها منه قرر الفقهاء أن هذا التصرف لا يقوم به إلا القاضى (٤) ولا يسلب أحدا هذا الحق من القاضى

١ - حاشية ابن عابدين / ج ٣ ص ٥٢٠ - المطبعة العثمانية - الأستانة

٢- الكندى / الولاة وكتاب القضاة ص - مرجع سابق

٣ - الاسعاف / ص ٤٧

٤ - حاشية ابن عابدين / ج ٣ ص ٥٣٥

حتى لو كان الواقف نفسه ومن حق القاضى إجراء هذا التصرف حتى لو اشترط الواقف عدم الاستبدال (١)

٤- الاحتياط عند إجراء التصرفات الخطرة

امتدادا لدور الإدارة العليا للوقف فى استمراره وتحقيق الحماية المطلوبة للأموال الموقوفة وامتدادا لدور الادارة المباشرة فى استمرار نشاط الوقف وعدم تعطيله تشترك الإدارتين فى القيام ببعض التى تجرى على الوقف ويترتب عليها خطورة قد تقضى عليه نهائيا أو تؤثر عليه فترة طويلة من الزمن إلا أنها مع ذلك ضرورية للوقف ولا بد من إجرائها لمصلحة الوقف فاقتضت الحكمة ألا تقوم الادارة المباشرة بهذه التصرفات إلا تحت إشراف الإدارة العليا للوقف وبموافقتها .

فإذا احتاج الوقف إلى عمارة أو صيانة ولم يتوافر المال اللازم لذلك فليس هناك سبيل أمام الإدارة المباشرة إلا الاستدانة على الوقف لتتمكن من صيانته وترميمه ، ولكن قد تؤدي الاستدانة إلى الحجز على الوقف وبيعه للوفاء بالدين إذا تعذر السداد ، لذلك لا يجوز الاستدانة على الوقف إلا للضرورة الملجئة كأن يكون الوقف على وشك التوقف عن العمل كمنبنى يحتاج إلى ترميم وإلا تهدم ولا يوجد مال ينفق منه على عمارته فهنا يجوز الاستدانة لمصلحة الوقف ولا يكون ذلك إلا بإذن القاضى (٢) صاحب الإدارة العليا وقد يستعين بأهل الخبرة للموازنة بين مصلحة الوقف وخطورة هذا التصرف .

وفى حالات أخرى تستلزم تدخل الإدارة العليا لتصحيح خطأ يترتب على عدم تصحيحه الإضرار بالوقف ، فعندما يكون الوقف مهددا بالتعطل بسبب شروط اشترطها الواقف كأن يشترط عدم تأجير الوقف ولا سبيل لاستثماره إلا بتأجيله أو يشترط أن تكون مدة الإيجار قصيرة ولا سبيل إلى تأجيله إلا لمدة أطول من المدة المشترطة ، ففى مثل هذه الحالات ولمصلحة الوقف وعدم تعطله تقوم الادارة العليا بالسماح للإدارة المباشرة بتأجيله أو بمد مدة الإيجار رغم الشرط عدم جواز ذلك (٣) .

١ - ابن نجيم / أنفع الوسائل ص ١١٦ - مطبعة الشروق - مصر ١٩٢٦ م

٢ - حاشية ابن عديين / ج ٣ ص ٥٨٠ - مرجع سابق

٣ - الاسعاف / ص ٥٣

٥ - استغلال الوقف

استغلال الوقف هو جوهر عمل الإدارة التنفيذية ومحل إشراف الإدارة العليا ، وكانت جميع الأعمال السابقة للتمهيد لاستغلال الوقف بطريقة طبيعية لتقديم خدماته التي كانت الهدف من إنشائه ، فعمارة الوقف وصيانته وهي الحماية المادية للوقف تهدف لإبقاء الوقف صالحا للاستغلال ، والحماية القانونية للوقف هي لتوفير الظروف الملائمة لاستغلال الوقف وفي بعض الحالات تشكل التصرفات القانونية نوعا من الاستغلال كالدخول في صفقات بيع أو شراء لمصلحة الوقف ، فالهدف الأساسى هو استغلال الوقف لتحقيق منافع تعود على المستحقين وكل ما سبق هو لتوفير الظروف الملائمة لهذا الاستغلال .

لذلك تقوم الإدارة التنفيذية برعاية الوقف واستغلاله بكافة أساليب الاستغلال المشروعة تحت إشراف ورعاية الإدارة العليا ، وهذا الاستغلال قد يكون مباشرا كزراعة الأرض أو بالإيجار للغير وقد كان الإيجار هو الغالب على استغلال الوقف فى الماضى نظرا لأن غالبية الوقوف كانت عقارات (١) ، وإذا قام بزراعة الأرض بنفسه فإنه يحمل الوقف ما ينفق على الزراعة من بذور وأسمدة وأجور عمال وآلات وغير ذلك (٢) .

ويلزم فى أى تعامل يتعلّق بالوقف أن يبتغى من يقوم به مصلحة الوقف فقط ، فلا يحابى أحدا على حساب الوقف ولا يضع نفسه موضع التهمة فلا يجوز لمن يقوم بخدمة الوقف أن يؤجره لنفسه مثلا أو لأحد أولاده (٣) ، ولا يقدم على أى تصرف يشكل خطورة على الوقف إلا فى حالة الضرورة الملجئة وبإذن الإدارة العليا كما قدمنا ، ولا يرهن الوقف لأن الرهن يؤدي إلى فوات منفعة الوقف (٤) .

1 - عبد الحليم عمر / نظام الوقف الإسلامى والنظم المشبهة فى الغرب ص ٢٥ - مرجع سابق

2 - ابن نجيم البحر الرائق ج ٢ ص ٢٦١ - دار الفكر - بيروت ١٩٨١

3 - الاسعاف ص ٥٣

4 - المرجع السابق ص ٤٨

المطلب الثالث

تنمية الوقف وحماية ثروته

بدأ الوقف بسيطا ببساطة المجتمع الاسلامي حيث كانت الأوقاف على عهد النبي صلى الله عليه وسلم معدودة وفي مجالات قليلة ، وما أن توفي النبي حتى أقبل صحابته على الوقف فلم يبق أحد منهم ذو مقدرة على الوقف إلا وقف ولكن لم يخرج الوقف عن المجالات التي نشأ من أجلها ، ويخرج الاسلام من الجزيرة العربية وتطور المجتمع وتزايد حاجاته نما الوقف وامتد نشاطه الى مجالات لم تكن معروفة من قبل .

وبعد أن أصبح الوقف ثروة هائلة من ثروات المجتمع كان ضروريا وضع ضوابط للمحافظة على هذه الثروة والمحاسبة عليها حتى لا تمتد إليها يد الفساد فتم وضع ضوابط محددة للرقابة على إدارة الوقف ومعاينة كل من يتسبب في الاضرار بالثروة الوقفية لحماية الوقف من أي تصرف يضر به وبالمصالح الموقوف عليها ، ومن ثم كان من القواعد الأساسية لنظام الوقف العمل على استغلال طاقة المجتمع وتوجيهها للوقف واستغلال طبيعة الوقف وقابليته لدوام التنمية المستمرة ، ووضع ضوابط لإدارة الأوقاف ومحاسبة المتولين عليها .

أولا : عوامل تنمية الوقف

إذا كان الوقف خاصية ملازمة للمجتمع الاسلامي منذ نشأته فإن التنمية المستمرة للأوقاف خاصية ملازمة لها ، فباعتبار أن الوقف قربة إلى الله تعالى يعتمد على نصوص شرعية تدعو إليه فذلك يؤدي إلى الاقبال المستمر عليه ومن ثم تنميته ، وهو في ذاته يقتضى عدم التصرف في أصله مما يعنى الابقاء على هذا الأصل وذلك يؤدي أيضا إلى تنمية الأوقاف وتزايدها يوما بعد يوم ، وكانت مرونة الوقف سببا في امتداد نشاطه إلى العديد من المجالات فتنوع نشاطه مما ساعد أيضا على التنمية المستمرة له .

أ - القرية في الوقف وأثرها

لم يتفق الفقهاء حول شيء في الوقف سوى اتفاقهم بأنه يجب أن يكون غرضه قرية إلى الله تعالى (١) ، فهو عمل يتقرب فيه الإنسان إلى ربه بتقديم المساعدة إلى غيره لذا عد نوع من أنواع الصدقات ويستند في مشروعيته إلى النصوص الشرعية التي تدعو إلى الصدقة بوجه عام وإلى النصوص الخاصة به ، وهذه النصوص تخاطب المكلفين بها في كل العصور وبحول كل من يسمعها ويتأثر بها إلى الاستجابة لما تدعو له أملا في التقرب إلى الله بهذا العمل ، وهذا يؤدي إلى الإقبال المستمر على الوقف النابع من الدافع الديني للأفراد جيلا بعد جيل فيكون بذلك ثروة هائلة من الأوقاف على مر السنين .

فهناك بعض النصوص التي قرن النبي صلى الله عليه وسلم بينها وبين الوقف وبين أن تطبيقها يكون عن طريق الوقف كقوله تعالى " لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " وقد فسر النبي أن أفضل تطبيق لها بأن يقف الإنسان ماله لينتفع به الناس بعد أن سألته أحد الصحابة عن البيان الذي يريد أن ينفق فيه فقام النبي بتوجيهه إلى الوقف (٢) ، فكل من أرد أن ينال البر من الله بعد ذلك لا يحتاج إلى سؤال بل يقوم بوقف بعض ثروته لينفع بها الناس بعد أن بين النبي الوجه الذي يريد الله تعالى أن ينفق فيه .

ويتبين أثر النصوص الداعية إلى الوقف في إقبال المسلمين عليه في العصور اللاحقة لنشأته حتى لو كان ذلك على عكس إرادة أصحاب بعض الولايات ممن لهم علاقة مباشرة بالوقف تجعله يتأثر بأفكارهم مما يؤثر في تمتيته احتجاج أهل مصر في مواجهة من لا يؤيد فكرة الوقف ذاتها بهذه النصوص وأنها أهم دافع للإقبال على الوقف ، حيث قالوا له : " كيف تبطل أحباس المسلمين - الأوقاف - وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير فمن بقي بعد هؤلاء " (٣) ، فالدافع للوقف بطبيعة الحال هو الاقتداء بفعل النبي صلى الله

1 - مصطفى الزرقا / أحكام الوقف ج ١ ص ١٥ - مطبعة الجامعة السورية

2 - تفسير القرطبي / الجامع لأحكام القرآن ج ٤ ص ١٣٢ - دار الكتب المصرية ١٩٤٩

3 - الكندي / الولاية وكتاب الفضاة ص ٣٧٢ - مرجع سابق

عليه وسلم وصحابته وهذا الدافع هو ذاته الذى يحقق التنمية حيث يحرص الناس
جيلا بعد جيل على الاقتداء بهؤلاء .

ب- الطبيعة التراكمية للأوقاف

تحقق طبيعة الوقف التراكم المستمر فى الثروة الوقفية ، فالوقف ليس كغيره
من الصدقات تجمع ثم تنفق فى وجوها فلا يبقى منها شئ ، بل هو فى اللغة
والاصطلاح يعنى الحبس أى عدم التصرف فى الشئ الموقوف ، وعلى هذا الأساس
بمنع التصرف فى كل وقف يتم إنشاؤه فتضاف الأوقاف الجديدة إلى الأوقاف القائمة
فيحدث التراكم التلقائى بمرور الزمان وتعاقب المحبسين عبر الأجيال ، فتتضخم
أملك الوقف من الأراضى والبساتين والمباني والمؤسسات وغير ذلك (١) .

وقد عزز من نمو الأوقاف القواعد التى وضعها الفقهاء لضمان استمرار الوقف
وعدم انقضائه وهى وجوب تقديم عمارة الوقف على أى شئ آخر حتى لو كان فى
ذلك مخالفة لشروط الواقف لأن غير ذلك يتعارض مع طبيعة الوقف الذى يقتضى ان
تبقى الأعيان الموقوفة سالحة على الدوام (٢) ، فعمارة الوقف وتقديمها حتى على
توزيع غلته على المستحقين تعزز من بقاء جميع الأوقاف واستمرارها عامرة نامية .
وكان من أسباب نشأة الإدارة العليا للأوقاف المحافظة على الوقف وضمان
استمراره ومن اغتصابه او توريثه كما عبر عن ذلك القاضى الذى أنشأ أول ديوان
للأوقاف ، ثم يأتى بعده من القضاة من يقف على تعميم الوقف بنفسه ويعلن أن
الهدف الأول والأهم لأى إدارة هى الإبقاء على الأوقاف فيقول " لولا المرممة ما
بقيت الأحباس " (٣) أى أن ما يتخذ من إجراءات يجب أن يكون هدفه الأول بقاء
الأوقاف .

ج - أثر مرونة الوقف على تنميته

ركز المسلمون على الوقف فى قضاء ما يستجد من ضروريات الحياة فلم يجدوا
أفضل منه لضمان دوام الإنفاق على الخدمات العامة التى تحتاج إلى الإنفاق الدائم

١ - أحمد الريسونى / الوقف فى الإسلام مجالاته وأبعاده ص ٢٣ - مرجع سابق

٢ - البهوتى / كشاف القناع ج ٢ ص ٤٥٥ - المطبعة العامرة - مصر ١٣١٩ هـ

٣ - الكندى - الولاة وكتاب القضاة ص ٣٩٥ - مرجع سابق

فتوسع الوقف فيما يمكن أن يعرف بالنمو الأفقى للوقف بامتداد نشاطه إلى مجالات عديدة بدأت فى العصر الأموى بالخدمات الصحية ثم امتدت فى العصر العباسى إلى الخدمات التعليمية كما رأينا ، وهكذا نمت الأوقاف وتكاثرت وتعددت تبعاً لمتنوع احتياجات ومتطلبات المجتمعات الإسلامية فأنشأت المساجد وأنفق عليها من الوقوف المخصصة لها وأنشأت المدارس والمستشفيات الوقفية وخصص لها من الوقوف الاستثمارية ما يكفى للإنفاق على الدارسين والمرضى وأصبح الوقف سبيلاً لقضاء حاجات الفقراء والغارمين وأبناء السبيل^(١) .

ونظراً لهذه المرونة التى يتمتع بها الوقف لم تنحصر خيراتاه على الخدمات الضرورية بل امتد لإنشاء بيوت الضيافة ووسائل الترفيه كإنشاء الاستراحات للمسافرين التى أنشأت فى الدولة العثمانية على الطرق الرئيسية التى يستفيد منها كل إنسان مهما كان دينه وتقدم فيها كافة الخدمات لكل من يأتيها لمدة ثلاثة أيام بالإضافة إلى حفر العيون على جوانب الطرق لسقية المسافرين^(٢) ، ولا يزال الوقف فى العصر الحاضر قادراً على مواجهة المستجدات من أوجه الصرف الحديثة مثل حقوق الإنسان وحماية المستهلك ورعاية المشروعات الصغيرة^(٣) نظراً لهذه المرونة .

ثانياً : حماية الثروة الوقفية

اهتم النظام الإسلامى منذ نشأت الدولة الإسلامية بحماية الأموال بصورة عامة من كافة أشكال الفساد وشكلت تنظيمات لمراقبة كل ما يتعلق بجمع الأموال وصرفها وأداء الأمانات المتعلقة بها ، وقبل ذلك تم وضع شروط فى كل من يتولى عملاً له صلة بالأموال حتى تكون عاملاً وقائياً من الجريمة قبل وقوعها ، وكل ما سبق تم تطبيقه على الوقف باعتباره نوع من الأموال التى تتعلق بها الكثير من المصالح العامة والخاصة ، فوضعت قواعد للوقاية من التعدى على الأموال الموقوفة ، وتم وضع الأوقاف تحت مراقبة جهاز الرقابة والمحاسبة الإسلامى ولكن ذلك لم يتم

١ - أحمد الريسونى / الوقف الإسلامى مجالاته وأبعاده ص١٣-١٤ - مرجع سابق

٢ - مجلة البحوث الإسلامية - المملكة العربية السعودية / أهمية الوقف وحكمته - الأول من جمادى الثانية ١٤١٣هـ - الجزء ١٣ الصفحة ٢٠٢

٣ - عبد الحليم عمر / نظام الوقف الإسلامى ص ١٥ - مرجع سابق

تقنيته والعمل بمقتضاه في العصور اللاحقة فظهر ضعف نظام المحاسبة في القواعد التشريعية وامتد ذلك على أرض الواقع ، مما أثر على نظام الوقف بأكمله وساهم في شن الحملات ضده ، وهذا ما سنبينه الآن :

أ - الإجراءات الوقائية لحماية الثروة الوقفية

يختلف النظام الاسلامي عن غيره من النظم باهتمامه بالعوامل الوقائية التي توفر الحماية المسبقة للأموال أكثر من الاهتمام بالوسائل العلاجية ، ومن أهم هذه العوامل ضمان نزاهة وكفاءة كل من يتولى عملا له علاقة بالأموال ومن بينها أموال الوقف ، لذلك وضعوا شروطا يجب توافرها في كل من يتولى الادارة المباشرة للوقف لضمان نزاهة وكفاءة هذه الادارة كخطوة أولى لحماية الثروة الوقفية ، ومن أهم هذه الشروط ضرورة توافر الكفاءة العقلية والكفاءة المهنية .

١ - الكفاءة العقلية

يلزم لحماية الثروة الوقفية أن تكون التصرفات التي تجرى عليها على درجة عالية من الحكمة وحسن التدبير وهذا لا يكون إلا إذا صدرت هذه التصرفات من شخص على درجة من الكفاءة العقلية تتمثل في القدرة على موازنة الأمور والاختيار بين البدائل وحسن التدبير حتى يتمكن من العناية بأموال الوقف ولا يكون سببا في إضاعتها أو الاضرار بها ، لذا يلزم أن يكون من يتولى إدارة الوقف بالغا عقلا .

فالبلوغ وهو اكتمال النضج العقلي وهو ما يعرف بأهلية الأداء شرط فيمن يتولى إدارة الوقف لأن غير البالغ غير مكلف وهو ممنوع من التصرف في أمواله فمنعه من التصرف في أموال غيره أولى^(١) فيمنع من ولاية الوقف ، حيث يحتاج التصرف في أموال الوقف إلى عمليات بيع وشراء وتوزيع أموال وصيانة وترميم وتأجير واستغلال ، ولا يستطيع القيام بذلك إلا شخص كامل العقل وهو البالغ .

ويلحق بالبلوغ العقل لأن الانسان قد يصل إلى سن البلوغ إلا أنه يظل غير أهلا للتصرف إذا كان مصابا بأفة في عقله تمنعه من حسن التدبير والتصرف فيظل عديم

١ - ابن نجيم / البحر الرائق ج ٥ ص ٢٤٤ - مرجع سابق ، النووي / روضة الطالبين ج ٥ ص ٤٥٨ - مرجع سابق ، البهوتي / كشف القناع ج ٢ ص ٤٥٨ - مرجع سابق ، ابن قدامة / المغنى ج ٥ ص ٦٤٧ ، ابن حزم / المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ - دار الأفاق - بيروت ٢٩٥

الأهلية أو تسلب منه إذا طرأ عليه عارض يفقده عقله بعد أن يكون قد بلغ عاقلا ،
لذا اتفق الفقهاء ^(١) أيضا على اشتراط العقل فى متولى إدارة الوقف كاتفاقهم على
اشتراط البلوغ لأن غير العاقل - المجنون - فاسد التدبير ليس أهلا لأى تصرف ولا
يترتب على عبارته أى أثر ولا يدرى ما يفعل فيمنع من إدارة الوقف الذى يحتاج
إلى عقلية راسخة .

٢- الكفاءة المهنية والأدبية

الكفاءة المهنية المطلوبة للمحافظة على أموال الوقف هى أن يكون من يتولى
إدارة هذه الأموال على درجة من الصلاح والمروءة تمنعه من القيام بأى عمل يضر
بالوقف أو المنتفعين به ، وأن يكون على دراية وخبرة بإدارة الأموال مهتديا فى
تصرفاته عليما بثئون الدنيا ، وهذا يكون قادرا على التصرف بحكمة وأمانة فى
أموال الوقف فلا يضر به من حيث لا يدرى ولا يخون الأمانة التى منحت له ، فإن
الولاية لها ركنان القوة والأمانة فإن كانت الحاجة فى الولاية الأمانة قدم الأمين مثل
حفظ الأموال ^(٢) كأموال الوقف .

وقد حدد الله سبحانه وتعالى الشروط التى يجب أن تتوافر فى كل من يلى عملا
متعلقا بالأموال وذلك فى قوله تعالى " قال اجعلنى على خزائن الأرض إنى حفيظ
عليم " ^(٣) فالحفظ يكون بالأمانة التى تصون المال وتوصل الحقوق إلى أصحابها ،
والعلم هو أن يكون تصرف الانسان فى الأموال بحكمة ودراية بشروط وضوابط
التصرف فى الأموال فينفع الوقف وينفع الموقوف عليهم ، لذلك اشترط الفقهاء
العدالة فيمن يتولى الولاية على الوقف لأن الولاية للنظر والمصلحة وليس من
المصلحة تولية الخائن ^(٤) .

ولا يكتفى بالعدالة لأن الانسان قد يكون عدلا إلا أنه لا يستطيع التصرف فى
الأموال أى ليس لديه القدرة على الإدارة ، فإذا كانت لا يجوز تولية الخائن لأنه ليس

١ - ابن نجيم / البحر الرائق ج ٥ ص ٢٤٤ مرجع سابق ، البهوتى / كشف القناع ج ٢ ص ٤٥٨ ، ابن
قدامة / المغنى ج ٥

ص ٦٧٤ ابن حزم / ج ٩ ص ٣٩٥

٢ - ابن تيمية / السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية ص ٢٥ - دار عالم الفوائد

٣ - سورة يوسف - الآية (٥٥)

٤ - حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٣١-٥٣٢

من النظر توليته فكذلك لا يجوز تولية العاجز لأنه ليس من مصلحة الوقف توليته لأن المقصود لا يحصل به (١) ، فإذا لم يوجد من يتمتع بالأمانة والقدرة المطلوبة فتكون التولية للأصلح فالأصلح ، وفيما يتعلق بالتولية على الوقف وما يشبهه : قال الفقهاء " فإن وصى اليتيم وناظر الوقف ووكيل الرجل فى ماله عليه أن يتصرف بالأصلح فالأصلح " (٢) أى أفضل من يجده ، لذلك إذا وجد أمين فى الأموال عدل فى كل ما يتعلق بها لا يمد يده إلى مال غيره لكنه يرتكب بعض ما نهى الدين عنه ألا أنه عليم بشئون الدنيا يعرف كيف يدير الأموال فهذا أفضل من يصلح لحفظ الوقف وتميمته وإدارته أو كما قيل " يكون من حظ بعض الأوقاف أن يكون فى إدارتها " (٣)

ب- نظام الرقابة على الثروة الوقفية

شكالت الأوقاف ثروة عظيمة للأمة الإسلامية فكان لازماً إيجاد نظام صارم للرقابة على هذه الثروة التى يتعلق بها الكثير من الحقوق العامة والخاصة فكان إنشاء إدارة عليا للوقف لمراقبة تصرفات الإدارة المباشرة أو ما يعرف بالنظار ، وبعد تطور نظام الرقابة فى الدولة الإسلامية كان من أهم اختصاصات أعلى سلطة رقابية وقضائية فى النظام الإسلامى الرقابة على الأوقاف والمحاسبة على كل ما يتعلق بها ، لضمان نجاح نظام الوقف بأكمله ولتحقيق الغاية التى أنشئ من أجلها وحماية المصالح الكثيرة التى ارتبطت به ، وبذلك تكون الرقابة والمحاسبة على الوقف قد مرت بمرحلتين ، الأولى : الرقابة الداخلية من الإدارة العليا للأوقاف الثانية : الرقابة من جهاز متخصص للرقابة على الأموال .

١- الرقابة الداخلية

تم تشكيل النظام الإدارى للوقف على أساس وجود إدارة مباشرة تقوم بإدارة كل وقف على حده حسب ما هو مخصص له وفقاً لإرادة الواقف ، ويشرف عليها إدارة عليا تمثل المجتمع تعمل على حماية النظام بأكمله وتقوم بمراقبة الإدارة التنفيذية المباشرة لكل وقف فيما تقوم به من تصرفات تتعلق بالمحافظة عليه واستثماره

١ - الإسعاف / ص ٤١

٢ - ابن تيمية / السياسة الشرعية ص ١٣ - مرجع سابق

٣ - أبو زهرة / الوقف ص ٣٧٥

وتتميمته وحفظ الحقوق المتعلقة به ، فكان السبب الأول لإنشاء هذه الإدارة هو مراقبة التصرفات التي تجرى على الوقف .

فحماية الثروة الموقوفة تكون بالاهتمام بها وعدم إهمالها أو تعطيلها بالإضافة إلى منع الاعتداء عليها أو غضبها ، وهذا ما دار في خلد قاضى مصر الذى تولى الاشراف على الأوقاف فقد برر ذلك بقولة " أرى أن أضع يدي عليها حفظا لها من الثواء والتوارث " لذا نجد القضاة الذين تعاقبوا على الاشراف على الأوقاف يباشرون مراقبتها ومحاسبة المتولين عليها إذا وجدوا أنهم قصرُوا في حفظها فكان منهم من يراقب الأوقاف فيمر عليها بنفسه ومعه معاونوه فإذا وجد تقصيرا في الإدارة ضرب المتولى عليها عشر جلدات (١)

بهذا تكون الرقابة على الأوقاف رقابة من قبل الجهة المشرفة عليها أى من داخل التنظيم الإدارى للوقف ، وهذه الرقابة لضمان نزاهة وجدية الإدارة المباشرة لذلك قام القضاة بمحاسبة المتولين على الأوقاف إذا اتهمهم المستحقون فى الوقف أو اتهمهم القاضى نفسه بأنه لم يؤدي الحق لهم فإن القاضى يتقصى الحقيقة فإذا لم يستدل على شئ يقوم بتحليفه (٢) ، وإذا كان المتولى غير أمين " قام القاضى بإجباره على تقديم الحساب المفصل وإن لم يقدمه قام بتحليفه اليمين ولا يجوز له حبسه " (٣) ، ولا شك أن هذا ضعفا شديدا فى الرقابة والمحاسبة يفرغها من مضمونها وهذا ما تسبب فى كثير من المشكلات التى ظهرت بعد ذلك ، كان الجميع فى غنى عنها لو تم الالتزام بمقتضيات الرقابة والمحاسبة الجادة على نتائجها .

٢- الرقابة الخارجية المتخصصة على الأوقاف

أنشأ المسلمون جهازا للرقابة العليا على الأموال فى الدولة الاسلامية وقام هذا الجهاز بمتابعة كل من له ولاية تتصل بشكل أو بآخر بالأموال كالعمال الذين يجمعون الخراج والموظفين الأمناء على بيوت الأموال ، ولما كانت الولاية على الوقف هى ولاية تتصل مباشرة بالأموال فقد أسند إلى هذا الجهاز مراقبة من يقوم

١ - الكندى / الولاة وكتاب القضاة ص ٣٨٣ - مرجع سابق

٢ - ابن نجيم / البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٣

٣ - المرجع السابق / نفس الموضوع

بهذه الولاية وإخضاع جميع أموال الوقف لرقابة هذا الجهاز وتطبيق كافة الاجراءات الصارمة التي يطبقها الجهاز فى العملية الرقابية للحفاظ على أموال الوقف .
فجدية القواعد الأصلية للرقابة التي فرضتها الدولة على أموال الوقف وشدة المحاسبة تتبين من إسنادها إلى ولاية المظالم التي بمقتضاها تكون الرقابة مباشرة بدون طلب أو شكوى من أحد لأنها ترتبط بحقوق المجتمع التي تتعلق بهذه الأموال ، وهى رقابة مستمرة فى جميع الأوقات تجعل الأوقاف خاضعة للتفتيش فى أى وقت كما أنها رقابة عليا تأتى من جهاز يعتمد على الرهبة فى عمله يتشكل من مجلس رهيب يضم كبار رجال الدولة والقضاة والعلماء وهو جهاز المظالم (١)

فمن أهم اختصاصات ولاية المظالم مشاركة الوقوف العامة أى المخصصة للأغراض العامة للمجتمع كالتعليم والصحة والإنفاق على الفقراء ، والخاصة أى المخصصة لفرد أو أفراد معينين فالأولى يقوم بمراقبتها ولو لم يطلب منه ذلك ليتأكد من أنها تسيّر وفقا للغرض الموقوفة لأجله ويتوصل إلى ذلك بالرجوع إلى ديوان الأوقاف لدى القضاة أو من دواوين الولاية والحكام فيتقصى آثارها أو بالبحث عن أصلها بأى وسيلة تؤكد رصد هذه الأموال للوقف ، لأن هذه الأوقاف ليس لها فرد معين يطالب بحقوقها بل هى حقوق للمجتمع وهو نائب عن المجتمع فى حفظ حقوقه فهذا من صميم عمله .

وقد جاء إخضاع الوقف لرقابة هذه الولاية لتعلقها بمصلحة الأمة التي لها أحكام شرعية خاصة لا تتم إلا بها ولا تتوقف على مدعى يطالب بها ولو توقفت على ذلك لفسدت مصالح الأمة واختل نظامها (٢) وقد ربط المسلمون أغلبية مصالح الأمة بنظام الوقف منذ حمله النبي صلى الله عليه وسلم عبء القيام بالمصالح الرئيسية والخدمات الضرورية كتوفير مياه الشرب وقضاء حاجة الفقراء من الطعام *ولعلنا بذلك نخرج بنتيجتين فى غاية الأهمية لموضوع هذا البحث يدور حولهما محور الإصلاح لنظام الوقف الذى سنتحدث عنه بعد قليل :

١ - الماوردى / الأحكام السلطانية والولايات الدينية ج ١ ص ٢٠٤ - دار الاعتصام القاهرة ، الفراء / الأحكام السلطانية ص ٢٩ - دار الكتب العلمية - بيروت

٢ - ابن قيم الجوزية / الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ٦٨٣ - دار عالم الفوائد

الأولى : أهمية الرقابة والمحاسبة وضرورة التركيز عليهما فى أى تنظيم للوقف وخطورة التساهل فى أى منهما ، ولولا ذلك لما أسند إلى هذه الجهة العليا فى التنظيم الإسلامى الاختصاص بمراقبة الأوقاف وحمايتها حيث لا تقل خطورة المساس بثروة الوقف عن خطورة جرائم الفساد الكبرى التى تهدد الأموال العامة لأن هذه الولاية تم إنشاؤها وتطويرها خصيصا لمكافحة الفساد⁽¹⁾ بكافة صورته وأشكاله .

الثانية : ضرورة تطوير نظام الرقابة والمحاسبة على الأوقاف لمواكبة تطور المجتمع وتطور أساليب الفساد المتعلق بالأموال ، حيث كانت الأوقاف فى بادئ الأمر بدون أى رقابة أو إشراف من الدولة ، ثم تم وضعها تحت الإشراف القضائى ، وبعد أن تم تطوير النظام القضائى وإنشاء جهة قضائية عليا تنظر فى أخطر الجرائم كان من أهم اختصاصاتها مراقبة الأوقاف والعمل على حمايتها وتنميتها .

- بالإضافة إلى ذلك يجب مراعاة الطريقة التى تتم بها مراقبة ثروة الوقف فيجب أن تكون هذه الرقابة بعيدة تماما عن السلطة التنفيذية ، و يجب ألا تكون رهنا بإرادة أحد بل يجب أن تكون عملا أصيلا تقوم به الجهة المستقلة التى تتولى الإدارة العليا للوقف كما سنرى لأن جدية الرقابة يتوقف عليها نجاح النظام بأكمله ويمنحه ثقة المجتمع وهذا يساعد على إقبال الأفراد على الوقف وتنمية الثروة الوقفية .

ج - ضعف القواعد الفقهية للمحاسبة على الوقف

جاءت القواعد التى وضعها الفقهاء للمحاسبة على الوقف على عكس ما تقتضيه أهمية هذه المحاسبة من شدة وصرامة تتناسب مع أهمية الوقف فى حياة الأمة كانت تقتضى ضبط إدارة الوقف لقطع الطريق على كل من تسول له نفسه خيانة الوقف أو استغلاله أو الإساءة إلى نظامه رغم وجود النظام الأصلى لهذه المحاسبة الذى وضعه الأولون والذى إذا تم وضعه موضع التنفيذ لما كانت القواعد الفقهية بهذا الضعف وعدم التنظيم والدخول فى تفاصيل لا تفيد الوقف بل تسببت له فى كثير من الأضرار وأدت إلى قيام منابر عديدة بالمطالبة بإلغائه ممن يفترض منهم رعايته

1 - آدم نوح القضاة / سياسة الإسلام فى الوقاية والمنع من الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد ج 1 - ص 214 - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - الرياض 6 - 8 / 10 / 2003

والدفاع عنه (١) وعلاج ما أثاره الطامعون فى الوقف من شكاوى وتظلمات بسبب سوء الإدارة وضعف المحاسبة .

فقد كانت القواعد التى تجرى عليها المحاسبة تفترض حسن النية وتغلب جانب الثقة على الشك وتحمل تصرفات الإدارة على إرادة الخير بدون دليل (٢) ، ولو كان الأمر كذلك حقا لما كان هناك داع لإنشاء الإدارة العليا للوقف منذ صدر الاسلام ولما سمعنا عن ضرب الذين أهملوا أو قصروا فى رعاية الأوقاف ، كما أدخل الفقهاء أنفسهم فى تفاصيل كانوا فى غنى عنها حيث فرقوا بين الناظر الأمين وغير الأمين وكأنهم لم يضعوا قواعد لاختيار النظار تمنع من اختيار غير الأمين ، ولم يوجبوا المحاسبة فى أوقات محددة ولم يضعوا قواعد للرقابة مع أن المفترض أن تكون الرقابة مستمرة ودائمة .

لهذه الأسباب وغيرها كانت القواعد الفقهية لمحاسبة النظار ضعيفة لا ترقى إلى أهمية الوقف فمثلا لم يلزموا ناظر الوقف ببيان ما تحت يده من أموال الوقف وما حصله من دخل وما أنفقه فى عمارة الوقف وصيانته طالما كان معروفا بالأمانة (٣) حتى لو ادعى ضياع أموال الوقف أو هلاكها بدون تقصير يقبل قوله بيمينه حتى لو لم يصدقه المستحقون أو القاضى ولا حتى يلزم بالحلف (٤) .

ولا يختلف الحال كثيرا عند محاسبة غير الأمين - رغم التحفظ على توليته - فرغم أنهم قرروا أن للقاضى إجباره على تقديم حساب مفصل إلا أنهم لم يمنحوا القاضى أى وسيلة تمكنه من إجباره على ذلك فلا يجوز للقاضى حبسه لإرغامه على تقديم الحساب فليس للقاضى سوى أن يحضره أمامه عدة مرات فإذا لم يقدم الحساب رغم ذلك يحلف اليمين (٥) وذلك رغم كونه غير أمين فما الذى يمنعه إذن من الحلف ، فليس فى ذلك أى فائدة من اليمين وليس فى ذلك أيضا أى وسيلة للإجبار .

١ - وزير الأوقاف المصرى الأسبق - محمد على باشا / محاضرة ألقاها بمحكمة استئناف القاهرة ١٩٢٧ ، رد عليه الشيخ محمد بخيت المطيعى - مفتى الديار المصرية الأسبق / محاضرة ألقاها فى ١٠ / ٢ / ١٩٢٧ - المطبعة السلفية ١٣٤٥ هـ

٢ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٣٩٧ - مرجع سابق

٣ - ابن نجيم / البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٢ - مرجع سابق

٤ - حاشية ابن عبيد / ج ٣ ص ٥٨٨

٥ - ابن نجيم / البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٢

لهذا ولغيره كانت القواعد الفقهية لمحاسب النظار ضعيفة لأنها قامت على حسن النية وحسن الظن لترغيب الناس فى إدارة الأوقاف مع أن الواقع أثبت غير ما يعتقدون ورغم ذلك استمرت الأحكام على ما هى عليه مع أنها كلها أحكام اجتهادية لم يرد بها نص من كتاب أو سنة بل قامت على حكمة ولم تثبت صحة هذه الحكمة ، وقد أثبتت التجارب أن محاسبة النظار يجب أن تكون على أساس الاحتراز من الخيانة ^(١) وليس فى ذلك طعن فى ذمة أحد أو عدالته فالعدالة تثبتها التجارب والأيام فهى ليست صفة يولد الانسان بها بل تثبتها التجارب ، فمن كان عدلا فإن عدالته تثبت من المحاسبة التى تبرئ ذمته ، ومن كان عدلا فإن خضوعه للحساب لن يقدح فى عدالته بل سيزيد الثقة فى تلك العدالة .

المبحث الثانى

قواعد إحياء نظام الوقف الخيرى وآليات تطويره

عندما يكون التدهور فى منظومة ما كاملا حتى وصل إلى مرحلة الانهيار شبه التام وترك الحال على ما هو عليه يؤدى إلى مزيد من الانهيار ، فإن أى إصلاح لهذه المنظومة يجب أن يكون شاملا لجميع مراحلها بمعالجة أسباب هذا الانهيار وتطوير كل مرحلة بما يسمح بقيام النظام مرة أخرى واستمراره ، وهذا ما ينبغى فعله عندما نتحدث عن إصلاح نظام الوقف حيث وصل هذا النظام إلى مرحلة لم تعد تصلح معها الحلول الجزئية أو الوقتية بعد أن كاد يصبح من الماضى ولم يعد له أثر إلا فى مجال واحد من مجالاته المتعددة بسبب التدخلات التى لا تتفق مع طبيعته .

وتجدر الإشارة إلى أننا لا نقصد بالوقف المراد إحياءه وتطويره ما هو قائم الآن وتديره وزارة الأوقاف فليس هذا هو الوقف الذى جاءت به الشريعة وطبقه المسلمون وعرفه المجتمع على مر التاريخ ، بل هذا الذى نراه الآن إنما هو شأن حكومى أصابه ما أصاب الأجهزة الحكومية من إهمال على الحكومة أن تصلحه إن أرادت إصلاحه فى إطار الإصلاح الشامل للجهاز الإدارى للدولة ، لأن نظام الوقف الحقيقى ليس حكوميا بل هو نظام من المجتمع ترعاه الأمة ويعود نفعه عليها ولا

١ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٤٠٤

ينحصر دوره فى إنشاء المساجد ورعايتها بل يمتد ليشمل كل ما تحتاج إليه الناس فى معيشتهم .

لذلك فإن عودة نظام الوقف الحقيقى إلى سابق عهده يجب أن يعتمد على القواعد الأساسية التى وضعها الرسول صلى الله عليه وسلم من خلال توجيهاته للصحابه الذين استجابوا لدعوته للوقف واستتباط ما تشير إليه هذه التوجيهات للاستفادة منها فى إعادة إحيائه ، ثم ننقل إلى مرحلة نشاط الوقف لنض قواعد إصلاح الإدارة التى تسهر على هذا النشاط ووسائل إعادتها إلى الأصل الذى كانت عليه قبل التدخل المباشر فيها من الدولة حيث شكل ذلك أهم أسباب تدهور الوقف ، ثم ننتهى إلى تحديد عوامل تنمية الوقف وكيفية تحقيقها ووضع قواعد الرقابة الصارمة على أموال ومشروعات الوقف لتحقيق المحاسبة الجادة والفورية .

بناء على ما سبق يكون الحديث عن كيفية إصلاح نظام الوقف وتطويره فى

ثلاثة مراحل نخصص لكل مرحلة منها مطلباً ، على النحو التالى :

المطلب الأول : إحياء الوقف وتحديد قواعد إنشائه

المطلب الثانى : التنظيم الإدارى الشامل للوقف

المطلب الثالث : تنمية الوقف وحمايته

المطلب الأول

إحياء الوقف وتحديد قواعد إنشائه

تتوقف الخطوة الأولى فى إصلاح نظام الوقف على التغلب على الصعوبات التى تواجه إنشاء الأوقاف وتنظيم عملها فبدون ذلك يكون الكلام نوعاً من العبث ، فعندما يحجم الناس عن الوقف ويصبح الكثير منهم لا يعلم شيئاً عنه إلا عن وقف المساجد وما يوقف عليها فهذا لا شك يوجب البدء أولاً بنشر ثقافة الوقف وتعريف الناس بحقيقته ودعوتهم إليه وبيان ما يمكن أن يقدمه لهم من خدمات وما يحققه لهم من مصالح ، ويلحق بذلك بيان الطريقة التى يتم بها إنشاء الأوقاف الجديدة وتحديد قواعدها لتكون مواكبة للتطور الذى وصل إليه المجتمع .

وعلى ذلك تكون عملية إحياء الوقف تبدأ بالدعوة إليه وترغب الناس فيه ، ثم بيان أهميته ، ووضع القواعد التي تحقق المصالح المنتظرة من هذا النظام والتي تتفق مع قواعده المستمدة من مصادره الأصلية .

أولا : إحياء ثقافة الوقف والدعوة إليه

يجب البدء أولا بإحياء ثقافة الوقف والدعوة إليه كما دعا إليه النبي صلى الله عليه وسلم حيث وصل حال الوقف الآن إلى درجة قريبة جدا مما كان عليه قبل بداية ظهوره وتنظيمه كمؤسسة متعددة الأنشطة على يد النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد كان الوقف قبل الاسلام وقبل دعوة النبي إليه يقتصر على الوقف على المعابد ، ففي مصر مثلا وهي من نأمل أن تشهد أول تطبيق لإصلاح الوقف كما شهدت أول تطبيق للنظام الإداري الشامل له كان يوجد بها وقف على دور العبادة قبل الاسلام ، فقد وقف رمسيس الثانى أرضا شاسعة على أحد المعابد وأعلن عن هذا الوقف وأجرى مراسمه فى العلن أمام الناس - وكأنه يدعو الناس إلى الوقف - ففعلوا مثله (١) ، وفى الوقت الحالى اقتصر الوقف على المساجد منذ أن تدخلت الحكومة منذ بداية الخمسينات من القرن الماضى بقوانين متعاقبة كان نيتها أن ألقع الناس عن الوقف إلا فى وقف المسجد وما يوقف عليها (٢) .

لذلك فإن إحياء يجب البدء لإحياء الوقف بمعناه الحقيقى يستوجب القيام بما قام به النبي صلى الله عليه وسلم أولا حين بدأ بالدعوة إلى الوقف والترغب فيه فذلك أمر لازم لإحيائه مرة أخرى ، فقد استخدم النبي فى ذلك أسلوب الترغب فى الوقف ووعد من يفعله بجائزة كانت هى غاية ما يتمناه كل من يوجد فى المدينة فى ذلك الوقت وهى الفوز بالجنة فوعد به من يقف بئر رومه بالجنة فاستجاب له عثمان واشترى البئر ووقفه ، وعلى ذلك يجب اتخاذ الوسائل التى تحفز الناس على الإقبال على الوقف وتضمينها فى الدعوة إليه .

ويجب مراعاة أن تكون الدعوة علنية تصل إلى الجميع فقد كانت دعوة النبي للوقف علنية موجهة لجميع أفراد المجتمع حيث قال " من يقف بئر رومه " وكانت

١ - شفيق شحاته / تاريخ القانون المصرى القديم ص ٩٠ - المطبعة العالمية - القاهرة
٢ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٤٧

تلك الدعوة كافية في هذا الوقت لإعلام الجميع بها حيث كان المجتمع صغيرا من شأن هذا النداء أن يصل إلى جميع أفرادهِ ، وهذا بوسع الدولة أن تقوم به الآن حيث تمتلك من وسائل الاعلام ما يمكنها من إيصال دعوتها إلى الجميع وبهذه الوسائل أيضا تتمكن من التأثير في سلوك الأفراد وتوجهاتهم ، بشرط أن تُعطي للدعاة المخلصين مساحات حقيقية في وسائل الإعلام هذه للتركيز على فضل الوقف وأهميته في حياة الجماعة وما يترتب عليه من ثواب للواقف عند الله تعالى حيث يحمل معنى الإيثار والتعاون على البر والخير .

فالوقف في ذاته يحمل كل معاني التدين والوطنية ، فهو قبل كل شيء عبادة يتقرب بها إلى الله تعالى وأدلتته من الكتاب والسنة وأفعال الصحابة تدفع من يسمعها إلى الاقتداء بها والعمل بمقتضاها ، وهو مستمد من الثقافة الإسلامية التي ظلت حتى الآن المكون الأساسي لثقافة هذه الأمة رغم المحاولات المتكررة لطمسها وقد استمر ملازما لهذا المجتمع ومطبقا على هذه الأرض مئات السنين ، وهو مشروع وطني يكفي الدولة حاجتها ويحفظ لها كرامتها ويغنيها عن انتظار معونة أو منحة أو قرضا من هنا أو هناك ، فالدعوة إليه تثير الغرائز الدينية والوطنية وهذا ما يساعد في تحقيق الغاية من هذه الدعوة وإحياء فكرته في نفوس الأفراد بعد أن باتت غير موجودة .

وهذا الدور مفقود تماما في هذا الوقت فلا تقوم الدولة أو أي من مؤسساتها بأى دور للتوعية بالعمل الخيري أيا كان نوعه وقفا أو غيره فتوقف إنشاء أوقاف جديدة ، في حين تقدم العمل الخيري المشابه للوقف عند الأمم الأخرى من خلال التوعية المستمرة بالعمل الخيري في جميع وسائل الاعلام والمواقع الالكترونية والإجابات المستمرة على استفسارات الجماهير وتوجيه النصائح لمن يريد المساهمة وغير ذلك ^(١)، ولنا أن نتخيل لو قامت مثل هذه الحملات عندنا بنفس الأساليب المتنوعة والمتكاملة مع الفارق بيننا وبين تلك الشعوب في تمسك مجتمعنا بالتدين وتأثير الدين

فى سلوك الأفراد وميلهم إلى فعل الخير ولا ينقصه سوى إقياظ هذا الحس الدينى والوطنى .

ثانيا : أهمية نظام الوقف وأثرها فى إحياء نشاطه

يتوقف تقبل المجتمع لفكرة الوقف ومن ثم المساهمة فيه وإحياءه مرة أخرى على ما يمكن أن يحققه لهم من منافع وما يوفره لهم من خدمات ، وما يتمتع به من خصائص تمنحه القدرة الحقيقية على ذلك ومدى صلاحيته للبيئة التى ينتظر أن يمارس نشاطه فيها ، وكذلك مدى إمكانية مساهمة الفئات المختلفة من أبناء المجتمع فى قيامه على اختلاف مقدرتهم المالية وصلاحيته لجذب الأموال بكافة أشكالها ، وهذا ما يتوافر فى نظام الوقف دون غيره وهو ما يؤهله لتحمل هذه المسئولية ويساعد على نجاح جهود إحياءه .

أ- أهمية الوقف للمجتمع والدولة

بقراءة تاريخ الوقف منذ بدايته حتى استيلاء الدولة على الأوقاف نجد أنه قام على مدار هذا التاريخ الطويل بتقديم أهم ما يحتاج إليه الناس فى حياتهم ، بل يمكن القول إنه لم يوجد وينتشر بهذه الصورة إلا ليقوم بهذا الدور وذلك يتأكد بالرجوع إلى النصوص والتطبيقات الأولى للوقف فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم حيث قام فى هذه الفترة بتوفير الطعام والشراب من خلال وقف الآبار والأراضى الزراعية والسلاح وهذا كل ما كان يحتاج إليه المجتمع فى هذا الوقت وجاء ذلك نتيجة لتوجيهات النبى صلى الله عليه وسلم .

فالدور الهام الذى قام به الوقف فى حياة المجتمع واعتمد فى ذلك على قدرات المجتمع الذاتية يؤكد أن هذا المجتمع كان مجتمعا إيجابيا اعتمد على قدراته فى توفير حاجاته ولم يلقى المسئولية كاملة على الدولة ، وأن الدولة فى الوقت الراهن يجب ألا تقحم نفسها فى كل شئ بل تترك مساحة لمساهمة المجتمع حتى لا تضيق مواردها عن تحمل ما ألزمت نفسها به فتفقد مصداقيتها ، فتشجع الدولة لنظام الوقف كما شجعه النبى والمسلمون من بعده لا يقوض شرعية النظام ولا يهدد سلطات الدولة بل

يقوى هذه السلطة ويزيد من شعبية النظام لدى الأفراد ويوثق علاقته بالمجتمع (١)، لأن الدولة التي يحرص النظام الحاكم فيها على راحة أبنائه ويتخذ كل الاجراءات الممكنة لتحقيق هذه الراحة لابد أن يكون جديرا بالثقة .

لذا يجد المتابع لنظام الوقف حرص الحكام والأمراء على المساهمة في الأوقاف ملحوظا على مر التاريخ للتقرب من الأفراد ونيل ثقة المجتمع بتحقيق راحته ، فكان أول من أدخل الوقف إلى الخدمات الصحية هو الخليفة الوليد بن عبد الملك (٢) وتبعه الخلفاء العباسيين ببناء المستشفيات والمدارس (٣) ، واستمر قيام الحكام بإنشاء الأوقاف للقيام بالشئون الهامة كلما استجدت حاجة مع تطور الحياة كان الحكام أول من يقومون بالوقف لتوفيرها ، فعند ظهور وسائل المواصلات الحديثة قام الحكام في الدولة العثمانية بتخصيص أوقاف للسكك الحديدية من أراضي ومباني لتأمين إنشاء خطوط السكك الحديدية والإنفاق على خدماتها (٤) .

لذلك كان للوقف قدسية لدى الحكام لا يجرؤ أحد على الاقتراب منها وكانت حرمة أمواله تفوق حرمة المال الخاص فلم يكن أحد يجرؤ على المساس بها لما يشكله من أهمية لدى المجتمع فكان المساس بالوقف بمثابة تهديد لمصدر تمويل مصالحه وحاجاته ، بعكس ما عليه الحال اليوم حيث أصبحت أموال الوقف مستباحة ، بينما كان في الماضي من يخشى على ثروته من الغضب يقوم بوقفها ولو صوريا لتتال الحماية التي تتمتع بها أموال الوقف (٥) .

٢- كفاءة الوقف لتحمل المسؤولية

تتصف آلية عمل الوقف بالعطاء المنظم والمستمر للخدمات والمصالح التي يقوم بتوفيرها والإنفاق عليها وهذا ما يميزه عن سائر أعمال البر والتكافل الاجتماعي ، وهذا معنى الصدقة الجارية التي عدها الفقهاء أصلا للوقف (٦) أي التي يستمر

١ - إبراهيم غانم / نحو تفعيل دور الوقف في توثيق علاقة المجتمع بالدولة - مجلة المستقبل العربي - العدد ٢٦٦ ص ٤٥ - أبريل ٢٠٠١

٢ - تاريخ الطبري / تاريخ الرسل والملوك ص ١٢٣٧ - بيت الأفكار الدولية - عمان - الأردن

٣ - ابن كثير / البداية والنهاية ج ١١ ص ١٢٦ ، ج ١٢ ص ٩٤

٤ - حسان حلاق / التاريخ الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في بيروت والولايات العثمانية ص ٢٨٣ -

بيسان - بيروت

٥ - أبو زهرة / محاضرات في الوقف ص ٢٦

٦ - شرح النووي على صحيح مسلم / ج ١١ ص ٧٥ -- مرجع سابق

عطائها ، وبذلك يحفظ للقطاعات الى يساهم فيها استمرار حياتها باستمرار المال الموقوف واستمرار عطاؤه ، لذا لم يجد المسلمون أفضل من الوقف لتوفير الحاجات التي لا غنى عنها كالخدمات الدينية بدءا من إنشاء المساجد مرورا بتعميرها والإنفاق على مقیمی الشعائر بها ، والخدمات الصحية والخدمات التعليمية وغيرها فهو يعتبر مصدر غير رسمي وغير تقليدي يتمتع بقدرة ذاتية في تحمل النفقات العامة ويخفف العبء عن الدولة (١)

فالأمان الذي يحققه الوقف في دوام الإنفاق على الخدمات التي يقدمها قد يكون أكثر من أن يكون هذا الإنفاق بيد الدولة ، لأن الدولة قد تقيم بعض المشروعات وتتفق على بعض الخدمات ثم تستجد أمور لم تكن في الحسبان وتظهر حاجات أخرى ذات أولوية لديها ولا تحتتمل التأخير فتعجز عن الاستمرار في الإنفاق على تلك الخدمات إذ ليس هناك موارد دائمة مخصصة لهذا للإنفاق ، أما الوقف فإنه مورد دائم ومخصص للإنفاق على مشروعات أو خدمات محددة لذا كانت وظيفته ضرورية في المجتمعات التي تعاني تدنى مستوى الخدمات الأساسية وعجز الدولة عن الوفاء بكل مسؤولياتها فيخفف الوقف عنها أعباء هذه الخدمات ويوفر لها مصادر لتمويل مشروعات أخرى والقيام بواجباتها الأساسية كالدفاع والأمن (٢) .

فالوقف لا يقتصر دوره عند إنشاء المشروعات الخدمية كالمدارس والمستشفيات وغيرها ثم يتركها تعمل بل هناك نوع آخر من الوقف ينفق على هذه الخدمات ، فالنوع الأول من الوقف هو الوقف المباشر الذي يقدم الخدمة مباشرة وهو المقصد الأساسي للوقف ويلزمه بطبيعة الحال نوع آخر من الوقف لا يقصد للوقف بذاته وهو الوقف الاستثماري الذي يخصص لإنتاج عائد يتم الإنفاق منه على الوقف المباشر ، لذا يختلف كل منهما عن الآخر في طريقة عمله فالأول يهدف إلى تقديم

١ - محمد عماره / دور الوقف في النمو الاجتماعي ص ١٥٥ وما بعدها - ندوة بعنوان " نحو دور تنموي للوقف " مجلة أبحاث - وزارة الأوقاف - الكويت ١٩٩٣

٢ - مصطفى عبد السلام / تفعيل دور الوقف في الوطن العربي - مجلة الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز ٢٠٠٧

الخدمة دون النظر إلى تكلفتها أما الآخر فإنه يبحث عن الربح كغيره من المشروعات الاستثمارية ليوفر للأول ثمن الخدمة التي يقدمها .

٣- عموم منافع الوقف وشموله

يختص الوقف في الجانب الأكبر منه بتقديم المنافع العامة التي لا يجوز التفاضل فيها بين الأفراد وهو ما يتحدد عند وضع قواعد الوقف ولكن الأصل الذي يجب مراعاته هو عموم منافع الوقف عندما يكون نشاط الوقف في الخدمات العامة فيجب أن يتمكن الجميع من الاستفادة به وهو ما أسسه النبي صلى الله عليه وسلم عند إنشاء وقف بئر الماء بقوله " فيكون دلاؤه كدلاء المسلمين " أي يكون الانتفاع به متساويا بين الجميع بمن فيهم الواقف نفسه ، وذلك يدفع الجميع للمشاركة في إنشاء الاوقاف لأن منافعها ستعود حتما عليهم لأن العمل الخيري وعلى رأسه الوقف من الناس وتعود منافعه على الناس فلا بد أن يكون لهؤلاء مشاركة فيه (١) ،

ويتميز الوقف بخصائص هامة تمكنه من جذب أكبر عدد من الأفراد وأكبر قدر من الأموال فهو لا يشترط شروطا معينة في الواقف بل يستطيع أي فرد أن يخصص بعض ما يملكه للوقف كما أنه يتجاوز الجهود الفردية إلى مرحلة العمل الجماعي الذي يتكاتف فيه الجميع لتحقيق النفع العام ، فلا يشترط أن يقوم شخص واحد بإنشاء الوقف بل يمكن أن يشترك أكثر من شخص في إنشاء أي وقف كل بما تيسر له ، وهذا يسهل عملية تكوين أموال الوقف التي يمكن تقديمها في صورة عقارات أو منقولات يتم تطويعها حسب نوع الوقف المراد إنشاؤه من قبل الجهة المشرفة على الوقف حيث تخرج عن ملكية الواقف بمجرد وقفها على الرأي الراجح (٢) مما يفسح المجال للجهة المشرفة على الوقف بتوجيهها كما تشاء بما يمكنها من الانتفاع بها بشئى الطرق .

ثالثا : تحديد قواعد الوقف في ضوء المصلحة العامة

تكتمل المرحلة الأولى من إصلاح نظام الوقف بوضع القواعد الأساسية لإنشائه وهى التى أسس لها النبي صلى الله عليه وسلم والتي اهتم بها الفقهاء وقالوا إن أى

١ - عبد الحلیم عمر / نظام الوقف والنظم المشابهة ص ٢١ - مرجع سابق

٢ - النووى / روضة الطالبين ج ٥ ص ٣٤٢ ، ابن قدامه / المغنى ج ٥ ص ٥٩٩ ، الاسعاف ص ٣

نظام بدون هذه القواعد لا يكون وفقا (١) ، لذا يجب أن تستقى قواعد الاصلاح من تلك التوجيهات حيث تحقق هذه القواعد الأصلية الغاية من الوقف وهى المصلحة العامة لذا يجب أن تحدد الجهة التى تقوم بوضعها وكذلك الموضوعات التى تنظمها .

أ - الجهة المختصة بوضع قواعد الوقف

كان طبيعيا أن يترافق وضع قواعد الوقف مع بداية هذا النظام لأن هذه القواعد هى التى تحدد ماهية النظام وطريقة عمله ، وبما أن نظام الوقف شرع أساسا لتحقيق المصلحة العامة للأمة فإن المسئول عن وضع هذه القواعد هى الجهة المسئولة عن هذه المصلحة فهى التى تحدد كيفية تحقيقها وأنسب الوسائل التى تتحقق بها ، لذلك قام النبى صلى الله عليه وسلم بوضع قواعد الوقف باعتباره المسئول عن كل ما يتعلق بالجماعة فى ذلك الوقت ويمثل كل السلطات بالتعبيرات الحديثة .

وبذلك تتمكن الدولة من وضع الشروط التى تراها تحقق الصالح العام المقصود من إنشاء الوقف باعتبار أنها المسئولة عن كل ما يتعلق بهذه المصالح بحيث يعتبر القبول بنظام الوقف موافقة وقبول ضمنى بهذه الشروط ، وهذا هو النظام الأنسب لتنظيم الوقف فى العصر الحاضر حيث لا يرجح أن يقوم شخص واحد بإنشاء وقف كامل نظرا لضخامة المشروعات لتتناسب أعداد المستفيدين سواء كانوا طلبة علم أو المستفيدين بالخدمات الصحية أو الضمان الاجتماعى ومن ثم من المرجح أن يشترك عدد كبير فى إنشاء المشروع الوقفى سواء الوقف المباشر أو الاستثمارى ، فيتم وضع نظام موحد من قبل الدولة منعا لتضارب الأهواء فلا يصلح أن يضع كل واقف ما يراه من شروط ، كما أن هذه المصالح لها نظام معين كنظام التعليم ونظام الصحة الذى تديره الدولة ، ويجب أن تلتزم المشروعات الوقفية بهذه النظم من الناحية الفنية ، وذلك عن طريق تحديد شروط الوقف ونظامه بواسطة الدولة .

ب- مضمون القواعد المنظمة للوقف

حدد النبى صلى الله عليه وسلم القواعد التى يجب أن تترافق مع إنشاء الوقف لتكتمل المرحلة الأولى من مراحلها ، وأولها تحديد ماهية الوقف أى متى يوصف

١ - الشوكانى / نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٠٢

تصرف الانسان بأنه وقفا ، فإذا تم ذلك جاء دور كيفية تكوين رأس مال الوقف والشروط التي تراها فيمن يريد أن يشارك في هذا النظام ، وتحديد من يستفيد من هذا الوقف ، وكل ذلك يجب مراعاته عند البدء في محاولة إحياء نظام الوقف لأن هذه القواعد هي من القواعد الأساسية والتي بدونها لا يكون النظام المشار إليه وقفا .

١- تحديد ماهية الوقف

الوقف هو الوقف لا يتغير من زمن لآخر فلا مجال للتغيير أو التبديل وإلا لما كان وقفا كما قال الفقهاء ، فهو حبس مال والتصدق بمنفعته أى تخصيص المال لأمر معين على ألا يستهلك هذا المال ولكن يستثمر ويستفاد بمنفعته فيقدم الخدمة مباشرة أو ينفق على الجهة التي تقدمها وينبغي أن يقتصر الوقف أولا على الوقف على الجهات العامة حتى تنتشر ثقافة الوقف ويعلم الجميع منافعه ولا يتخذ وسيلة للتهرب من بعض الأحكام الشرعية كأحكام الميراث وهو ما كان سببا رئيسيا للهجوم على النظام بأكمله .

وهذا ليس فيه مخالفة للقواعد الأصلية للوقف لأن الوقف على الذرية لا ينطبق قول النبي صلى الله عليه وسلم " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها " حيث لم يقصر عمر صدقته على ذريته بل كل ما أجاز له أن يأكلوا منها من غير اقتناء أى على قدر حاجتهم ، وعلى ذلك يكون منع الوقف الذرى فى أى قانون جديد للأوقاف غير مخالف لأصله فى الشرع ^(١) ، ويكون الوقف لخدمة المصالح العامة .

٢- تكوين رأس مال الوقف

يتم تكوين مال الوقف عن طريق إخراج جزء من الثروة وتخصيصه لغرض معين للوفاء بهذا الغرض ، لذا يلزم أن يكون المال الذى يخصص للوقف كافيا لتحقيق الغرض المقصود من الوقف وهذا الغرض تحدده الدولة حسب أولوياتها ، وقد سبق أن حدد الرسول صلى الله عليه وسلم غرض الوقف عندما دعا لتوفير مصدر لمياه الشرب فى المدينة لأنها كانت الأولوية الأولى للدولة فى ذلك الوقت ،

١ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٥٧ - مرجع سابق

وحدد الغرض من وقف حديقة عمر وهو إطعام الفقراء من ثمارها وكان مناسباً لذلك
وقف قطعة أرض يطعم من ثمارها هؤلاء الفقراء .

وقد كان يمكن لشخص واحد أن يتكفل بوقف يفى بالغرض المطلوب حيث كان
يتمثل في بئر واحد فقام عثمان بشراء هذا البئر ، فإذا قام شخص واحد بإنشاء الوقف
الذي حددته الدولة فيها وإذا كان الوقف المراد كبيراً كتوفير تلك الخدمة التي دعا
إليها النبي في الوقت الحاضر بحيث لم يكن بمقدرة أى فرد أو لم يتقدم أحد ممن
يقدرون على إنشاء الوقف بمفرده ، فيمكن ضم مجموعة من الأموال التي يتقدم بها
عدد من الأفراد لإنشاء هذا الوقف حتى يكون بمقدرة الجميع المساهمة في إنشاء
الأوقاف ولتسهيل إنشاء الأوقاف خاصة الكبيرة منها .

وتضع الدولة ما تراه من شروط في مصادر الأموال كأن تشترط أن يكون مالا
وطنياً أى من مواطنين مصريين أو من الجنسيات التي يسمح لها بالمشاركة في
المشروعات الوقفية كالجنسيات العربية مثلاً ليبقى الوقف نظاماً وطنياً لتمويل
الخدمات العامة كما كان في التاريخ الإسلامي ، وبذلك تتخلص الدولة من هاجس
التمويل الأجنبي لمنظمات المجتمع المدني ، ولم يتعرض الفقهاء إلى ديانة الواقف
فيصح الوقف من المسلم ومن غير المسلم كما يجوز أن ينتفع بالوقف المسلم وغير
المسلم^(١) .

٣- تحديد كيفية الاستفادة من الوقف

أتبع النبي صلى الله عليه وسلم دعوته إلى الوقف أو توجيهه إليه كمصرف
لصدقة من سألته عن مصرف لها بتحديد المستفيدين من هذا الوقف ، وقد كانت هذه
الأوقاف على خدمات عامة فكان الانتفاع بها عاماً فكان شرط النبي لمن يقف بئر
الماء أن يكون الانتفاع به لعموم المسلمين دون أى تفاضل ، وكذلك في وقف عمر
حيث اقتصر التوجيه على أن يخصص نفعه لمن تجوز عليه الصدقة بقوله " إن شئت
حبست أصلها وتصدقت بها " فالتصدق يكون في مصرف الصدقة لذا حدد عمر بعد

٣- سعيد عكرمة صبرى / الوقف الإسلامى بين النظرية والتطبيق ص ٢٢٢ - دار النفائس - الأردن

هذا التوجيه الأصناف المستفيدة من هذا الوقف وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل سواء كانوا من أقاربه أو من غيرهم .

بناء على هذه التوجيهات تتمكن الدولة من تحديد المستفيدين من الوقف العام وهو الوقف المقصود من هذا البحث ، فقد يكون الانتفاع عاما إذا كان يقدم خدمة عامة لا يجوز التفاضل فيها بين الناس كخدمات التعليم أو الصحة أو على مرافق عامة كمرافق المواصلات أو مياه الشرب والصرف الصحي ، وقد يكون عاما لطائفة معينة كالفقراء وفقا لشروط تحددها الدولة كقيمة الدخل أو عدم وجود عائل للأسرة أو ما تراه محققا للمقصود من الوقف ، وبذلك يمكن التمييز بين ما إذا كان من ينشئ وقفا يقصد حقا فعل الخير ونفع المجتمع بهذا الوقف أم يريد أن يتهرب من بعض الالتزامات التي تضعها الدولة على القاع الخاص الذي يعمل في تقديم بعض الخدمات للناس في مقابل ثمن الخدمة .

فقد يتخذ الوقف وسيلة للتهرب من أى التزامات تفرضها الدولة على القطاع الخاص والاستفادة من التسهيلات التي قد تقدمها لتشجيع الأفراد على المساهمة في إنشاء الأوقاف بأن يقوم أى فرد بإنشاء مشروع معين فى صورة وقف ويقوم بالتحكم فى تقديم الخدمة بما يحقق له أهدافه وجنى الأرباح فيكون وقفا سوريا كما كان يفعل أمراء المماليك لتأمين أموالهم من المصادرة كما رأينا ، وبذلك يمنع من أراد ذلك من الاستفادة من المزايا التي قد تمنح للمشروعات الوقفية كالإعفاءات الضريبية ، كما يمنع أيضا التمييز بين الناس فى خدمة لا يجوز فيها التفاضل بدون مبرر موضوعى .

المطلب الثانى

التنظيم الإدارى الشامل للوقف

تقتضى عودة نظام الوقف قبل كل شىء إصلاح نظام الإدارة ، ويقتضى قبول هذا الإصلاح أن يكون متسقا مع القواعد الشرعية من جهة وقابلا للتطبيق على أرض الواقع ويحقق مصلحة الوقف من جهة أخرى ، لذلك يجب أن يعيد هذا الإصلاح الاستقلال الإدارى للوقف عن الإدارة الحكومية مع وجود نوع من الاشراف العام على الأوقاف ، كما يجب خلق نوع من الاشراف الفنى المتخصص على الإدارة المباشرة للأوقاف لتحقيق مصلحة الوقف ، وذلك فى إطار وحدة هذا التنظيم وشموله ، لتخليص الوقف من الإدارة الحكومية التى أضرت به والتى لا تتفق مع القواعد الفقهيّة لنظام الوقف ولا مع الأصول الفنية لإدارة المؤسسات الاقتصادية ومن بينها مؤسسة الوقف ، وهذا ما نبينه أولا ثم نعرض للتنظيم المقترح

أولا : تدخل الحكومة فى إدارة الوقف

ظل نظام الوقف مستقلا عن الادارة الحكومية منذ نشأته فظل الوقف يمارس دوره فى خدمة المجتمع وما أن أقدمت الدولة فى منتصف القرن الماضى على ضم إدارة الأوقاف إلى الإدارة الحكومية حتى انحصر دوره وأصبح من الماضى إلا فى وقف المساجد وما يوقف عليها ، وقد حدث ذلك نتيجة لتحولات سياسية وتوجهات فكرية سادت لفترة من الزمن مؤداها أن الدولة وحدها قادرة على تقديم كل ما يحتاج إليه الناس ففشلت فى إدارة الأوقاف كما فشلت فى إدارة غيره من القطاعات الاقتصادية ، ولم يكن التدخل الحكومى فى الادارة مقتصرًا على مستوى إدارى واحد بل تم القضاء على الاستقلال الإدارى للنظام بأكمله بإلغاء الادارة العليا والاستيلاء على الادارة المباشرة بموجب عدة قوانين متعاقبة ، وقد تم ذلك على مرحلتين :

- المرحلة الأولى بدأت منذ أن أعطيت وزارة الأوقاف الحق فى الإدارة المباشرة - النظارة - على بعض الأوقاف بدون تعيين من القضاء وأصبحت معينة بمقتضى القانون على الأوقاف التى لا ناظر لها (١) فألغى تبعًا لذلك الاشراف القضائى لأن الوزارة لم يتم تعيينها من قبل القضاء فلم يعد للقضاء عليها سلطان كما كان له من قبل حين كان تعيينها من قبله ، ولكن بقيت الأوقاف التى يديرها الأفراد العاديون مستقلة عن الادارة الحكومية وظل الاشراف القضائى عليها كما هو ، فأصبحت هناك أوقاف تدار تحت الاشراف القضائى وهى التى يديرها الأفراد وأوقاف تدار بدون أى إشراف وهى التى تديرها الوزارة ، فبدأت تظهر عيوب الادارة الحكومية بدون الاشراف القضائى بالمقارنة بالإدارة التى تخضع لهذا الإشراف والتى يقوم بها أفراد عاديون وهى (٢):

١. عدم وجود جهة عليا لمراجعة تصرفات الوزارة التى تضر بالمستحقين
يطعن أمامها المستحقون المتضررون من تصرفات الادارة المباشرة أو
يبتثوا إهمال هذه الادارة وما كان ينبغى أن يكون عليها التصرف السليم الذى

١ - صدر هذا الأمر فى ٢٠ / ٦ / ١٩١٥ - جاء فيه " اقتضت إرادة صاحب العظمة سلطان مصر بما لعظمته من الولاية الشرعية إمامة صاحب المعالى وزير الأوقاف ناظرًا مؤقتًا على الأوقاف المحالة إدارتها على وزارة الأوقاف مؤقتًا ٠٠٠ " - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف - ص ٣٨٣

٢ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٣٨٤ - ٣٨٥

يحقق مصلحة الوقف والمستحقين على السواء، بينما ظل القضاء يمارس سلطاته على الإدارة التي يقوم بها الأفراد ليحقق الحكمة من الإشراف القضائي وهي حماية المستحقين من ظلم الإدارة .

٢. افتقاد الوقف الذي تديره الوزارة إلى أى رقابة فكثرت الاختلاسات وظهرت المفسدات وظهرت أهمية الإشراف القضائي فى تحقيق هذه الرقابة من تلقاء نفسه أو بناء على شكوى من المستحقين والمنفعين ، فأصبحت ولاية الوزارة على الأوقاف لا تستند إلى أساس من الشرع فقط بل لا تستند إلى أساس من الحق والشرع .

- أما المرحلة الثانية وهى التى قضت على الاستقلال الإدارى لنظام الوقف بأكمله وذلك باستيلاء الحكومة على جميع الأوقاف وتسليمها للوزارة لتتولى إدارتها وتوزيع ريعها دون التقيد بشرط الواقفين إلا فى حالات استثنائية (١) ثم ضيق المشرع من تلك الحالات (٢) ، وبمقتضى ذلك وعلى أساس أن الوزارة منذ إنشائها لا تخضع فى إدارتها المباشرة للإشراف القضائي تم إخراج الوقف من ولاية القضاء وافتقد الجهة التى كانت توفر له الحماية والرعاية .

فالإدارة العليا للوقف كان وجودها ضروريا لحفظ النظام بأكمله بالإشراف على جميع الأوقاف لتحقيق مصلحة المجتمع وللتأكيد على استقلال إدارة الوقف لذلك كان هذا الإدارة بيد سلطة مستقلة وهى السلطة القضائية ، ولو لم يكن الوقف لا يصلح إلا أن يكون مستقلا لكان إسناد هذه الإدارة من البداية من إلى وزارة من وزارات الدولة ، أو بإنشاء وزارة لتتولى الإشراف عليه بدلا من الإشراف القضائي ، وهذا يؤكد أن قيام هذه الوزارة فى الوقت الحالى بالإشراف والإدارة مخالفا للقواعد الفقهية المستقرة .

١ - المواد (١ ، ٢) من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، وهذه الحالات هى التى تكون الإدارة بيد الواقف أو من يعينه بالاسم

٢ - سلب المشرع حق الواقف فى أن يكون النظر من بعده لمن يعينه بالاسم قضى فى الف المادة الأولى من القانون ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ " إذا كان الوقف على جهة بر. كان النظر بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف ما لم يشترط النظر لنفسه "

فالإشراف على الوقف يجب أن يكون من سلطة تستطيع أن تبسط عليه الحماية الكاملة وذلك لا يتوافر إلا فى السلطة القضائية لأنها أكثر الجهات استقلالا وقدرة على منع الظلم وانتهاك المصالح الشرعية المتمثلة هنا فى القواعد الأصلية للوقف ولم يندهور حال الوقف إلا بعد أن نزع هذا الإشراف من القضاء (١) ، لذلك قال الفقهاء ان من أهم اختصاصات القضاء الولائية " النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها والقبض عليها وصرفها فى سبيلها فإن كان عليها مستحق للنظر راعاه " (٢) وقد سبق أن عرضنا لما قدمته رعاية القضاء للوقف من حماية قانونية ومادية ومراقبة للإدارة وإشرافه على التصرفات الخطرة التى تجرى عليه .

أما الادارة المباشرة فقد نشأت وظلت طوال تاريخها مستقلة عن إدارة الدولة لاقتناع المسلمين بأن الدولة لا تصلح أن تكون تاجرا ، فتجارة الدولة مضرة بالدولة وبالرعية وبالأموال (٣) والوقف نوع من الاستثمار لذا فإن الدولة لا تصلح أن تتولى الإدارة المباشرة للوقف ، ولو اقتصر تدخل الدولة على الإشراف دون الادارة لأمكن أن يلاقى ذلك نوع من القبول إذ أنه قد يكون فى هذه الحالة قريبا من عمل المجالس الحسينية التى تدير أموال النيامى وضعاف العقول والتى اكتفت الدولة فى شأنها بالإشراف ولم تتولى الادارة فلم يكن هناك ضررا من جانبها أما هذه فتولت الادارة والإشراف والإدارة ابتلاء فظهرت عيوبها (٤) .

* فتولى الدولة الإدارة المباشرة للوقف ليس له سابقة فى تاريخ الوقف فهو يخالف المبدأ الذى استقر فى إدارة الوقف منذ إنشاء الأوقاف فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وهو استقلال الادارة المباشرة ، ويعمق من مخالفة الادارة الحكومية للقواعد المستقرة فى إدارة الوقف أن هذه الادارة تجرى بدون أى إشراف من جهة عليا مستقلة ، فأصبحت الدولة تدير الوقف مع أنها لا تصلح لإدارته وقضت على الإشراف القضائى الذى كان يصحح من تصرفات الإدارة حين كانت هذه الإدارة

1 - أحمد أبو زيد /نظام الوقف الاسلامى - مرجع سابق

2 - الماوردى / الأحكام السلطانية ج ١ ص ١٨٣

3 - مقنمة ابن خلدون / ص - ٢١٩

4 - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص - ٣٨٦

مستقلة ، فأصبح الوقف بيد إدارة غير صالحة من الناحية الفنية وبدون سند فقهي من الناحية الشرعية وبدون إشراف يحقق مقاصد الوقف من الناحية التنظيمية .
فمن الناحية الفنية كيف تقوم الدولة التي فشلت في إدارة القطاع العام بالإدارة المباشرة للأوقاف التي تتنوع بين استثمارات زراعية وصناعية وسكنية وخدمية ومالية ، ولماذا تقوم الحكومة بخصخصة القطاع العام لتتخلص من إدارته بعد أن ثبت فشلها وتبقى على إدارتها لأموال الوقف مما أضعف الوقف من حيث الإدارة والاستثمار وأضعف الإقبال عليه ^(١)، وهذه هي النتيجة الحتمية التي ترتبت على إقحام الحكومة نفسها إدارة الاقتصاد والتوزيع والبر أحد أنواعه ، فإذا كانت الدولة حقا تريد مصلحة الوقف كان عليها أن يكون تدخلها مقتصرًا على تقديم العون والدعم والمشورة والمساعدات المالية دون أن تتدخل في إدارة الأوقاف بنفسها تحت أى ظرف ^(٢) .

ومن الناحية الفقهية لم يتكلم أحد من الفقهاء عن إدارة الدولة للأوقاف حيث لم تثبت واقعة واحدة في تاريخ الأوقاف أن قامت الحكومة بإدارة وقف واحد ولم يثبت ذلك في الأحاديث التي تعد أصلا للوقف ، بل إن الحكام أنفسهم كانوا يبعدون إدارة الأوقاف التي ينشئونها عن إدارة الدولة وكان من يريد تحصين أمواله من المصادرة النى تقتضى نقل إدارتها للدولة يقوم بوقفها ولو بشكل صوري حتى يضمن عدم تأميمها وتسلم الدولة لها ^(٣) لأنه لم يكن أحد من الحكام يجرؤ على ضم أموال الوقف للإدارة الحكومية لما يشكله ذلك من انتهاك للقواعد المستقرة في إدارة الوقف .

* وإذا كان الفقهاء على مر التاريخ لم يرخصوا للدولة بالاستيلاء على أموال الوقف حتى في أكثر الظروف التي احتاجت فيها الدولة إلى الأموال لتمويل نفقات حروبها مع التتار ^(٤) التي كان يتوقف عليها مصير العالم الاسلامي كله ، فكيف تعطى الدولة

١ - عبد الحليم عمر / تجربة إدارة الوقف في جمهورية مصر العربية - بحث مقدم إلى ندوة التطبيق

المعاصر للوقف - جمهورية تاتارستان ١٤-١٧/٦ / ٢٠٠٤ - دار الفكر - بيروت

٣ - أبو زهرة / محاضرات في الوقف ص ٢٥

٤ - السيوطي / حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهر ج ٢ ص ١٠٥

نفسها هذا الحق الآن وتستولى على أموال الوقف وتقضى على استقلاله بدون أى مبرر ولا سند من فقه أو شرع أو سابقة تاريخية .

بل إن الفقهاء لم يرخسوا للحكام بنقل الأوقاف إلى مالية الدولة حتى لو كان ذلك يمثل استرداد لها حيث أنها كانت فى الأصل من أموال الدولة استولى عليها الحكام ثم قاموا بوقفها وهذا ما تزرع به أحد سلاطين المماليك بمصر لنقض الأوقاف فى عهده فلم يمكنه الفقهاء من ذلك ^(١) ، لأهم اعتبروا أن مجرد وقفها لا يجيز ردها مرة أخرى ، فكيف يمكن للدولة أن تستولى على أموال الوقف التى وقفها أصحابها من أموالهم الخاصة .

ثانيا : إعادة الاستقلال الإدارى للوقف

تقتضى عودة الوقف إلى سابق عهده إعادة استقلال إدارته بكافة مستوياتها بإبعاد الإدارة المباشرة تماما عن الإدارة الحكومية وإعادة إنشاء الإدارة العليا للوقف لتحقيق نوع من الرقابة والإشراف للدولة وتحافظ على مقاصد النظام ، ويتم تشكيل الجهاز الإدارى من الإدارة العليا التى تباشر الإشراف القانونى والفنى على الإدارة المباشرة التى تمثل المستوى الثانى من مستويات الإدارة ، وهذا الإشراف يقتضى إمداد الإدارة العليا بعناصر تتمتع بالخبرة الفنية فى أى مجال يمارس فيه الوقف نشاطه أى تكوين إدارة خبراء تلحق بالإدارة العليا وتكون تابعة لها على أن يكون هذا النظام وحدة متكاملة ، وبذلك يتم تشكيل جهاز الإدارة على النحو التالى :

أ- الإدارة العليا القضائية

يعد وجود هذه الإدارة ضروريا لأنه امتدادا للإدارة العليا التاريخية للوقف والتى كانت تمثل حجر الزاوية فى حماية الوقف حيث وفرت له الحماية القانونية والمادية ، لذا جاءت نشأتها فى فترة مبكرة من تاريخ الوقف وكان الديوان الذى أنشأ لتنظيم هذه الحماية قديما فى التاريخ يقدم الوقف ^(٢) (عام ١١٥ هـ) وكان أول ظهور لها

١ - حاشية ابن عابدين / ج٣ - ص ٣٨٣

٢ - أبو زهره / محاضرات فى الوقف ص ٣٩٧

فى مصر ثم امتدت إلى سائر الأقطار الإسلامية فكان القضاة فى بغداد وسائر الأقطار الإسلامية يتولون الاشراف على الأوقاف بأنفسهم (١) .

وقد نجحت هذه الإدارة فى الوصول بالوقف إلى درجة من الأمان والفاعلية ، لأنها كرست استقلال نظام الوقف حيث نشأت مستقلة لطبيعتها القضائية من ناحية ، ومن ناحية أخرى كان نظام الوقف فى أمس الحاجة إليها لتحقيق غايته وهى المصلحة العليا للمجتمع التى ارتبطت به والتى لا يمكن للإدارة المباشرة أن تقوم بها بمفردها لأن هذه الإدارة الأخيرة تبحث عن مصلحة الوقف الذى يدخل تحت سلطانتها فقط أما الإدارة العليا فتبحث عن مصلحة الأوقاف بصفة عامة لتحقيق مصلحة المجتمع .

فوجود القضاء على رأس التنظيم الإدارى للوقف يؤمن الوقف منذ إنشائه ويضمن له الاستقرار والاستمرار ، ويحقق ثقة المجتمع فى هذا النظام ويقيمه على أساس من الحق والشرع :

- فلا يكفى أن توضع قواعد لإنشاء الوقف ويتم تقنينها ثم تظل هذه القواعد بدون تطبيق أو تنفيذ فالقضاء هو المسئول عن تطبيق القانون ولا تنتج القوانين آثارها إلا بتدخل قضائى يضمن فاعليتها ، وهذا ما جرت عبارات رجال القانون (٢) قبل انتهاء الوقف عمليا باستيلاء الحكومة على الأوقاف وعلى إدارتها من أن الوقف لا يعتبر قد أنشئ قانونا ولو كان مستوفيا لشروطه وأركانه إلا إذا تم الاشهاد به على يد حاكم شرعى - قاض - وذلك يحفظ الوقف مع مرور الزمن لأنه مهما تقدم الوقف ومات الشهود فلا يمكن لأحد أن يجحد وجود هذا الوقف لأن تسجيله لدى الإدارة العليا القضائية يغنى عن أى دليل آخر ويحتج به فى مواجهة الجميع ، وفى تطور لاحق صار الوقف بحكم القانون (٣) لا يصح ولا يمكن إجراء أى تصرف عليه من التصرفات التى تجرى على أى وقف أى لا يكون وقفا إلا إذا كان موثقا وجرى الاشهاد به ممن يملكه لدى إحدى المحاكم وتم ضبطه وتدوينه فى سجلات المحكمة .

١ - السيوطى / حسن المحاضرة ج ٢ ص ١٦٧

٢ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٧٠

٣ - المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ - لسنة ١٩٤٦

وبتقرير هذا الاشراف يعود للقضاء دوره فى حفظ الوقف والسهر على رعاية نظامه وتطبيق القوانين المتعلقة بنشاطه واستثماره ، فيتلقى الأموال التى يقدمها الناس للوقف الذى تدعو الحكومة لإنشائه ويطبق الشروط الخاصة بالوقف ، ويقوم بتوجيه هذه الأموال إلى وجهتها التى حددتها الدولة وفقا لدورها فى مرحلة الانشاء ويحافظ عليها ويوثقها كجزء من أموال الوقف فيمنع بذلك الرجوع فى الوقف فى الواقف حتى لا يهدد النظام ، ويمنع ادعاء الورثة بحقوق فيها ، ويحمى الوقف من الإهمال بمعاقبة كل من يهمل فى عمله من العاملين فى خدمة الوقف ، ويشرف على توجيه نشاط الوقف إلى المصالح المخصص لها وكيفية تحقيق أقصى استفادة منه .

- وبإعادة القضاء إلى رأس النظام الإدارى للوقف يعود لهذا النظام استقلاله المفقود والذى لا يصلح إلا به ، فالسلطة القضائية هى سلطة مستقلة بطبيعتها ولا يستقيم عملها إلا فى ظل الاستقلال وقد كانت كذلك فى الماضى لذلك جاء إسناد الإشراف على الوقف لها لتأكيد هذا الاستقلال للإدارة الوقف فى جميع مستوياتها ، فلا يمكن أن تكون الإدارة المباشرة مستقلة إلا إذا كانت الإدارة العليا التى لها الإشراف على ما دونها تتمتع بهذا الاستقلال فتبسطه على باقى الإدارات .

ومما يعزز من جدوى الاشراف القضائى كإدارة عليا على الوقف أن السلطة القضائية هى السلطة الوحيدة التى حافظت على استقلالها ونزاهتها ، فهى الآن أكثر السلطات استقلالا ونزاهة بين السلطات العامة فى الدولة بشهادة المنظمات الدولية (1) ، فإذا أردنا أن نعيد الاستقلال للنظام الإدارى للوقف فلا يكفى أن تكون الإدارة التنفيذية مستقلة بل يجب أولا تحقيق الاستقلال للإدارة العليا فيمتد هذا الاستقلال إلى باقى الإدارات .

- وبوجود العنصر القضائى على رأس التنظيم الإدارى للوقف يكتسب هذا النظام ثقة المجتمع مما يساعد على تشجيع الناس على الإقبال على الوقف حيث لا يثق الناس إلا فى السلطة القضائية فهى التى توفر لهم الحماية وهى التى يلجئون إليها فى منع الممارسات غير المشروعة من السلطة التنفيذية وكثيرا ما وقفت فى وجه هذه

1 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطنى - مصر ٢٠٠٩ - ترجمة شركة التنمية العالمية - مصر - ص ٩٨

الممارسات وتصدت لها وكشفت عنها كإصدارها أحكاما متعددة بفساد العملية الانتخابية (١) .

ويكفى أن نشير إلى أن نظام الوقف ظل مزدهرا في ظل الإشراف القضائي ولم يقلع الناس عن الوقف إلا بعد أن تولت الحكومة إدارته وألغت هذا الإشراف ، لأن هذا الإشراف حقق الحماية التامة للوقف حيث قام من تلقاء نفسه بمراقبة نظام الوقف بأكمله نيابة عن المجتمع ، ولم ينحصر دور الوقف ويتراجع في التنمية الاجتماعية إلى بعد إخراجه من ولاية القضاء وإدماجه في الجهاز الإداري الرسمي (٢) دون أى إشراف ، ولو لم يكن القضاء مؤتمنا على الوقف لما اشترط الفقهاء لإتمام بعض التصرفات التي تشكل خطورة على الوقف كاستبداله والاقتراض عليه أو رهنه أن يكون ذلك بموافقة القضاء وتحت إشرافه كما أشرنا .

ب- إدارة الخبراء

يقتضى تطور المجتمع وتطور الخدمات التي يقدمها الوقف تطوير نظام الإشراف حتى يحقق الغرض منه ، فإذا كان تقرير الإشراف القضائي في الماضي جاء نتيجة للتطور الأوقاف وكثرتها مما اقتضى وجود جهة تحافظ على هذه الأوقاف وتحفظ حقوق المجتمع المتعلقة بها ومراعاة النظام القانوني لها ومنع أى تصرف يضر بالمستحقين ، فإن تطور المجتمع وتطور نظام الخدمات في الحاضر وهي المجال الخصب لنشاط الوقف من قديم الزمان يقتضى أيضا تطوير الإشراف بوجود إشراف فني بجانب الإشراف القضائي وتحت قيادته .

فالإدارة العليا القضائية في حاجة لتدعيمها بالعناصر اللازمة لمباشرة الإشراف الفني وهي العناصر التي تتمتع بالخبرة في استثمار الأموال وإدارة المؤسسات التي يعمل بها الوقف لأن الاستثمار الحديث حتى يكون ناجحا يحتاج إلى جهد واع رشيد يبذل في الموارد المالية والقدرات البشرية بهدف تنميتها والحصول على منافعها وثمارها (٣) ، وهو ما يستلزم تشكيل إدارة خبراء تلحق بالإدارة العليا تشرف على

١ - المرجع السابق / نفس الموضوع

٢ - أحمد أبو زيد / نظام الوقف الإسلامي - مرجع سابق

٣ - أحمد شوقي دنيا / تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي ص ٨٦- ٨٧ - مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٨٤

استثمار الوقف وتوجهه إلى مجالات تحقق له أكبر قدر من المنافع لتعويض نقص الخبرة الفنية في هذا المجال لدى رجال السلطة القضائية التي تتولى الإشراف الكامل على الأوقاف .

- فلم يعد يقتصر الاستثمار على الأساليب التقليدية التي كان يقتصر عليها استثمار الوقف الاسلامى كالاستثمار بإجارة الأعيان الوقفية كالمباني والأراضى الزراعية وفى قليل من الحالات كان يتم استثمار الأراضى بزراعتها (١) ، أما الآن فلم يعد هذا الأسلوب هو الأسلوب الأمثل للاستثمار بعد أن ظهرت الشركات التجارية والصناعية التي يمكن أن تحقق عائدات تفوق بكثير عائدات الاستثمار التقليدية للوقف ، وهذا يقتضى الإنفاق على الأصول المملوكة له بهدف الحصول على عائد مالى على مدى فترات مختلفة من الوقت (٢) .

- وأيضاً يقتضى تطور أسلوب تقديم الخدمات كالتعليم والصحة والمواصلات وغيرها والتي أصبحت تخضع لضوابط ونظم جودة تطوير طرق الإشراف على هذه الخدمات ووجود مراقبة متخصصة فى كل خدمة يقدمها الوقف حتى تكون على درجة من الكفاءة لا تقل عن مثيلاتها من الخدمات التي تقدمها الحكومة أو القطاع الخاص ، وهذا يستلزم وجود إدارة على درجة من الكفاءة الفنية فى هذه المجالات تلحق بالإدارة العليا لتقدم المشورة والدعم الفنى للإدارة العامة القضائية .

* وقد بدأت بالفعل بعض المؤسسات الوقفية فى اتباع الأساليب الحديثة للاستثمار كالاستثمار بنظام المشاركات الشرعية كعقود المرابحة والمضاربة والسلم والإستصناع والأسواق المالية (٣) مما يقتضى دخول الوقف فى شركات مساهمة صناعية أو تجارية والتعامل على أسهم هذه الشركات أو تأسيس بعض الشركات المساهمة لاستثمار أموال الوقف ، وهذا يستلزم توافر الخبرات اللازمة فى مثل هذه التعاملات حتى تتمكن الإدارة العليا من القيام بالإشراف على الوجه الأكمل .

١ - عبد الحلیم عمر / نظام الوقف الاسلامى والنظم المشابهة فى العالم الغربى ص٢٥ - مرجع سابق

٢ - مصطفى طایل / القرار الاستثمارى فى البنوك الاسلامية ص١٠٣ - مطابع غباشى - طنطا - مصر ١٩٩٩

٣ - عبد الحلیم عمر / الاستثمار فى الوقف - بحث مقدم للمؤتمر الرابع عشر لمجمع الفقه الاسلامى - عمان ٢٠٠٤

وتعد هذه الوسيلة هي المثلى للتغلب على النقد الذى كان يوجه دائما للإشراف القضائى على الأوقاف كإدارة عليا وهو عدم توافر الخبرة اللازمة فى الرقابة والإدارة لدى رجال القضاء مما قد يجعل الإشراف سوريا (١) فيما يتعلق بالكفاءة الفنية والإدارية وطريقة استثمار الأموال وجدواها ، فبضم هذه العناصر وتكوين ما يشبه المكتب الفنى للإدارة العليا من أهل الخبرة تكتمل الخبرة الفنية والقانونية فى الإدارة العليا للوقف .

ج - الإدارة التنفيذية المباشرة

يقتضى إصلاح نظام الوقف وتطويره وفقا لهذا التصور امتداد التطوير إلى الإدارة المباشرة حيث يختلف دورها فى النظام الجديد كثيرا عما كان مستقرا من قبل سواء قبل التدخل الحكومى فى إدارة الوقف أو بعد أن انتقلت هذه الإدارة للدولة ، وهذا يستوجب وضع تنظيم يتسق مع النظام الجديد الشامل للإدارة ومع التنظيم القانونى المقترح للوقف ، وبطبيعة الحال القضاء على أى تدخل الدولة فى هذه الإدارة ، وهذا الاختلاف يكون فى الجهة المسؤولة عن تعيين هذه الإدارة ، وأيضا فيما يتعلق باختصاصاتها فى خدمة الوقف وتبعيتها ، وأيضا فيما يتعلق بقسمة أو توزيع ثمار الوقف وعلاقتها بالمستحقين .

- فقد كان الفقهاء يعطون الواقف الحق فى الولاية على الوقف على تفصيل يتعلق بثبوت هذا الحق بدون شرط عند إنشاء الوقف (٢) أو بناء على شرطه (٣) ، وحقه المطلق أيضا فى عزله لأنه بمنزلة الوكيل فله عزله فى حياته وإذا مات تبطل ولايته فله مطلق الحرية فى عزله وتوليته (٤) ، وقريب من ذلك كان يجرى العمل فى تولية النظار قبل أن يعهد بإدارة جميع الأوقاف للوزارة ، فقد كان تولية النظار وعزلهم

١ - منذر كحف / الأساليب الحديثة فى إدارة الأوقاف - أغسطس ١٩٩٧

٢ - المرغينانى / الهداية ج٣ ص١٣-١٤ - المطبعة الخيرية - القاهرة ١٩٠٨ ، ابن نجيم / البحر الرائق ج٥ ص٢٤٣

٣ - ابن قدامة / المغنى ج٥ ص٦٤٧

٤ - وقف هلال / ص١٠١ ، ابن نجيم / البحر الرائق ج٥ ص٢٤٤

بمقتضى شرط الواقف وإذا لم يتمكن من ولايته لأي سبب تمكنه المحكمة (١) ، ثم وضعت الوزارة يدها على جميع الأوقاف بمقتضى القانون (٢) .

وغنى عن البيان أن هذا النظام فى إدارة الوقف لا يتفق مع التنظيم المقترح حيث يتم وضع نظام متكامل ينبغى أن تكون جميع قواعده متفقة مع هذا النظام الجديد بما فيها قواعد اختيار الإدارة المباشرة التى هى بديل عن نظام النظارة ، فلن تكون الأوقاف التى ينشئها الأفراد بمعزل عن بعضها البعض حتى يكون لكل وقف إدارته بل سيكون التنظيم الإدارى تنظيم شامل لجميع الأوقاف لتكون متفقة مع النظام الشامل للوقف الذى يعتمد على تحديد المشرعات الوقفية الضخمة التى يحتاجها المجتمع وتقدم الخدمات للمجتمع ككل أو فى إقليم معين مما يقتضى تكوين الوقف بتجميع عدد كبير من الأوقاف .

وحتى لو قام فرد واحد بإنشاء وقف بمفرده فلا بد أن يسير هذا الوقف على النظام الموضوع سلفا مما يعنى عدم إمكانية منح الواقف حق تعيين الإدارة المباشرة بل يكون ذلك من اختصاص الجهة المشرفة على جميع الأوقاف ، وإذا كان سبب تدهور حال الوقف هو الإدارة الحكومية لهذا كان أساس الإصلاح يقوم على استقلال الوقف عن هذه الإدارة فمن الطبيعى ألا يكون للوزارة أى دور فى إدارة الوقف .

* لذلك فإن ما يتعلق بتعيين الإدارة التنفيذية للوقف يجب أن يكون بيد الإدارة العامة للوقف فهى المسؤولة عن كل ما يتعلق بتشغيله سواء فى الاستثمار أو فى تقديم الخدمات ، وهى مؤهلة لذلك لوجود إدارة الخبراء الملحقة بها ، فتتظر هذه الإدارة فى مدى صلاحية من يعمل فى الوقف حسب نوع النشاط وما يتمتع به من مؤهلات وخبرات لازمة لذلك ، وبطبيعة الإدارة العليا القضائية تتظر فى مدى توافر الأمانة والكفاءة الأدبية ، وبذلك يتم توحيد إدارة الأوقاف التى تعمل فى نوع واحد من النشاط وقيامها على نسق واحد والقضاء على تعدد الإدارات التى تقوم بأعمال متشابهة .

١ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٣٧٦

٢ - م ١ من القانون ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣

- وفيما يتعلق باختصاصات هذه الادارة فى خدمة الوقف واستثماره فلم تعد تملك الحرية فى استثمار الوقف ولم يعد للواقفين ما كان لهم من قبل تحديد نوع النشاط فكل ذلك من اختصاصات الادارة العليا وفقا للخطة الموضوعة والمصلحة المراد تحقيقها من الوقف بما يحقق مصلحته ومصلحة المجتمع ، فالوقف الاستغلالي وهو الذى يقدم الخدمة مباشرة يتم تحديده قبل إنشاء الوقف لأن الدعوة إلى الوقف تتضمن نوع الوقف المراد إنشاؤه ، وكذلك فى الوقف الاستثمارى تختار الادارة العليا الاستثمار الأمثل الذى يحقق مصلحة الوقف ومصلحة المجتمع أيضا بناء على اقتراح إدارة الخبراء .

- وغنى عن البيان أن هذه الادارة ليس لها أى شأن بتوزيع ثمرات الوقف أو تحديد المستفيدين منه ، فتوزيع ثمار الوقف إذا كانت فى صورة عائد مالى مرتب لبعض الأفراد كالفقراء مثلا فإن من يحددهم ويحدد ما يستحقه كلا منهم هى الادارة العليا بناء على قواعد موضوعية عامة ومجردة ، أما من يحدد المستفيدين من الوقف الخدمى فهى الجهة المسئولة عن تقديم الخدمات وهى الدولة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم هو الذى حدد المستفيدين من الوقف الخدمى كما أشرنا سابقا .

وبذلك تكون إدارة الوقف إدارة شاملة وموحدة تبدأ نشاطها بتلقى الادارة العليا للأموال الموقوفة فتقوم هذه الادارة بتوجيهها إلى النشاط أو الخدمة المراد تقديمها ، وتتكفل إدارة الخبراء بالإشراف الفنى والنوعى على نشاط الوقف ومساعدة الادارة العليا بالرأى والمشورة وتكون الادارة التنفيذية للوقف تحت رقابة وإشراف الادارة العليا وتلتزم بكل قراراتها وتوجيهاتها وفقا للتسلسل السابق .

المطلب الثالث

تنمية الوقف وحمايته

يعيد هذا التنظيم للوقف بعد إحيائه عوامل تنميته التى كانت سمة مميزة له قبل أن يقلع الناس عن الوقف ويتوقف إنشاؤه فضلا عن تنميته ، فوسائل إعادة إحياء الوقف هى ذات الوقت وسائل للتنمية نظرا لطبيعة هذا النظام ، كما يحقق هذا التنظيم الحماية الكاملة للأوقاف من الإهمال والفساد حيث يتوافر فى الجهاز الادارى للوقف عناصر الرقابة والمحاسبة الدقيقة والفورية على الأوقاف والعاملين فى مشروعاتها .

أولاً : عودة التنمية الطبيعية للأوقاف

يراعى التنظيم الجديد القواعد الأساسية لنظام الوقف وهي ذاتها القواعد التي حققت النمو المستمر للأوقاف عبر التاريخ ، فأحياء ثقافة الوقف وبيان فضله ودوره فى خدمة المجتمع يشجع الناس على الاستمرار فى المساهمة فى الوقف ، وتعمل قواعد النظام على بقاء جميع الأموال الموقوفة فيما خصصت له وإضافة الوقوف الجديدة إليها ، وتساهم الإدارة فى التنمية الأفقية فى مجالات جديدة .

أ - إحياء الوقف وعودة التنمية

بمجرد نجاح جهود إحياء ثقافة الوقف مرة أخرى فى المجتمع تتحقق التنمية التلقائية للأوقاف حيث تركز الدعوة للوقف على نصوص شرعية تخاطب الناس على مر الزمان وترقى بالوقف إلى منزلة العبادة التى يتقرب بها الإنسان إلى ربه وهو كذلك حقاً ، وهى تخاطب المسلمين جيلاً بعد جيل ويقوم بها علماء يثق الناس فى نزاهتهم وعلمهم وهذا يشجع الناس على الوقف كما أقبِلوا عليه من قبل اقتداءً بفعل كبار الصحابة⁽¹⁾ فتتحقق التنمية الطبيعية للأوقاف باستمرار إنشاء أوقاف جديدة ، وهذا ما يميز نظام الوقف عن الجهود الذاتية لأن هذه الجهود تقتقد إلى الأساس الدينى الذى يعطيها التجرد والفاعلية والاستمرار⁽²⁾ ، فتنمية الوقف تتوقف فى الأساس على الاستمرار فى إنشاء أوقاف جديدة وهذا يكون بالاستمرار فى الدعوة إلى الوقف التى تعتمد على إيقاظ الشعور الدينى بالتنكير المستمر بالنصوص التى ترغب فى الوقف وتدعو إليه .

- وينظر الناس دائماً فى جدوى أى نظام على ما يعود عليهم من منافع من وراءه ، وليس بجديد على الأوقاف أن تحقق أكثر مما يتخيله الناس لو نالت قدراً من الاهتمام مثل الذى نالته من قبل فوصلت إلى ما وصلت إليه فارتبطت بها غالبية المصالح العامة وحلت محل العديد من الوزارات فى النظم المعاصرة ، وعلى العكس يترتب

1 - بدا ذلك واضحاً فى اعتراض أهل مصر على تصرف أحد القضاة الذى كان يمنعهم من الوقف " كيف تبطل أحباس المسلمين وقد وقف النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير فمن بقى بعد هؤلاء " / الكندى / الولاة وكتاب القضاة صـ ٣٧٢

2 - على أبو المكارم / مقالة على موقع شركة ثبا لتطوير الأوقاف - السعودية - بعنوان " الوقف الإسلامى حل لمشكلات اقتصادية اجتماعية "

على عدم إدراك أهمية الوقف بتلاشى دوره فى الحياة العامة عدم الاحساس بالحاجة إليه ومن ثم عدم إنشاء أوقاف جديدة أو تنمية الأوقاف القائمة .

فقد كان سبب تشريع نظام الوقف من الأساس إيجاد نظام يقوم بتوفير الحاجات العامة التى لا غنى عنها كإنشاء مؤسسات تعليمية أو صحية أو اجتماعية والإنفاق عليها ولما أثبت الوقف كفاءته فى تقديم كل الخدمات وقضاء كل المصالح المطلوبة منه تزايد الإقبال عليه وحدثت تنمية تلقائية للأوقاف ، وبعد أن عمدت الحكومة إلى قطع العلاقة بين الوقف والمؤسسات التى تمولها أدى ذلك إلى تراجع دور الوقف وعدم إقبال الناس عليه (١) لعدم إحساسهم بأهميته وما يمكن أن يحققه لهم من منافع .

ويتسم نظام الوقف بالمرونة التى تمكنه من مواجهة أى متطلبات جديدة ومواجهة المستجدات من أوجه الصرف مثل حقوق الإنسان وحماية المستهلك والمشروعات الصغيرة (٢) ، كتوفير الحق فى السكن عن طريق وقف المساكن لغير القادرين ، وتوفير الرعاية الاجتماعية وتمويل المشروعات الصغيرة وتمويل المنظمات غير الحكومية والجمعيات الخيرية لتمكينها من الاستغناء عن الدعم الخارجى .

ب - القواعد الجديدة ودورها فى التنمية

كان من أهم أسباب تدهور حال الوقف التدخل التشريعى بقوانين متعاقبة تخالف طبيعة الوقف وتصعب على المسلمين إنشاء أوقاف جديدة (٣) ، أما النظام الجديد فهو يسهل إجراءات الوقف حيث يضع أمام الناس المشروعات والخدمات التى فى حاجة إلى الوقف عليها ويتلقى منهم الأموال بجميع أشكالها المنقولة والثابتة ، ويعمل على إنجاز هذه المشروعات بضم الأموال المخصصة للوقف إلى بعضها لجمع رأس المال اللازم ، كما يمكن من يستطيع إنشاء وقف استغلالى كمدرسة أو مستشفى أو وقف استثمارى كشركة تجارية أو صناعية من إنشائه ويسلمه إلى الإدارة العامة

١ - فؤاد عبد الله العمر / إسهام الوقف فى العمل الأهلى والتنمية الاجتماعية ص ٨١ - الأمانة العامة للأوقاف بالكويت ٢٠٠٠

٢ - عبد الحليم عمر / نظام الوقف الإسلامى والنظم المشابهة فى العالم الغربى ص ١٥ - دراسة مقارنة - بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للأوقاف - جامعة أم القرى - مكة المكرمة

٣ - عبد الحليم عمر / نظام الوقف الإسلامى والنظم المشابهة فى العالم الغربى ص ٢٩ - مرجع سابق

لتقوم بتشغيله ، وهكذا تعمل هذه القوانين على تشجيع المسلمين بل على حملهم على الإقبال على الوقف ومن ثم تنميته .

كما يعتمد التنظيم الجديد للوقف اعتمادا كليا على ثقة المواطنين ، وهذه الثقة تتطلب أولا توافر الشفافية في كل ما يتعلق بالوقف بدءا من حجم الأموال الموقوفة ومجالات استثمارها وعائد هذا الاستثمار والخدمات التي يقدمها الوقف ، وكل ذلك تحدده القواعد الأساسية والتي تضعها الدولة وتقوم بنشرها للمواطنين حتى يكون الانسان على بينة وعلم بأهمية هذا النظام وجدواه ، وهذا يوفر الشفافية المفقودة في نظام الوقف الحالي مما يقلل من رغبة المواطنين في إنشاء أوقاف جديدة (١) .

ج - التنظيم الإداري ودوره في التنمية

يعيد هذا التنظيم الإداري الوقف إلى سابق عهده حيث الاستقلال عن الإدارة الحكومية التي تسببت في تدهور حاله سواء في عدم إنشاء أوقاف جديدة أو في استثمار الأوقاف القائمة كما أشرنا ، لكن هذا التنظيم يستعيد استقلال الوقف ولكن هذه المرة يكون هذا الاستقلال في شكل منظم وشامل بيد سلطة يشهد لها الجميع بالنزاهة والأمانة فيقضى على استئثار الحكومة بإدارة الوقف وتبعاته المتمثلة في الفشل في إدارة أمواله .

فهذا التنظيم يوفر الحماية القانونية للوقف من يوم إنشاؤه ويؤمن هذه الأموال من مخاطر رجوع الواقف في وقفه أو ادعاء عدم وقفها أو غضبها ، حيث لا ينتظر أن يذهب الواقف إلى المحكمة ليقوم بالإشهاد على وقفه وتوثيقه بل يتم تبسيط جميع الاجراءات لوجود العنصر القضائي على رأس الجهاز الإداري وهو من يقوم بتوثيق الوقف وتسلمه فلا يدعى أحد بعد ذلك أي حق في هذه الأموال ، بالإضافة إلى اتصال القضاء بالوقف من يوم إنشاؤه وهو ما يقطع الطريق على الواقف في الرجوع فيه على رأى من أجاز له الرجوع إلا إذا اتصل به قضاء القاضي ، فهو قد اتصل به من يوم إنشائه .

كما يوفر الحماية المادية للوقف حيث لا فصل بين الإدارة العليا والإدارة المباشرة ومن ثم لا مجال للحديث عن إهمال الإدارة المباشرة أو تقصيرها في صيانة الوقف أو إهماله لوجود جهاز الخبراء الملحق بالإدارة العليا الذي يقوم بمتابعة سير العمل في الأوقاف من الناحية الفنية كما يمنع هذا النظام الشامل للإدارة ما كان يمكن أن تقوم به الإدارة المباشرة قد تقضى على الوقف كالأستدانة عليه أو رهنه .

وجود الإدارة المتخصصة في كل نشاط يساهم فيه الوقف يساعد على تحقيق أقصى استفادة ممكنة من الأموال الموقوفة وبالتالي تسميتها ، ووضع الخطط المسبقة للمشروعات الوقفية التي تعد في مرحلة التأسيس أى يكون التأسيس بناء على دراسات سابقة أفضل من ترك الأفراد يختارون أى نشاط يوجهون إليه أوقافهم وقد يكون اختيارا خاطئا فينسب في إضاعة أموال الوقف في مشروعات لا طائل منها .

ثانيا : الرقابة والمحاسبة على الوقف

يستعيد التنظيم الإدارى للوقف النظام الأصلي للرقابة والمحاسبة على الوقف الذى تحدث عنه الفقهاء عند بيان اختصاصات الولايات الاسلامية ومن بينها الولاية التى عهد إليها الرقابة على الأموال العامة أو التى رصدت لتحقيق مصلحة عامة كأموال الوقف وهى ولاية المظالم ، فهى الولاية التى اختصت بمكافحة الفساد فى الدولة الاسلامية^(١) فامتد نشاطها لمراقبة الوقف والمحاسبة على كافة التصرفات غير المشروعة التى تضر بالوقف ، لذلك كان يختص والى المظالم فيما يتعلق بالوقف " مشاركة الوقوف . . . فبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها منظم ليجريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفيها "^(٢) .

فلا تخرج التصرفات التى تضر بالوقف عن صور الفساد المعروفة فقد تكون فى صورة إهمال أو تقصير فى الإدارة أو مخالفة القواعد التى تنظم سير العمل

١ - آدم نوح القضاة / سياسة الاسلام فى الوقاية والمنع من الفساد ج ١ ص ٢١٤ - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الرياض - ٦ - ٨ / ١٠ / ٢٠٠٣

٢ - الماوردى / الأحكام السلطانية ج ١ ص ٢٠٤

الادارى وهذا نوع من الفساد المالى (١) ، وقد تكون فى صورة إساءة استغلال السلطة من العاملين فى الوقف باستعمال الصلاحيات الادارية الممنوحة له لأغراض شخصية أو نفعية (٢) بدلا من استعمالها لمصلحة الوقف كالاستيلاء على أموال الوقف .

لذلك كان من اللازم وجود رقابة محكمة على الوقف تليها محاسبة فورية لمن يثبت تورطه فى عمل يضر بالوقف لتحقيق منفعة له أو لغيره أو يهمل فى إدارته ، فكانت ولاية المظالم تقوم بهذا الدور فى الماضى لوجود عناصر الرقابة والمحاسبة فى تشكيل هذه الولاية وهذه العناصر موجودة فى التشكيل الادارى الشامل للوقف فى التنظيم المقترح حيث توجد به عناصر الرقابة والمحاسبة على كل صغيرة وكبيرة تتعلق بالوقف .

فقد كان تشكيل ولاية المظالم يضم عناصر مكافحة الفساد وهى (٣) : الحماية والأعوان أى كبار القادة ورجال الشرطة ، القضاة والحكام لمحاسبة من يثبت تورطه فى جريمة فساد ، الفقهاء ليرجع إليهم عند الحاجة فهم بمثابة الخبراء ، الكتاب وهم من يوثقون الوقائع والأحكام ، الشهود لتكون الأحكام علنية ويتحقق الردع من العقوبة ، وهذه العناصر متوافرة فى إدارة الوقف وهو ما يؤهلها لتوفير الحماية المطلوبة كما يلى :

أ - عناصر الرقابة والمحاسبة فى إدارة الوقف

يشتمل الجهاز الادارى للوقف على العناصر اللازمة لعملية الرقابة والمحاسبة على الأموال الموقوفة والمشروعات الوقفية وهذا يمكن الادارة من إجراء الرقابة بصفة مستمرة وتنظيمها كنوع من الرقابة الداخلية الشاملة ، والمحاسبة على ما تكتشفه الرقابة من مخالفات تستدعى المسائلة والمحاسبة بصورة فورية فيتم القضاء على مواضع القصور فى إجراءات المحاسبة التى كانت مقررة قبل ذلك .

١ - محمد خالد المهاني / آليات حماية المال العام والحد من الفساد ص ٢٦ - جامعة الدول العربية - المنظمة العربية للتنمية الادارية ٢٠٠٩ ، عادل عبد الرحمن / الفساد الادارى بالتطبيق على محافظة أسبوك - مجلة مصر المعاصرة مجلد ١٠٣ العدد ٥٠٢ - ٢٠١١ - ص ٣٦٢ - ٢٦٣

٢ - البنك الدولى - مركز العقد الاجتماعى / الاطار القانونى والمؤسسى لمكافحة الفساد فى مصر ٢٠١٠ - ص ١٠

٣ - الماوردى / الأحكام السلطانية ج ١ ص ١٩٩-٢٠٠

- فوجود إدارة الخبراء كمكون من مكونات الإدارة العليا يمكنها من إجراء العملية الرقابية بشكل دائم وليس كل فترة أو في مواعيد محددة وهو أقصى ما ينادى به بعض من يرى ضرورة تنظيم المحاسبة (١) ، فلا تتوقف المحاسبة على شكوى أو اتهام من أحد بل هي عمل أساسى تمارسه الإدارة العليا تلقائيا أثناء عملية الاشراف لأن من مقتضيات الاشراف مراقبة ما يجرى من تصرفات قد تضر بالوقف لتجنبها أو إيقافها ومحاسبة من أقدم عليها كالإهمال والتقصير أو الرشوة أو أى صورة من صور الفساد .

- ووجود الإدارة القضائية على رأس الجهاز الإدارى يمكن من إجراء المحاسبة الفورية على كل ما تضبطه الرقابة ، فيقضى هذا التنظيم على الأسباب التى كانت تؤدى إلى طول الإجراءات وضياع الوقت وما يتبعه من ضياع الأدلة خاصة أن المستحقين الذين وقع عليهم هذا الظلم وتأثرت حقوقهم بهذا الفساد الذى كان يوغل فيه النظار كانوا فى حالة من الضعف لا تمكنهم من الوقوف فى وجه جشع النظار وقوتهم المالية (٢) ، أما فى التنظيم الجديد للإدارة فتجرى العملية الرقابية والمحاسبية بصورة تلقائية وفورية بدون حاجة إلى شكوى أو تظلم أو أى إجراءات أخرى .

* وهذه الدقة فى الرقابة والسرعة فى المحاسبة وقدرة الإدارة على تنفيذ ما تصدره من قرارات وأحكام كما يعالج قصور المحاسبة التى تكلم عنها الفقهاء وأشرنا إليها وإلى ما بها من قصور وقيامها على أسس لم تعد صالحة فى هذه الأيام بعد تغير الأشخاص والأحوال التى لم تقابل بما يناسبها من إجراءات ، يعالج أيضا القصور فى العمل الحالى بعد تسلم وزارة الأوقاف إدارة الوقف حيث تجرى المحاسبة الآن على نمط النظام المحاسبى الحكومى الذى لا يصلح بطبيعته لإجراء المحاسبة على الوقف (٣) .

فليس من الحكمة أن تكون معالجة فساد الإدارة المباشرة - النظار - التى كان بيدها التصرف فى الأوقاف خاصة الاستثمارية نقل هذه الإدارة إلى السلطة الحكومية

١ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٤٠٩

٢ - أبو زهرة / محاضرات فى الوقف ص ٤٠٩ - مرجع سابق

٣ - عبد الحلیم عمر / نظام الوقف الإسلامى ص ٢٦

دون دراسة الآثار التي يمكن أن تترتب على ذلك كما حدث في بعض البلدان ، فعلى سبيل المثال كان السبب في بسط الحكومة السورية يدها على جميع الأوقاف الخيرية هو سوء تصرف بعض النظار وإهمال مصالح المسلمين التي أنشئ من أجلها الوقف (١) ولكن هذا التصرف من قبل هذه الحكومة وغيرها من الحكومات تترتب عليه اختفاء دور الوقف في خدمة المجتمع بعد أن أفلح الناس عن الوقف .

ب - قواعد الوقف ودورها في منع الفساد

تساهم القواعد الأساسية المنظمة للوقف في التنظيم الجديد في منع تلاعب الإدارة المباشرة بعائدات استثمارات الوقف أو غلته بإدعاء الصرف في أوجه معينة مثلا على غير الحقيقة أو تفضيل بعض المستحقين على بعض وهو ما يفتح باب الرشوة والمحاباة وغير ذلك ، حيث يقتصر نشاط هذه الإدارة على القيام بالعمل في الوقف فقط دون أن يكون لها علاقة بالمستحقين حيث تتولى الإدارة العليا توزيع العائد إذا كان في صورة مادية كالإعانات التي تخصص لبعض الطبقات الاجتماعية أو الإنفاق على الأوقاف الاستغلالية كالمدارس والمستشفيات فيمنع باب واسع من أبواب الفساد .

وأهم ما يحققه وضع التصرف في غلة الوقف ورعايته والمحافظة على أصوله في يد الإدارة العليا دون الإدارة المباشرة هو منع ضياع أعيان الوقف التي يكون ورائها موظفوا الحكومة العاملين في الأوقاف ويساعدهم على ذلك عدم وجود حصر دقيق للأوقاف (٢) ، وهذا أيضا يتم التغلب عليه تلقائيا حيث لا يملك أى من العاملين التصرف من قريب أو بعيد في أعيان الوقف بعد أن يكون إنشاء الوقف وتوثيقه تم على يد الإدارة القضائية وضم جميع الأوقاف في مشاريع وافية ضخمة لضمان تحقيق أكبر قدر من النفع العام الذي يستدعى قيام مشروعات تفي بحاجات عدد كبير من الأفراد .

١ - أحمد الكردي / أحكام الوقف في الفقه الإسلامي ص ١٨ - دورة العلوم الشرعية للاقتصاديين - الكويت

١٤١٦/١١/٢٩

٢ - عبد الحلیم عمر / نظام الوقف الإسلامي ص ٣٠ - مرجع سابق

نتائج البحث :

بعد أن انتهينا من عرضنا لقواعد نظام الوقف وكيفية إصلاحه نخلص إلى النتائج التالية :

١. أهمية نظام الوقف للمجتمع والدولة لما يقدمه من خدمات للمجتمع وما يوفره على الدولة من أعباء .
٢. ضرورة تدخل الدولة للدعوة للوقف والتعريف بأهميته وفتح المجالات الهامة أمامه ووضع قواعده وشروطه .
٣. توافر عوامل إحياء الوقف لمرجعياته الدينية وأهدافه الوطنية وقدرته على جذب أكبر عدد من الأفراد وأكبر قدر من الأموال .
٤. ضرورة استقلال النظام الإداري للوقف عن الإدارة الحكومية مع إيجاد نوع من الإشراف للدولة بواسطة سلطة عامة مستقلة ، ووجود إدارة عليا للوقف بجانب الإدارة المباشرة .
٥. أهمية التنظيم الشامل لإدارة الوقف وتطوير دور الإدارة العليا لمواكبة تطور الخدمات العامة التي يقدمها الوقف وتقليص دور الإدارة المباشرة .
٦. العمل على التنمية المستمرة للوقف والاهتمام بالرقابة والمحاسبة المباشرة على أعمال الإدارة .
٧. مرونة نظام الوقف وإمكانية الاستفادة منها في مواجهة أوجه الانفاق المتجددة وكفاءته في تحقيق أهدافه .

التوصيات :

بعد هذا العرض لنتائج البحث نتوصل إلى النتائج التالية

١. البدء بحملة قومية لإحياء نظام الوقف ونشر ثقافته وبيان أهميته وإعطائها مساحة واسعة في وسائل الإعلام والاستفادة من جهود العلماء والدعاة .
٢. وضع قواعد تشريعية شاملة لنظام الوقف تبين معنى الوقف وتحدد شروطه وضوابط نظامه ، وفتح المجالات الهامة له ووضع قواعد عامة ومجردة لبيان كيفية الاستفادة منه .

٣. تسهيل عملية إنشاء الوقف بقبول جميع الأموال النقدية والعينية وإمكانية مساهمة الأفراد بأى مبالغ وتمكين من يريد إنشاء مشروع وقفي منفردا من إنشاؤه على أن يسلمه لإدارة الوقف بعد إنشائه
٤. إنشاء جهاز إدارى شامل ومستقل للوقف يتكون من إدارة عليا للوقف على مستوى الجمهورية وإدارات مباشرة خاصة لكل مشروع وقفي .
٥. تكون رئاسة الإدارة العامة للوقف رئاسة قضائية وإمدادها بالخبرات الفنية فى مجال نشاط الوقف لتحقيق استقلال التنظيم الإدارى وجودة خدمات الوقف .
٦. استمرار الدعوة للوقف والترغيب فيه لتحقيق التنمية المستمرة للأوقاف وتحقيق التواصل بين الإدارة العامة للوقف والمواطنين .
٧. تحقيق الرقابة الدائمة على الوقف والمحاسبة الفورية على ما تكشفه الرقابة و تحقيق الشفافية فى إدارة الوقف ونشر كافة المعلومات عن نشاطه .

المراجع

- ١- القرآن الكريم
- ٢- تفسير القرين العظيم - ابن كثير - مكتبة المنار الزرقا- عمان الأردن
- ٣- الجامع لأحكام القرآن - القرطبي - دار الكتب المصرية ١٩٤٩
- ٤- صحيح البخارى - دار ابن كثير - بيروت
- ٥- صحيح مسلم - دار طيبة - القاهرة
- ٦- صحيح مسلم بشرح النووى - دار الفكر - بيروت - القاهرة ٢٠٠٦
- ٧- لسان العرب - ابن منظور - دار صادر بيروت
- ٨ - القاموس المحيط - الفيروز آبادى - المطبعة المصرية - ١٩٣٣هـ
- ٩- مغنى المحتاج - الشريبنى الخطيب - مصطفى محمد - مصر
- ١٠- مختار الصحاح - محمد بن أبى بكر الرازى - دار الكتاب العربى
بيروت
- ١١- تحرير ألفاظ التنبيه - النووى - دار القلم - دمشق
- ١٢- روضة الطالبين - النووى - المكتب الاسلامى للطباعة والنشر
- ١٣- المقدمات الممهديات - ابن رشد - دار الغرب الاسلامى
- ١٤- مقدمة ابن خلدون - دار الكتب العلمية - بيروت
- ١٥- تاريخ الطبرى / تاريخ الأمم والملوك - بيت الأفكار الدولية - عمان
- ١٦- التاريخ الاقتصادى والاجتماعى والسياسى لبيروت والولايات العثمانية
- إبراهيم غانم - مجلة المستقبل العربى - أبريل ٢٠٠١
- ١٧- المغنى - ابن قدامة - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض
- ١٨- المحلى - ابن حزم - دار الآفاق - بيروت
- ١٩- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية - ابن تيمية - دار عالم الفوائد
- بيروت
- ٢٠- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية - ابن قيم الجوزية - دار عالم الفوائد -
بيروت
- ٢١- الأحكام السلطانية - الماوردى - دار الاعتصام - القاهرة

- ٢٢- الأحكام السلطانية - الفراء - دار الكتب العلمية - بيروت
- ٢٣- مواهب الجليل - الخطاب - دار الفكر - بيروت ١٩٩٢
- ٢٤- نيل الأوطار - الشوكاني - دار الحديث - القاهرة
- ٢٥- البداية والنهاية - ابن كثير - دار المنار - القاهرة
- ٢٦- الولاة وكتاب القضاة - الكندي - مؤسسة قرطبة - مصر
- ٢٧- البحر الرائق - ابن نجيم - دار الفكر - بيروت ١٩٨١
- ٢٨- المبسوط - السرخسي - دار الفكر - بيروت
- ٢٩- أنفع الوسائل - الطرسوسي - مطبعة الشروق - مصر ١٩٢٦
- ٣٠- الاسعاف في أحكام الأوقاف - الطرابلسي - المطبعة الكبرى المصرية ١٢٩٢هـ
- ٣١- الهداية - المرغيناني - المطبعة الخيرية - القاهرة
- ٣٢- حاشية ابن عابدين - المطبعة العثمانية - الأستانة
- ٣٣- الوقف من الناحية التطبيقية والاجتماعية - محمد سلام مذكور - المكتبة العالمية - القاهرة ١٩٦١
- ٣٤- الأساليب الحديثة في إدارة الأوقاف - منذر قحف - أغسطس ١٩٩٧
- ٣٥- الوقف في الاسلام "مجالاته وأبعاده" - أحمد الريسوني - موقع أقال الخليج
ذوى الاحتياجات الخاصة
- ٣٦- الوقف في الاسلام بين النظرية والتطبيق سعيد عكرمة صبرى - دار النفائس -
الأردن
- ٣٧- الوقف الاسلامي حل لمشكلات اقتصادية اجتماعية - على أبو المكارم - موقع
ثبات لتطوير الأوقاف
- ٣٨- أحكام الوقف في الاسلام - أحمد السيد كردى - دار العلوم الشرعية
للاقتصاديين - الويت ١٤١٦هـ
- ٣٩- إسهام الوقف في العمل الأهلى والتنمية الاجتماعية - فؤاد عبد الله العمر -
الأمانة العامة للأوقاف بالكويت ٢٠٠٠

- ٤٠- آليات حماية المال العام والحد من الفساد - محمد خالد المهائني - جامعة
الدول العربية للتنمية الادارية ٢٠٠٩
- ٤١- الاطار القانوني والمؤسسى لمكافحة الفساد - البنك الدولي - مركز العقد
الاجتماعى - مصر ٢٠٠٩
- ٤٢- الفساد الادارى بالتطبيق على محافظة أسيوط - عادل عبد الرحمن - مجلة
مصر المعاصرة ٢٠٠١ - العدد ٥٠٢
- ٤٣- القرار الاستثمارى فى البنوك الاسلامية - مصطفى طایل - مابع غباشى -
طنطا - مصر ١٩٩٩
- ٤٤- أهمية الوقف وأبعاده - مجلة البحوث الاسلامية - السعودية ١٤١٣
- ٤٥- تفعيل دور الوقف فى الوطن العربى - مصطفى عبد السلام - مجلة الاقتصاد
الاسلامى - جامعة الملك عبد العزيز ٢٠٠٧
- ٤٦- تمويل التنمية فى الاقتصاد الاسلامى - أحمد شوقى دنيا - مؤسسة الرسالة -
بيروت ١٩٨٤
- ٤٧- تجربة إدارة الوقف فى جمهورية مصر العربية - محمد عبد الحليم عمر
ندوة التطبيق المعاصر للوقف - جمهورية تترستان ٢٠٠٤
- ٤٨- تاريخ القانون المصرى - شفيق شحاته - المطبعة العالمية - القاهرة
- ٤٩- دور الوقف فى النمو الاجتماعى - محمد عمارة - ندوة بعنوان
" نحو دور تنموى للأوقاف " مجلة أبحاث - وزارة الأوقاف - الكويت ١٩٩٣
- ٥٠- حجة الله البالغة - الدهلوى - المطبعة المنيرية ١٣٥٢هـ
- ٥١- سياسة الاسلام فى الوقاية والمنع من الفساد - آدم نوح القضاة - المؤتمر
العربى الدولى لمكافحة الفساد - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - الرياض ٦-٨
٢٠٠٣ / ١٠ /
- ٥٢- محاضرات فى الوقف - محمد أبو زهرة - مطبعة أحمد على مخيمر
- ٥٣- نظام الوقف الاسلامى " تطوير أساليب العمل وتحليل نتائج بعض الدراسات -
أحمد أبو زيد - المنظمة الاسلامية للتربية والعلوم والثقافة و الأمانة العامة للأوقاف
- الكويت

- ٥٤- محاضرة وزير الأوقاف - محمد على باشا - ومحاضرة مفتى الديار المصرية
- محمد بخيت المطيعي - المطبعة السلفية ١٣٤٥هـ -
٥٥- وقف هلال - هلال الرأي - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٣٥٥
٥٦- البحر الزحار الجامع لمذاهب علماء أهل الأمصار - أحمد بن يحيى بن
المرتضى - مطابع أنصار السنة المحمدية - القاهرة ١٩٤٩

**أحكام العلاقة بين مقدمي خدمة الإنترنت والمستخدمين بشأن
انتهاكات حقوق الملكية الفكرية**

**دراسة لأحكام انتهاك حقوق المؤلف والعلامات التجارية عبر
الإنترنت بين القانون المصري والقانون الأمريكي**

اعداد

د/ دعاء حامد محمد عبدالرحمن

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

تقديم وتمهيد

في ظل ظهور الاستخدامات المتعددة للتكنولوجيا في كل مناحي الحياة وفي كل لحظات اليوم تقريباً، ومع التقدم المستمر لتطبيقات التكنولوجيا ظهرت بوادر الخير في تحقيق حياة أكثر رفاهية على جميع الأصعدة. ولكنه - وللأسف - لم يخل الأمر من بعض المنغصات التي صاحبت هذا التطور، حيث تم استغلال هذا التقدم لتحقيق مصالح ومنافع شخصية بالمخالفة للقانون وبغير وجه حق. وأصبحت استخدامات التكنولوجيا الحديثة وبالأعلى على الأمم والشعوب، حيث أصبح من الواجب على القائمين على شؤون البلاد السعي باستمرار لتقديم ضمانات لحماية الأفراد من الاستخدامات السيئة للتكنولوجيا من ناحية، كما أصبح لزاماً عليها السعي للتطوير المستمر في التشريعات وفي العمل القضائي لمواجهة متغيرات المجتمع بفعل التكنولوجيا من ناحية أخرى.

فعلی الرغم من أهمية تطبيقات التكنولوجيا الحديثة إلا أنها أصبحت مصدراً للعديد من المشكلات في المجتمع بسبب عدم كفاية القوانين والتشريعات القائمة لمواجهة هذه التطورات وإيجاد الحلول القانونية للتعامل معها. واستخدام الانترنت أو شبكة المعلومات الدولية خير مثال على ذلك. ان استخدام الانترنت في جميع مناحي الحياة وبصورة مستمرة اثار العديد من الإشكاليات القانونية التي لم تكن لتظهر لولا ظهور الانترنت وتعدد استخداماته على النحو الحالي. وأصبح العالم الافتراضي مقارباً في نواح كثيرة للواقع المعاش. فكما هناك معاملات مدنية وتجارية ظهرت للمعاملات الالكترونية التي تُعقد عن طريق الانترنت بل وأصبحت الوسيلة الأساسية للمعاملات التي تتم عن بُعد، وكما هناك جرائم تُرتكب يومياً في الواقع ظهرت الجرائم الالكترونية، وظهرت كذلك المتاجر الالكترونية، والشركات الالكترونية، والصحف الالكترونية، وغيرها من وسائل التعامل اليومي والتي تطورت لتصبح الكترونية بسبب ظهور الانترنت واستخداماته المختلفة.

وبالتبعية لهذا التطور والتغير في نمط الحياة، ظهرت أنماط جديدة من المعاملات الالكترونية والتي يصعب - بسبب حداثتها وتطورها المستمر - تكيفها قانوناً ووضعها في الإطار القانوني الأقرب لها. من تلك الأنماط الجديدة ظهور كيان

يطلق عليه مقدم خدمة الانترنت (ISP) Internet Service Provider وهو كما عرفته توجيهات الاتحاد الأوروبي للتجارة الالكترونية Directive (2000/31/EC) (Directive on Electronic Commerce) بأن مقدم خدمة الانترنت هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم خدمة في مجتمع المعلومات¹. وفي القانون المصري لم يرد تعريف محدد لمن يُطلق عليه مقدم خدمة الانترنت حيث لم يتعامل معه المشرع المصري صراحة في أي قانون ولم يتناوله بالذكر، اللهم إلا في موضع مرتبط ألا وهو تعريف مقدم خدمة الاتصالات كما ورد في المادة الأولى من قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بأنه "٧- مقدم خدمة الاتصالات: أي شخص طبيعي أو اعتباري، مُرخص له من الجهاز بتقديم خدمة أو أكثر من خدمات الاتصالات للغير". وهذا التعريف على الرغم من اختلاف المحل بينه وبين موضوع البحث إلا أن مقدم الاتصالات يعتبر في بعض الحالات من مقدمي خدمات الانترنت كما في حالة تزويد المستخدمين والمشاركين في شبكة الاتصالات بخدمات الانترنت من خلال شبكة الاتصالات.

إن الإشكالية الأساسية التي تواجه بحث الجوانب القانونية لعمل مقدمي خدمة الانترنت هي بحسب الأصل تعدد الخدمات التي يقدمها مقدم الخدمة والتي تعتبر في كل منها مسألة فنية دقيقة لها اعتباراتها في تحديد نطاق المسؤولية. فمنها على سبيل المثال خدمات الوصول للإنترنت Internet access، خدمة الربط Internet transit، تسجيل اسم النطاق للمواقع الالكترونية domain name registration، استضافة المواقع web hosting، وخدمة إدارة شبكات المستخدمين والمنصات Usenet service، وخدمة مراكز خدمة آليات الانترنت colocation. وكل واحدة من تلك الخدمات لها متطلباتها الفنية وبالتالي تختلف عن غيرها في أسلوب بحث مسؤولية مقدم الخدمة وأسس تلك المسؤولية.

¹ Art. 2/b: "service provider: any natural or legal person providing an information society service"

² تقديم خدمة الانترنت تعتبر صورة من صور خدمات الاتصالات وبالتالي يعتبر مقدم خدمة الانترنت مشمولاً بهذا التعريف، إلا أنه يعيبه أنه لا يشمل جميع صور خدمات الانترنت التي يقدمها مزود الخدمة للمستخدمين، وبالتالي لا يمكن اعتبار هذا التعريف جامعاً مانعاً لكل حالات وصور مقدمي خدمة الانترنت.

لم يتوقف الأمر عن فكرة تعدد الخدمات التي يمكن أن يقدمها مقدم خدمة الانترنت، بل امتدت كذلك لتشمل حالات أكثر تعقيداً يكون فيها عوامل أخرى ساهمت بشكل أو بآخر في قيام مسؤولية مقدم الخدمة. فيثور التساؤل أولاً هل هناك مسؤولية قائمة في جانب مقدم خدمة الانترنت عند وجود عوامل أخرى تؤثر فيها (مثل قيام المستخدمين بارتكاب المخالفة مثلاً)؟ وثانياً ما هو مدى أو نطاق تلك المسؤولية؟ وثالثاً ما هو الأساس القانوني الذي تقرر على أساسه هذا النوع من المسؤولية؟

لا تقتصر الإشكاليات المرتبطة بعمل مقدمي خدمة الانترنت على تلك الأسئلة، بل إن هناك العديد من الإشكاليات القانونية الأخرى التي تظهر بسبب بعض الحالات أو المخالفات الخاصة، كما في حالة انتهاك حقوق الملكية الفكرية بمعرفة بعض المستخدمين من خلال شبكة الانترنت. فبحسب الأصل انتهاك الحقوق المحمية بقوانين الملكية الفكرية تُرتب مسؤولية الشخص القائم بالعمل المخالف وتفرض عليه جزاءً قد يكون جزاءً مالياً وقد يكون جزاءً مالياً وعقوبات مقيدة للحرية¹. لكن ما هو الوضع إذا كانت تلك المخالفة قد تمت ولم تكن لتتم لولا استخدام الانترنت؟ هل هذا يجعل من مقدم خدمة الانترنت شريكاً في ارتكاب تلك المخالفة؟ هل يتحمل مقدم خدمة الانترنت المسؤولية عن أفعال المستخدمين فقط لمجرد تقديمه خدمة الانترنت التي كانت وسيلة أو سبب ارتكاب تلك المخالفة؟ هل تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية يؤدي بنا إلى نتيجة منطقية ومقبولة من الناحية القانونية؟ هل تطبيق تلك القواعد يؤدي بنا إلى تحقيق التوازن المنشود بين أطراف المعاملة القانونية ألا وهم مقدمو خدمة الانترنت والمستخدمين وأصحاب الحقوق المحمية؟ ثم ما هي آلية ضمان حماية مقدمي خدمة الانترنت من عبث المستخدمين وإساءة استخدامهم لتلك الخدمات؟

فالإشكالية الأساسية إذن تقوم على التساؤل عن مدى مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت (Internet Service Providers [ISPs]) عما يضيفه المستخدمون (Subscribers) على الموقع من مساهمات ومشاركات تتضمن بصورة أو بأخرى

¹ كما هو الحال في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية حقوق الملكية الفكرية، حيث قرر جزاءً مالياً وكذلك عقوبة الحبس بسبب انتهاك الحقوق المحمية والمنصوص عليها في هذا القانون

مخالفة أو انتهاك لحقوق الملكية الفكرية المحمية، هل تعتبر تلك المواقع مسؤولة عن مساهمات المستخدمين على نحو يجعل منها شريكاً في ارتكاب تلك المخالفات أم أن دور تلك المواقع يقتصر على مجرد إتاحة ساحة محايدة لمشاركة المساهمين دون تدخل بالرقابة أو التحكم على نحو يجعلها بعيدة عن تلك المسؤولية؟

إذا كانت هذه الأسئلة تبدو للوهلة الأولى غير منطقية أو ليس هناك ما يبررها على أرض الواقع، فمن خلال مشاهدة الواقع المعاش في الدول التي تقدمت وتطورت بها صناعة التكنولوجيا، نجد أن أصحاب الحقوق المحمية دائماً ما يتجهوا لمقاضاة مقدمي الخدمات أو مقدمي الأدوات التي ساعدت أو سهلت بصورة أو بأخرى انتهاك الحق المحمي¹. والأمثلة على ذلك كثيرة من محاكم الولايات المتحدة الأمريكية. مثل الدعاوي المرفوعة على أصحاب البرنامج الذي يُستخدم لنشر الملفات المحمية على شبكة الإنترنت²، وبرامج فك شفرة حماية (encryption) الأعمال المحمية³، ومحركات البحث التي تُسهل البحث عن الأعمال المخالفة⁴، مواقع مثل Yahoo⁵ و eBay⁶ والتي تقدم خدمة البيع بالمزاد دون التحقق من المنتجات المباعة، وغيرها الكثير من أحكام القضاء. وهو ما يجعل من البحث عن مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين للأعمال المحمية بقوانين الملكية الفكرية له ما يُبرره، وهو ما سنتناوله بالبحث في الصفحات التالية من هذا البحث.

وسنعرض في هذا البحث بدءاً لبحث مدى مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين لحقوق الملكية الفكرية المحمية وذلك في القانون المصري ثم آليات تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لأصحاب الحقوق المحمية والمستخدمين ومقدمي خدمة الإنترنت، وذلك بالاستعانة بنموذج للدول التي نظمت في تشريعاتها جوانب تلك المسؤولية كما هو عليه الوضع في الولايات المتحدة

¹ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, Stanford Law Review, Volume 4, 2004, p.102

² MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 2003

³ Universal City Studios, Inc. v. Corley, 2001

⁴ Kelly v. Arriba Soft Corp., 2003

⁵ Electronic Arts v. Yahoo, 2000

⁶ Hendrickson v. eBay, 2001

الأمريكية. وعليه، سيكون البحث مقسماً إلى جزئين: أولهما لعرض الوضع في القانون المصري، وثانيهما لعرض تجربة الولايات المتحدة الأمريكية من الناحية التشريعية ومن ناحية أحكام القضاء.

أولاً: الأحكام الخاصة بالقانون المصري

على الرغم من اهتمام المشرع المصري بمواكبة المتغيرات التي تجتاح المجتمع بصفة مستمرة، وتعديل ما هو قائم من تشريعات ليتواءم وتلك المتغيرات أو سن تشريع جديد يُعالج واحدة أو أكثر من تلك المتغيرات حين تقف القوانين القائمة عاجزة عن التعامل معها، إلا أنه حتى لحظة اعداد هذا البحث لم يصدر تشريع جديد أو حتى تعديل لتشريع قائم للتعامل مع مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت بصفة عامة ومسئوليتهم عن الانتهاكات التي يرتكبها المستخدمين بصفة خاصة. اللهم إلا بعض النصوص الواردة في قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ والتي تتعامل مع جميع مقدمي خدمات الاتصالات باختلاف أشكالها وأنواعها والتي يعتبر تقديم خدمات الانترنت إحدى صورها، دون تحديد خاص لمسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن مخالفات المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام. ومن الأهمية في هذا المقام الإشارة إلى أن هناك أكثر من مشروع قانون مُقدم لتحديد مفهوم الجرائم الالكترونية ووضع أطر التجريم والعناصر المكونة لكل جريمة وكذلك العقوبات المقررة لها، ومن ضمن تلك الجرائم انتهاكات الحقوق المحمية بمقتضى قوانين الملكية الفكرية. ولكن حتى لحظة كتابة هذه الكلمات فلم يصدر بعد هذا القانون المنتظر وبالتالي لا محل لمناقشة مشروعات هذا القانون في هذا المكان.

وإزاء هذا الوضع القائم، فلا يكون أمامنا سوى الرجوع للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل غير المشروع لبحث مدى مسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات الحقوق المحمية بمقتضى قواعد الملكية الفكرية والتي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام. ليس هذا فحسب، بل سيكون هناك رجوع لبعض أحكام قانون العقوبات المصري والتي تتناول حالات الاشتراك في المسؤولية الجنائية، وذلك على النحو التالي.

الأحكام الخاصة بالقانون المدني المصري

وإذا كان القانون المصري قد جاء خالياً من أي تنظيم صريح لمسئولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المشتركون، فهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للمسئولية المدنية كالمسئولية عن العمل غير المشروع على هذه الفئة من الانتهاكات. ويلاحظ في هذا المقام أنه لا مجال للقول بتطبيق أحكام المسئولية العقدية عن انتهاكات المستخدمين، فالعلاقة العقدية قائمة بين مقدم خدمة الانترنت والمستخدم الذي تعاقد مع الأول للاستفادة من الخدمات التي يقدمها. وتثور المسئولية العقدية لكلا الطرفين عند عدم الوفاء بأحد الالتزامات التي تفرضها العلاقة العقدية بينهما¹، وهي بحسب الأصل لا تشمل انتهاكات حقوق التأليف التي يرتكبها المستخدم في حق صاحب حقوق التأليف المحمية، حيث تثير هذه الانتهاكات مسئوليته في علاقته بالغير صاحب الحق المحمي، والتي قد تثير كذلك - وبالترتبة - مسئولية مقدم خدمة الانترنت. فالحقيقة إذن أنه لا مجال في هذا الشأن لبحث المسئولية العقدية لمقدمي خدمة الانترنت لأنها وإن كانت على قدر كبير من الأهمية إلا أنها لا تُثار بسبب أفعال المستخدمين في علاقتهم بالغير.

وبمراجعة أحكام المسئولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار نجد أن المشرع المصري تعامل في المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ من القانون المدني المصري مع حالات تلك المسئولية والتي يمكن حصرها في ثلاث حالات:

١. المسئولية عن الخطأ الشخصي
٢. المسئولية عن فعل الغير
٣. المسئولية الناشئة عن الأشياء

¹ أ.د/ محمد حسين منصور، المسئولية الالكترونية، منشأة المعارف، ٢٠٠٦، ص ١٥٦

أولاً: المسؤولية عن الخطأ الشخصي:

تتحقق المسؤولية المباشرة عن الفعل غير المشروع - وفقاً لنصوص القانون المدني المصري - إذا ارتكب الشخص فعلاً يُعد غير مشروع أو خطأ، وترتب على هذا الخطأ ضرراً بأحد الناس، فهنا تثار المسؤولية التقصيرية لمرتكب الفعل الخاطئ ويلتزم بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، وذلك عملاً بصريح نص المادة ١٦٣ والتي تنص على "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض"^١.

وبذلك يكون واضحاً جلياً من نص المادة السابق ذكرها أن المسؤولية الشخصية عن الفعل غير المشروع لها ثلاثة أركان أساسية وهي الخطأ ثم الضرر ثم علاقة السببية بين خطأ المُخطئ والضرر الذي سببه للغير.

(١) الخطأ:

والخطأ هو الإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الاضرار بالغير، أو هو انحراف عن السلوك الواجب مع إدراك هذا الانحراف^٢. وجاء في قضاء محكمة النقض أن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية هو الانحراف عن السلوك المألوف وما يقتضيه ذلك من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير^٣. وهو في أصله فعل إيجابي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من اعتبار الموقف السلبي خطأً يستوجب المسؤولية إذا أصاب الغير ضرراً منه^٤، ومن قبيل ذلك الامتناع عن اتخاذ درجة الحيطة الواجبة في التعامل مع الغير.

وحتى يكون الخطأ (الإخلال بالواجب العام) سبباً لقيام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فإنه يجب أن يتوافر فيه ركنين: الركن المادي وهو التعدي والذي يكون في صورة الإخلال الإيجابي أو السلبي بالواجب العام ببذل الحيطة والحذر الواجبين

^١ أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، ١٩٩٠، ص ٢٨

^٢ أ.د/ احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ص ٢٥٦

^٣ نقض مدني ١٥٢٦٠ لسنة ٧٩ قضائية، جلسة ٢٠١٢/٣/١٣

^٤ أ.د/ محمد لييب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ٣٤٣

وما بعدها

لعدم الإضرار بالغير. والركن المعنوي هو إدراك الفعل المخالف للنظام العام أو كون المخطئ كان في وسعه معرفته وإدراكه^١.

ويقصد بالتعدي - باعتباره مُشكلاً للركن المادي للخطأ - كونه انحراف الشخص عن السلوك المعتاد سواء كان عن قصد أو بسبب الإهمال وتقصير من الشخص المخطئ^٢. ويعتبر في تحديد تحقق التعدي من عدمه معيار موضوعي مجرد وهو معيار الشخص المعتاد في مثل الظروف التي ارتكب فيها الشخص المخطئ هذا الفعل^٣.

ويمكن للشخص المخطئ دفع المسؤولية بإثبات حالة من الحالات التي تعتبر من أسباب عدم قيام المسؤولية الشخصية كما في حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة وحالة تنفيذ أمر صادر من رئيس إداري، وذلك تطبيقاً لنصوص المواد ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧ من القانون المدني^٤.

ويُقصد بالإدراك - باعتباره مُشكلاً للركن المعنوي للخطأ - كون الشخص مرتكب الخطأ مميزاً وقادراً على التنبؤ بكون هذا الفعل يعتبر تعدياً على الغير وإخلالاً بالالتزام العام بعدم الإضرار. لذلك تنتفي المسؤولية عن الشخص غير المدرك، سواء كان عدم الإدراك بسبب عدم التمييز لصغر السن أو لعلّة عقلية^٥. ولكن استثناءً، من الممكن أن تنثور مسؤولية عديم التمييز إذا لم يكن هناك من هو

^١ أ.د/ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٥٣ وما بعدها. نقض مدني ١٥٢٦٠ لسنة ٧٩ قضائية، جلسة ٢٠١٢/٣/١٣

^٢ أ.د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة دار النهضة، ١٩٥٤، ص ٤٤٥. أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٨

^٣ أ.د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ١٩٥٤، ص ٤٤٦

^٤ المادة ١٦٥: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"

المادة ١٦٦: "من أحدث ضرراً وهو في حالة نفاذ شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"

المادة ١٦٧: "لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة"

^٥ أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٠. أ.د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٥٤

مسئولاً عنه أو وجد وتعذر الحصول منه على تعويض فيمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض العادل وفقاً لظروف الحالة. وهذا هو الحكم وفقاً لصريح نص المادة ١٦٤ من القانون المدني^١.

وبتطبيق تلك القواعد على حالات انتهاك حقوق الملكية الفكرية والتي يرتكبها المستخدمين وتكون سبباً في قيام مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت، فإنه من الهام هنا البحث عن مدى توافر ركني الخطأ في موقف مقدم خدمة الإنترنت، وهل يمكن نسبة ركن الخطأ له بسبب أفعاله؟

إن مقدم خدمة الإنترنت باعتبار أنه مسئولاً عن تقديم خدمة توصيل واستعمال الإنترنت للمستخدمين، فإن هذه الخدمات تختلف وتتباين وفقاً للغرض من الخدمة وإمكانياته التقنية ومتطلبات المستخدم والحدود المسموح بها للاستخدام. وهذه الخدمات يمكن حصرها وتحديدتها في خدمات الوصول للإنترنت **Internet access**²، خدمة الربط **Internet transit**³، تسجيل اسم النطاق للمواقع الإلكترونية **domain name registration**⁴، استضافة المواقع **web hosting**⁵، وخدمة إدارة شبكات المستخدمين والمنصات **Usenet service**¹،

¹ المادة ١٦٤: "١- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.
٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"

² Internet access is ability of individuals and organizations to connect to the Internet using computer terminals, computers, mobile devices; and to access services such as email and the World Wide Web .

https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_access

³ Internet transit is the service of allowing network traffic to cross or "transit" a computer network, usually used to connect a smaller Internet service provider (ISP) to the larger Internet.

https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_transit

⁴ A domain name is an identification string that defines a realm of administrative autonomy, authority or control within the Internet.

https://en.wikipedia.org/wiki/Domain_name

⁵ A web hosting service is a type of Internet hosting service that allows individuals and organizations to make their website accessible via the World Wide Web. https://en.wikipedia.org/wiki/Web_hosting_service

وخدمة مراكز خدمة آليات الإنترنت² colocation. وهذه الخدمات قد تثار بسببها المسؤولية المدنية لمقدم خدمة الإنترنت إذا أخل بالتزام مفروض عليه، سواء بمقتضى عقد خدمة أو بمقتضى قانون تنظيمي أو كان التزاماً عاماً بعدم الإضرار بالغير وبذلل الحيلة والحذر الواجبين.

وبمناسبة الحديث عن انتهاكات حقوق الملكية الفكرية التي تحدث بسبب انتهاك مقدم خدمة الإنترنت أو أحد المستخدمين لحقوق صاحب الحق، فإنه من المناسب قصر الحديث على نوع الخدمات التي قد تثار بسببها مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت الشخصية والتي يتصور فيها تحقق ركني الخطأ من التعدي والإدراك، وذلك مثل خدمة إدارة شبكات المستخدمين والمنصات Usernet service بما تتطلبه من نقل وتحويل للمحتوى أو تخزين مؤقت للمحتوى أو للبيانات. حيث يتصور قيام مسؤولية مقدم الإنترنت بسبب انتهاك حقوق التأليف المحمية بسبب التعامل في محتوى قد يكون محمياً من خلال ربط الأجهزة الإلكترونية ومواقع الإنترنت بالشبكات والأنظمة دون الرجوع لصاحب الحق المحمي، على نحو يمثل انتهاكاً لحقوقه المحمية بقوانين الملكية الفكرية.

فحتى تثار المسؤولية الشخصية لمقدم خدمة الإنترنت - واعمالاً للقواعد العامة - يجب أن يتوافر ركن الخطأ في جانبه بعنصره المادي والمعنوي، أي يتوافر عنصري التعدي والإدراك في فعله.

كما سبق القول، فإن عنصر التعدي يقصد به انحراف الشخص عن السلوك المعتاد سواء كان عن قصد أو بسبب إهمال أو تقصير. فمقدم خدمة الإنترنت يمكن اعتباره

¹ Usenet is a worldwide distributed discussion system available on computers. It was developed from the general-purpose UUCP dial-up network architecture. <https://en.wikipedia.org/wiki/Usenet>

² A colocation centre (also spelled co-location, or colo) or "carrier hotel", is a type of data centre where equipment, space, and bandwidth are available for rental to retail customers. Colocation facilities provide space, power, cooling, and physical security for the server, storage, and networking equipment of other firms—and connect them to a variety of telecommunications and network service providers—with a minimum of cost and complexity. https://en.wikipedia.org/wiki/Colocation_centre

متعدياً إذا ثبت أن هناك خروجاً عن السلوك المعتاد لمقدمي خدمة الإنترنت أثناء تقديم خدمات إدارة المنصات الإلكترونية وشبكات المستخدمين. وحيث أن القانون المصري قد جاء خالياً من أي تحديد قانوني لعمل مقدمي خدمة الإنترنت وبالتالي ليس هناك تحديداً للسلوك المعتاد، فهنا يمكن الاعتماد على بعض القوانين التي تعاملت مع مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت. ومن هذه القوانين توجيهات الاتحاد الأوروبي الخاصة بالتجارة الإلكترونية E-Commerce Directive (2000/31/EC) وقانون Digital Millennium Copyright Act 1998 في الولايات المتحدة الأمريكية.

فقد تضمن كلا من القانونين E-Commerce Directive و Digital Millennium Copyright Act الأحكام التالية لتحديد الالتزامات المفروضة على مقدمي الخدمة:

أ. فيما يتعلق بإجراء نقل وعبور أو تحويل المحتوى: لا يكون مقدم خدمة الإنترنت

- باعتباره وسيطاً لنقل البيانات - في إدارته للمنصات الإلكترونية مسؤولاً إذا:

1. لم يأخذ المبادرة في عملية نقل المحتوى
2. لم يختَر الشخص أو الجهة الموجه إليها المحتوى
3. لم يختَر أو يعدل أو يغير من المحتوى محل عملية النقل
4. كانت عملية نقل المحتوى والتخزين المؤقت بهدف النقل تتم بصورة تلقائية
5. كان الهدف من التخزين المؤقت مجرد إتمام عملية نقل المحتوى
6. كان التخزين المؤقت للمدة الزمنية المطلوبة لهذا الغرض فقط

ب. فيما يتعلق بإجراء التخزين المؤقت: لا يكون مقدم خدمة الإنترنت - باعتباره

وسيطاً للتخزين المؤقت - مسؤولاً إذا:

1. لم يأخذ المبادرة في عملية نقل المحتوى
2. لم يختَر الشخص أو الجهة الموجه إليها المحتوى
3. كان التخزين المؤقت بهدف جعل عملية نقل المحتوى أكثر فاعلية
4. لم يُعدل أو يتدخل في المحتوى
5. التزم بشروط الوصول للمحتوى التي اشترطها المرسل

٦. التزم بقواعد تحديث المعلومات والمحتوى المحددة بطريقة معروفة ومطبقة من بين الصانعين
٧. لم يتدخل في حالة الاستخدام المشروع للتكنولوجيا للحصول على البيانات أثناء استعمال المحتوى
٨. تدخل على وجه السرعة لإزالة أو تعطيل الوصول للمحتوى المخزن بمجرد تحقق العلم الفعلي بالمحتوى المخالف أو هناك حكم قضائي أو أمر إداري باتخاذ هذا الاجراء
- ج. فيما يتعلق بإجراء الاستضافة: لا يكون مقدم خدمة الإنترنت - باعتباره وسيطاً للتخزين والاستضافة - مسؤولاً إذا:
١. لم يكن عنه علم حقيقي بالنشاط أو المحتوى غير المشروع ولا بالظروف أو الوقائع التي تظهر منها النشاط أو المحتوى غير المشروع
 ٢. تدخل على وجه السرعة لإزالة أو تعطيل الوصول للمحتوى بمجرد تحقق العلم الكافي
 ٣. لا تنطبق الفقرتان السابقتان إذا كان مُتلقّي الخدمة (المُستقبل) يعمل تحت سلطة أو رقابة مقدم المحتوى (المُرسل) أو كانت هناك استفادة مالية مباشرة لمقدم الخدمة من المحتوى غير المشروع
 ٤. ليس هناك التزام عام على مقدمي خدمة الإنترنت بمراقبة المحتوى الموجود على الشبكة أو النظام بهدف النقل أو التخزين المؤقت أو الاستضافة أو التزام بطلب وقائع أو ملابسات تحدد النشاط غير القانوني
 ٥. يكون مقدم خدمة الإنترنت ملزماً بإبلاغ الجهات المختصة بأي نشاط غير مشروع تم اتخاذه أو محتوى تم تقديمه بمعرفة مستخدم أو بالتواصل مع الجهات المختصة بناء على طلبهم لتقديم المعلومات التي تساعد في تحديد هوية المستخدمين.

وبالتالي إذا لم يتم مقدم خدمة الإنترنت بمراعاة الضوابط السابق الإشارة إليها أثناء تقديمه لخدمات الإنترنت سواء بسبب النقل والعبور أو التخزين المؤقت أو الاستضافة فإنه يعتبر متعدياً وفقاً لأحكام القانونين E-Commerce Directive

و Digital Millennium Copyright Act، ويثبت في حقه فعل التعدي باعتباره شرطاً لتحقيق ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية. وبذلك يمكن اعتبار تلك القواعد كما لو كانت مُحددة للضوابط التي يجب على مقدم خدمة الإنترنت "المعتاد" مراعاتها أثناء تقديمه للخدمات وإلا أُعتبر معتدياً ومقصراً على نحو قد تنثر معه مسؤوليته التقصيرية إذا توافرت باقي أركان المسؤولية¹.

(٢) الضرر:

والضرر هو انتقاص في المنافع يصيب المضرور بسبب فعل شخص آخر. أو هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له حتى ولو لم يكن القانون يكفل تحقيقها². ويجب أن يتحقق الضرر للمضرور حتى تتعدّد مسؤولية المدين أو المدعى عليه سواء تم اثبات الخطأ في جانب الأخير - وهذا هو الأصل - أو بدون خطأ من جانبه كما في حالة المسؤولية الموضوعية. فالضرر هو الأساس في تحقق مسؤولية المدين ولا غنى عنه، في حين أن عنصر الخطأ يمكن أن تتعدّد المسؤولية بدون استثناء في بعض الحالات الخاصة³. وفي هذا الشأن يجب على المضرور أن يقيم الدليل على نوع الضرر الذي لحق به ومقداره ويكون اثبات الضرر بكافة الطرق لأنه واقعة مادية يمكن اثباتها بشهادة الشهود والقرائن وتقارير الخبراء⁴.

والضرر الذي يصيب الدائن قد يكون ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً، فالأول يصيب المدين في جسده أو ماله والثاني يصيبه في مشاعره وكرامته وشرفه وعاطفته. والضرر المادي هو الإخلال بمصلحة أو بحق مالي للدائن سواء كان ذلك بالانتقاص من أمواله أو بالمساس بمصلحة مالية له (كما في حالة الاعتداء على حقوق المؤلف المحمية أو حقوق صاحب البراءة أو العلامة التجارية أو أي حقوق مالية أخرى) أو

¹ Jerome H. Reichman, Graeme B. Dinwoodie & Pamela Samuelson, A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works, Berkeley Technology Law Journal, Volume 22, 2007, P. 983, 984

² أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٧١. أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني،

مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠

³ ذات الموضوع

⁴ ذات الموضوع

بالمساس بجسده وإحداث أضرار به هو أو بأحد من أفراد أسرته. وفي جميع الحالات يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن محققاً أي أن يكون قد حدث فعلاً كنتيجة مباشرة لفعل المدين أو أن يكون مؤكداً الحدوث في المستقبل. ولكن لا يُعوض الدائن عن الضرر الاحتمالي¹.

و يبحث مدى تحقق ركن الضرر لقيام مسؤولية مقدم خدمة الانترنت - سواء بنفسه أو بسبب مشاركات المستخدمين - بسبب انتهاكات حقوق الملكية الفكرية، فإنه يمكن القول بأن الضرر يكون متحققاً حالة ما إذا ترتب على هذا الفعل المخالف مساساً بحق مالي أو مصلحة مالية لصاحب حق التأليف الذي تم الاعتداء عليه.

فلا جدال بأن مشاركة أحد المستخدمين بعمل أدبي محمي دون الرجوع لصاحب الحق يمثل اعتداءً عليه ومساساً بحقوقه المالية أو احتفاظ مقدم خدمة الانترنت بنسخة من برنامج محمي دون الرجوع لمصمم البرنامج يعتبر اعتداءً على حقوقه المالية طالما كان مقدم الخدمة احتفظ به لغرض آخر غير تسهيل نقله وعبره للمستخدمين أو للمشاركين في البرنامج نفسه.

وقد يكون الضرر الذي يصيب الدائن ضرراً أدبياً بسبب المخالفة التي ارتكبتها مقدم خدمة الانترنت كما في حالة تراخيه عن إزالة وتعطيل محتوى مخالف يتضمن إساءة أدبية على الرغم من تقديم إخطار بوجود هذا المحتوى المخالف على شبكة أو نظام مقدم خدمة الانترنت. وسواء كان الضرر مادياً أم أدبياً فإن مسؤولية مقدم خدمة الانترنت الشخصية تثور بسبب ما أصاب الدائن صاحب الحق الذي تم الاعتداء عليه من أضرار.

حقيقة إن عنصر الضرر في حالة مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن أفعالهم الشخصية لا يختلف كثيراً عن أحكامه في القواعد العامة، وليس له أي خصوصية في هذا المقام. وعليه فسنكتفي بهذا العرض الموجز للأحكام العامة لعنصر الضرر

¹ أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها. أ.د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٧٠ وما بعدها. أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٧١ وما بعدها

دون الإسهاب في تفاصيله التي لا تختلف عن مثيلتها في الحالات الأخرى من حالات الفعل الضار.

(٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

إذا ثبت تحقق الضرر للشخص المضرور فلا تقوم مسؤولية المدين ولا ينسب إليه اتهام إلا إذا كانت هناك رابطة بين فعل المدين والضرر الذي أصاب الدائن. أي يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور نتيجة مباشرة للخطأ أو الفعل الذي ارتكبه المدين دون تدخل أي سبب أجنبي أو ظرف خارجي يقطع أو يؤثر على علاقة السببية، وهذا نتيجة طبيعية لإعمال أحكام علاقة السببية في المسؤولية عن العمل غير المشروع^١.

وفيما يتعلق بمسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عما يرتكبه من أفعال تمثل انتهاكاً لحقوق الغير المحمية بحقوق الملكية الفكرية، فإنه يمكن القول إنه إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب صاحب الحق المحمي أو من هو مرخص له بالاستغلال الحصري للمنتج المحمي هو نتيجة طبيعية ومباشرة للفعل المنسوب لمقدم خدمة الإنترنت أو أحد المستخدمين - كما سبق وأوضحنا - فبذلك تنور مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت الشخصية ويلتزم بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار.

وإجمالاً، يمكن القول إن مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت تتحقق باعتبار أفعاله التي تشكل تعدياً على حق محمي بحقوق التأليف وذلك بالخروج عن متطلبات تقديم الخدمة كما وردت في القوانين المنظمة، وترتب على هذه الأفعال ضرراً بصاحب تلك الحقوق.

ثانياً: المسؤولية عن فعل الغير:

الفكرة الأساسية في المسؤولية عن فعل الغير تقوم على أساس مساءلة شخص آخر غير مرتكب الفعل الخاطئ عما ترتب على ذلك الفعل من أضرار بالغير. إذن فإن فكرة المسؤولية عن فعل الغير تفترض توافر أركان المسؤولية الشخصية من خطأ

^١ أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها. أ.د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٧٧ وما بعدها. أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٠ وما بعدها

وضرر وعلاقة سببية بينهما في حق الشخص مرتكب الخطأ ولكن لأسباب معينة منصوص عليها قانوناً - وستتولى ذكرها تباعاً - لا يُسأل هذا الشخص عن تبعات خطؤه ولكن يُسأل شخص آخر^١.

وفي هذا الشأن، لا يمكن اعتبار مسؤولية ممثل الشخص الاعتباري عما ينسب لهذا الأخير من مسؤولية من قبيل المسؤولية عن فعل الغير. ذلك أن طبيعة الشخص الاعتباري تؤدي إلى استحالة تفعيل المسؤولية الشخصية بصورتها الأصلية عليه وبالتالي يُعامل الممثل القانوني للشخص الاعتباري كما لو كان هو المرتكب الفعلي للفعل الخاطئ وكما لو كان هو المسئول عن تبعات هذا الخطأ ليس بشخصه ولكن بصفته، ولا محل في هذه الحالة للقول بتطبيق المسؤولية عن خطأ الغير^٢.

وفيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير، فإنه يجب التمييز بين صورتين من هذا النوع من المسؤولية ذكرهما المشرع صراحة في المادتين ١٧٣ و ١٧٤ من القانون المدني المصري. فالصورة الأولى^٣ وهي مسؤولية متولي الرقابة عن المشمولين برقابته، وفيها تكون مسؤولية الشخص المكلف بالرقابة مفترضة طالما توافرت عناصر المسؤولية التقصيرية في حق الشخص المشمول بالرقابة، ومثالها مسؤولية ولي الأمر عن العمل غير المشروع الذي يرتكبه القاصر تحت رقابته ويترتب عليه ضرر بالغير. فمسؤولية ولي الأمر في هذه الحالة مفترضة وخطؤه مفترض بسبب تقصيره في مهام الرقابة، وهو افتراض يقبل اثبات العكس ولكن لا يحتاج الدائن لإقامة الدليل عليه. والصورة الثانية هي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وفيها تتعقد مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها التابع ويترتب عليها ضرر بالغير، حيث يُسأل المتبوع عن تبعات خطأ التابع. ومثالها العلاقة بين رب العمل والعامل، فرب العمل - باعتباره متبوعاً - يُسأل عن الأضرار التي تصيب الغير بسبب ما اقترفه العامل - باعتباره تابعاً - من أخطاء أثناء عمله أو بمناسبته. فيجب إذن في هذه الحالة أن

^١ أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها. أ.د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥١٥ وما بعدها. أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية

الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها

^٢ أ.د/ حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ص ٥٢٥

^٣ المادة ١٧٣: "١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية "

تتوافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية في سلوك الشخص التابع حتى تثور مسؤولية المتبوع. ويلاحظ في هذه الحالة أن مسؤولية المتبوع بسبب علاقة التبعية يجب اثباتها من قبل المضرور حتى يستفيد من هذه الصورة من المسؤولية. فمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ليست مفترضة ولكنها مرتبطة بعنصري الرقابة والتبعية، فإذا أثبت ذلك الدائن المضرور حق له مطالبة المتبوع بالتعويض عن الأضرار التي أصابته وإلا فلا¹.

فالمسؤولية في هاتين الحالتين ليست مسؤولية شخصية ولكنها مسؤولية بسبب فعل الغير، ويكون الشخص مسؤولاً بنص القانون عن الأضرار التي أصابت الشخص المضرور بسبب خطأ هذا الغير في الحالتين².

ويتطبيق قواعد المسؤولية عن فعل الغير على حالة الانتهاكات التي يرتكبها مستخدم الإنترنت والشبكات الإلكترونية ومدى مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت عن تلك الانتهاكات، فإنه يمكن القول بأن كلتا الحالتين تقفان عاجزتان عن التطبيق على تلك الحالة والسبب في ذلك وضوح وصراحة النص وليس غموضه. فالمشرع حين قصر المسؤولية عن فعل الغير على حالتي متولي الرقابة عن أعمال الأشخاص الخاضعين لرقابته وحالة المتبوع عن أعمال التابع، فإنه بذلك - وبسبب صراحة النص - منع أي حالة أخرى قد تثور فيها المسؤولية عن فعل الغير. وهذا الوضع هو جد غريب، حيث أن مفاد ذلك أنه لا يمكن أن تثور مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت إلا في الحالات التي يثبت فيها خطؤه الشخصي بارتكاب فعل يُشكل انتهاكاً واضحاً لحقوق الملكية الفكرية - كما سبق توضيحها - ويكون بعيداً تماماً عن كل صور المسؤولية عن الانتهاكات التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام.

ومن جانبنا نرى أن إشكالية مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت تقضي تدخل المشرع بصورة صريحة لتحديد حالات وضوابط مسؤولية مقدم الخدمة. ويمكن في هذا المقام الاعتماد على ما ذهب إليه المشرع الأمريكي من تقرير مسؤولية مقدم خدمة

¹ د/حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ص ٥٢٥

² د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها. د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥١٥ وما بعدها. د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها

الانترنت في ثلاث صور وفقاً لطبيعة المخالفة بين المسؤولية المباشرة والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المشتركة، وحدد لكل منها ضوابط وشروط. خلاصة القول إذن ووفقاً للقواعد العامة في القانون المدني إن المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمة الإنترنت تنشأ بسبب انتهاكات حقوق الملكية الفكرية التي يتم ارتكابها بصورة مباشرة ومثلها حالة تخزين محتوى محمي بحق التأليف على الشبكة أو النظام - لأجل إعادة توجيهه - دون الحصول على موافقة صاحب الحق، ولا تنشأ المسؤولية عن الانتهاكات التي يرتكبها المستخدمون.

والتقواعد المنظمة للمسؤولية عن فعل الغير - على الرغم من وضوح عبارتها - إلا أنها تثير العديد من الإشكاليات القانونية حين تُقارن بمثلتها في القانون الأمريكي. فمن الجدير بالذكر في هذا المقام أن القوانين الأمريكية تناولت حالة المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المشتركة باعتبارهما صورتان للمسؤولية غير المباشرة Secondary Liability وتطورت تطبيقاتها في مجالات حقوق التأليف على نحو يجعلها ممكنة التطبيق على حالة مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن أفعال المستخدمين.

فالمسؤولية غير المباشرة في القانون الأمريكي تنشأ حالة ما إذا ساهم شخص بتسهيل أو تحريض شخص آخر على ارتكاب فعل مخالف أو كان مسئولاً عن هذا الفعل المخالف الذي ارتكبه ذلك الشخص. فتكون مسئوليته في هذه الحالة مسؤولية غير مباشرة ترتبط بمسؤولية الفاعل الأصلي والذي تكون مسئوليته مسؤولية مباشرة.

والمسؤولية غير المباشرة تكون في إحدى صورتين: المسؤولية عن فعل الغير (Vicarious Liability) والمسؤولية المشتركة (Contributory Liability)، وكلتا الصورتان تطورت كثيراً بتعاقب الأحكام القضائية. والمشارك بين الصورتين أنهما يظهران بسبب مخالفة أصلية ومباشرة تم ارتكابها من جانب الفاعل الأصلي (الغير) وارتبط به فعل آخر يُثير المسؤولية غير المباشرة. وهذا الفعل المرتبط قد يكون بسبب علاقة العامل بصاحب العمل (*respondeat superior*) أو بسبب تحقيق مصلحة اقتصادية (Economic Interest) وهي الصورة الأولى، أو يكون

بسبب تسهيل أو مساعدة أو تحريض الفاعل الأصلي على ارتكاب الفعل المخالفة الأصلية مع علمه بذلك وهي الصورة الثانية.

وفي الفقرات التالية من هذا البحث سيكون عرضاً موجزاً لأحكام المسؤولية غير المباشرة في القانون الأمريكي واستعراضاً لتلك الصورة الخاصة من مسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين للحقوق الملكية الفكرية المحمية:

(١) المسؤولية عن فعل الغير (Vicarious Liability):

تعتبر المسؤولية عن فعل الغير واحدة من النظريات التي نشأت وتطورت كثيراً لأجل إضفاء قدر من الحماية على الأعمال الأدبية المحمية بحقوق التأليف. وهذه الصورة طورتها المحاكم باعتبارها امتداداً لأحكام المبدأ الذي يقرر مسؤولية رب العمل عن الأفعال المخالفة التي يرتكبها العاملون لديه بمناسبة العمل عاملاً وتطبيقاً لفكرة التبعية^١. ولم يقتصر التطور القضائي عند إقرار هذه قاعدة التبعية فقط، بل تعداها لتقرير مسؤولية من ينكسب أو يتربح مالياً من الأفعال المخالفة التي يرتكبها الغير طالما لديه القدرة على منع هذه المخالفة حتى ولو لم يتحقق معها علاقة التبعية بمعناها الأصيل من الرقابة والإشراف. وقد جاء قديماً في قضية Dreamland

Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co.

“The owner of a dance hall at whose place copyrighted musical compositions are played in violation of the rights of the copyright holder is liable, if the playing be for the profit of the proprietor of the dance hall”.

والواضح من هذا الحكم أنه قرر مسؤولية أصحاب دار للعروض الفنية بصورة غير مباشرة بسبب تنظيمهم عرضاً موسيقياً دون الحصول على موافقة أصحاب الحقوق المحمية عن هذا العرض وذلك بسبب استفادتهم المالية من هذا العرض الموسيقي.

فالعبارة اذن - وفقاً لما قرره هذا الحكم وأحكام أخرى - بالاستفادة المالية المباشرة من الفعل المخالف الذي ارتكبه الفاعل الأصلي، وتثور بذلك المسؤولية غير المباشرة. ويجب أن تكون الاستفادة المالية نتيجة مباشرة لتلك المخالفة، فإذا كانت

¹ M. Witmark & Sons v. Calloway 1927

² Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co. 1929

الاستفادة المالية حدثت ولكن لسبب آخر غير المخالفة التي ارتكبها الفاعل الأصلي، فلا يؤدي ذلك إلى انعقاد المسؤولية غير المباشرة. وأحكام المحاكم الأمريكية واضحة في هذا الشأن¹. تطبيقاً لذلك، إذا كانت الاستفادة المالية بسبب مشروع كما لو قام أصحاب دار العرض بتأجيرها لفرقة لتقديم عروض موسيقية مختلفة مقابل إجراً ثابتاً دون تدخل في تنظيم تلك العروض أو التبرج منها مباشرة. فإذا قامت تلك الفرقة بعرض أعمالاً فنية محمية دون الحصول على موافقة أصحاب تلك الحقوق، فلا يُسأل صاحب دار العرض عن تلك المخالفة حتى ولو بصورة غير مباشرة².

وتوسعت المحاكم الأمريكية في تبني فكرة الاستفادة المالية باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن أفعال الغير التي تمثل انتهاكاً لحقوق الملكية الفكرية، بل أكثر من ذلك، لم تشترط العلم بهذا الانتهاك وعقدت المسؤولية حتى ولو لم يكن الشخص عالماً بأن نشاط الغير يعتبر انتهاكاً طالما تحقق شرط الاستفادة المالية، وتحقق يقين المحكمة بذلك³. وقد جاء في حكم Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.

"When the right and ability to supervise coalesce with an obvious and direct financial interest in the exploitation of copyrighted materials — even in the absence of actual knowledge that the copyright monopoly is being impaired, — the purposes of copyright law may be best effectuated by the imposition of liability upon the beneficiary 'of that exploitation'".

"عندما يتحقق الحق في الرقابة والقدرة عليها مع الاستفادة المالية المباشرة من استغلال مواد محمية بحق التأليف — حتى ولو كان ذلك بغير علم فعلي بالاعتداء

¹ على سبيل المثال 1938 Deutsch v. Arnold و 1996 Fonovisa v. Cherry Auction

² Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, Georgetown Law Journal, Vol. 88, 2000, p12.

³ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.122

⁴ Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co. 1963

على حقوق التأليف المحمية الاستثنائية - فيكون التطبيق الأفضل لقوانين حماية حق التأليف بعقد مسؤولية المستفيد من استغلال الحقوق المحمية" وبذلك تكون المحاكم الأمريكية ساهمت في خلق وتطوير صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير تتناسب وطبيعة الانتهاكات التي تحدث ضد الحقوق المحمية بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة.

وقد تم تطبيق ذات المبدأ في حالة الانتهاكات التي تتم من خلال شبكات الانترنت في **Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors**. حيث رفضت المحكمة تقرير المسؤولية عن فعل الغير لمقدم خدمة الانترنت **Northwest Nexus, Inc.** عن انتهاكات المستخدم **National Association of Fire Equipment Distributors (NAFED)** اعتماداً على ان الحصول على مقابل مالي ثابت للاستفادة من خدمات **Northwest Nexus, Inc.** لا يجعل من هذا الأخير مستفيداً مالياً بصورة مباشرة من الانتهاك الذي ارتكبه **NAFED**. فالواضح من وقائع هذه الدعوى أن المقابل المالي الثابت الذي يدفعه المدعي لمقدم خدمة الانترنت لم يتغير بتلك المخالفة ولا بزيادة زيارة الموقع بسببها، وهو ما يجعل من هذه الاستفادة المالية غير المباشرة غير مؤثرة في تقرير مسؤولية مقدم الخدمة **Northwest Nexus, Inc.** عن فعل المستخدم **NAFED**¹.

وفي الصفحات التالية من هذا البحث² سنعرض بالتفصيل لأحكام تطبيق فكرة المسؤولية عن فعل الغير - كما طورها القضاء الأمريكي - على حالة مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام الذي يديره مقدم الخدمة، وذلك على ضوء أحكام قانون **Digital Millennium Copyright Act 1998**.

¹ **Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors**, 1997

² العنوان الخاص بالتنظيم القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية
٣٦٣

(٢) المسؤولية المشتركة (Contributory Liability):

تتحقق المسؤولية المشتركة للشخص عن الانتهاكات التي يرتكبها شخص آخر بسبب مساهمته بصورة أو بأخرى في ارتكاب تلك المخالفات والانتهاكات. ويقوم هذا النوع من المسؤولية إذا توافر عنصران أساسيان ألا وهما المساهمة الفعلية في ارتكاب الفعل المخالف والعلم بكون هذا الفعل مخالفاً ويمثل انتهاكاً لحق محمي بحقوق التأليف^١. وتتحقق المسؤولية المشتركة بسبب القيام بأفعال ساعدت أو ساهمت أو حرضت على ارتكاب الفعل المخالف، بحيث يكون ارتكاب هذا الفعل المخالف غير ممكن بدون تلك الأفعال المساعدة.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لانتهاكات حقوق التأليف في القانون الأمريكي، فإن تطبيق قاعدة المسؤولية المشتركة على الانتهاكات التي يرتكبها مستخدمي الشبكات والنظم الالكترونية والتي قد تثير المسؤولية المشتركة لمقدم خدمة الانترنت لا يخرج كثيراً عن تلك القاعدة وهو ما سيأتي توضيحه وتفصيله في الصفحات التالية من البحث^٢.

ثالثاً: المسؤولية الناشئة عن الأشياء:

تناول المشرع المصري أحكام المسؤولية عن الأشياء والتي تشمل المسؤولية عن الأشياء الخطرة والحيوانات والمباني في المواد من ١٧٦ حتى ١٧٨ من القانون المدني. وتعاملت هذه المواد مع مسؤولية الشخص المكلف بحراسة حيوان حين يُصيب الغير ضرراً بسبب فعل إيجابي من الحيوان بسبب تقصير الحارس في أداء وظيفة الحراسة^٣. وكذلك حالة مسؤولية حارس البناء الذي يكون مسؤولاً عما يحدثه تهدم البناء كلياً كان أو جزئياً من ضرر بالغير^٤. وأيضاً حالة المسؤولية عن الأشياء

¹ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.110

² العنوان الخاص بالتنظيم القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية
³ مادة ١٧٦: "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه"

⁴ مادة ١٧٧: "١- حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

٢- ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه"

الخطرة والتي تحتاج درجة عالية من العناية بحيث تثار مسؤولية الحارس عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر بالغير¹.

وباستعراض الحالات الثلاث للمسؤولية عن الأشياء كما أوردها المشرع المصري نجدها - كسابقتها وبسبب صراحة النص - لا يمكن تطبيقها على الأضرار التي تصيب صاحب الحق المحمي بحقوق الملكية الفكرية من الانتهاكات التي يرتكبها مستخدمي شبكة الإنترنت أو النظام الذي يديره مقدم خدمة الإنترنت. وعليه فسنتكفي بتلك الإشارة الموجزة عن هذا النوع من المسؤولية دون الخوض في تفصيلاته لعدم انطباقها على الحالة موضوع البحث.

وقبل مغادرة هذا الجزء من البحث والخاص بالقواعد العامة في القانون المصري والتي يمكن تطبيقها على انتهاكات حقوق الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكات والأنظمة والتي من الممكن أن تثير مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت، فمن الأهمية بمكان التعرض لبعض نصوص قانون العقوبات المصري والتي تتناول حالات الاشتراك في المسؤولية الجنائية، لارتباطها الوثيق بأحكام المسؤولية عن فعل الغير وعلاقتها بمسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين.

الأحكام الخاصة بقانون العقوبات المصري

لم يرد في القانون المصري تنظيم خاص بالجرائم الإلكترونية حتى لحظة كتابة هذه الكلمات. وعلى عكس النهج الذي اتبعناه في الجزء الخاص بالجوانب المدنية من موضوع البحث، فلا يمكننا قياس تجريم الانتهاكات التي تُرتكب من خلال مواقع وشبكات الإنترنت على الجرائم في صورتها الأصلية وكما ورد تحديدها في قانون العقوبات المصري. فالأحكام المدنية يمكن القياس عليها ومد حكمها إلى غيرها مما يشترك معها في العلة بضوابط معينة، على عكس أحكام المسؤولية الجنائية تحكمها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ولكن ذلك كله لا يمنع بحسب الأصل من

¹مادة ١٧٨: "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة"

الرجوع لبعض القواعد العامة لتحديد المسؤولية كما في حالة الاشتراك أو المساهمة الجنائية والاستعانة بها في تحديد مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين للمواد المحمية بحقوق الملكية الفكرية. وباستعراض أحكام المساهمة الجنائية في قانون العقوبات المصري نجد المادة ٤٠ منه تنص على أنه يعتبر شريكاً في ارتكاب الجريمة:

١. كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

٢. كل من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوَقعت بناء على هذا الاتفاق

٣. من اعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها

وبعد تحديد المقصود بالاشتراك في الجريمة، نص المشرع في المادة ٤٣ على أن كل من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت تلك الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الإتفاق أو المساعدة التي حصلت.

والنصوص سابقة الذكر واضحة في تحديد مفهوم الاشتراك والذي يتحقق بسببه المسائلة الجنائية للشريك كما الفاعل الأصلي.

ولتحديد مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت يجب بدءاً البحث عن إجابة لهذا السؤال: هل يعتبر مقدم خدمة الإنترنت مُشتركاً مع صاحب المحتوى المخالف في ارتكاب تلك المخالفة (وذلك عن طريق إتاحة مساحة لإبداء الآراء على الموقع وتقديم القنوات المساعدة على ذلك) أم أنه لا يعتبر شريكاً ولا يُسأل عن انتهاكات المشتركين؟

لأجل الإجابة على هذا التساؤل يجب بدءاً الإشارة إلى أن القانون المصري وغيره من القوانين التي تنتمي لمدرسة القانون اللاتيني لا تعترف بأحكام الإشتراك إلا في نطاق المسؤولية الجنائية، على عكس الوضع في دول القانون العمومي والتي تعترف

بحالات الاشتراك في المسؤولية في إطار المسؤولية المدنية¹. ولكن هذا لن يؤثر على بحث مسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين للأعمال المحمية بأحكام الملكية الفكرية، حيث أصبحت مثل هذه الانتهاكات بمقتضى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ أفعالاً مجرمة تقتضي توقيع عقوبات مالية كالحبس والغرامة. وعليه فمن الأهمية بمكان في هذه الحالة توصيف موقف مقدم خدمة الانترنت بسبب الخدمة التي يقدمها ودور تلك الخدمة في حدوث الانتهاك حتى يمكن بحث مدى مساهمته في ارتكاب هذا الانتهاك.

وفقاً للمادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري، فإنها حددت صور الاشتراك في ارتكاب الجريمة بصورة من ثلاث صور وهي التحريض أو الاتفاق أو المساعدة. ولم يذكر المشرع المصري تعريفاً محدداً لأي صورة من صور الاشتراك الجنائي ولكن عرف الفقه التحريض بأنه خلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان في الأصل خالياً أو متردداً فيها بقصد ارتكابها. أو هي الأفعال التي لا ترقى بأصحابها لمرتبة الفاعلين الأصليين، أي لا تنطوي على نشاط تنفيذي أو رئيسي في الجريمة، وإنما تلعب دوراً في وقوع الجريمة محل المساهمة وتستجمع الشروط التي يضعها القانون لقيامها^٢. وعرفت محكمة النقض الاتفاق المسبق على ارتكاب الجريمة في أحد أحكامها بأنه اتحاد نية أطراف الاتفاق على ارتكاب الفعل المتفق عليه^٣، أما المساعدة سواء كانت مساعدة سابقة أم معاصرة أم لاحقة لارتكاب الجريمة فهي كما جاء بالفقرة الثالثة من المادة ٤٠ بأنها علم الشريك بارتكاب الفاعل للجريمة ومساعدته له في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكاب هذا الفعل.

ومن التعريفات السابقة يمكن القول بأن حالة المساعدة هي الصورة الأقرب للقول بمسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن الانتهاكات التي يرتكبها المستخدمين من خلال النظام أو الشبكة. ليس مجرد المساعدة ولكن بالأخص صورة المساعدة المعاصرة

¹ Xavier Amadei, Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, Defamation, and Illicit Content, Cornell International Law Journal, 2002, volume 35, p. 203

² أ.د/ أحمد عوض بلال، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٧٨٩

³ الطعن رقم ١٠٩٦ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٩٤٥/٥/٢٨

لارتكاب الفعل المخالف هي الصورة الأقرب والتي يمكن تصورهما للقول بمسئولية مقدم خدمة الانترنت عن الانتهاكات التي تُرتكب بمعرفة مشاركات المستخدمين على الموقع. ولكن من الأهمية بمكان في هذا الشأن تحديد صورة المساعدة التي يمكن نسبتها لمقدم خدمة الإنترنت بسبب قيامه بعمله. فهل يعتبر مجرد إتاحة ساحة أو منصة لمشاركات الأعضاء يعتبر من قبيل المساعدة المعاصرة والمنصوص عليها في المادة ٤٠ من قانون العقوبات؟ أم أنه لا تتحقق تلك الحالة إلا بأفعال إيجابية من جانب مقدم خدمة الانترنت تتم على نية المساعدة والاشتراك في ارتكاب تلك الأفعال التي تعتبر جريمة؟ هل يتحقق شرط العلم بصورة مطلقة ويكون مفترضاً في جانب مقدم خدمة الانترنت أم أنه يجب اثبات توافر هذا العلم في كل حالة؟ هل يمكن قياس مسئولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين على مسئولية رؤساء الصحف والمجلات والإعلاميين عن كل ما يُقدم من محتوى في تلك المجلات والصحف والبرامج الإعلامية؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة تقتضي عرض بعض المسائل المرتبطة بالاشتراك الجنائي وحالة المساعدة التي اعتبرها المشرع المصري صورة من صور الاشتراك الجنائي. حيث جعل المشرع المصري من كل معاون في ارتكاب الجريمة أيما كان شكلها أو طبيعتها مساعدة في ارتكاب الجريمة يقوم بها الركن المادي للاشتراك. وجاءت عبارة المشرع واسعة بحيث تشمل كل صورة من صور المعاونة حين استخدم في الفقرة الثالثة من المادة ٤٠ "من أعطى أو أي شيء آخر أو ساهم بأي طريقة أخرى". فوفقاً لعبارة هذا النص تكون المعاونة في أي صورة سواء سابقة على ارتكاب الفعل الإجرامي أم معاصرة له أو لاحقة عليه طالما أكملت أو سهلت التستر على الفعل نفسه. وكذلك قيل في الفقه أنه من الممكن أن تأخذ المعاونة في ارتكاب الفعل الاجرامي صورة الامتناع عن القيام بواجب قانوني مصدره القانون او العقد^١، وإن كان القضاء يقضي بأن الاشتراك في الجريمة لا يتكون إلا من اعمال إيجابية ولا ينتج أبداً من أعمال سلبية^٢.

١.د. محمد زكي ابوعامر، قانون العقوبات - القسم العام، ١٩٩٠، دار المطبوعات الجامعية، ص ٤١٠
٢.الطعن رقم ١٠٩٦ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٩٤٥/٥/٢٨

فإذا تحققت صورة المساعدة في جانب الشريك يجب أن يترتب عليها ارتكاب الفعل المُجرّم على نحو يجعل من المعاونة سبباً لتحقق الجريمة أو لاكتمالها. كما يجب أن تقوم كذلك علاقة السببية بين فعل الشريك بالمعاونة وتحقق الجريمة أو اكتمالها حتى تثبت مساعدته للجاني في ارتكاب الفعل المُجرّم.

وبعد هذا العرض الموجز لأحكام الاشتراك الجنائي بصورة المعاونة، يثور التساؤل عن مدى انطباق تلك الصورة على أعمال مقدم خدمة الإنترنت في علاقته بالانتهاكات التي يرتكبها المستخدمون ومدى جواز اعتبارها صورة من صور الاشتراك الجنائي. إن بحث هذه المسألة يقتضي التعرض لفكرة عمل مواقع الإنترنت بصفة عامة والمواقع التي تسمح للمشاركين والأعضاء ببيت مشاركاتهم من خلال هذا الموقع بصفة خاصة لبحث درجة تدخل مقدم خدمة الإنترنت ودوره في إحداث المخالفة حتى يمكن القول بتحقيق صورة المعاونة باعتبارها صورة من صور الاشتراك الجنائي من عدمه.

وقد قيل في شأن عمل مواقع الإنترنت في حقيقة الأمر وبصورة مبسطة أنها تصنع نسخة من أي محتوى موجود على شبكة الإنترنت ثم تُرسل تلك النسخة لأجهزة المستخدمين. فالمادة المعروضة على جهاز أي مستخدم للإنترنت هي في حقيقتها محفوظة ومخزنة على server مركزي لمقدم خدمة الإنترنت. ويكون التواصل بين كافة المستخدمين وتمكنهم من الاطلاع على مشاركات الآخرين عن طريق ارسال طلب للاطلاع على محتوى معين على ال server المركزي والذي يَرُد بصورة تلقائية بصناعة نسخة من المحتوى وتحويلها مباشرة من خلال الموقع للمشارك الذي تقدم بالطلب. وأحياناً وبسبب طبيعة الموقع ونوع المحتوى المنشور فإن تحويل هذا المحتوى الى المُستخدم الذي تقدم بطلب يمكن أن يمر عبر أكثر من جهاز وسيط وكل جهاز من هذه الاجهزة يحتفظ بنسخة من هذا المحتوى قبل تحويله للمُشارك حتى يمكن إتمام تلك العملية من خلال الشبكة والموقع. وبالتالي يكون نقل المحتوى المحمي بحقوق المؤلف لأحد المستخدمين من خلال شبكة الإنترنت في أصله يفترض اعداد نسخ من هذا المحتوى وتوزيعه أو تحويله لمشارك آخر وهو ما يعتبر

صورة من صور انتهاك حق التأليف¹ ويغير تدخل الموقع والخدمات التي يقدمها مقدم الخدمة ما تمكن المستخدم من القيام بهذا الانتهاك أو تلك المخالفة، هذا فيما يتعلق بالمواقع التي تسمح بمساحة من نقل المشاركات والمساهمات بين المشتركين. ومن ناحية أخرى فهناك مواقع أخرى تعمل بتقنية مختلفة وتهدف لأغراض مختلفة ومثالها تلك التي تقدم ساحة مفتوحة للمستخدمين بحيث يكون الهدف من الموقع مجرد تسهيل تلاقي المستخدمين سوياً في تلك المنصة المفتوحة Open Platform ويكون دور الموقع مجرد تنظيم التعامل بين المستخدمين وتعاملاتهم دون أن يكون له - في معظم الحالات - دخل بالمحتوى المقدم منهم. والمواقع التجارية مثال لهذا النوع من المواقع والتي تُسهل بصورة أو بأخرى تلاقي العارضين والمستهلكين وتُقدم ساحة أو منصة مفتوحة بغرض تسهيل هذا التلاقي. وفرضية انتهاك العلامات التجارية المحمية واردة جداً في هذا النوع من المواقع وذلك حين يُقدم أحد العارضين منتجات مُقلدة وغير أصلية وتحمل العلامة التجارية للمنتج الأصلي. وفي هذه الحالة يعتبر مقدم خدمة الانترنت شريكاً في ارتكاب الانتهاك الذي حدث للعلامة التجارية المحمية بتسهيل عرضها للمستهلكين وإتاحة الساحة المناسبة لهذا العرض والتلاقي مع الجمهور من المستهلكين².

إن المعاونة التي تقدمها مواقع الانترنت في هاتين الصورتين تُسهل بصورة واضحة ارتكاب الفعل المخالف وتساعد في انتهاك الحقوق المحمية بقوانين الملكية الفكرية، وتختلف درجة تلك المساعدة والمعاونة وتتفاوت من حالة لآخري ومن موقع لآخر ولكن جميعها تشترك في أن دور مواقع الانترنت تؤثر بصورة كبيرة في احداث تلك المخالفات على نحو يجعلها مساهم في ارتكاب تلك الأفعال على الصورة التي تم توضيحها في الفقرات السابقة³.

¹ Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, p7.

² Liability for Trademark Infringement for Internet Service Providers, Katja Weckström, Marquette Intellectual Property Law Review, volume 16, issue 1, p. 4

³ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2001

اذن - ووفقاً لهذا الرأي - يمكن القول بأن تقديم خدمات الانترنت تعتبر صورة من صور المساعدة المعاصرة لارتكاب الفعل المُجرم وبالتالي يمكن أن تثور المسؤولية الجنائية لمقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات حقوق الملكية الفكرية التي تُرتكب بواسطة المستخدمين في الموقع إذا توافرت شروط المساهمة الجنائية. وإذا كان القانون المصري لم يتعرض صراحة لإشكالية مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت عن المحتوى المخالف الذي يشارك به أحد المستخدمين الأعضاء، فإن هناك بعض الدول التي تناولت تشريعاتها تلك المسألة بصورة صريحة وفرضت تنظيمات قانونياً وتحديداً صريحاً للحالات التي تثور فيها مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن مشاركات الأعضاء التي تتضمن مخالفة للحقوق المحمية. بل وهناك أيضاً العديد من أحكام القضاء التي تعاملت مع تلك الإشكالية. ومن الأهمية بمكان عند بحث هذه المسألة التعرض لإحدى تلك التجارب التي تناولت مسؤولية مقدم خدمة الانترنت في العديد من الأحكام وكذلك التشريعات وهي تجربة الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً: الوضع القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي أهتمت بتنظيم أحوال مقدمي خدمة الانترنت من جوانب عدة، منها حالات المسؤولية سواء كانت مسؤولية مباشرة عن المخالفات القانونية التي تُرتكب بحسب الأصل بسبب عدم الالتزام بالمعايير الفنية والتقنية والقانونية في ممارستهم لأعمالهم، أو كانت حالات تثور فيها المسؤولية بسبب آخر يرتبط بعمل مقدم الخدمة دون أن يكون فاعلاً أصلياً فيها. وهناك العديد من التشريعات التي تنظم تلك الحالات وتتعامل معها محددة لضوابط المسألة القانونية لكل حالة. وهذا أمر طبيعي ناتج عن مساهمة الولايات المتحدة الأمريكية في صناعة التكنولوجيا وتطويرها، يكفي في ذلك مشاهدة عدد شركات ومقدمي خدمات الانترنت التي جعلت من الولايات المتحدة الأمريكية مقراً لها، وهو ما يستدعي ضرورة وجود نظام قانوني مُحكم قادر على التعامل مع مستجدات هذه الصناعة. ليس هذا فحسب، بل امتد الأمر كذلك لدور فاعل تقوم به المحاكم

الأمريكية في انشاء وتطوير قواعد وأحكام مسئولية مقدمي خدمة الانترنت، على نحو يجعل من التجربة الأمريكية في هذا الشأن نموذج يجب مراجعته وتقييمه. وفي تعامل التشريعات الأمريكية مع مسألة مسئولية مقدم خدمات الانترنت عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام، يلاحظ أن هناك العديد من التشريعات التي تناولت ذلك النوع من المسئولية. واختصت بعض صور حقوق الملكية الفكرية بتشريعات خاصة لتنظيم مسئولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين لتلك الحقوق، كما هو الحال في قانون Digital Millennium Copyright Act 1998 لتنظيم حقوق المؤلف.

وفيما يلي سنتعرض بالتفصيل لتجربة الولايات المتحدة الأمريكية في تنظيم مسئولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات حقوق المؤلف التي يرتكبها المستخدمين، وذلك من خلال التعرض لنصوص القانونية المنظمة لتلك الحالة ثم التطور القضائي لقرار هذا النوع من المسئولية، وأخيراً سنعرض سريعاً لتعامل المحاكم الأمريكية مع صور انتهاكات العلامات التجارية المحمية من خلال مواقع الانترنت.

التنظيم القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية

اهتمت الولايات المتحدة الأمريكية بتنظيم مسائل حقوق المؤلف بتشريعات تتعامل والصور المختلفة للانتهاكات التي تُمارس على الحقوق المحمية. وامتد الاهتمام التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية بحماية حق المؤلف ليشمل كذلك حمايته من الانتهاكات التي تتم عن طريق استخدام المواقع الإلكترونية والتي تُثير دائماً السؤال الخاص بمدى مسئولية مقدمي خدمة الانترنت عن ارتكاب تلك الانتهاكات ومساهماتهم في ذلك.

إن بحث تلك المسألة يقتضي التعرض لقانون Digital Millennium Copyright Act 1998 وهو القانون الذي أصدرته الولايات المتحدة الأمريكية أخيراً تنفيذاً لاتفاقيات منظمة الملكية الفكرية العالمية لحماية حق المؤلف التي تم التوقيع عليها عام ١٩٩٦. تعامل هذا القانون مع العديد من المسائل التي تتعلق بحق المؤلف وأُفرد بالذكر الباب الثاني منه لتنظيم حالات انتهاك حق المؤلف والتي تتم

Online Copyright Infringement عن طريق الانترنت، وورد ذلك بعنوان Liability Limitation.

وترجع أهمية هذا القانون إلى أنه يعتبر من القوانين السابقة في تنظيم مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت. حيث أنه من الصعب بل من المستحيل عملاً ترك منات المواقع والتي تتيح مساحة كبيرة للأعضاء للمساهمة بمشاركاتهم على الموقع دون تحديد للمسئوليات. كما أنه من المستحيل عملاً جعل مواقع الإنترنت مسؤولة - على الاطلاق - عن المحتوى الذي يشارك به المستخدمين لما لذلك من تأثير على سياسات تلك المواقع وعلى قدرتها على البقاء والمنافسة¹.

ويتميز هذا القانون بأنه ضيق كثيراً من مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت عن المحتوى المخالف لحقوق المؤلف والذي يُشارك به المستخدمين على المواقع الإلكترونية. حيث حدد في البداية الضوابط التي يجب توافرها حتى تُثور مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت بدءاً، ومن ثم يستفيد من الحماية المقررة بنصوص هذا القانون إذا توافرت مقتضياتها. وهذه الضوابط كما وردت في المادة ٥١٢ هي^٢:

- أن يتبنى آليات تسمح بإقصاء المستخدم الذي يكرر انتهاك الحقوق المحمية
- أن ينفذ التدابير التقنية التي تم تطويرها والمتفق عليها في هذا المجال بين أهل التخصص والتي استخدمها صاحب المحق المحمي لحماية أعماله المحمية

وجاءت صور ذلك التحديد في المادة ٥١٢ حين ذكر المشرع الحالات التي لا تُثور فيها مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت طالما كان هناك التزام ببعض المتطلبات المنصوص عليها في القانون، وهذه الحالات تشمل:

١. شبكات التوصيل الرقمية العابرة Transitory Digital Network Communications

¹ U.S. Copyright Office, Comments of Annemarie Bridy and Daphne Keller, Section 512 Study, 2016

² Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.48; Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.124

٢. نظام التخزين المؤقت System Caching

٣. المعلومات الموجودة على الأنظمة أو الشبكات بفعل المستخدمين
or Networks at Information Residing on Systems
Direction of Users

٤. استخدام أدوات تحديد وربط الموقع Information Location Tools

وهذه الحالات أطلق عليها Safe harbors باعتبارها حالات آمنة لا تتور فيها مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت طالما التزم بالمتطلبات المنصوص عليها في كل حالة على حدة. وبمقتضى هذه الحالات فإن مقدم الخدمة يكون بعيداً عن المساءلة القانونية، كما أن صاحب الحق المحمي يحصل على حقه من المستخدم الذي انتهك هذا الحق المحمي، طالما لم يكن هناك تعاون بينهما بشأن هذا الانتهاك^١.

وفي هذه الحالات تعامل المشرع الأمريكي بصورة صريحة مع مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت وضيّق كثيراً منها بل وذكر على سبيل التحديد حالات وشروط الإعفاء من المسؤولية في كل صورة من الصور السابقة. ومن الأهمية بمكان في هذا السياق التعرض لصورة هامة من صور انتهاك حقوق المؤلف ألا وهي حالة قيام أحد المستخدمين بتقديم معلومات على الموقع أو النظام أو الشبكة وكانت هذه المعلومات تمثل انتهاكاً لحقوق التأليف أو كانت محلاً لنشاط ينتهك هذا الحق (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users).

في هذه الحالة ووفقاً ل Digital Millennium Copyright Act 1998 فإن مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت لا تتعقد عن مخالقات حق التأليف والتي تُرتكب بواسطة أحد المستخدمين بسبب تقديم محتوى على نظام أو موقع أو شبكة تُدار أو تُحكم بمعرفة مقدم خدمة الإنترنت، إلا إذا توافرت الشروط التالية:

١. إذا كان مقدم خدمة الإنترنت على علم حقيقي بكون محتوى أو نشاط معين يستخدم هذا المحتوى على النظام أو الموقع أو الشبكة يعتبر مخالفاً ومُنتهكاً
لحق التأليف

¹ Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.46

٢. إذا كان لمقدم خدمة الإنترنت استفاضة مالية مباشرة من المحتوى أو النشاط المخالف وذلك في حالة كونه له الحق في التحكم في ذلك النشاط وعنده القدرة على ذلك

٣. إذا لم يستجب مقدم خدمة الإنترنت للإخطار المقدم من الشخص صاحب الحق المُنتهك أو صاحب الحق الاستثنائي أو جاءت استجابته متأخرة بإزالة المحتوى أو تعطيل الوصول إليه بعد فوات الوقت المناسب^١.

فمن الواضح والظاهر من هذا النص أن المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية تبنى منهج القضاء على أي نشاط يُشكل مخالفة لحق المؤلف بمجرد تقديم إخطار بالمخالفة وهو وسيلة تحقق العلم لدى مقدم خدمة الإنترنت^٢. وبمقتضى هذا الإخطار يكون لزاماً على مقدم خدمة الإنترنت الاستجابة على وجه السرعة بإزالة المحتوى المخالف من الموقع أو تعطيل الوصول إليه وإلا اعتقدت مسؤوليته عن هذا الانتهاك، وهذه الإجراءات أطلق عليه Notice and Takedown باعتبار أنه بمجرد الإخطار يكون على عاتق مقدم خدمة الإنترنت إزالة المحتوى أو تعطيل الوصول إليه وإلا

¹ Article 512 (c) "A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider—

"(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

"(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

"(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

"(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

"(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity."

²Anupam Chander, Law and the Geography of Cyberspace, the WIPO Journal, Volume 6, Issue 1, 2014 p.103

أعتبر شريكاً وانعدت مسؤوليته عن الفعل المخالف للمستخدم¹. وعن طريق الإجراء Notice and Takedown فإن مليارات من الأعمال المخالفة تم إزالتها من الانترنت بدون الحاجة للجوء للتقاضي من أصحاب حق المؤلف².

وبقراءة نصوص Digital Millennium Copyright Act يتمتع أكثر، يمكن القول بأنه حتى يستفيد مقدم الخدمة من الحماية من المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المشتركة، فإنه يجب توافر شرطان آخران بالإضافة إلى تلك الشروط المذكورة في الفقرة (C) 512. هذان الشرطان هما:

- تحديد آلية أو وسيلة لتلقي الشكاوى الرسمية بانتهاك الحقوق المحمية

- يجب اتباع الطريقة المنصوص عليها في التعامل مع تلك الشكاوى

والطريقة المنصوص عليها للتعامل مع تلك الشكاوى توجب على مقدم خدمة الإنترنت فحص الشكاوى المقدمة من صاحب الحق المحمي بأن أحد المستخدمين قد انتهك حقه. ونصوص Digital Millennium Copyright Act توضح حالتين يجب فيهما على مقدم خدمة الانترنت أن يزيل المحتوى المخالف حتى يحتفظ بالحماية المقررة بمقتضى هذا القانون³. الحالة الأولى هي عندما يكون مقدم خدمة الإنترنت على علم أو دراية بكون محتوى معين يشكل انتهاكاً لحق محمي. الحالة الثانية عندما يتلقى مقدم خدمة الانترنت شكوى بالمخالفة، طالما توافر في تلك الشكاوى المتطلبات المنصوص عليها في القانون⁴.

وبالتالي ووفقاً لهذه النصوص لا تتعدد المسؤولية المباشرة أو غير المباشرة (المسؤولية المشتركة ولا المسؤولية عن فعل الغير) لمقدمي خدمة الإنترنت عن

¹ Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.46

² Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc. 2013

³ Article 512 (C)(1): "(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

⁴ Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P. 48

انتهاكات حقوق المؤلف التي يرتكبها المستخدمون وذلك في كل ما يتعلق بعمله سواء كانت تلك المسؤولية بسبب نقل المحتوى المخالف أو إعادة تحويله إلى مستخدم آخر (وفقاً للمادة (A) 512¹) أو بسبب التخزين المؤقت على الشبكة أو النظام (وفقاً للمادة (B) 512²) طالما توافرت شروط الحماية المنصوص عليها.

¹ Article 512(A) "A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if—

"(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

"(2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

"(3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

"(4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and

"(5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content."

² Article 512(B) "“(1) LIMITATION ON LIABILITY .—A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—

"(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

"(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

"(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

(2) CONDITIONS .—The conditions referred to in paragraph (1) are that—
“(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

“(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

“(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—

“(i) does not significantly interfere with the performance of the provider’s system or network or with the intermediate storage of the material;

“(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

“(iii) does not extract information from the provider’s system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

“(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

“(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if—

“(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

“(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or

وبمقتضى هذا النص يُصبح من الصعب على القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية تبني النهج الذي قُضي به قديماً في قضية *Playboy Enterprises Inc. v. Frena* بقيام المسؤولية المباشرة لمقدم خدمة الإنترنت عن أنشطة المستخدمين بسبب كونه مشاركاً في انتهاك المُستخدم وفاعلاً أصيلاً بسبب الاحتفاظ بنسخ من المحتوى دون وجه حق، طالما توافرت شروط الاستفادة من حالة من حالات *Safe harbors*.

جاء حكم المحكمة في هذه القضية واضحاً بتقرير مسؤولية موقع *Frena* مسؤولية مباشرة عن انتهاك حقوق المؤلف بنشر صور مملوكة لشركة *Playboy* بسبب تقنية عمل هذا الموقع. حيث أنه بمجرد نشر أي محتوى على الموقع من قبل أي من المشاركين يقوم الموقع بعمل نسخ من هذا المحتوى على الجهاز المركزي للموقع حتى يتمكن بعد ذلك من توجيهها وإعادة توزيعها لأي من المستخدمين الآخرين. وبالتالي - ووفقاً لهذه المحكمة - يكون الموقع هو من انتهاك حقوق المؤلف بداءة بالاحتفاظ بنسخ من مشاركات المستخدمين دون الحصول على إذن بذلك ثم إعادة توجيهها وجعلها متاحة لكافة المستخدمين دون الحصول على إذن صاحب المحتوى المحمي، كما أن الموقع لم يتدخل بفحص وتفتيح مشاركات المستخدمين لحجب أي مشاركة تمثل انتهاكاً للحقوق المحمية. ولا يقدح في انعقاد مسؤولية موقع *Frena* المباشرة عدم علمه بوجود هذا المحتوى، حيث جاء في الحكم أن نية انتهاك حق التأليف أو العلم بوجود منشور ينتهك هذا الحق لا يعتبر من عناصر انتهاك حق المؤلف. وقد جاء في قول المحكمة:

"It does not matter that defendant Frena may have been unaware of the copyright infringement. Intent to infringe is not needed to find copyright infringement. Intent or knowledge is not an element of infringement, and thus even an innocent infringer is liable for infringement; rather,

access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled."

innocence is significant to a trial court when it fixes statutory damages, which is a remedy equitable in nature.”¹

وعلى الرغم من أهمية هذا الحكم، إلا أن هناك بعض المحاكم رفضت اتباع نفس المنهج وأقرت بعدم معقولية مسئولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين - فقط - لمجرد نقل المحتوى وتوجيهه بأمر المستخدم من خلال الشبكة أو النظام من جهازه لمستخدم آخر أو بجعله متاحاً على الشبكة². جاء ذلك صراحة في عبارة المحكمة في قضية Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc. والتي رأت فيها المحكمة أن تقرير مسئولية مقدم خدمة الإنترنت المباشرة عن انتهاكات المستخدمين بسبب نسخ وتوجيه المحتوى المخالف بناءً على توجيه المستخدم تستدعي بحسب الأصل تقرير مسئولية كل شبكة أو نظام على شبكة الإنترنت كان لها دور في إعادة توجيه المحتوى المخالف على الرغم من أن ما قام به مقدم خدمة الإنترنت في هذه الحالة ليس سوى تنفيذ الأمر الذي صدر إليه من المستخدم مُرتكب المخالفة وهو وضع غير مقبول وغير ممكن. وورد في قول المحكمة:

“Plaintiffs’ theory further implicates a Usenet server that message to other servers regardless of carries Erlich’s human intervention whether that server acts without any also beyond the initial setting up of the system. It would result in liability for every single Usenet server in the of computers transmitting Erlich’s message to worldwide link These parties, who are liable under every other computer. operate or implement a plaintiffs’ theory, do no more than be widely system that is essential if Usenet messages are to distributed. There is no need to construe the [Copyright] Act make all of these parties infringers. Although copyright is to statute, there should still be some element of a strict liability

¹ Playboy Enterprises, Inc. v. George FRENA, 1993; Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.8

² Playboy Enterprises, Inc. v. George FRENA, 1993; Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.10

lacking where a defendant's volition or causation which is
'third party' system is merely used to create a copy for a

ولا يتوقف أمر الحماية لمقدمي خدمة الإنترنت على فكرة المسؤولية المباشرة بل يشمل كذلك الأنشطة التي تُثير المسؤولية المشتركة أو المسؤولية عن فعل الغير كما في حالة تخزين محتوى معين بصورة مؤقتة على شبكة مقدم خدمة الإنترنت. حيث قرر المشرع الأمريكي توفير منطقة آمنة Safe harbors في هذا النوع من الأنشطة مثل تصفح الإنترنت وارسال واستلام الرسائل الإلكترونية والتي تتضمن تخزين مؤقت للمحتوى على شبكة مقدم خدمة الإنترنت وبالتالي لا تثار مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن مثل هذا النوع من الأنشطة سواء كانت مسؤولية مشتركة أو عن فعل الغير كما هو واضح من صريح نص المادة (A) 512 والمادة (B) 512 والتي سبق الإشارة إليها إذا التزم بالشروط المنصوص عليها في هاتين المادتين. والذي يُفهم من هذه النصوص أن ذات الفعل قد يُثير المسؤولية المباشرة أو المشتركة لمقدم خدمة الإنترنت أو مسؤوليته عن فعل الغير وفقاً لدرجة تدخله في إحداث الفعل المخالف أو درجة استيفاء الشروط المنصوص عليها لكل فعل من الأفعال المخالفة.²

ومما تقدم يمكن معه القول بأن قانون Digital Millennium Copyright Act يمنح مقدمي خدمة الإنترنت منطقة آمنة من المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المشتركة بالنسبة للمخالفات التي يرتكبها المستخدمون. ومع ذلك فإن هذه الضمانة أو هذه الحماية لمقدم خدمة الإنترنت لا تنطبق إلا إذا لم تكن هناك أي مسؤولية موجهة له عن أفعاله بحسب الأصل. فكما سبق القول لا تتعدد مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت إذا أزال المحتوى المخالف أو عطّل الوصول إليه في وقت مناسب بمجرد تلقي إخطار بالمخالفة وهو كذلك غير مسئول عن فعل الغير أو عن الاشتراك.³

¹ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 1995

² Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P. 47

³ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.126

وإجمالاً، يمكن القول بأن قانون Digital Millennium Copyright Act اعترف بمسئولية مقدم خدمة الانترنت حالة عدم التزامه بمتطلبات أي حالة من حالات Safe harbors. وحين تتحقق تلك المسؤولية، فإنها قد تأخذ صورة من ثلاث صور:

١ - مسؤولية مباشرة:

وهي ذلك النوع من المسؤولية الذي ينتج بسبب أفعال مقدم خدمة الإنترنت والتي تمثل انتهاكاً صريحاً لحقوق الملكية الفكرية ومثالها حالة الاحتفاظ بنسخ من المحتوى المنشور دون الرجوع لصاحب الحق الحصري في استغلال هذا الحق.

٢ - مسؤولية عن فعل الغير (Vicarious Liability)

وهي تلك الحالة التي تثور فيها المسؤولية ليس بسبب أفعال مقدم خدمة الإنترنت نفسه ولكن بسبب أفعال المستخدمين ومشاركاتهم على الشبكة أو النظام. وفي مجال انتهاكات الملكية الفكرية تطورت أحكام القضاء الأمريكي وخرجت عن الإطار العام لتطبيق قاعدة المسؤولية عن فعل الغير وضرورة ارتباطها بعلاقة عمل قائمة، وأصبحت قائمة على فكرة المنفعة الاقتصادية التي تتحقق من المخالفات التي ارتكبتها الغير. ويكفي لقيام تلك الحالة من المسؤولية تحقق الاستفادة المالية المباشرة لمقدم الخدمة من فعل الانتهاك مع توافر حالة الرقابة والقدرة عليها. وجاء في حكم

:Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.

“one may be vicariously liable if he has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities”¹.

٣ - مسؤولية مشتركة (Contributory Liability):

وهي ذلك النوع من المسؤولية الذي ينشأ بسبب توافر عنصران أساسيان ألا وهما المساهمة الفعلية في ارتكاب الفعل المخالف والعلم بكون هذا الفعل مخالفاً ويمثل انتهاكاً لحق محمي بحقوق التأليف. ويقوم أساس المسؤولية في المسؤولية المشتركة بسبب قيام مقدم خدمة الإنترنت بأفعال ساعدت أو ساهمت أو حرضت على ارتكاب

¹ Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 1971

الفعل المخالف، بحيث يكون ارتكاب هذا الفعل المخالف غير ممكن بدون تلك الأفعال
المُساعدة. وجاء في حكم Gershwin Publishing Corp. v. Columbia
:Artists Mgmt., Inc.

“one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a ‘contributory’ infringer”¹.

أحكام القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية

إن الحديث في تلك الإشكالية وبحث مدى مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت يستوجب تحديد طبيعة المخالفة القانونية لحقوق الملكية الفكرية المنسوبة لأحد المستخدمين بسبب مشاركته على الموقع وبحث مدى توافر عناصر انتهاك تلك الحقوق. ففي سياق الحديث عن مخالفة القواعد المنظمة لحقوق المؤلف يجب التمييز بين اتجاهات قضائية متباينة في المحاكم الأمريكية لتحديد مدى مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت - سواء باعتباره طرفاً أصيلاً أو غير أصيل - عن المحتوى المقدم بمعرفة أحد المستخدمين والذي يشكل مخالفة لقوانين حماية حق المؤلف. تتباين تلك الاتجاهات القضائية في هذا الشأن بسبب طبيعة المخالفة بين قيام مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت المباشرة عن تلك المخالفات أو المسؤولية المشتركة له مع الفاعل الأصلي، أو المسؤولية بالنيابة عن الفاعل الأصلي، كما هو آت بالتفصيل المبين:

١ - مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت المباشرة:

وفقاً لهذا الاتجاه يكون مقدم خدمة الإنترنت مسؤولاً وبصورة مباشرة عن انتهاكات حقوق المؤلف التي تُرتكب بمعرفة أحد المستخدمين في مساهماته على الموقع وذلك بسبب قيامه بأحد الأفعال التي تُعد من صميم حق المؤلف. فإتاحة تلك المساحة من المشاركات للمستخدمين تعتبر هي السبب في عقد مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت - وفقاً لهذا الرأي - لأنه بذلك احتفظ لنفسه بالحق في نسخ الأعمال المحمية وهو ما يعتبر اعتداءً صريحاً على حق المؤلف.

¹ *ibid*

فعلى سبيل المثال - ووفقاً لهذا الاتجاه - تتعدّد مسؤولية موقع YouTube عن ما يحرره أحد المستخدمين بنشر فيديو مأخوذ بطريقة غير مشروعة على نحو يشكل انتهاكاً لحق صاحب الحق الأصلي في مقطع الفيديو، وذلك - فقط - لمجرد إتاحة موقع YouTube تلك المساحة للمشاركين وقيامه بنسخ وتحويل ونقل هذا المحتوى عبر شبكته أو نظامه، حتى يكون هذا المحتوى (الفيديو) متاحاً لكافة المستخدمين ويمكن الاطلاع عليه ومشاهدته¹.

وفي تفسير هذا الاتجاه قيل بأن آلية عمل هذا النوع من مقدمي خدمة الانترنت تتضمن في ذاتها انتهاكات للحقوق المحمية بحق المؤلف في كل عملية نشر أو مشاهدة لأي محتوى موجود على الموقع. فعلى سبيل المثال موقع YouTube حين يتيح إمكانية مشاهدة أي مقطع فيديو موجود عليه، فإن تلك العملية تمر ببعض الخطوات التي تتمثل في نسخ المادة المنشورة (الفيديو) على الجهاز المركزي للموقع (main server) ثم بعد ذلك ترسل نسخة منه إلى المشترك الذي يرغب في المشاهدة. وتكرر عملية النسخ والإرسال في كل مرة يتم فيها مشاهدة الفيديو المنشور. ونفس الأمر يحدث عند نشر محتوى جديد لأول مرة على الموقع، حيث يحتفظ الجهاز المركزي للموقع بنسخة من المحتوى لأجل نشره على الموقع².

وفقاً لهذا التفسير يعتبر مقدم خدمة الانترنت فاعلاً أصلياً لانتهاك حقوق المؤلف ومسئولاً مسؤولية مباشرة عن ذلك بمجرد إتاحة الفرصة لنشر محتوى على الموقع أو لإتاحة مشاهدته من قبل باقي المستخدمين، وعلى هذا الأساس تثور مسؤوليته المباشرة وفقاً لهذا الاتجاه³.

ظهر هذا الاتجاه لأول مرة في المحاكم الأمريكية عام ١٩٩٣ حيث قضت محكمة فلوريدا الفيدرالية في قضية Playboy Enterprises Inc. v. Frena بمسؤولية مقدم خدمة انترنت يدعى Frena انشأ موقع يتيح للمستخدمين إرسال وتلقي مشاركاتهم والتواصل بينهم من خلال تلك المشاركات (Bulletin Board

¹ Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 2012

² Xavier Amadei, Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States, p. 198

³ Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 1994

(Service) وذلك بسبب قيام أحد المشتركين بتحميل صور من مساهمات أحد المشاركين على الموقع مملوكة لشركة Playboy. طالبت شركة Playboy بمساءلة موقع Frena عن انتهاك حقوق الملكية للصور التي نشرت على موقع الأخير دون الحصول على موافقة الشركة المالكة. دافع موقع Frena عن موقفه بإدعاء أنه لم يتم عرض أو نشر تلك الصور بل قام أحد المشاركين بذلك مستفيداً من الخدمات التي يقدمها الموقع، كما أنه قام بإزالة تلك الصور من الموقع بمجرد معرفته بنشرها، وبذلك تتنفي عنه المسؤولية عن انتهاك حقوق الملكية الفكرية لشركة Playboy.

جاء حكم المحكمة في هذه القضية واضحاً بتقرير مسؤولية موقع Frena مسؤولية مباشرة عن انتهاك حقوق المؤلف بنشر صور مملوكة لشركة Playboy بسبب تقنية عمل هذا الموقع. حيث أنه بمجرد نشر أي محتوى على الموقع من قبل أي من المشاركين يقوم الموقع بعمل نسخ من هذا المحتوى على الجهاز المركزي للموقع حتى يتمكن بعد ذلك من توجيهها وإعادة توزيعها لأي من المشتركين الآخرين. وبالتالي يكون الموقع هو من انتهاك حقوق المؤلف بداءة بالاحتفاظ بنسخ من مشاركات المشاركين دون الحصول على إذن بذلك ثم إعادة توجيهها وجعلها متاحة لكافة المشاركين دون الحصول على إذن صاحب المنشور الأصلي، كما أن الموقع لم يتدخل بفحص وتنقيح مشاركات المشاركين لحجب أي مشاركة تمثل انتهاك للحقوق المحمية¹. ولا يقدح في انعقاد مسؤولية موقع Frena المباشرة عدم علمه بوجود هذا المحتوى، حيث جاء في الحكم أن نية انتهاك حق التأليف أو العلم بوجود منشور ينتهك هذا الحق لا يعتبر من عناصر انتهاك حق المؤلف. وقد جاء في قول المحكمة:

“It does not matter that Defendant Frena may have been unaware of the copyright infringement. Intent to infringe is not needed to find copyright infringement. Intent or knowledge is not an element of infringement, and thus even

¹ Xavier Amadei, Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States, p. 198

an innocent infringer is liable for infringement; rather, innocence is significant to a trial court when it fixes statutory damages, which is a remedy equitable in nature.”¹

وعلى الرغم من أهمية هذا الحكم وتبنيه لفكرة المسؤولية المباشرة لمقدمي خدمة الإنترنت، إلا أنه يصعب الأخذ به بصفة عامة على إطلاقه بسبب ما يفرضه من مسؤوليات جسام على مقدمي الخدمة عن أفعال ومساهمات ومشاركات المستخدمين²، كذلك وتعارضه مع صريح نصوص قانون DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT كما سبق توضيح ذلك.

٢- مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت عن فعل الغير (Vicarious Liability):

تتحقق مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت بالنيابة عن الفاعل الأصلي وفقاً لأحكام قانون DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT طالما توافر شرطين أساسيين: الشرط الأول: قيام حالة الرقابة والقدرة عليها من جانب مقدمي خدمة الإنترنت على مشاركات المستخدمين والتي تمثل انتهاك لحقوق المؤلف، الشرط الثاني: تحقق الاستفادة المالية المباشرة لمقدم خدمة الإنترنت من هذا الانتهاك الذي حدث بمعرفة أحد المستخدمين لمحتوى محمي بحق المؤلف. وطالما توافرت هذه الشروط يستوي في ذلك علم مقدم خدمة الإنترنت بالمحتوى الذي تم انتهاك الحماية القانونية له أو عدم علمه بذلك فالعبرة هنا بتحقق شرطي الرقابة الفعلية والاستفادة المالية المباشرة³.

ويترتب على ذلك قيام مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات حق المؤلف التي ترتكب بمعرفة أي من المستخدمين، حيث أن التزام مقدم خدمة الإنترنت بالرقابة يجعله مسؤولاً عن كشف أي من المخالفات واتخاذ الإجراء المناسب معها كتحذير المشترك بأن المحتوى المنشور محمي، أو مطالبته بإزالته، أو تعطيل الوصول أو نشر المحتوى المحمي بصورة مباشرة أو إلغاء حساب المشترك أو غيرها من

¹ Playboy Enterprises, Inc. v. George FRENA, 1993

² Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.10

³ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.122

الإجراءات التي تضفي حماية على المحتوى المحمي بحق التأليف. أما وقد قصر مقدم خدمة الإنترنت في فرض تلك الحماية، أما وقد استفاد مالياً وبصورة مباشرة من تلك الانتهاكات، فهذا وإن دل فإنه يدل على مساهمته غير المباشرة في حدوث تلك الانتهاكات للمحتوى المحمي على نحو يجعله مسؤولاً بالنيابة عن الفاعل الأصلي (المستخدم)¹.

وقد قيل في الفقه القانوني أن هذه الحالة من المسؤولية تقوم على ذات الأساس القانون الذي تُبنى عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، كما في علاقات العمال ورب العمل، بل هي تطور لهذه النظرية - كما سبق وأوضحنا - وهي بحسب الأصل تقوم على فكرة تحمل التبعة². ولكن يلاحظ أن مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت في حالة انتهاك حق المؤلف بمعرفة أحد المستخدمين تتجاوز علاقة التابع والمتبوع لتشمل كل علاقة تتضمن عنصري الرقابة والإشراف من ناحية والمنفعة الاقتصادية المباشرة من ناحية أخرى³.

وفي تفسير القضاء الأمريكي للمقصود بشرط الرقابة، قيل بأن المقصود بها مجرد قيام الحالة القانونية التي تستدعي القيام بالرقابة على مشاركات المشاركين حتى ولو كان تنفيذها على أرض الواقع غير ممكن أو غير يسير. فالعبرة إذن بالرقابة القانونية وليس الرقابة الفعلية. ولكن هناك اتجاه آخر يتبنى رأياً أكثر واقعية ويقول بضرورة قيام حالة الرقابة الفعلية والقدرة على تنفيذها بالتمييز بين المشاركات القانونية وغير القانونية حتى يمكن القول بمساءلة مقدم خدمة الإنترنت بالنيابة عن المستخدمين. ووفقاً لهذا الرأي تتعدّد مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت بالنيابة عن

¹ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.122

² Southern Bell Telephone and Telegraph Company v. Associated Telephone Directory Publishers, 1985

³ Steven P. Croley & Jon D. Hanson, What Liability Crisis? An Alternative Explanation for Recent Events in Products Liability, YALE Journal, Volume 8, 1991.

المستخدمين طالما كانت الوسائل التكنولوجية المستخدمة تُمكن مقدم خدمة الإنترنت من الرقابة الفعلية على مشاركات المستخدمين وإلا انتفت المسؤولية¹. ومن أهم القضايا التي قضت فيها المحاكم الأمريكية بمسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت بالنيابة عن الفاعل الأصلي هي قضية *A&M Records, Inc. v. Napster*, Inc. عام ٢٠٠١ حيث أيدت فيها محكمة الاستئناف الفيدرالية الحكم الصادر من محكمة أول درجة الفيدرالية بكاليفورنيا بإدانة موقع *Napster* عن انتهاك حق المؤلف بسبب قيام المستخدمين على الموقع بمشاركات لملفات *MP3* محمية دون الحصول على تصريح بذلك من صاحب الحق. تقوم فكرة الموقع على تقديم خادم مركزي (*Central server*) يقوم بتوصيل أجهزة المشتركين سويماً وإعداد شبكة/مكتبة مركزية لجميع ملفات الصوتيات *MP3* على تلك الأجهزة تتيح لجميع المستخدمين المشتركين في الموقع البحث عن أي ملفات صوتية وتنزيلها والاستماع إليها. وبسبب حداثة فكرة الموقع وسهولة استخدامه انتشر كثيراً في أوساط مستخدمي الإنترنت وأصبح مصدراً أساسياً للحصول على جميع الملفات الصوتية مجاناً حتى ولو كانت محمية دون اعتبار لحقوق المؤلف. وقد قضت محكمة أول درجة وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف بالمسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الإنترنت *Napster* عن أفعال المستخدمين بسبب تحقق شرطي العلم والمشاركة المادية، وقضت كذلك بمسؤولية *Napster* نيابة عن المستخدمين بسبب تحقق شرطي الرقابة القانونية والاستفادة المالية².

وفيما يتعلق بشرط الاستفادة المالية، فقد تواردت أحكام المحاكم الأمريكية على اشتراط تحقق استفادة مالية مباشرة للشخص مقدم الخدمة حتى يمكن تقرير مسؤوليته عن الفعل المخالف الذي ارتكبه أحد المستخدمين. فقد جاء هذا المبدأ في حكم الأحكام الهامة في تقرير ضرورة تحقق استفادة مالية مباشرة. وفيه تعاقد متجر

¹ Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyber wrong?, Cornell Law Review, Volume 87, Issue 4, 2002, p.941

² *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2001

متعدد الأغراض Green مع عارض مستقل في قسم معدات التسجيل بحيث يحصل المتجر على نسبة ١٠٪ إلى ١٢٪ من مبيعات معدات التسجيل المباعة. وبسبب قيام العارض المستقل ببيع معدات تسجيل مُقلّدة، فقد ثارت مسؤولية Green عن المخالفات التي ارتكبها العارض المستقل. رأت المحكمة أن Green تحققت له استفادة مالية واضحة ومباشرة عند قيام العارض المستقل ببيع مُعدات تسجيل مُقلّدة، وذلك متحقق في صورة نسبة الأرباح التي يحصل عليها من مبيعات العارض^١.

اذن فالاستفادة المالية المباشرة هي السبب في تقرير مسؤولية مقدم الخدمة عن مخالفات المستخدم بالإضافة الى توافرت حالة الرقابة والقدرة عليها^٢.

وتوسعت المحاكم الأمريكية في تطبيق هذا المبدأ حديثاً وتبنت مبدأ أكثر تشدداً. حيث قررت مسؤولية مقدم الخدمة عن فعل الغير إذا تحققت له استفادة مالية حتى ولو كانت غير مباشرة طالما كان عالماً أو باستطاعته أن يعلم أن هذه الاستفادة تقرررت بسبب المخالفة التي ارتكبها شخص آخر من الغير. ففي حكم *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* تم تقرير مسؤولية *Cherry Auction* باعتباره مسؤولاً عن تنظيم *Flea Market* تمكن من خلاله أحد العارضين من عرض معدات تسجيل مُقلّدة وبسعر منخفض. وجاء في قول المحكمة:

financial benefits from admission fees, "Reaped substantial fees, all of which flow concession stand sales, and parking directly from customers who want to buy the counterfeit recordings at bargain basement prices, and that this was imposition of vicarious liability"³. sufficient for the

وتطبيقاً لذلك فإن مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت تنور عن انتهاكات حقوق المؤلف التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام طالما تحقق له استفادة مالية مباشرة وكان في سلطته الرقابة على أفعال المستخدمين وقادراً على ذلك.

¹ Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green, 1963

² Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.122

³ Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 1996

٣- المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الإنترنت (Contributory Liability):

تقوم فكرة المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الإنترنت على أساس مبدأ تم تقريره في المحاكم الأمريكية مفاده أن كل من حدث، سبب أو ساهم في إحداث سلوك مخالف مع علمه بكونه سلوك مخالف يكون مسئولاً بصورة مشتركة مع الفاعل الأصلي¹. ووفقاً لهذا المبدأ تتعدّد المسؤولية المشتركة حالة ما إذا توافر شرطان: الشرط الأول: المساهمة في أحداث الفعل المخالف سواء بالمشاركة المادية أو الحدث أو التشجيع أو التسهيل، الشرط الثاني: أن يكون الشريك على علم أو بإستطاعته العلم بالفعل المخالف الذي ارتكبه الفاعل الأصلي. ويتوافر هذان الشرطان تتعدّد المسؤولية المشتركة للشريك.

ووفقاً للشرط الأول، يجب أن يكون مقدم خدمة الإنترنت قد ساهم بفعله وشارك الفاعل الأصلي (المستخدم) في ارتكاب تلك المخالفة، حتى أنه كان من غير الممكن ارتكاب تلك المخالفة بدون مساهمة مقدم الخدمة. ومساهمة مقدم خدمة الإنترنت في ارتكاب الانتهاك تأخذ صورة امداده بالأدوات الفنية والتقنية التي لا غنى عنها لارتكاب تلك المخالفة. فعلى سبيل المثال تعتبر مواقع الإنترنت التي تعمل بتقنية Peer to Peer (P2P) مثالا على مساهمة مقدم خدمة الإنترنت في ارتكاب الانتهاك بتوفير ساحة ملائمة لمشاركات المستخدمين والتي لولاها لما تمكن المستخدم من ارتكاب ذلك الانتهاك².

وتطبيقاً لذلك، قيل بأنه إذا كانت الخدمة المقدمة يمكن استعمالها لأغراض متعددة منها ما هو مشروع ومنها ما هو مخالف لا يجعل من مقدم الخدمة مسئولاً عن الانتهاك الذي ارتكبه الفاعل الأصلي. بل يجب أن يكون الفعل الذي شارك به مقدم الخدمة يساعد بصورة مباشرة في ارتكاب الفعل المخالف³. وقد جاء ذلك في حكم

¹ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 1995

² Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p. 110

³ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, p.111

Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. حيث قضي برفض مسؤولية شركة Sony عن الاشتراك في انتهاك الحقوق المحمية لشركة Universal City Studios بسبب قيام المستخدمين بنسخ أفلام وصور من إنتاج الأخيرة باستخدام أجهزة (VCRs) videocassette recorders التي تنتجها وتبيعتها شركة Sony. وجاء في قول المحكمة:

"The sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses"¹.

وبالتالي طالما كان من الممكن استعمال المنتج أو الخدمة لأغراض أخرى غير انتهاك الحقوق المحمية، فهذا لا يجعل من مقدم الخدمة أو المنتج شريكاً في الانتهاك لمجرد إنتاج المنتج أو تقديم الخدمة.

وفي تطبيق المحاكم الأمريكية للشرط الثاني ألا وهو مبدأ علم مقدم الخدمة بالمخالفة، فقد تعددت وتنوعت المذاهب بين ثلاثة اتجاهات مختلفة في تفسير هذا الشرط ودرجة العلم المطلوبة لتحقيق المسؤولية:

الاتجاه الأول يتبنى منهجاً متشديداً كثيراً ويقول بمسؤولية مقدم خدمة الإنترنت لمجرد تقديم الخدمة عن انتهاكات حقوق المؤلف، حيث أن مجرد تقديم الخدمة يفترض علم الموقع بإمكانية استخدامه في انتهاك حقوق التأليف من جانب أي من المستخدمين، وهذا القدر من العلم "المجرد" كافي لقيام مسؤولية مقدم الخدمة حتى ولو لم يساهم بأي فعل إيجابي في إحداث تلك المخالفة.

وهذا الاتجاه ظهر في العديد من أحكام المحكمة العليا الأمريكية US Supreme Court والتي صدرت تأييداً لهذا المبدأ، وإن كانت لم تأخذ به على إطلاقه، بل تطلبت درجة معينة من العلم حتى يمكن معها القول بالمسؤولية المشتركة².

¹ Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al, 1984

² Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al, 1984

أما الاتجاه الثاني يقول بقيام المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الإنترنت عن انتهاكات حقوق المؤلف حالة توافر العلم الفعلي للموقع وهو ما يفيد الاشتراك مادياً في فعل الانتهاك. ويتوافر العلم الفعلي لمقدمي خدمة الإنترنت وفقاً لهذا الرأي حالة ما إذا كان مقدم خدمة الإنترنت يعلم أو بإمكانه أن يعلم عن الاستخدام المخالف للخدمة التي يقدمها. وتطبيقاً لذلك قيل بأن متابعة زيارات المشاركين subscribers traffic على موقع معين تدل على تزايدها بشكل ملحوظ بسبب مجانية المحتوى المقدم، فهذا يجعل على عاتق مقدم الخدمة إلتزام بمراجعة هذا المحتوى المجاني ومدى احترامه لحقوق المؤلف وإلا أصبح شريكاً في جميع حالات التعدي التي يرتكبها أي من المستخدمين بالموقع بسبب علمه المفترض بهذه الانتهاكات¹. والسبب في تقرير مسؤولية مقدمي خدمة الإنترنت في هذه الحالة أن زيادة معدل زيارات المشتركين لموقع معين مع معرفته بجمانية المحتوى المتاح على الموقع يدل دلالة واضحة على معرفة مقدم خدمة الإنترنت بحدوث انتهاكات بل وتسهيلها على نحو يجعل منه شريكاً في ارتكاب تلك الانتهاكات².

أما الاتجاه الثالث فقد اتخذ منحى أكثر اعتدالاً في تقرير المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الإنترنت عن انتهاكات حقوق المؤلف التي يرتكبها المستخدمين في الموقع. فقد قيل أن مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت لا تتحقق عن أفعال المستخدمين إلا إذا تلقى شكوى من صاحب حق المؤلف - الذي تم الاعتداء على أعماله - بإتخاذ إجراء حمائي ضد تلك الانتهاكات وقصر مقدم خدمة الإنترنت في توفير الحماية والتعامل مع المستخدم الذي قام بانتهاك حقوق المؤلف، ففي هذه الحالة فقط تنثر مسؤولية

وفي هذه الدعوى قضت المحكمة بعدم كفاية إنتاج أدوات من الممكن أن تستخدم في انتهاك حقوق المؤلف باعتبارها سبب للاشتراك في ارتكاب تلك الانتهاكات والمساءلة عنها، حيث من الممكن استعمال تلك المعدات في استعمالات متعددة منها ما هو قانوني ومنها ما يمثل انتهاكاً لحقوق المؤلف. وحتى تنثر مسؤولية المنتج عن الانتهاكات التي ترتكب بمعرفة المستخدمين يجب أن يصل ذلك إلى علم المنتج.

¹ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2001

² Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.39; see also, Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 1996; Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 1995; Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark-Fi Records, Inc., 1966

مقدم خدمة الإنترنت المشتركة عن انتهاكات حق المؤلف التي قام بها أحد المستخدمين.

في Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.

قضت المحكمة بضرورة تحقق علم مقدم خدمة الإنترنت بقيام أحد المستخدمين بانتهاك حقوق المؤلف، وبكفي في ذلك مجرد الشكوى من صاحب الحق طالما تضمن الشكوى ما يفيد تحقق انتهاك مؤلف محمي وليس مجرد شكوى، حيث يكون من العسير على مقدم خدمة الإنترنت في معظم الحالات التأكد من جدية الشكوى وكون المحتوى الذي تم نشره محمي بحق المؤلف وأن مقدم الشكوى هو صاحب الحق حتى تتخذ بالتبعية لذلك لإجراءات اللازمة. وقد جاء في قول المحكمة:

“The court is more persuaded by the argument that it is beyond the ability of a BBS operator to quickly and fairly determine when a use is not infringement where there is at least a colorable claim of fair use. Where a BBS operator cannot reasonably verify a claim of infringement, either because of a possible fair use defense, the lack of copyright notices on the copies, or the copyright holder’s failure to provide the necessary documentation to show that there is a likely an infringement, the operator’s lack of knowledge will be found reasonable and there will be no liability for contributory infringement for allowing the continued distribution of the works on its system”¹

فالفارق بين الاتجاهين الثاني والثالث يقوم على تحديد المقصود بكون مقدم خدمة الإنترنت على علم بانتهاك محتوى محمي بحق التأليف حتى يكون مسئول مسئولية مشتركة عن هذا الانتهاك. فحين يرى الاتجاه الثاني أن العلم بالمحتوى التزم على عاتق مقدم الخدمة وهو علم يمكن تحققه بكل الوسائل التقنية دون حاجة لتدخل إيجابي من صاحب حق المؤلف، نجد أن الإتجاه الثالث يميل إلى جعل شرط معرفة مقدم خدمة الإنترنت بانتهاك محتوى محمي بحق المؤلف التزم على عاتق صاحب

¹ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 1995

حق المؤلف عن طريق تقديم اخطار للموقع. ليس مجرد تقديم اخطار في ذاته، ولكن يجب أن يكون الاخطار يقيم العلم الكافي بكون هذا المحتوى محمي قانوناً وأن الإجراء المتخذ من قبل أحد المشاركين يمثل انتهاكاً لحق المؤلف على نحو يتوجب معه قيام مقدم خدمة الانترنت بإتخاذ اجراء لمنع الانتهاك وإلا كان مشتركاً في المسؤولية¹.

وجاء في قول المحكمة في *Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc.*

“The actual knowledge or awareness of facts or circumstances that would disqualify an online service provider from safe harbour protection under § 512(c)(1)(A) refer to knowledge of specific and identifiable infringements”.²

واجمالاً يمكن القول بأن مسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين تطورت كثيراً في مجال حقوق المؤلف وذلك بفعل أحكام المحاكم. وانتهى الأمر إلى تقرير مسؤولية مقدم خدمة الانترنت سواء بصورة أساسية عن فعله الشخصي أو نيابة عن المستخدمين أو بالاشتراك معهم طالما تخلف شرط أو أكثر من الشروط المنصوص عليها قانوناً للاستفادة من الحالات الآمنة Safe harbors كما ورد في قانون Digital Millennium Copyright Act 1998.

تعامل المحاكم الأمريكية مع انتهاك العلامات التجارية المحمية

من خلال مواقع الانترنت

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تعامل قانون Lanham Act بصورة واضحة مع الصور المختلفة لانتهاك العلامات التجارية المحمية. حيث يقضي هذا القانون بمسؤولية كل من استخدم بقصد الربح التجاري علامة تجارية محمية بغير الحصول على إذن بذلك من صاحب العلامة، على نحو يترتب عليه لبس أو غموض من حيث

¹Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, P.40

² Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 2012

مصدر منتج معين أو خدمة معينة، وعلى نحو يستوجب معه تعويض صاحب العلامة التجارية المحمية.¹

وتكون مخالفة العلامة التجارية المحمية متحققة بصورة مباشرة إذا تم تقليد العلامة التجارية المحمية واستعمالها في منتج آخر من نفس النوع وتم بيعه أو عرضه للبيع بغرض تحقيق ربح تجاري وعلى نحو منافس للمنتج الأصلي. وبذلك تكون العلامة التجارية المُقلدة وفقاً لـ Lanham Act هي تلك العلامة المماثلة أو المطابقة تماماً والتي لا يمكن تمييزها بسهولة عن العلامة التجارية الأصلية المسجلة.²

ولكن يجب الإشارة في هذا الشأن أن قانون Lanham Act تعامل مع حالة الانتهاك المباشر للعلامات التجارية بتقليدها كما سبق وأوضحنا، ولم يشير أو يتعامل مع حالات المسؤولية غير المباشرة عن هذه الانتهاكات والتي تحدث بسبب وجود وسيط ساهم أو شارك أو سَهّل بصورة معينة ارتكاب تلك المخالفة، اعمالاً للقواعد العامة للمسئولية المشتركة والمسئولية عن فعل الغير وفقاً لأحكام Restatement of Tort.³

وكما سبق القول في الجزء الخاص بانتهاك حق المؤلف، فإنه وفقاً لـ Restatement of Tort المسؤولية غير المباشرة قد تكون مسئولية عن فعل الغير بسبب وجود علاقة تبعية بين الفاعل الأصلي وبين الوسيط Vicarious liability أو بسبب الاشتراك بينهما في ارتكاب المخالفة. وقد تكون المسؤولية غير المباشرة في صورة مسئولية مشتركة بسبب كون الوسيط ساهم ودفع وشجع الفاعل الأصلي لارتكاب المخالفة⁴ Contributory liability.

¹ Articles 1116-1125

² Article 1116(d)(1)(B)

³ Second RESTATEMENT OF TORTS § 877(c) (1979).

⁴ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol 32, 2011, p.42

وبتخصيص الحديث عن المسؤولية المشتركة عن انتهاك العلامات التجارية المحمية يمكن القول إنه وفقاً Laboratories v. Ives Inwood Laboratories. فإن هذا النوع من المسؤولية يتحقق حال كون المنتج أو الموزع - متعمداً وقاصداً - قد دفع المستهلكين لاستعمال واستخدام المنتج المقلد. فالمسؤولية في هذه الحالة تشمل الفاعل الأصلي وتمتد كذلك لتشمل الوسيط سواء كان منتجاً أو موزعاً طالما ثبت في حقه الاشتراك أو المساهمة بأي صورة من الصور المحددة قانوناً. حيث جاء في قول المحكمة:

Liability for trademark infringement can extend beyond " those who actually mislabel goods with the mark of another. Even if a manufacturer does not directly control others in the chain of distribution, it can be held responsible for their infringing activities under certain circumstances. Thus, if a manufacturer or distributor intentionally induces another to infringe a trademark, or if it continues to supply its product to one whom it knows or has reason to know is engaging in trademark infringement, the manufacturer or distributor is contributorily responsible for any harm done as a result of "1 the deceit

بقراءة ومطالعة أحكام المحاكم الأمريكية في شأن المسؤولية غير المباشرة عن انتهاك العلامات التجارية وبالأخص حكم Laboratories v. Ives Inwood Laboratories وكذلك Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc. يمكن القول إن هذه السوابق تدعم القول بوجود مسؤولية مشتركة لمواقع الانترنت ومقدمي الخدمة عن انتهاكات العلامات التجارية والتي تتم من خلال الموقع أو الشبكة. فهذه الأحكام وغيرها في القضاء الأمريكي أقرت قيام المسؤولية المشتركة في حق كل من يقدم منتجاً مقلداً - وهو يعلم بكونه مقلداً - للمستهلك ويدفعه دفعاً لاستخدام واستهلاك هذا المنتج بالمخالفة للعلامة التجارية المحمية، وبالقيااس على هذا المبدأ يمكن منه

¹ Inwood Laboratories v. Ives Laboratories, 1982

استخلاص وتطبيق ذات القاعدة بالنسبة لمقدمي خدمة الانترنت ومواقع البيع الالكتروني عن انتهاك العلامات التجارية المحمية¹.

وعلى الرغم من عدم تنظيم مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات العلامات التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا ان هناك بعض أحكام المحاكم الفيدرالية والتي تعاملت صراحة مع هذه الإشكالية ووضعت بعض الضوابط والأسس التي يمكن من خلالها تحديد مدى مساهمة ومشاركة مقدم خدمة الانترنت أو الموقع في ارتكاب تلك المخالفة. ومن تلك الأحكام الحكم الصادر في قضية Tiffany (NJ), Inc. v. eBay² والتي تعتبر أول قضية في المحاكم الأمريكية تتناول المسؤولية الثانوية لمقدمي خدمة الانترنت في مجال البيع من خلال شبكة الانترنت. وفيها رفضت المحكمة جميع الدفوع الموجه لشركة eBay بإدعاء أنها مسؤولة أصحاب العلامات التجارية لحماية ومراقبة علاماتها التجارية ولا يمكن في هذا الخصوص مساءلة شركة eBay عن انتهاكات وتزوير العلامات التجارية المحمية تحت ذريعة أنه يجب أن يكون لديها معرفة مسبقة بإمكانية ارتكاب مخالفات من خلال الموقع الخاص بها. وقد جاء في قول المحكمة:

“it is the trademark owner’s burden to police its mark, and companies like eBay cannot be held liable for trademark infringement based solely on their generalized knowledge that trademark infringement might be occurring on their websites”

ويقراءة حكم Tiffany (NJ), Inc. v. eBay يمكن القول أن هذا الحكم يسن قاعدة المسؤولية غير المباشرة لمقدمي خدمة الانترنت. حيث وفقاً لهذا الحكم، يكون مقدم الخدمة مسؤولاً بالاشتراك في انتهاك علامة تجارية مسجلة إذا شجع أو دفع متعمداً المستهلكين أو المستخدمين إلى استهلاك أو استخدام السلع المُقلدة أو قام ببيع هذه السلع ذات العلامة المُقلدة بين مستخدميه وأتاح للفاعل الأصلي ساحة مناسبة لعرض وبيع منتجاته المُقلدة، أو استمر في جعلها متاحة لهم على الرغم من علمه أو

¹ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods, p.44

² Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, second district Court, 2010

افتراض علمه بكونها مُقلّدة. وعليه فإن هذا الحكم اعتد بحسب الأصل بعلم مقدم خدمة الانترنت بكون مُنتج معين يستعمل علامة تجارية مُقلّدة ويجب أن يكون هذا العلم محدداً، بمعنى أنه يجب أن يكون مقدم خدمة الانترنت على علم بكامل التفاصيل عن الانتهاك من حيث المُنتج الأصلي والمُنتج المُقلّد، من حيث طريق عرض المُنتج المُقلّد والمسئول عن عرضه على الموقع أو الشبكة (الفاعل الأصلي) ولا يكفي في ذلك العلم العام بكون او احتمالية كون السلعة مُقلّدة. والحكم بهذا المنطق جعل على صاحب العلامة التجارية المحمية الالتزام بإبلاغ مقدم خدمة الانترنت عن وجود منتجات تحمل علامة تجارية مُقلّدة على نحو يُحدث لبساً لدى المستهلك بينها وبين المُنتج الأصلي.

وكما سبق القول في الجزء الخاص بالمسئولية غير المباشرة لمقدمي خدمة الانترنت بسبب انتهاكات حقوق المؤلف بمعرفة مستخدمي الموقع أو الشبكة، فإن مقدم الخدمة يمكنه أن يتخلص من المسئولية في هذه الحالة ويستفيد من المناطق الآمنة Safe harbours التي نص عليها قانون Digital Millennium Act (DMCA) Copyright ويصبح بعيداً عن المسئولية إذا تبنى ونفذ سياسة notice and takedown في حالة ابلاغ صاحب حق المؤلف عن مخالفة لعمل من أعماله المحمية بحق المؤلف. معنى ذلك أنه بمجرد تلقي اخطاراً بالمخالفة من صاحب الحق المحمي، يكون على مقدم خدمة الانترنت التزاماً بحظر الوصول لهذا المحتوى أو إزالته من الموقع أو الشبكة وجعله غير مرئي وغير متاح للمستخدمين. وبذلك يكون واضحاً أن قانون Act Digital Millennium Copyright (DMCA) لم يتبنى فكرة التزام مقدمي خدمة الانترنت بمراقبة ومتابعة الموقع أو الشبكة لكشف الانتهاكات بل يكون ذلك عن طريق الاخطار من جانب صاحب الحق المحمي¹.

¹ أراجع في ذلك الجزء السابق من البحث الخاص بالتنظيم القانوني لحقوق المؤلف في الولايات المتحدة الأمريكية

حيث أنه في هذا السياق صدر حكم في قضية *Hendrickson v. eBay, Inc.*¹ والتي اقرت فيه المحكمة بعدم مسؤولية موقع eBay عن انتهاكات المستخدمين للموقع بسبب عرض اقراص ممغنطة DVDs مقداة للبيع. وجاء في الحكم ان موقع eBay طبق سياسة الاستبعاد بمجرد الاخطار Notice and Takedown كما هو مذكور في قانون Digital Millennium Copyright Act (DMCA). كما انه من ناحية الاخرى لم يستوف الإخطار المقدم من Henderickson المتطلبات المنصوص عليها في القانون ومع ذلك تعامل معها الموقع بصورة جادة تماماً على نحو تنتفي معه مسؤوليته عن الاشتراك في انتهاك حق المؤلف المدعى به.

وقضاء المحاكم الأمريكية واضح جداً وثابت في ربط المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات العلامات التجارية المحمية بالعلم الواضح بالانتهاك من قبل صاحب العلامة التجارية عن طريق آلية Notice and Takedown وإلا فلا تتعدد المسؤولية. ولا يشترط لقيام المسؤولية المشتركة لمقدمي خدمة الانترنت كون الموقع أو الشبكة لديه نية انتهاك العلامة التجارية المحمية، بل يكفي مجرد عدم الاستجابة أو التأخر في الاستجابة للإخطار بالمخالفة حتى تتعدد المسؤولية. فلا يمكن لمقدمي خدمة الانترنت الادعاء بعدم توافر نية أو قصد انتهاك العلامة التجارية المحمية لنفي المسؤولية، بل تتحقق المسؤولية حتى ولو لم يكن مقدم الخدمة ينوي المشاركة في هذا الانتهاك. جاء ذلك بصورة صريحة في قول المحكمة في *Louis Vuitton, Malletier, S.A. v. Akanoc Solutions Inc.* حيث ادعى موقع Akanoc في الاستئناف على الحكم الذي أقر بمسؤوليته عن الاشتراك في انتهاك العلامة التجارية ل Louis Vuitton، أن الاشتراك في انتهاك علامة تجارية محمية يجب أن يتوافر له القصد حتى تتعدد المسؤولية، وحيث أن محكمة أول درجة لم تُشر في حكمها إلى توافر نية وقصد الاشتراك، فلا اشتراك في الانتهاك ولا مسؤولية عن ذلك. وكان حكم محكمة

¹ *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 2001

الاستئناف صريحاً في رفض هذا الادعاء بقول أنه يكفي صاحب العلامة المحمية إثبات أن موقع Akanoc كان على علم بانتهاك العلامة التجارية ولم يتخذ من الاجراءات ما يحمي هذه العلامة من تلك المنتجات المُقلدة على الموقع، ولا يلزم لقيام المسؤولية توافر قصد الاشتراك في الانتهاك. وعليه قضت المحكمة بالزام موقع Akanoc بتعويض المدعي صاحب علامة Louis Vuitton بتعويض قدره ١.٥٥٠.٠٠٠ دولاراً أمريكياً.

وعلى الرغم من استقرار المحاكم الأمريكية في العديد من أحكامها على تبني هذا الاتجاه في تقرير المسؤولية بالاشتراك لمقدم خدمة الانترنت عن انتهاك المستخدمين للعلامات التجارية المحمية، فإن بعض المحاكم الأوروبية جاءت بأحكام تقرر مسؤولية مواقع البيع على الانترنت بسبب انتهاك العلامات التجارية المحمية، وتبنت في ذلك اتجاهاً مخالفاً لاتجاه المحاكم الأمريكية. ففي قضية Lancôme Cie v. eBay International AG¹ & Parfums et Beaute المحكمة eBay بدفع تعويضات للشركة صاحبة العلامة التجارية بالاشتراك مع بائع السلعة المُقلدة بسبب كون موقع eBay قدم خدمة الاستضافة لهذه المنتجات المُقلدة وفقاً لما جاء في نصوص EU E-Commerce Directive. ليس هذا الحكم فقط بل هناك العديد من الأحكام الصادرة من محاكم أوروبية أقرت فيها بالمسؤولية المشتركة لمواقع الانترنت ومقدمي الخدمة عن انتهاكات العلامات التجارية.^٢

وبالإطلاع على الأحكام السابق ذكرها ومتابعة التباين الواضح فيها بين المحاكم الأمريكية والمحاكم الأوروبية، فإنه يمكن القول إن هذا الوضع قد يثير العديد من الإشكاليات القانونية الهامة. منها على سبيل المثال كون اختلاف الأساس القانوني لذات المسألة أو لذات المشكلة القانونية قد يؤدي إلى نتيجة مختلفة تماماً في التعامل معها بين نظامين قانونيين مختلفين. وهو ما يفتح المجال للتساؤل عن مدى امكانية استفادة المدعي من هذا التباين بتحريك الدعوى وفقاً لاتجاه المحكمة وما إذا كانت

¹ Tribunal de Commerce, Bruxelles, July 31, 2008.

² Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods, p39.

تتبنى الاتجاه القائل بمسئولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات العارضين
والبائعين للعلامات التجارية أم الاتجاه الآخر الذي يقضي بعدم المسؤولية طالما ليس
هناك تدخل فاعل من قبل مقدم الخدمة.

خاتمة البحث وتوصيات

على الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه التطورات التكنولوجية في حياتنا اليومية، إلا أنها على الجانب الآخر تثير العديد والعديد من الإشكاليات القانونية التي تحتاج إلى تطور تشريعي وتحديث مستمر للتشريعات ومسايرة ومتابعة لكل مُستجد على الساحة الدولية من اتفاقيات ومعاهدات ومواثيق.

وقد تناولت في هذا البحث واحدة من المستجدات التكنولوجية والتي تستدعي التدخل بتنظيم قانوني محكم لتغطية الإشكاليات القانونية التي تُثار في تلك الحالة، ألا وهي إشكالية مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام أو الخدمة التي يقدمها مقدم خدمة الإنترنت. وفيه تناولت عرض لجوانب تلك المشكلة وكيف أن القانون المصري جاء خالياً من أي تنظيم قانوني لتلك المسألة سواء في القوانين والتشريعات العامة أو المتخصصة. ثم تناولت بعد ذلك القواعد العامة في القانون المدني والتي يمكن مد نطاق تطبيقها وتطويعها لتتطبق على تلك الحالة المستجدة من المسؤولية وذلك لكل من القواعد المدنية وقواعد قانون العقوبات. ثم عرضت بعد ذلك لمثال لأحد التشريعات التي تعاملت وتناولت تلك المسألة بالتنظيم القانوني وهو قانون الولايات المتحدة الأمريكية **Digital Millennium Copyright Act** الذي تم إصداره سنة ١٩٩٨ تطبيقاً لاتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف التي أصدرتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية عام ١٩٩٦. ومن خلال التعرض لهذا القانون تعرضت كذلك لبعض أحكام المحاكم الأمريكية التي تعاملت صراحة مع إشكالية مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين من خلال الشبكة أو النظام، والتي تعكس كثيراً من التغييرات التي طرأت على رؤية القضاء لمسؤولية مقدمي الخدمة وللأساس الذي قد تقوم عليه تلك المسؤولية.

وبنهاية هذا العرض يمكن القول إن القواعد العامة للقانون المدني المصري ممثلة في أحكام المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار الذي يرتكبه الغير قد لا تتناسب وطبيعة مخالفات حقوق المؤلف التي تُرتكب من خلال شبكة الإنترنت. والسبب في ذلك يرجع - كما سبق القول - إلى أن حالات المسؤولية عن فعل الغير كما ذكرها

المشرع المصري لا تخرج عن حالتين: حالة مسئولية متولي الرقابة عن أفعال الشخص الخاضع للرقابة، وحالة مسئولية المتبوع عن أعمال التابع، وكلاهما لا تنطبق على حالة مسئولية مقدم خدمة الإنترنت عن مخالفات حق المؤلف التي يرتكبها المستخدمين. والسبب في ذلك كون شروط ومتطلبات تطبيق كل واحدة من هاتين الحالتين لا تنطبق على حالة مسئولية مقدم خدمة الإنترنت عن انتهاكات المستخدمين، وهو ما يستدعي من جانبنا القول بضرورة توسيع نطاق تطبيق المسئولية عن فعل الغير ليشمل تلك الحالة. فيمكن في هذا الشأن تبني النهج الذي اتبعته المحاكم الأمريكية في التوسيع من حالات المسئولية عن فعل الغير لتشمل الحالات التي يكون فيها استفادة مالية مباشرة متحققة بسبب المخالفة التي ارتكبها الغير حتى ولو لم تتحقق صورتي الرقابة أو التبعية بالمعنى الدارج في الفقه المصري. فالاستفادة المالية - وفقاً للتطور القضائي في المحاكم الأمريكية الذي عرضنا له في صفحات هذا البحث - تجعل من مقدم خدمة الإنترنت مسئولاً عن انتهاكات الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين طالما توافرت الشروط الأخرى للمسئولية، اعمالاً لفكرة تحمل التبعة والغرم بالغنم. فهي في حقيقتها توسيع من مجال تطبيق مسئولية المتبوع عن أعمال التابع وجعلها معتمدة على عنصر الاستفادة المالية المباشرة كبديل عن فكرة السلطة الفعلية القائمة على الرقابة والإشراف والتوجيه التي تطلبها المشرع في المادة ١٧٤.

وعلى الجانب الآخر، فيكفي لاعتبار مقدم خدمة الإنترنت شريكاً للفاعل الأصلي (المستخدم) فيما يرتكبه من انتهاكات لحقوق المؤلف المحمية كونه عالماً بالمحتوى المخالف بالإضافة إلى توافر الشروط الأخرى لتحقيق الاشتراك. مع ملاحظة أن تحقق شرط العلم لا يفي بضرورة مساهمة مقدم خدمة الإنترنت بعمل يعد من قبيل المساعدة السابقة أو المعاصرة لارتكاب المخالفة، وهي المتمثلة في تقديم خدمات الإنترنت التي لولا تقديمها للمستخدم لما تمكن من ارتكاب تلك المخالفة بالصورة التي تمت بها. فإذا توافرت تلك الشروط تحققت حالة المساهمة في حق مقدم خدمة الإنترنت وثارت مسئوليته عن انتهاك الحقوق المحمية كما المستخدم باعتباره الفاعل الأصلي.

وبناء على هذا العرض يمكن القول إن قواعد القانون المدني المنظمة للفعال الضار بعموميتها لا تتناسب وطبيعة مسؤولية مقدم خدمة الانترنت عن انتهاكات حقوق الملكية الفكرية التي يرتكبها المستخدمين، وهو ما يستدعي تدخل المشرع بنصوص صريحة لتنظيم تلك الحالة على النحو الذي يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة. فمصلحة أصحاب الحقوق المحمية تقتضي تقرير مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت عن انتهاكات المستخدمين، ولكن على الجانب الآخر، فإن التوسع في ذلك يؤثر على مقدمي خدمات الانترنت وعلى مدى قدرتهم واستمرارهم في تقديم هذا النوع من الخدمات الذي سيكون محفوفاً بالمخاطر. فالهدف إذن من تنظيم مسؤولية مقدم خدمة الانترنت - كما سبق وأوضحنا - هو تحقيق قدر من التوازن بين المصالح المتعارضة لأصحاب الحقوق المحمية من ناحية ومقدمي خدمة الانترنت من ناحية أخرى. هذا بالإضافة إلى الرغبة في تمكين مقدمي خدمات الانترنت من الاستمرار في تقديم هذا النوع من الخدمات على ضوء قواعد قانونية محددة بوضوح لأحكام المسؤولية.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

- أ.د/ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام
- أ.د/ أحمد عوض بلال، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١
- أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، ١٩٩٠
- أ.د/حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام
- أ.د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة دار النهضة، ١٩٥٤
- أ.د/ عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، ١٩٨٦
- أ.د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، ٢٠٠٦
- د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٠
- أ.د/ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧
- القانون المدني المصري
- القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية حقوق الملكية الفكرية
- قانون العقوبات المصري

المراجع الأجنبية:

- كتب وأبحاث:

- Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, Georgetown Law Journal, Vol. 88, 2000

- Law and the Geography of Anupam Chander, Cyberspace, the WIPO Journal, Volume 6, Issue 1, 2014
- Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyber wrong?, Cornell Law Review, Volume 87, Issue 4, 2002
- Jerome H. Reichman, Graeme B. Dinwoodie & Pamela Samuelson, A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works, Berkeley Technology Law Journal, Volume 22, 2007
- Katja Weckström, Liability for Trademark Infringement for Service Providers, Marquette Intellectual Internet Property Law Review, volume 16, issue 1
- Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol 32, 2011
- Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, Stanford Law Review, Volume 4, 2004
- Hanson, What Liability Crisis? Steven P. Croley & Jon D. An Alternative Explanation for Recent Events in Products Journal, Volume 8, 1991. YALE Liability,
- U.S. Copyright Office, Comments of Annemarie Bridy and Daphne Keller, Section 512 Study, 2016
- WIPO Intellectual Property Handbook, 2008
- Xavier Amadei, Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, Defamation, and Illicit Content, Cornell International Law Journal, volume 35, 2002
- أحكام قضائية:
- A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2001
- Deutsch v. Arnold 1938, Fonovisa v. Cherry Auction 1996

- Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co. 1929 •
- Electronic Arts v. Yahoo, 2000 •
- Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 1996 •
- Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 1971 •
- Hendrickson v. eBay, 2001 •
- Laboratories v. Ives Laboratories, 1982 Inwood •
- Kelly v. Arriba Soft Corp., 2003 •
- 1927 M. Witmark & Sons v. Calloway •
- Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors, 1997 •
- MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 2003 •
- Playboy Enterprises, Inc. v. George FRENA, 1993 •
- Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 1995 •
- Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 1994 •
- Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co. 1963 •
- Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al, 1984 •
- Southern Bell Telephone and Telegraph Company v. Associated Telephone Directory Publishers, 1985 •
- Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, second district Court, 2010 •
- Universal City Studios, Inc. v. Corley, 2001 •
- 2013 Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., •
- Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark-Fi Records, Inc., 1966 •

الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث

دكتور

عطا سعد محمد حواس

دكتوراه فى القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

التطور نحو جماعية المسؤولية :

١- حينما وضع القانون المدني الفرنسي مع بداية القرن التاسع عشر كان محور المسؤولية المدنية هو شخص المسئول ، فكان يتعين أن يثبت الخطأ سواء الواجب الإثبات أو المفترض في حق الشخص الذي تشير إليه قواعد المسؤولية المدنية . فإذا لم يجد المضرور مسئولاً يتحمل عبء التعويض ، فإنه يتحمل وحده الأضرار التي لحقت به وليس من سبيل لحصوله على التعويض ، ويتحقق نفس الأمر إذا عجز المضرور عن إثبات الخطأ أو إذا كان المسئول معسراً . فالكيان الاجتماعي " le corps social " لا علاقة له بتعويض هذه الأضرار والتي يظل أمر تعويضها محصوراً في العلاقة ما بين المضرور والمسئول. وهذا ما يعبر عنه بالمسؤولية الفردية *La responsabilité individuelle* بمعنى أن الالتزام بالتعويض يقع على كاهل الفرد المسئول وحده ، ولا يتعداه إلى الكيان الاجتماعي الذي يظل بعيداً عن العلاقة بين المضرور والمسئول عن الضرر (١) .

هذه المسؤولية الفردية كانت تتمشى مع ظروف الحياة في بداية القرن التاسع عشر وكانت كافية بذاتها لتوفير الحماية للمضرور ، إذ كان من الميسور تجنب الخطأ وإذا وقع فإن إثباته ليس بالأمر العسير وكانت آثاره الضارة في الغالب محدودة يمكن للمسئول أن يتحملها في ذمته دون إرهاب .

٢- وبدخول البشرية عصر الآلة والتقدم الصناعي والتكنولوجي في كافة المجالات غدت المسؤولية الفردية عاجزة عن توفير الحماية للمضرور بسبب ازدياد الخطأ الشائع زيادة كبيرة. فالتشابك الاقتصادي والصناعي اليوم لا يسمح بتحديد شخص المخطئ من بين العديد ممن اشتركوا في النشاط الضار وبسبب ضخامة

(١) راجع في نفس المعنى : د/ محمد إبراهيم النسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، الإسكندرية ، ١٩٧٣م ، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ص ١٦٧ ، وله أيضاً: المسؤولية المدنية بين الجماعية والفردية ، مجلة المحاماة ، السنة الرابعة والخمسون ، العددان الأول والثاني ، يناير وفبراير ١٩٧٤م ، ص ٨٥.

Et également : Y. Lambert – Faivre, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation , R.T.D. Civ. 1987 , p. 1 et 2 .

الأضرار بالقياس إلى الخطأ . ففيما مضى كان هناك تناسب بين الخطأ ونتائجه وبين ثروة المسئول أما اليوم فإن خطأ فردياً عادياً قد يؤدي إلى أضرار هائلة^(١) .

هذه الأسباب التي بدأت تظهر وتتأكد بتقدم المجتمع الصناعي أدت ، في ذات الوقت ، إلى ظهور ذمم أخرى تلتزم بالتعويض إلى جانب المسئول أو بدلاً منه . فمنذ القرن العشرين بدأ المجتمع يخلق نظاماً جديدة أو يدعم نظاماً سابقة في إطار المسؤولية المدنية وخارجها من شأنها أن تؤكد حصول المضرور على تعويض ما لحقه من ضرر، دون أن يكون لغياب الخطأ أو إغسار المسئول أثر على ذلك^(٢) .

هذا المسلك الذي فرضه تقدم المدنية تلقفه الفقه الموضوعي لتأكيد أن العصر الحديث يتجه نحو اجتماعية المسؤولية *Socialisation de la responsabilité* ^(٣) ، أى أن الهيئة الاجتماعية تسعى بكافة الوسائل إلى تحقيق تعويض مناسب للأضرار التي تلحق بالفرد ، دون التقيد بما تمليه قواعد المسؤولية المدنية من ضرورة قيام الخطأ من ناحية ، ودون التقيد بحصر الالتزام بالتعويض في ذمة المسئول من ناحية أخرى^(٤) . هذه الاجتماعية التي تتجه إليها المسؤولية المدنية اليوم

(١) ففي الماضي إذا إنهار سد على أحد الأنهار لخطأ فني ، كان يمكن تدارك الأضرار الناتجة عن ذلك الخطأ بالتعويضات الفردية من المسئول ، أما اليوم فإن إنهيار أحد السدود لخطأ ما قد يؤدي إلى أضرار بالغة تعجز عنها إمكانيات المسئول .

(٢) R. Savatier , Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuelle ? , D. H. 1931, Chron. p. 10 ; Lambert – Faivre , art . préc. p. 7 .

(٣) راجع في الإتجاه نحو اجتماعية المسؤولية في العصر الحديث :

Savatier , art. préc. p.9 à 12 ; L. Cremieu, Responsabilité et risque, R.T.D.Civ. 1910, p. 543 à 546 ; P. Esmein, La cause étrangere et la théorie du risqué dans la responsabilité civile, D.H. 1934, Chron. p. 53 à 56 ; M. Mignon, La socialiation de risque, D.H. 1947, Chron. P. 37 ; P. Lavigne, Risque social et charges sociales, D.H. 1948, Chron. p. 89 ; P. Raynaud, De la responsabilité civile à la sécurité sociale, D.H. 1948, Chron. p.93 et s ; Savatier, Le dommage et la personne, D.1955, Chron. p. 5 ; Ch. Blaévoet, Nouvelle orientation de notre système de responsabilité civile, D.S.1966, Chron. p.113 et s ; Lambert - Faivre , art. préc. p.1 et s ; G. Viney , Le déclin de la responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1964 ; Hubert (F.), Socialisation des risques et responsabilité individuelle , thèse , Paris , 1974 .
ود/ محمد إبراهيم الدسوقي ، الرسالة السابقة ، الفقرات من ٩٠ حتى ٩٤ ؛ وبحثه السابق ، الصفحات من ٨٧ حتى ٩٢ .

(٤) R.Savatier, Comment repenser la conception française actuelles de la responsabilité civile , D.S, 1968, no. 5 - 9 .

تبدو أكثر تأكيداً إذا كان موضوع الضرر هو حياة الإنسان أو جسمه أو كيانه (١) ، فتحوّلت المسؤولية المدنية اليوم - في نظر فقه المسؤولية الموضوعية - إلى مسؤولية جماعية *La responsabilité collective* يلتزم فيها الكيان الاجتماعي ، ممثلاً في نظام التأمين أو صناديق التعويض أو الدولة، بتعويض الأضرار دون التقيد بأحكام المسؤولية الفردية التي شهد العصر الحديث اتجاهها نحو الانهيار (٢) . هذه المسؤولية الجماعية تحققت في نظر هذا الفقه بالعديد من الوسائل (١) .

= ففقه المسؤولية الموضوعية يرى في الضرر وحده أساساً كافياً لقيام المسؤولية المدنية ولكن إزاء تمسك التشريع والقضاء بركن الخطأ كأساس للمسؤولية فقد تحول هذا الفقه في العصر الحديث إلى استظهار هذه الموضوعية ، ليس في قيام المسؤولية ، ولكن في الالتزام بالتعويض . فهناك اليوم ملتزمون بالتعويض فيما وراء محدث الضرر أو إلى جانبه والتزامهم هذا لا يقوم على الخطأ وللمن على أساس التزام الكيان الاجتماعي بتعويض كافة الأضرار في المجتمع عن طريق الأنظمة الجماعية للتعويض وهذا الاتجاه الجديد يعبر عنه بفقه المسؤولية الاجتماعية .

(١) فقد تغيرت أفكار المسؤولية المدنية في هذا الصدد تغيراً ذى شقين ؛ أولهما ، زيادة قيمة الإنسان في الدائنية بالمسؤولية أو الاهتمام بالفرد وحمايته كهدف أسمى للمسؤولية . فالإنسان يجب أن يحصل على تعويض عن أي ضرر يلحق بجسمه أو كيانه ، دون اشتراط الخطأ من جانب المسؤول . فالضرر يكفي لاستحقاق الإنسان المضرور في جسمه أو كيانه للتعويض ، إذ ليس من قانون أو اتفاق يسمح بالإضرار بجسم الفرد أو كيانه ، فمجرد الاعتداء يوجب التعويض .

Voir : Savatier , Le dommage et la personne, art. préc. p. 5 ; Lambert – Faivre , art. préc. p. 7 et 19 ; Raynaud , art. préc. p. 94 et s ; Blaévoet , art. préc. p.113 .

رد/ محمد إبراهيم الدسوقي ، البحث سالف الذكر ، ص ٨٨ .
وقد أورد فقه المسؤولية الموضوعية العديد من الأمثلة التي تؤكد الاتجاه نحو هذه لحماية المضطربة للإنسان .
راجع في هذه الأمثلة :

Lambert – Faivre , art. préc. p. 7 et s .

حيث تعرض لضرورة تعويض المضرورين من حوادث السير والمضرورين من الأضرار التكنولوجية والجماعية والمضرورين من العمليات الإرهابية دون اشتراط ثبوت الخطأ في جانب المسؤولين بل وحتى في غيابهم وعدم تحديدهم . فالمسؤولية يجب أن تقوم على الضرر والضرر وحده لتوفير أكبر قدر من الحماية للمضرور .

Et voir : Savatier , Le dommage et la personne , préc. p. 15 ; Mignon , La socialisation du risque , préc. p. 37 .

ثانيهما ، هو إلغاء الفردية من المديونية بالمسؤولية ويعنى أن الأفكار التقليدية بنسبة المسؤولية إلى فرد معين يحدده الخطأ الذي كان سبباً في الضرر ، هذه الأفكار لم تعد تصلح لمواجهة التطور الحديث للمجتمع ، فالمدن بالمسؤولية أو الملتزم بالتعويض لم يعد ذلك الفرد المخطئ ، بل هو المجتمع ممثلاً في ذمة جماعية تلتزم بالتعويض .

Voir : Savatier, Vers la socialisation de la responsabilité et des resques individuelles ? préc. p. 9 .

(٢) Viney , thèse. préc ; Lambert – Faivre , art. préc. p.1 et s ; Le Tourneau , La verdeur de la faute dans la responsabilité (ou de la relativité de son déclin) , R. T. D. Civ. 1988 , p. 505 .

٣- فالمهم فى نظر هذا الفقه هو حصول المضرور على التعويض الجابر للأضرار التى لحقت به ، لاسيما الأضرار الجسدية ، حماية للإنسان ولكيانه البشرى . فخطأ المسئول لم يعد هو الأساس الوحيد الذى تقوم عليه المسئولية المدنية بل ظهر إلى جانبه أساس آخر هو الضرر والذى يكفى بذاته لتقرير مسئولية محدث الضرر بصرف النظر عن سلوكه الشخصى ، أى أن المسئولية تحولت من مسئولية فردية شخصية إلى مسئولية قائمة على الضرر ، ثم تحولت إلى مسئولية جماعية أو التزام بالتعويض يتقل الذمة الجماعية التى تقف بجانب المسئول أو بدلاً منه من أجل توفير الحماية التعويضية للمضرور ، إعمالاً للوظيفة الإصلاحية فى المسئولية المدنية دون أن يكون لهذه الذمة الجماعية أى دور يذكر فى إحداث الضرر .

مدلول المسئولية الجماعية :

٤- إذا كانت المسئولية الفردية تعنى التزام محدث الضرر بتعويض المضرور طبقاً للقواعد التقليدية للمسئولية المدنية ، فإن المسئولية الجماعية تعنى فى الواقع التزام أنظمة جماعية بالتعويض سواء وفقاً لأحكام المسئولية المدنية أو بنص القانون أو بالاتفاق . وعلى ذلك فإنه إذا كانت المسئولية الفردية تطابق المسئولية المدنية ، فإن المسئولية الجماعية تمثل مسئولية المجتمع بتعويض الأضرار عن طريق الذم الجماعية به (٢) .

(١) فتوجد وسائل مباشرة لتحقيق اجتماعية الالتزام بالتعويض ؛ منها ازدهار نظام التأمين من الأضرار والتأمين على الحياة . فهذا التأمين ينشئ علاقة مباشرة بين المضرور وذمة جماعية تحقق تعويضاً يلتزم به كيان جماعى فيدفع عن المضرور مخاطر عجز المسئولية الفردية عن حمايته سواء لعدم توافر شروط قيامها أو لإعسار المسئول . ومنها كذلك نشوء نظام التأمينات الاجتماعية الذى سمح للمضرور من إصابة العمل أو العجز أو المرض أو الشيخوخة بالحصول على تعويض من الكيان الاجتماعى دون التقيد بأحكام المسئولية الفردية .

وهناك وسائل غير مباشرة تؤدى إلى اجتماعية المسئولية وذلك عن طريق دعم المسئولية الفردية بتأكيد حصول المضرور على التعويض والتى تتمثل من ناحية فيما أدى اليه التوسع الصناعى والاقتصادى من انتعاش فكرة الأشخاص الاعتبارية وهو ما أدى إلى زوال خطر إعسار المسئول . وتتمثل من ناحية أخرى فى ظهور نظام التأمين من المسئولية وما استتبعه من قيام دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن . فقد أصبح المضرور فى هاتين الحالتين يجد أمامه إلى جانب المسئول الفرد ذمة أخرى تتحمل بالتعويض بنص القانون أو بالعقد .

راجع فى هذه الوسائل بالتفصيل :

Viney , thèse , préc. p. 5 et s .

ود/ محمد إبراهيم النسوقى ، البحث السابق ، ص ٩٠ و ٩١ .
(٢) د/ محمد إبراهيم النسوقى ، الرسالة السابقة ، ص ١٧٩ .

والذمة الفردية هي أول الأبواب التي يطرقها المضرور فإذا لم يسعفه ذلك الباب في تحقيق تعويض للضرر الذي أصابه فإنه يلجأ إلى الذمة الجماعية ، فيلجأ إلى المؤمن من المسؤولية أو إلى التأمينات الاجتماعية أو التأمين الإجباري أو صناديق التعويض وأخيراً إلى الدولة كمسئول أخير عن تعويض الأضرار التي لا تجد ملتزماً بالتعويض عنها . فهناك سلم متدرج للالتزام بالتعويض يغطي جميع الأضرار (١) .

٥- وقد ترتب على اجتماعية المسؤولية أو الالتزام بالتعويض على النحو السابق أن المسؤولية الفردية لم تعد تستقل وحدها بتقرير الالتزام بالتعويض بل عرفت إلى جانبها في المجتمع الحديث مسؤولية جماعية (٢) Responsabilité

(١) Viney , thèse , préc. no. 224 à 235 .

وتثير نظرية المسؤولية الجماعية والمسؤولية الفردية مشكلة التواجد المشترك بينهما . فقد يترتب على الضرر قيام التزام بالتعويض من جانب محدث الضرر مع التزام بالتعويض ، في ذات الوقت ، من ذمة جماعية . فوجود المسؤولية الجماعية لا يعنى إلغاء المسؤولية الفردية كلية ، بل ما زال لتلك الأخيرة دور هام بجانب المسؤولية الجماعية. فإذا كانت الأنظمة الجماعية للتعويض تتكفل بهدف جبر الضرر ، فقد بقي الهدف الآخر للمسؤولية وهو ردع الخطأ في حاجة إلى طريقة فنية لإعماله في ظل المسؤولية الجماعية . وتخلص أفكار فقهاء المسؤولية الموضوعية في وسيلة تحقيق وظيفة الردع للمسؤولية المدنية مع وجود المسؤولية الجماعية في أن ذلك لا يتم إلا بطريقة واحدة هي تحميل محدث الضرر لشخصه وفي ذمته الخاصة بكل أو بعض التعويض ، بدلا من الذمة الجماعية جزاءً على خطئه. ويتحقق ذلك بعدة وسائل ؛ فإما أن يتحدد التعويض الجماعي بطريقة جزافية ولا يصل إلى التعويض الكامل ويسمح للمضرور باقتضاء الفرق بين التعويض الجزافي والتعويض الكامل من محدث الضرر ، كما هو الشأن في نظام التأمينات الاجتماعية وإما أن يكون بحرمان المسئول من أن تكفله الذمة الجماعية كلية فيتحمل بجزء من التعويض ، كما لو ترك جزءاً من التعويض في حالة التأمين من المسؤولية على عاتق المؤمن له جزاءً له على خطئه ، وإما بتقرير حق الرجوع للذمة الجماعية على المسئول بما تكبدته من تعويض بمناسبة خطئه .

راجع : د/ محمد إبراهيم الدسوقي ، الرسالة السابقة ، ص ٨٠ ؛ والمرجع التي أشار إليها في هذا الصدد .

Et voir : Le Tourneau , art. préc. p. 510 et s .

(٢) والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية الغراء عرفت نظاماً جماعياً لتعويض الأضرار الجسدية هو نظام " الذية " . فالذية هي المال المؤدى إلى المجنى عليه أو وليه بسبب الجناية على النفس أو ما دونها . وفي القتل الخطأ فإن الذية تجب على العاقلة باتفاق الفقهاء . والعاقلة هم عصابات القاتل أو عائلته وقيل أهل ديوانه أو أهل حرفته أو أهل عسكره إن كان الجاني عسكرياً وإن لم يكن الجاني عسكرياً أو ديوانياً أو حرفياً فعاقلته قبيلته . والعاقلة لا تحمل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتزافاً ومادون أرش الموضحة ولا يدخل في غرم الذية النساء ولا الصبيان ولا المجانين ، فإن لم يكن للجاني عاقلة أديت من بيت المال . ففي الجناية الخطأ على النفس أو ما دونها تتحمل العاقلة ، الذية ، وتوزع على أفراد العاقلة بحيث لا يزيد مقدار ما يدفعه الفرد عن ثلاثة أو أربعة دراهم . ولا شك أن تحمل الجاني مقدار الذية وحده طبقاً لمبادئ المسؤولية الفردية التي شرعتها الإسلامية . فبدلاً من أن يتحمل الجاني مقدار الذية وحده طبقاً لمبادئ المسؤولية الفردية التي قررها القرآن الكريم في قول الله تعالى ؛ " ولا تزر وازرة وزر أخرى " نجد أن الذي يتحمل هذه الذية هم عاقلة الجاني إذا كان مقدارها الثلث فأكثر في الجناية الخطأ ، فيتوزع عليها عليهم جميعاً ويشترك الجاني مع العاقلة في دفع الذية كأحد أفرادها ، ومرجع ذلك هو النصرة التي تكون بين أفراد القبيلة أو جماعة الديوان أو الحرفة ، فتقف وراء الجاني المسئول ذمة جماعية تتحمل عنه عبء التعويض هي العاقلة .

راجع في نظام الذية في الشريعة الإسلامية : الإمام / شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٦ ، مطبعة

Collective، تتمثل في قيام أنظمة جماعية تلتزم بالتعويض إلى جانب المسئول وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية أو بحكم القانون أو بالعقد في إطار المسؤولية المدنية أو خارجها ، وذلك عن طريق الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو التأمين الاختياري أو الإجباري أو التأمينات الاجتماعية (١).

وقد ترتب أيضاً على قيام هذه المسؤولية الجماعية أن تعددت مصادر الالتزام بالتعويض ؛ فبعد أن كانت المسؤولية الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام بالتعويض ، أصبحت هناك اليوم مصادر عديدة في هذا الصدد ، وهي المسؤولية القائمة على الخطأ وتلك القائمة على الضرر ونظام التأمين وصناديق التعويض والتزام الدولة بالتدخل لتعويض المضرورين .

السعادة بمصر ، ص ٥٨ وما بعدها ؛ الشيخ الإمام / محمد بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار ، شرح منقلى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج ٧ ، ص ٥٧ وما بعدها ؛ أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغنى على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ، بتصحيح الدكتور / محمد خليل هراس ، الناشر دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة ، ج ٨ ، ص ٣٥١ وما بعدها ؛ أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، ط ٥ ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، ص ٤٠٩ وما بعدها ؛ الإمام / علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، ط ٢ ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م ، الناشر دار الكتاب العربى ، بيروت ، لبنان ، ص ٢٥٣ وما بعدها ؛ أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، ط ٢ ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر ، ص ٢٣١ وما بعدها ؛ وله أيضاً الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى ، وهو شرح مختصر المزنى ، تحقيق وتعليق الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، ج ١٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ الشيخ / منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، كشف القناع ، دار الفكر ، طبعة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، ج ٥ ، ص ٥٠٣ وما بعدها ؛ أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلس ، المحلى ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار التراث بالقاهرة ، ج ١٠ ، ص ٣٨٨ وما بعدها ؛ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، عالم الفكر ، ١٢٩٤ - ١٣٤٠ هـ ، ص ٣٦١ وما بعدها وانظر كذلك ؛ د/ محمد صبرى الجندى ، فى ضمان الضرر الجسدى الناتج عن فعل ضار ، مجلة المحامى الكويتية ، العدد الأول ، السنة السادسة والعشرون ، محرم ١٤٢٣ هـ - مارس ٢٠٠٢ م ، ص ٢٣٠ وما بعدها ؛ د/ أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، الالتزام بضمان أذى النفس ودور الدولة فيه فى ظل القانون المدنى الكويتى ، = مجلة المحامى الكويتية ، السنة السادسة ، الأعداد يوليو - أغسطس - سبتمبر - أكتوبر ١٩٨٣ م ، ص ٩ وما بعدها ؛ د/ محمد السعيد رشدى ، ضمان أذى النفس فى القانون المدنى الكويتى مقارناً بالفقه الإسلامى ، مجلة المحامى ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة السابعة عشرة ، أعداد أبريل - مايو - يونيو ١٩٩٣ م ، ص ١١ وما بعدها ؛ د/ طه عبد المولى طه إبراهيم ، التعويض القضائى عن الأضرار التى تقع على الأشخاص ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، المنصورة ، ٢٠٠٠ م ، ص ١٨١ وما بعدها ؛ د/ محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى ، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التصديرية فى القانون ، رسالة دكتوراه ، طبعة ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالقاهرة ، ص ٤٢٨ وما بعدها ؛ الشيخ / السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، الناشر دار الفتح للإعلام العربى ، القاهرة ، ص ٣٧ وما بعدها .

(١) أنظر André Tunc ، فى مقدمة رسالة Viney حول " زوال المسؤولية الفردية " المشار إليها .

إذن جماعية المسؤولية أو جماعية التعويض تعنى أن الكيان الاجتماعي (المجتمع) يتدخل كطرف ثالث في العلاقة بين المسئول والمضروب لأداء التعويض عن المسئول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية . فالذمة الجماعية أو النظام الجماعي للتعويض ليس مسئولاً ولكن مجرد ملتزم بالتعويض^(١).

٦- وأساس التزام الذمة الجماعية أو النظام الجماعي بعبء التعويض ليس هو الخطأ أو اللوم الأخلاقي *Responsabilité moral* . فجماعية التعويض لا تستند إلى خطأ ينسب إلى النظام الجماعي أو الذمة الجماعية ولا إلى مسئوليتها عن تعويض الضرر ، بل هذا الالتزام بالتعويض يجد مصدره في نص القانون أو العقد أو التضامن الاجتماعي . فعندما يتدخل المؤمن لتعويض المضروب فليس معنى ذلك أن خطأ قد نسب إليه أو أنه مسئول عن تعويض الضرر وإنما يتحمل التعويض المستحق للمضروب استناداً إلى عقد التأمين ، كما أن الدولة حينما تتدخل لتعويض المضروبين فإنها لا تفعل ذلك استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية وإنما إلى اعتبارات التضامن الاجتماعي وتحقيق العدل بين أفراد المجتمع .

الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث :

٧- في عصر التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي تحياه البشرية اليوم ، والذي يتميز بأنه عصر الأضرار الضخمة التي لا يمكن تجنبها والتي تعجز قدرات محدثها المالية عن أن تتحملها ، نظراً لما تتسم به هذه الأضرار من عمومية وضخامة كارثتها والتي يصعب ، في معظم الأحوال ، تحديد أو معرفة شخص محدثها . في هذا العصر لم تعد المسؤولية الفردية القائمة على الخطأ الثابت أو المفترض قادرة على توفير الحماية للمضروبين من التلوث ، تلك الآفة التي أصبحت سمة ذلك العصر وذلك إزاء الأضرار الضخمة المصاحبة للأنشطة الصناعية والاقتصادية المختلفة ومن ثم كان الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية التي تحفل بالضرر وحده لتقرير مسؤولية محدث التلوث ، بقصد توفير أكبر قدر من الحماية للمضروبين بضمان حصولهم على تعويض ما لحق بهم من أضرار تلوث .

(١) د/ محمد إبراهيم الدسوقي ، الرسالة السابقة ، فقرة ١٤٧ . وراجع في تقييم أفكار المسؤولية الجماعية ، ص ١٨٨ وما بعدها ؛ وبحثه سالف الذكر ، ص ٩٠ وما بعدها .

ورغم اعتناق المسؤولية الموضوعية للملوثة القائمة على الضرر إلا أن ضمان حصول المضرور على تعويض ما أصابه من أضرار ليس بالأمر المؤكد في جميع الحالات ، بسبب تعذر تحديد شخص المسئول أو معرفته أو بسبب ثبوت إفسار المسئول أو وضع حد أقصى للمسئولية لا يلتزم المسئول بتحمل ما يتجاوزته من تعويض .

٨- من أجل ذلك وإمعاناً في توفير الحماية التعويضية للمضرورين من التلوث ، بدأ العصر الحديث يشهد ظهور أنظمة أو ذمم جماعية لتعويض أضرار التلوث تقف بجانب المسئول عن التلوث في حالة تحديده ، لتتحمل معه عبء التعويض أو بدلاً عنه في حالة انتفاء وجوده أو عدم تحديده أو إفساره ، فتتحمل عنه كامل التعويض. هذه الأنظمة أو الذمم الجماعية لتعويض أضرار التلوث لا تتحمل عبء التعويض مع المسئول أو بدلاً عنه ، طبقاً لما تشير إليه قواعد المسؤولية المدنية الخطئية أو الموضوعية وإنما استناداً إلي اعتبارات أخرى ، كالعقد أو نص القانون أو التضامن الاجتماعي .

٩- فظهر نظام تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث ملازماً لنظام المسؤولية الموضوعية للملوثة والذي يعنى في الحقيقة تحمل مجموع المستأمنين - الملوثين المحتملين - لعبء التعويض والذي يدفعه عنهم طبقاً لعقد التأمين هو شركة التأمين في مقابل قسط زهيد القيمة تتولى تحصيله منه . وإلى جانب نظام التأمين ظهر نظام صناديق تعويض أضرار التلوث في العديد من الدول ، هذه الصناديق تتدخل لتعويض المضرورين نظير اشتراكات يقوم المساهمون أو المشتركون في الصندوق بسداده .

وفي نظامي التأمين وصناديق التعويض، نجد أن المستأمنين أو المساهمين في الصندوق يلتزمون بسداد أقساط أو اشتراكات بحسب الأحوال ، هذه الأقساط أو الاشتراكات يقومون بإدخالها ضمن نفقات الإنتاج التي تدخل ضمن عناصر تحديد سعر السلعة التي ينتجونها ، أى أن الذى يتحمل عبء التعويض عن أضرار التلوث في النهاية هم مجموع المستهلكين للسلع التي ينتجها الملوثون ، أى الكيان الاجتماعي في مجموعه .

١٠- وأخيراً يبرز دور الدولة كمدِين بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث والتي تلتزم بالتدخل فتتحمل عبء التعويض فى أحوال عجز آليات الضمان (المسئولية المدنية، التأمين ، صناديق التعويض) عن توفير تعويض للمضرور. والدولة فى هذه الأحوال تتدخل بوصفها ممثلاً للجماعة بأثرها ، أى الهيئة الاجتماعية والتي تتحمل فى الحقيقة عبء التعويض عن أضرار التلوث .

خطة البحث :

١١- ولمعالجة الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث ، فإننا نقسم هذا

البحث إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تأمين المسئولية عن أخطار التلوث.

الفصل الثانى : صناديق تعويض أضرار التلوث .

الفصل الثالث : التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث .

الفصل الأول

تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث

الحاجة إلى تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث :

١٢- التأمين بصفة عامة ، هو عملية فنية جماعية تقوم على التعاون بين مجموع المؤمن لهم المعرضين لخطر واحد ، والذين تدفعهم الرغبة الجماعية فى التعاون لتوقى النتائج والآثار الضارة له بدلاً من المواجهة الفردية له ، ولذلك فهم يعمدون فيما بينهم إلى جمع مبلغ كبير من المال يساهم فيه كل منهم بقدر يتناسب مع ما يضيفه إلى المجموع الكلى للأخطار ويوزع هذا المال على من تحل بهم الكارثة ، من بينهم . والمؤمن هو الذى يقوم بإدارة أو تنظيم هذا التعاون ، بأن يجرى المقاصة بين الأخطار ، أى يحدد ، قدر الإمكان ، عدد الكوارث التى يمكن أن تحل بمجموع المؤمن لهم وأهميتها ليتسنى له - على ضوءها - أن يحدد مقدار القسط الذى يلتزم به كل منهم وذلك بالاستعانة بقوانين الإحصاء وحساب الاحتمالات (١).

وما يصدق على التأمين بوجه عام ، يصدق على تأمين المسؤولية ، فمع قدوم عصر الثورة الصناعية والتكنولوجية زادت فرص تقرير مسؤولية الأشخاص والتزامهم بالتعويض عن الأضرار والذى لا يصلح معه إلا تقرير المسؤولية الموضوعية والتى تحفل بالضرر ولا تقيم وزناً لخطأ المسئول . ومن ثم كان ظهور تأمين المسؤولية أمراً محتتماً ملازماً لذلك التطور الذى شهدته نظرية المسؤولية المدنية . فالرغبة فى توفير الحماية للمضرور قد دفعت بدورها إلى ظهور أنظمة كثيرة تساهم فى تخفيف ما قد يصيب الأشخاص من أضرار لعل أهم هذه الأنظمة

(١) راجع فى ذلك : د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء السابع ، المجلد الثانى ، تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغى ، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين بمصر ، ٢٠٠٧م ، فقرة ٥٤٣ ، ص ١٠٩١ وما بعدها ؛ د/ رمضان محمد أبو السعود ، أصول التأمين ، ط ٢ ، ٢٠٠٠م ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ٣٧١ وما بعدها ؛ د/ عبد المنعم البدرأوى ، التأمين ، ط ١٩٨١م ، بدون دار نشر ، ص ٧ وما بعدها و ص ١٠٠ ما بعدها ؛ د/ أحمد شرف الدين ، أحكام التأمين ، دراسة مقارنة فى القانون والقضاء المقارن ، ط ٣ ، ١٩٩٢م ، طبعة نادى القضاة ، فقرة ٣٢ ، ص ٣٧ و فقرة ٤٣ وما بعدها ، ص ٤٣ وما بعدها ؛ د/ جلال محمد إبراهيم ، التأمين ، دراسة مقارنة ، ١٩٩٤م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٣٦ وما بعدها .

هو نظام "تأمين المسؤولية" والذي يسير الآن نحو ضمان حق المضرور في التعويض أكثر من ضمانه لدين المسئول (١).

١٣- ولعل أخطر ما أبرزه التطور الصناعي والتكنولوجي الذي صاحب المجتمعات المعاصرة ، ظهور التلوث البيئي ، بأشكاله وصوره المتعددة ، والذي ينجم عنه العديد من الأضرار التي تثير مسؤولية الملوثة المدنية والذي تبدو إزاءه الحاجة ملحة إلى تعويض المضرورين المجاورين لمصادر التلوث . ومن ثم كان منطقياً تماماً أن تتقرر مسؤولية الملوثة على أساس ضرر التلوث وحده ، دون إقامة أي وزن لعنصر الخطأ تطبيقاً لقواعد المسؤولية الموضوعية التي تحفل بالضرر وبالضرر وحده (٢) وبالتالي فإن الحاجة تكون ملحة لتأمين المسؤولية عن أضرار التلوث ، إذ يكون ذلك التأمين أمراً محتتماً وضرورياً ، تلازماً مع فكرة المسؤولية الموضوعية عن أضرار التلوث .

وعلى هذا النحو يبدو جلياً أهمية ودور تأمين المسؤولية والذي اتسع نطاقه ، نتيجة التطور الذي لحق قواعد المسؤولية المدنية ، كنظام يتحقق من خلاله ضمان حصول المضرور على حقه في التعويض ، والذي يمكن أن يغطي أضرار وأخطار

(١) يرى الفقه التقليدي في تأمين المسؤولية ، تأميناً لدين المسئول ، بمعنى أن الكارثة في تأمين المسؤولية لا تتمثل في الواقعة الضارة التي أحدثها المؤمن له في مواجهة الغير ولكن في مطالبة المضرور بالتعويض في مواجهة المؤمن له . فالمؤمن يتحمل بدين مسؤولية هذا الأخير ، فهو لا يضمن الضرر الذي تحمله المضرور ولكن الذي يحدث للمؤمن له نتيجة دين المسؤولية ، وهذا هو مفهوم الكارثة في مفهوم المسؤولية . وعلى ذلك فإن تأمين المسؤولية في نظر هذا الفقه يعرف بأنه ؛ " عقد يتعهد بمقتضاه المؤمن بضمان المستأمن من الأضرار الناتجة من رجوع الغير عليه بالمسؤولية ، مقابل قسط يلتزم المستأمن بدفعه له " .

بينما تذهب الاتجاهات الحديثة في الفقه ، إلى أن تأمين المسؤولية يتجه نحو ضمان حق المضرور في التعويض أكثر من ضمان دين المسئول . فالاهتمام أصبح مركزاً على ضرورة حصول المضرور على التعويض ، ولم يعد مستلزماً في الكثير من الحالات توافر الخطأ في جانب المسئول حتى أن المشرع في معظم الدول أصبح يفرض إبرام تأمين المسؤولية في بعض الحالات ، بحث أمكن لهذا الفقه أن يعرف تأمين المسؤولية بأنه ؛ " تأمين يتم لحساب الغير ، أي لحساب من سيتعلق به ، ويرم بواسطة المسئول المحتمل ، الذي يدعى لنفسه صفة المؤمن له لحساب ضحاياه المستقبلين " .

راجع في الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية وعرض لهذين الاتجاهين بالتفصيل : د/ محسن عبد الحميد البيه ، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ، ودور تأمين المسؤولية ، طبعة ١٩٩٣م ، مكتبة الجلاء بالمنصورة ، ص ٣١ وما بعدها ، فقرة ١٩ وما بعدها .

(٢) فالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي تتأسس على نظرية مضر الجوار التي تحفل بالضرر الناتج عن المضرار غير المألوفة وحده ولا تقيم أدنى وزن لخطأ الجار المسئول ، وتعتبر هذه النظرية إحدى صور المسؤولية الموضوعية . راجع في ذلك بالتفصيل رسالتنا للدكتوراه بعنوان " المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار " ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ٢٠١٠م ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

التلوث البيئي ، فهذه الأخيرة تعد من المخاطر التي يتعين على أصحاب المشروعات الملوثة للبيئة توزيعها على بعضهم البعض عن طريق التأمين من المسؤولية ، ليتمكنوا من مواصلة نشاطهم في المجتمع والسير قدماً نحو التقدم والرقى دون الخشية من الانهيار الاقتصادي نتيجة لدعاوى المسؤولية ، ويتم ذلك عن طريق قسط يلتزم به كل واحد من المسؤولين المحتملين عن عمليات التلوث في البيئة ، يدفعه إلى مؤسسة التأمين والتي تقوم بدور الوسيط بينهم وتتعهد بضمان وتغطية أضرار التلوث بالتعويض عنها بمبلغ التأمين ، وبذلك يضمن المضرور من عمليات التلوث حصوله على التعويض الجابر لتلك الأضرار^(١).

فالمسؤولية بعد أن كانت فردية يقع عبؤها على كاهل المسئول أصبحت جماعية يوزع عبؤها على مجموع المستأمنين في صورة قسط زهيد القيمة لا ينوء به كل منهم^(٢) ، فبدلاً من أن يتحمل المسئول عن التلوث عبء تعويض الضرر الناجم عنه ، نجد أن الذي يتحمل هذا العبء هو مجموع ذمم الملوّثين المعرضين لنفس الخطر. فنظام التأمين من المسؤولية عن أضرار التلوث يساهم في إظهار ذمم أخرى تلتزم بالتعويض إلى جانب المسئول ، فهو مظهر واضح لجماعية المسؤولية عن هذه الأضرار . " فنظراً لأن قيمة التعويض عن الأضرار البيئية تكون كبيرة جداً فإنه من المناسب أن تقبل جماعية هذا التعويض " ^(٣).

١٤- يحتل إذن تأمين المسؤولية في مجال تلوث البيئة ، كما في غيره من المجالات الأخرى ، مكاناً أساسياً حيث لا غنى عنه للمشروعات التي تمارس أنشطة

(١) فزيادة أعباء أخطار التلوث الضخمة على رجال الصناعة دفعهم إلى المطالبة بإلحاح بإيجاد نظام تأمين ، والذي لا يكون سوى تأمين مسؤولية مدنية ، يضمن دين الملوث المسئول عن التعدي على البيئة ، بتعويض المضرورين عن الأضرار التي أصابتهم ، ذلك التعويض الذي يتم طبقاً لمبادئ المسؤولية المدنية . راجع في ذلك :

Demeester – Morançais (Marie – Luce), Assurance et environnement, Gaz. Pal. 1997, Doct. du 29 novembre 1997, p. 1555, no. 4 .

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص ٢٤٩ ، فقرة ١٧٦ .

(٣) Voir en ce sens : Larroumet (Christian) , La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de convention du conseil de l'Europe et le livre vert de la commission des communautés européennes, D. S. 1994, Chron., p . 103.

من شأنها أن تحدث أضراراً ضخمة بسبب التلوث (١) ، والتي قد تكون مأساوية في بعض الأحيان لدرجة أن وسائل " إدارة أخطار التلوث " ، والتي يكون الغرض منها تلافى أضرار وأخطار التلوث ، باتت عاجزة إزاءها .

فكرة إدارة أخطار التلوث :

١٥- قد يختار المشروع الصناعي عدم التأمين إما عن رغبة منه إذا بدا له أن هذا الحل ، أي عدم التأمين ، أكثر ملائمة من التأمين (٢) أو عن اضطرار حينما لا يكون هناك من بديل غيره ، وهو ما يحدث بالنسبة للأخطار التي لا تجد المشروعات تغطية تأمينية لها أو على الأقل لا تجدها إلا بصعوبة ، فيلجأ المشروع الملوث إلى الوسائل أو الأنظمة البديلة للتأمين بقصد تلافى أخطار التلوث وهذه الوسائل التي يلجأ إليها المشروع الصناعي هو ما اصطلح على تسميته بإدارة أخطار التلوث .

وفكرة إدارة أخطار التلوث تكتسب أهمية قصوى في مجال الأضرار البيئية ، بسبب تزايد حجم أخطار التلوث التي تهدد المشروعات الصناعية وزيادة المسؤوليات الناجمة عن النشاط الصناعي ، والتي لم يواكبها تطور تأميني مماثل ، والتي ينتج عنها خلق صعوبات بالنسبة لرجال الصناعة في إيجاد تغطية تأمينية لهذه الأخطار البيئية ، وحتى إن وجدت مثل هذه التغطية للتأمينية فإنها تكون والحال كذلك مكلفة جداً (٣) . وتقوم إدارة الأخطار على استقصاء مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشروع ، وتحليل مختلف الأساليب الممكنة لمواجهتها وتخفيض أثارها ، بحثاً عن الأسلوب الأكثر ملائمة والأكثر وفراً (٤) .

(١) Voir : London, L'environnement une nouvelle donne économique. Petites Affiches , 30 juin. 1995 , p. 5 ; Viney (Geneviève) Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français, J. C. P. éd. G. 111, 1996, Doct. 3900, no . 32 .

(٢) إذا ما كان قسط التأمين مرتفع جداً ، بحيث يكون عدم اللجوء إلى التأمين وإتباع وسيلة إدارة أخطار ملائمة أوفر للمشروع .

(٣) راجع في ذات المعنى : د/ محمد شكري سرور ، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ، طبعة ١٩٨٦م ، الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ، ص ٤٨ ، والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤م ، ص ٦٨٣ و ٦٨٤ .

(٤) د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٩ ؛ د/ نبيلة رسلان ، التأمين ضد أخطار التلوث ،

١٦- والوسائل أو الأنظمة البديلة للتأمين ، والتي قد يلجأ إليها المشروع الصناعي الملوث لمواجهة أخطار التلوث الناجمة عنه والتي يتزايد استعمالها في الوقت الحاضر تتمثل في أسلوب الوقاية أو المنع وأسلوب التأمين الذاتي أو أسلوب الاحتفاظ بالخطر^(١) .

١ - أسلوب الوقاية أو المنع : لا ينكر أحد أن الحماية المنعوية ، أي تلك التي يكون الغرض منها منع أضرار التلوث البيئي من الحدوث أو الحد من آثارها تفضل بكثير الحماية التعويضية، أي القائمة على قواعد المسؤولية والتعويض عن أضرار التلوث التي وقعت. فالوقاية من التلوث خير من علاج آثاره أو التعويض عنها بعد وقوعها^(٢) .

وإذا كان التأمين يعمل على مجرد نقل الآثار المالية للخطر^(٣) ، فإن هذه الوسيلة تختلف عنه في أنها تهدف إلى تلافى حدوث الآثار المالية للخطر أو العمل على تخفيض درجة احتمال تحقق ذلك الخطر وإذا ما تحقق هذا الخطر فإنها تعمل على تخفيض مداه ، وقد يقتضي ذلك إنفاق مبالغ مالية كبيرة بالنظر إلى درجة التقدم التكنولوجي التي بلغها المشروع أو المنشأة الصناعية ومن ثم توصف هذه الوسيلة بأنها قد تكون مكلفة في بعض الأحيان .

مجلة روح القوانين ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، العدد السادس عشر ، أغسطس ١٩٩٨م ، الجزء الثاني ، ص ١٠٢٤ .

(١) علاوة على هذين الأسلوبين ، يوجد أسلوب ثالث يسمى " أسلوب نقل الخطر " وهو يتمثل في اشتراط المشروع على عميله أن يعفيه من مسؤوليته عن إخلاله بتنفيذ التزاماته في مواجهته أو الحد من هذه المسؤولية دون أن يلجأ إلى نظام التأمين ، والمشروع بذلك يكون قد أزاح عن كاهله ما كان يهدده من خطر المسؤولية ، فالخطر قد تم نقله بموجب هذه الوسيلة إلى طرف آخر ليس بشركة تأمين وهذه الوسيلة لا يجوز إعمالها على أخطار المسؤولية التقصيرية لتعلق أحكامها بالنظام العام ومن ثم فإنها لا يمكن إعمالها بصدد المسؤولية عن أضرار التلوث التي نحن بصددنا .

راجع في هذه الوسيلة : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٠ ؛ د/ أحمد محمود سعد ، استقرار لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، ص ٣٢٤ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٦٨٦ .
(٢) راجع في نفس المعنى : د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، دور المنظمات الدولية في حماية البيئة ، سلسلة دراسات قانون البيئة - ٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة ١٩٨٦م ، ص ١٣ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٩ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٦٨٣ .

Et également : Le Damany (Sylvie), Les assurances et l'environnement , Gaz. Pal. 1993, Doct. du 20 février 1993, p. 167

(٣) إذ أن أسهل الأساليب بالنسبة للمشروع الصناعي هو أن يقوم بنقل عبء الخطر الذي يتهدده إلى شركة تأمين .

ويمكن القول أنه ليس في مقدور أى مشروع أو مؤسسة صناعية أن يحقق درجة أمان أو وقاية من تحقق خطر ما بصورة كلية ، وعلى هذا النحو فهذه الوسيلة لا تلغى الحاجة إلى نظام التأمين كلية ، ويقال بشأنها أنها " تعتبر مكملاً ضرورياً لكل سياسة تأمينية " (١) . فمن الممكن الوقاية من المخاطر الضعيفة التى تتعدم إذا ما تم اتخاذ إجراءات وتدابير الوقاية ذات الفعالية ، والتى لا يؤثر اتخاذها على الحالة المالية للمؤسسة أو المنشأة (٢) .

وتتميز هذه الطريقة بأنها تؤدي إلى توفير جزء من المبالغ المالية التى كان سيدفعها المشروع الصناعى لشركات التأمين مقابل تغطيتها للخطر لو نقل إليها بحالته ، أى دون معالجة بهذه الطريقة أو الأسلوب ، وعليه جرت عادة شركات التأمين على تخفيض سعر القسط ، بنسبة ما تتخذه المشروعات الصناعية من وسائل للوقاية من الخطر الذى تتعرض له ، ومن ناحية أخرى فإن هذا الأسلوب ، يودى على المدى الطويل إلى تحسين صفة الخطر نفسها ، ومن ثم تحسين الدلالات التى تعطىها الإحصائيات عنه حيث يظهر فيها فى صورة أفضل من حيث درجة تواتره وحجم الكارثة الناجمة عن تحققه بما يشجع شركات التأمين على وضع تعريف جديدة لتغطية أقل سعراً (٣) .

٢- أسلوب الاحتفاظ بالخطر أو التأمين الذاتى : اللجوء إلى هذه الطريقة لإدارة أخطار التلوث يبرره صعوبة تغطية بعضها تأمينياً أو عدم قبول الشركات تغطيتها إلا بشكل جزئي ، فالمشروع الصناعى قد يدير الخطر عن طريق الاحتفاظ به على عاتقه إما بصورة كلية أو جزئية ، إذا بدا له أن هذا الحل أكثر ملائمة بالنسبة له من التأمين أو إذا كان ليس هناك بديل غيره .

(١) د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٠ ، والمراجع التى أشار إليها ؛ د/ نبيلة رسلان ، التأمين ضد أخطار التلوث ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٧ .

(٢) Voir : Demeester – Morançais (Marie – Luce) , Assurance et environnement, Gaz. Pal. 1997, Doct. du 29 novembre 1997, p. 1559, no. 15.

(٣) راجع فى نفس المعنى : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٧ .

Et également : Prieur (Michél), Droit de l'environnement , 3e édition, Dalloz, 1996, Paris, p. 887 et s , nos . 982 et s.

فبعد معرفة المخاطر الحقيقية يجب على المشروع الصناعي أن يوازن بينها وبين قدراته المالية ليعرف أى جزء من هذه المخاطر يمكن أن يتحمل صيانتها والاحتفاظ به على عاتقه دون نقله إلى شركة التأمين . وقد يفضل المشروع الصناعي الاحتفاظ بالخطر كله على عاتقه أى يؤمنه ذاتياً إذا كانت قيمة أقساط التأمين مرتفعة جداً وهو ما يحدث بالنسبة للمشروعات الكبرى التي ينتج عنها مخاطر كبيرة على البيئة ، فبدلاً من القيام بدفع مبالغ كبيرة لشركات التأمين كأقساط ، يمكن أن يكون من الأفضل التحكم فى هذه المبالغ بالعمل على توفيرها بطريقة أو بأخرى لاستخدامها عند تحقق الخطر .

ويتميز هذا الحل بأنه بسيط ويستخدم بصفة خاصة لتمويل الشريحة الأولى من التعويضات الواجب سدادها عند وقوع حادث ما ، ينتج عنه إلحاق أضرار بالآخرين أو حتى الأضرار التي تلحق بالذمة المالية للمؤسسة (1) . ويعيب هذا الحل أنه عالى التكلفة وأنه يتم معاملته ضرائبياً ، ومن ناحية المبدأ يتم تقدير أقساط التلوث من قيمة أرباح المؤسسة الخاضعة للضرائب وذلك عندما يتم دفعها لضمان المخاطر التي يتعرض لها مختلف عناصر الأصول ولكن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للأرصدة المخصصة للمخاطر المستقبلية (2) .

١٧- وأياً ما كانت هذه الوسائل وأهميتها فى معالجة أخطار التلوث فإنها لا تقدم معالجة كافية لمواجهة هذه الأخطار، ذلك أن أخطار تلوث البيئة قد تكون مأساوية ، فى بعض الأحيان ، حتى أن أساليب الوقاية والتأمين الذاتى على ضرورتها لا تكون كافية فيه ، ولذلك تظل التغطية التأمينية لهذه الأخطار لها أهميتها وضرورتها رغم ما قد تثيره مسألة مدى إمكانية تأمين المسؤولية ضد أخطار التلوث من صعوبات ولا سيما الأخطار النووية (3) .

(1) د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٩ .

(2) د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٣٠ ، والمراجع المشار إليها فى هامش رقم ١ ، بذات الصفحة

(3) راجع بالنسبة لصعوبات التأمين ضد الأخطار النووية :

Prieur , op. cit. p . 887 et s , no . 982 et s.

ود/ سعيد السيد قنديل ، آليات تعويض الأضرار البيئية ، طبعة ٢٠٠٤م ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ص ١٦١ وما بعدها ؛ د/ عبد الحميد عثمان محمد ، المسؤولية المدنية عن مضرار المادة المشعة ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ، ص ٦٠٧ وما بعدها .

التأمين والوقاية من أخطار التلوث :

١٨- إذا ما قرر المؤمن ضمان أخطار التلوث على ضوء ما يثبت لديه من حقائق ، نتيجة ما أجراه من معاينات واطلاعات للمنشأة طالبة التأمين سابقة على إبرام عقد التأمين^(١) ، فإنه يتفاوض مع المستأمن عن الخطر الذي يجب عليه تغطيته وعلى الظروف التي يتم تغطيته فيها وعلى حدود تلك التغطية ومدة عقد التأمين .
والواقع أن المؤمن من مصلحته عدم حدوث الخطر المؤمن منه حتى لا يلتزم بتغطيته وعليه فإنه يلعب دوراً هاماً في الوقاية من أخطار التلوث المؤمن منها فيشترط على المستأمن ، صاحب المنشأة ، في عقد التأمين اتخاذ تدابير معينة من شأنها الوقاية من أخطار التلوث وذلك بأن يعمل على تحسين وإصلاح أجهزة الأمان وصيانة الآلات وتجديد واستبدال الآلات والأجهزة الثالفة وإتباع الأساليب التكنولوجية الحديثة لمنع التلوث ، وفي حالة وقوع حادث ما يفرض على المستأمن الإسراع في اتخاذ الوسائل التي تسمح بمنع انتشار التلوث أو تفاقمه والحد من آثاره أو تقليلها .

وحتى يضمن المؤمن قيام المستأمن بما يقع عليه من التزامات في هذا الخصوص ، فإنه يورد بنوداً في عقد التأمين يمنحه الحق في زيارة المنشأة ، كنوع من الرقابة اللاحقة على إبرام العقد عن طريق موظفيه الفنيين والخبراء والذين يقومون بزيارة المصانع والمنشآت ودراسة أحوال العمل فيها للوقوف على مدى التزام المستأمن بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، وإذا ما اتضح من خلال تقارير هؤلاء الفنيين والخبراء وجود خلل في المنشأة أو تقاعس من جانبها أو إخلال في اتخاذ التدابير والإجراءات المفروضة عليها ، للوقاية من أخطار التلوث أو منع انتشارها والحد منها ، فإن الجزاء الذي ينطبق في هذه الحالة هو وقف العقد أو فسخه وتحلل المؤمن من التزامه بتغطية خطر التلوث المؤمن منه^(٢) ، علاوة على ذلك فإن المؤمن يقوم بتخفيض قسط التأمين على ضوء السياسة الوقائية للبيئة التي

(١) أنظر لاحقاً : بند ٤٤ من هذا البحث.

(٢) راجع في ذلك بالتفصيل :

Demeester – Morançais, art. préc. p. 1559, no.15 ; Deprimoz, Art. préc. p. 490 ; Prieur, op. cit. p. 874 et 875 , no. 978 et p. 876 , no . 980 .

ينتهجها المستأمن وتبعاً لكفاءة وفعالية هذه السياسة .

والواقع أن أصحاب المنشآت يبذلون أقصى ما فى وسعهم من أجل تفضى وقوع حوادث تلوث والعمل على تخفيف آثار التلوث الضارة طوال مدة التأمين كما يفرض عليهم المؤمن ، حتى لا يحرمون من الضمان والذي هم فى أمس الحاجة إليه والذي تعجز قدراتهم المالية عن تحمله دون تغطيته تأميناً . والغالب أن المؤمن يشارك المستأمن علاوة على ما يفرضه عليه من التزامات ، بالعمل على منع حدوث التلوث والقيام بالإجراءات والتدابير التى تحول دون حصول التلوث ، كما أنه عقب وقوع حادث تلوث وبعد إبلاغه من المستأمن يهب ناشطاً للحيلولة دون تفاقم آثاره الضارة حتى لا يزيد عبء الضمان الملقى على عاتقه .

وبذلك يعمل التأمين على حماية البيئة من التلوث والوقاية من أخطاره ، وهو دور هام للتأمين يقع على عاتق المؤمن والصناعى على حد سواء والذي يجب أن يصبح هدفاً لهما لإدراكهما خطورة أضرار التلوث وتأثيرها على البيئة عموماً .

تقسيم :

١٩- وتأمين المسؤولية عن أخطار التلوث البيئى ليس - كما قد يتبادر إلى الذهن - تأميناً عادياً للمسؤولية لا يتميز بأى خصوصية ، إذ قد يثور الشك والتردد حول مدى قابلية تلك الأخطار للتأمين . وعلى ذلك يتعين مناقشة مدى إمكانية التأمين من المسؤولية عن أخطار التلوث ، فإذا ما انتهينا إلى أن أخطار التلوث مما تقبل تأمين المسؤولية عنها ، فإنه يثور التساؤل حول أنظمة تأمين المسؤولية التى يمكن أن تغطى هذه الأخطار فى سوق التأمين الفرنسية وأخيراً يثور التساؤل حول مدى إمكانية تقرير نظام للتأمين الإجباري من المسؤولية عن أضرار التلوث ؟ وهل استجابات التشريعات المعاصرة لنداء الفقه فى هذا الصدد ؟ أم أن الأمر على خلاف ذلك ؟

وعلى ذلك بات واضحاً أننا سنقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : مدى قابلية أخطار التلوث للتأمين .

المبحث الثانى : أنظمة تأمين المسؤولية عن أضرار التلوث فى السوق الفرنسية.

المبحث الثالث : فكرة التأمين الإجباري من المسؤولية عن أضرار التلوث .

المبحث الأول

مدى قابلية أخطار التلوث للتأمين

تمهيد وتقسيم :

٢٠- لقد تطور نظام تأمين المسؤولية تطوراً كبيراً في الوقت الحاضر وراكب التطور الذي لحق بالمسؤولية المدنية بحيث أصبح يشمل تأمين أخطار التلوث البيئي ، بالنظر إلى جسامة وفداحة الآثار المالية الناجمة عنها . وقد يقوم الاعتقاد بأن تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث لا يعدو أن يكون تأميناً عادياً للمسؤولية لا يثير ثمة خصوصية ، بمعنى أنه لا تثار حول إمكانية تأمينها أى شكوك ، بيد أن الأمر على عكس ذلك تماماً ، إذ مازال التساؤل قائماً حول مدى قابلية هذه الأخطار للتأمين حتى الآن ؟

وهذا التساؤل يعنى - من وجهة نظر شركات ومؤسسات التأمين - ما إذا كان خطر التلوث يستجمع الشروط القانونية والفنية التى تجعله قابلاً للتأمين من عدمه . وسوف نجيب على هذا التساؤل فى مطلبين متتالين :

- المطلب الأول : مدى قابلية أخطار التلوث للتأمين من الناحية القانونية .
- المطلب الثانى : مدى قابلية أخطار التلوث للتأمين من الناحية الفنية .

المطلب الأول

مدى القابلية للتأمين من الناحية القانونية

٢١- لا تثار المسؤولية عن أضرار التلوث إلا بالنسبة لعمليات التلوث فى البيئة التى تكون راجعة إلى الأنشطة الإنسانية . فتلوث البيئة المعتبر قانوناً يجد أساسه ومنشأه فى فعل الإنسان ، وبالتالي يثار التساؤل عن مدى توافر الصفة الاحتمالية فى خطر التلوث ومن ثم إمكانية تأمين المسؤولية المترتبة عنه فى ذمة محدثه من الناحية القانونية ؟

وعلى ذلك فإنه يجب مناقشة الصفة الاحتمالية أو التدخل الإرادى فى الخطر القابل للتأمين لنتبين إلى أى مدى ، يمكن أن تؤثر هذه الخاصية على جواز تأمين هذه الأخطار .

الشروط القانونية للخطر :

٢٢- يعرف الخطر في القواعد العامة بأنه ؛ " حادثة احتمالية لا يتوقف تحققها على محض إرادة أحد الطرفين ، خاصة إرادة المؤمن له " (١) . ومن هذا التعريف يتضح أنه لكي تعتبر حادثة ما "خطراً" ، وبالتالي يجوز التأمين منها ، يجب أن يتوافر لها شرطان :

١- أن تكون حادثة احتمالية ؛ أي تشوبها فكرة عدم التأكيد من حيث وقوعها أو عدم وقوعها ، إذ أن ذلك الذي يوفر عنصر الاحتمال *aléa* الذي هو جوهر التأمين (٢) ، فيجب أن تكون الواقعة أو الحادثة غير محققة الوقوع أي يحتمل أن تقع أو لا تقع ، فإذا كانت مؤكدة الوقوع فإنها لا تصلح أن تكون محلاً للتأمين لأن التأكيد يتنافى والاحتمال . والاحتمال في الخطر قد ينصب على مبدأ الوقوع ذاته (٣) وقد ينصب على وقت الوقوع (٤) .

٢ - ألا يتوقف تحقق الكارثة على محض إرادة أحد الطرفين خاصة المؤمن له (٥) ؛ فالتأمين يقوم على فكرة حماية الإنسان ضد ما يخفيه له القدر من صدفة سيئة ، وهذا ما يستوجب أن يكون القدر أو الصدفة هما مرد الخطر المؤمن منه أو على الأقل لهما دخل ما في وقوعه ، أما إذا انتفى أي دخل لهما في وقوع الخطر المؤمن منه وهو ما يحدث عندما يتعلق أمر تحقق الخطر بمحض إرادة أحد طرفي العقد ، فإن التأمين يفقد كل معنى لوجوده ، لأنه لا معنى لأن يؤمن الإنسان

(١) راجع ، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ، سابق الإشارة إليه ، ص ١٢١٨ ؛ د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ؛ د/ جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ ؛ د/ عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، فقرة ٣٨ ؛ د/ أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

(٢) فعقد التأمين يدخل في طائفة العقود الاحتمالية *contrats aléatoires* الواردة في الباب الثاني عشر من التقنين المدني الفرنسي التي عددها المادة ١٩٦٤ منه وهو عقد يتوقف إنتاجه لأثاره على وقوع حادث غير محقق الوقوع .
راجع في ذلك :

Chaumet (Francis) , L'assurance du risque environnemet , J. C. P. éd. E. 1999, p. 23 ; J. Bigot, Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable, R. G . A . T. 1978 , tome, 49 , p . 171 et p . 196 à 199 .

(٣) حيث يكون الحادث في ذاته غير مؤكد الوقوع .
(٤) حيث يكون الحادث في ذاته مؤكد الوقوع ، ولكن ينصرف عدم التأكد إلى وقت هذا الوقوع .

(٥) Voir , Bigot , art. préc. p . 171 .

ضد خطر يتوقف تحققه على محض إرادته إن شاء حققه وإن شاء منع تحققه ، ومن ثم انتفى ركن الاحتمال عن الخطر وبالتالي امتنع وجوده كركن في التأمين .
ولكن هل يجوز التأمين في الحالات التي تشترك فيها إرادة المؤمن له مع المصادفة ؟

الواقع أن اشتراك إرادة المؤمن له في إحداث الخطر إما أن يكون عن عمد أو عن غير عمد أى خطأ ، والمقرر قانوناً أنه لا يجوز للشخص أن يؤمن نفسه من خطئه العمدى ، لأنه يتعلق بمحض إرادته ^(١) . فالعمد يعدم الخطر لأنه يناهى الاحتمال الذى هو أساس الخطر ، كما أن منع التأمين من الخطأ العمدي يتصل فى حقيقة الأمر باعتبار النظام العام والآداب . أما التأمين ضد خطأ المؤمن له غير العمدى ، فإنه يجوز أياً كانت درجته ، ولو كان جسيماً ، طالما لم يصل إلى درجة العمد ^(٢) ، استناداً إلى أن الفاعل فى الخطأ الجسيم لا يرتكب إلا انحرافاً فى السلوك وهو إن كان انحرافاً جسيماً ولكنه وهو يأتيه لم يكن لديه نية الإيذاء ، أى كان حسن النية على عكس الخطأ العمدى الذى يتوافر لدى فاعله سوء النية . ومن ثم فالقول

(١) مادة ٢/١٢ من قانون التأمين الفرنسى ، الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٣٠م ، والمادة ٧٦٨/٢ مدنى مصرى . وراجع بالتفصيل ، فى عدم جواز التأمين ضد خطأ المؤمن له العمدى : د/ محسن عبد الحميد البيه ، التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له فى القوانين ، الفرنسى والمصرى والكويتى ، مجلة المحامى الكويتية ، أعداد يناير - فبراير - مارس ١٩٨٧م ، ص ٢٠٦ وما بعدها ، والمراجع التى أشار إليها فى هذا الشأن ؛ د/ جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٥١ وما بعدها ؛ د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ، ص ١٢٢٣ وما بعدها ، فقرة ٦٠٠ ؛ د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣١٨ وما بعدها ؛ د/ أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٢١ وما بعدها ، فقرة ١٣٦ وما بعدها ؛ د/ محمود جمال الدين زكى ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ وما بعدها .

Et également : Larroumet , art. préc. p. 105 ; Bigot , art. préc. p. 171 et p. 191 .

(٢) راجع فى جواز التأمين من الخطأ الجسيم : د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ، ص ١٢٢٦ ؛ د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ ؛ د/ عبد المنعم البدرارى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ ؛ د/ جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ وما بعدها فقرة ١٠٤ ؛ د/ أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ ؛ د/ محسن عبد الحميد البيه ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ وما بعدها ؛ د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها .
وأنظر كذلك فى القضاء :

Civ. 7 avril 1965 , J.C.P. IV, 1969 ; Civ. 7 mai 1980, R. G. A. T. 1981 , p. 370 .

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية فى هذين الحكمين أن:

“ La faute non intentionnelle peut etre Couverte quel que soit son caractere : legare , lourde ou inexcusable ” .

بمساواة الخطأ الجسيم بالخطأ العمدى ، يعنى افتراض سوء النية على خلاف ما هو مقرر من أن الأصل هو " حسن النية " وليس " سوءها " . كما أن تأمين الخطأ الجسيم لا يتعارض مع فكرة الخطر لأنه إذا كان الفاعل فى الخطأ الجسيم قد أراد ، دون شك ، الفعل الذى أتاه فهو لم يكن يريد النتيجة المترتبة عليه ، ومن ثم فإن إرادته لم يكن لها الدور الوحيد فى وقوعها إذ أن هناك عوامل أخرى تضافرت معها فى إحداثها .

ففعل المؤمن وإن كان يوصف بأنه فعل إرادى إلا أنه ليس بخطأ عمدى . وعلى هذا النحو فإنه " ليس هناك ما يمنع من التأمين على المسؤولية المدنية عن هذا الفعل أو الخطأ الإرادى ، أى الفعل المرتكب من جانب المؤمن له دون إرادة الآثار المترتبة عليه ، حيث أن الخطر لم يكن معلقاً على محض إرادة المؤمن له فيكون خطراً بمعنى الكلمة ، يجوز التأمين منه " (١) .

صلاحية أخطار التلوث للتأمين من الناحية القانونية :

٢٣- وبناء على ذلك ، فإنه يمكننا أن نضع أفعال التلوث البيئى فى قالبها الصحيح ، فهي أفعال وإن كانت تصدر فى أغلب صورها عن الملوث عن عمد وإرادة ، إلا أنه لا يقصد ولا يريد الآثار الضارة الناجمة عنها ، فهي وإن كانت تشكل أفعال عمدية إلا إنها ليست أخطار عمدية وبالتالي فإنها أخطار يمكن تأمينها من الناحية القانونية ولا تكون مستبعدة من نطاق التأمين .

فأخطار التلوث البيئى ترجع أغلبها إلى أفعال إرادية وليس إلى الحظ أو المصادفة البحتة ، بيد أن ذلك لا ينفى عنها الصفة الاحتمالية ، إذ أن إرادة الملوث لم تكن لها الدور الوحيد فى وقوعها ، ذلك أن هناك عوامل أخرى تتضافر معها فى إحداثها (٢) . فدور الحظ أو المصادفة ، وإن كان ليس هو الدور الوحيد فى حدوث

(١) راجع : د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ ، د/ جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ١٧٠ ، والمراجع التى أشار إليها فى هامش ٩ من نفس الصفحة ؛ د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ؛ د/ محسن البيه ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ و ٢٠٥ .

(٢) من أمثلة هذه العوامل ، على سبيل المثال ، قدم المنشأة ، تشعب الوسط المحيط بالملوثات ، خطأ الغير ، بدائية وسيلة الإنتاج التى يستخدمها المشروع ، وقت تشغيل المنشآت ، حركة الرياح ، تفاعل الملوثات مع مواد أخرى غير ملوثة .

خطر التلوث ، إلا أنهما على الأقل لهما دوراً ما في وقوعه ، أى أن الاحتمال الذى هو قوام الخطر مازال قائماً وهو لا ينفك عن أخطار التلوث بل يلازمها ، فهى أخطار غير محققة الوقوع ، كما أنها لا تتوقف على محض إرادة المستأمن (١) .

٢٤- وأخطار التلوث هذه ، إما أن ترجع سببها إلى حوادث أو وقائع عرضية وإما أن يرجع إلى الاستغلال المألوف للأنشطة الملوثة للبيئة .

ففيما يتعلق بوقائع التلوث العرضية ، فإنه ليس من شك فى توافر خاصية الاحتمال بشأنها ، إذ أنها وقائع غير متوقعة قد تحدث وقد لا تحدث من حيث مبدأ وقوعها ذاته كما أنها غير متوقفة على محض إرادة المستأمن وإنما تتوقف على الصدفة البحتة ، وبالتالي لا يثور أدنى شك حول إمكانية تأمينها قانوناً .

أما فيما يتعلق بالأنشطة التى ينجم عن استغلالها استغلالاً مألوفاً حدوث تلوث بيئى يجاوز حد المضار المألوفة للجوار أو ما يطلق عليه التلوث المزمّن وكذلك التلوث التدريجى (٢) ، فإن خطر التلوث فى هذه الحالة يتوافر فيه أيضاً صفة

(١) فالأخطار حتى ولو لم تكن إرادية ، إلا إنها تكون أقل احتمالية ، إذا كانت تتوقف على تدخل أو نشاط من جانب الإنسان ، بل أن هذا التدخل قد يكون من الغلبة أو الرجحان ، حتى أنه يمكن الاعتقاد بأن الحادث الذى وقع ، إنما يرجع فى الحقيقة إلى إرادة المستأمن . راجع : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٤ ، د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٦٨٨ ، د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

Et voir également : Bigot , art. prec. p. 199.

(٢) يفرق الفقه عادة بين التلوث المزمّن والتلوث التدريجى ، فالأول pollution chronique هو التلوث الذى ينجم عن النشاط المألوف للمنشآت والذى يتم ممارسته طبقاً لنصوص التشريع ، أى هو التلوث الذى يكون فى الحدود المرخص بها قانوناً أو التى تسمح بها جهة الإدارة من أجل استغلال المؤسسة وهو ينتج من انبعاث أو إلقاء أى مادة فى الغلاف الجوى أو التربة أو المياه ، تشكل تعدى على البيئة عندما تصل البيئة إلى حد التشبع بالملوثات . أما التلوث التدريجى pollution graduelle ، فهو التلوث الذى ينجم عن وقائع غير عرضية والذى تظهر أضراره بصورة بطيئة أو تدريجية من تعديت متتابعة على البيئة ولا تحدث أضراره فور حدوثه . راجع فى ذلك على سبيل المثال :

Bavoillot (François) , Les réponses actuelles au droit du risqué environnement et leurs applications pratiques, Petites Affiches, du 8 mars 1995 , p. 1 ; Delpoux , Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement : les réponses actuelles de l'assurance, Gaz. pal. 1994 , 5 mai 1994 , Environnement , p. 561 ; Le Damany , art. préc. p. 163 ; Chaumet , art. préc. p. 31 ; Larroumet , art. préc. p. 102 et 103.

وواضح أن هذه التفرقة فى الحقيقة ظاهرية إذ ليس هناك أى اختلاف فعلى بين هذين المسميين فكلاهما لا يحدث فجأة ولا تظهر أضراره فور حدوثه وكلاهما لا يجوز التعويض عما ينجم عنه من أضرار إلا إذا جاوز حد المضار المألوفة للجوار ، أى توافر له صفة الخطورة .

الاحتمال ، إذ أنه ليس محقق الوقوع كما قد يتبادر إلى الذهن ، وكما تصوره الفقه ، وحتى لو كان مبدأ وقوعه محققاً فإن وقت هذا الوقوع ليس كذلك . " فهذا النوع من التلوث تعمل الأنظمة الطبيعية في البيئة على إزالته عن طريق امتصاصها للملوثات ، ولا يصبح له آثار ضارة إلا عندما تتعدم قدرة هذه الأنظمة الطبيعية على امتصاصها ، عندما تصل إلى درجة التشبع بالملوثات " (١) وحينئذ لا يمكن القطع بأن هذا التلوث قد نشأ نتيجة استغلال الأنشطة التي يقوم بها المستأمن عن إرادة ، إذ قد تتداخل عوامل أخرى في حدوثه ، كما لا يمكن توقع أو التحقق من حدوث هذا التلوث عندما يتشبع الوسط بالملوثات ، بالإضافة إلى أنه لا يمكن التحقق من اللحظة التي يتحقق فيها ضرر التلوث فعلاً وبالتالي إثارة مسؤولية محدثه .

ومن ناحية أخرى فإن التلوث في هذه الحالة وإن كان ناشئاً عن أنشطة إرادية ، أى أفعال إرادية إلا أنها ليست بأخطاء عمدية ، ذلك أن مستغلي هذه الأنشطة الملوثة لا يقصدون النتائج والآثار الضارة للتلوث الناجمة عن استغلال تلك الأنشطة بل على العكس تماماً فإنهم لا يدخرون جهداً للحيلولة دون وقوعها ويتخذون من الوسائل والتدابير ما من شأنه تفادي أو منع حدوثها .

٢٥- وعلى هذا النحو فإن أخطار التلوث - سواء تلك الناشئة عن وقائع

عرضية أو عن الاستغلال المألوف للأنشطة الملوثة للبيئة - لا يوجد ما يحول دون قابليتها أو صلاحيتها للتأمين ، إذ تتوافر بشأنها صفة الاحتمال وإن كانت الوقائع المنشئة لها لا تتم بنفس الدرجة من الاحتمال في جميع الأحوال (٢) ، ذلك أن فكرة الاحتمال من الأفكار النسبية وإن كان المؤمنون لا يرون ذلك ، على نحو ما سنرى حالاً ، حيث أظهروا في بادئ الأمر بعض التردد في ضمانهم وتغطيتهم لهذه الأخطار وإن كان موقفهم في هذا الصدد قد تطور تطوراً كبيراً بعد ذلك .

التلوث العرضي والتلوث التدريجي و تطور موقف المؤمنين :

(١) راجع في نفس المعنى :

Larroumet , art. préc. p.103.

(٢) قارن : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٢١ فقرة ١٣٣ .

٢٦- فى البداية رفض المؤمنون الفرنسيون تغطية خطر التلوث ما لم يكن هذا الأخير عرضياً *accidentelle* تماماً ، أى ناتجاً عن حادث احتمالى محض وليس عن طبيعة الأنشطة التى يتم ممارستها . فشركات التأمين ظلت لمدة طويلة ترفض أن تتحمل تغطية خطر التلوث غير العرضى ، الذى يبدو لها مخالفاً للقواعد التقليدية للتأمين التى لا تجيز إلا تغطية الآثار الضارة للحوادث فقط ، والتى يتوافر لها صفة الاحتمال التى تبرز عنصرى الفجائية وعدم التوقع (١).

فالحادثة كسبب للتلوث تعتبر فى ذهن شركات ومؤسسات التأمين شرطاً موضوعياً لقابلية خطر التلوث للتأمين ، حيث أنها هى التى تخلع وتضفى عليه صفة الضرر أو الاحتمال . فالحادثة بمعناها الذى حددته محكمة النقض الفرنسية هى ؛ " واقعة فجائية ، عرضية ، غير متوقعة ومستقلة عن إرادة المؤمن له " (٢) .

فالتلوث العرضى هو ذلك الذى يتحقق فيه الفجائية وغير متوقع ومستقل عن إرادة المؤمن عليه . أما التلوث التدريجى أو المزمّن ، بمعنى التلوث الذى ينجم عن

(١) راجع فى ذلك :

Le Damany, art. préc. p. 165 ; Despax (Michel), Droit de l'environnement , LITEC, 1980, Paris, p. 803, no . 550 ; Demeester – Morançais , art. préc. p.1555 , no. 4 . Et voir : Larroumet, art. préc , p. 101 et s.

والتي ترى أن التأمين يكون قاصراً على التلوث الناجم عن وقائع عرضية دون ذلك الناشئ عن النشاط المألوف للمشروعات الملوثة للبيئة ، إذ أن المسؤولية المدنية بشأن البيئة ، من وجهة نظرها ، لا تواجه إلا تعويض الأضرار الناجمة عن التلوث العرضى فحسب وأن التعويض يجب أن يكون مستبعداً فى حالة الأضرار الناجمة عن التلوث المزمّن أو التدريجى والذى يكون مضموناً عن طريق نظام تحصيل أقساط أو رسوم التلوث وليس عن طريق المسؤولية المدنية

Et voir : Viney , art. préc , no . 30 ; Deprimoz , Les nouvelles voies prises par l'assurance ,préc. p. 484 ; Colloque franco – allemand , sur la "Responsabilité et assurances de responsabilité pollution " Paris 17 – 18 octobre 1975, R. G . A . T., 1975, p. 595 ; Bigot (Jean), Assurance de responsabilité Assurances de responsabilité. Les limites du risque assurable, R. G. A. T. tome 49 , 1978, p . 189 et s .

ود/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٧ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٨٩٦ .

(٢) " un fait soudain , fortuit , imprevu , et independent de la volonté de l'assuré "

Voir : Cass . civ., 17 mai 1961 , R . G . A . T , 1962, p.73 , et note Besson ; Cass . civ . 15 mars 1977 . cité par Le Damany , art. préc. p. 165 ; Bigot , art. préc. p , 189.

ويعرفها أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود ، أصول التأمين ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ بأنها ؛ " قوة خارجية ، مفاجئة ، غير عادية ، خارجة عن الإرادة ، تسبب الخسارة".

الاستغلال المألوف للأنشطة الملوثة للبيئة ، فإن حدوثه يكون متوقفاً ويكون الملوث على علم به . فتكون محققة الوقوع ، أضرار التلوث الناجمة عن تلوث يتجاوز حد المضار المألوفة للجوار ، كالأدخنة الخائفة والغازات السامة والروائح المقززة والضوضاء والاهتزازات والإشعاعات ومن ثم يتنفي عنها الاحتمال لكونها متوقعة ونتاجة عن فعل المستأمنين الصناعيين^(١) .

فكل نشاط وبصفة خاصة النشاط الصناعي يكون مصدراً للعديد من أضرار التلوث التي تصيب الجيران القريبين أو البعيدين وهذه الأضرار يكون محققاً حدوثها من الناحية الفعلية منذ بداية استغلال النشاط^(٢)، وهي تتحقق من خلال إطلاق أو إلقاء بظيء أو تدريجي أو متكرر لموثرات تستغرق فترة طويلة نوعاً ما ، ويتحقق الضرر من خلال تراكم هذه المواد وتفاعلها^(٣)، وهذه هي أضرار التلوث المزمن أو التدريجي^(٤) .

٢٧- فمزاولة عمليات التأمين قد استبعدوا من التغطية التأمينية ، الأضرار التي يكون حدوثها غير راجع إلى واقعة أو حدث احتمالي . فوقائع التلوث العرضي لا تثير من حيث المبدأ أى مشكلة ، إذ أنه يمكن بسهولة جداً ربط الضرر الحاصل في البيئة بالحادثة^(٥) ، وعليه تكون جميع أخطار التلوث الذي يتجاوز حد المضار

(١) Voir : Larroumet, art. préc. p. 103 et 105 ; Demeester – Morançais , art. préc. p. 1557 , no 10 et no 12 ; Damany , Art. préc. p. 165 ; Hoffman (William. C.) , La responsabilité civile pollution et son assurance en Allemagne , R. G. A. T. 1992, Doct., p. 474.

(٢) Despax , op. cit. p. 803 , no . 550.

(٣) Voir : Le Damany , art. préc. p. 163 .

ود/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦ .

(٤) وفي هذا الصدد يذهب البعض من الفقه الفرنسي ، إلى أنه ليس هناك اختلاف بين التلوث من مصدر عرضي والتلوث من مصدر غير عرضي ، عندما يكون التعدي على البيئة ناجماً عن واقعة فجائية . فالواقعة الفجائية يمكن أن تشمل على جميع أنواع الظواهر التي يظهر أثرها في الحال أو تتراخي في الزمان . فالإضرار بالبيئة عن طريق التسربات البطينية أو المتكررة أو التآكل التدريجي لشبكة المياه يمكن أن تكون نتاجها مغطاة طالما ثبتت الطبيعة الفجائية للواقعة الأصلية .

= Voir : Delpoux (Claude), Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement : Les réponses actuelles de l'assurance, Gaz. Pal. 1994, Environnement, de 5 mai 1994, p. 561.

(٥) وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه توجد فروض عديدة لا تتقرر فيها المسؤولية المدنية إلا لمواجهة تعويض أضرار التلوث التي يرجع سببها إلى الحادث ومثلها المسؤولية عن تلوث مياه البحر بالزيت الخاضعة لاتفاقية بروكسل في ٢٩/١١/١٩٦٩م ، و المسؤولية عن الأضرار النووية الخاضعة لاتفاقية باريس في ٢٩ يوليو ١٩٦٠م .

المألوفة للجوار والناجمة عن استغلال المنشأة الملوثة استغلالاً معتاداً أو التلوث التدريجي مستبعدة من دائرة التغطية التأمينية .

وهذا الربط بين الحادثة ، بالمفهوم السابق ، وفكرة الضرر أو الاحتمال والذي يعبر عن موقف المؤمن يعد ربطاً منتقداً ؛ فهو يؤدي إلى عدم تغطية أخطار التلوث إلا إذا كانت ناجمة عن حوادث عرضية إذ ليس يمنع أن تكون هناك وقائع محتملة ولا تكون بالضرورة مفاجئة تماماً وغير متوقعة ومستقلة عن إرادة المؤمن له . وبصفة خاصة ، فإنه يمكن تصور أن يكون خطر التلوث احتمالياً ، دون أن يكون عرضياً تماماً أو مفاجئاً كما لو كان مثلاً ينتج عن وقائع متدرجة^(١).

ومن ناحية أخرى ، فإنه من الصعب أن نرسم الحدود بين التلوث العرضي والتلوث التدريجي ، وأن نبين بوضوح التلوث التدريجي من طبيعة احتمالية وفجائية من التلوث التدريجي الآخر . كما أنه يوجد غالباً ، اختلاف حول الظاهرة التي يجب أن تكون فجائية أو حول الفترة التي يجب أن تمضي بين سبب الضرر وظهوره . فالحدود بين النموذجين من الصعب تحديدها في الغالب ، فالتلوث العرضي يمكن أن يكون تدريجي والتلوث التدريجي يمكن أن يكون مصدره عرضي^(٢) ، ولعل ذلك هو ما دفع بعض شركات التأمين إلى أن تصدر نماذج للتأمين ، كنموذج Assurpol تميز بين التلوث العرضي والتلوث التدريجي بحسب مصدر التلوث وليس بحسب ظهوره ، بينما اختار البعض^(٣) التحديد الواسع للتلوث العرضي الذي يرتبط بظهور التلوث .

٢٨- وهذا الاتجاه الملحوظ في فرنسا والمملكة المتحدة ، يؤدي إلى تقليص الدور الاجتماعي للتأمين بشكل واضح ، حيث يقلل التعويض الممنوح للمضرورين

(١) انظر في نفس المعنى : د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٧ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٨٩٦ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٦٩٠ .

(٢) راجع في ذلك :

Le Damany , art. préc. p. 165 .

ود/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧ .
(٣) خبراء منظمة التجارة والتنمية الاقتصادية والتي يرمز لها اختصاراً بـ " O . C . D . E .

من أضرار التلوث البيئي^(١). لذلك نجد أن القضاء الفرنسي يميل اليوم إلى التوسع في فكرة الحادث ليمنع المؤمنين من رفض ضمان التلوث التدريجي أو المتكرر. ففكرة الحادث ، بحسب هذا القضاء ، لا تستبعد إلا الأضرار التي يكون مصدرها خطأ الإنسان ذاته ، العمدي أو الصادر عن غش^(٢).

٢٩- وبعد ذلك أبدى المؤمنون الفرنسيون قدراً من المرونة في تحديد مفهوم الحادث في هذا المجال وأصبحوا في الوقت الحاضر يتخلون عن شرط الفجائية Soudaineté فيه ، وبدأت شركات ومؤسسات التأمين في تصميم أنواع من التغطيات التأمينية تتلافى أو تتجنب ذكر مصطلح التلوث العرضي أو التدريجي^(٣) واختفت الإشارة التقليدية إلى فكرة الحادث من العقود المعروضة على رجال الصناعة ، بل وهناك من المؤمنين من ذهب إلى قبول التغطية التأمينية للتلوث التدريجي مع قصر هذا الضمان على بعض أنواع من الأضرار والبعض الآخر ذهب إلى تغطية كل أنواع المخاطر بشرط أن تنتج عن تشغيل غير طبيعي أو غير مألوف للمنشأة ، وأصبح الحد الفاصل بين ما يغطيه التأمين وما لا يمكن أن يغطيه

(١) Le Damany , art. préc. p . 164 .

وقد أدى استبعاد التلوث التدريجي الذي يجاوز حد مضار الجوار المألوفة والنتائج عن استغلال المنشأة استغلالاً مألوفاً من دائرة الضمان ، إلى لجوء المشروعات الصناعية إلى البحث عن حلول أخرى خارج السوق التأمينية التقليدية كما سبق ورأينا . فإذا كان التأمين ضرورياً للوقاية من الكوارث ، فإنه ضرورياً أيضاً لتغطية أخطار التلوث البيئي التي تجاوز المضار المألوفة للجوار والتي تنسم غالباً بالجسامة .

(٢) Voir : Le Damany , art. préc. p. 165 ; Bigot , art. préc. p. 191 et s .

وراجع أيضاً :

Civ. 1er mars 1977 , J. C. P. 1977 , IV , p. 109.

وفى هذا الحكم قررت محكمة النقض بأن المؤمن يضمن مضار الجوار والأضرار الناشئة عن الانبعاث المستمر والتدريجي للأدخنة رغم أن الضرر لم ينتج عن حادث فجائي وعرضي في مفهوم الوثيقة .

وراجع كذلك تقرير اللجنة الأوروبية للتأمين عام ١٩٧٢م حول تأمين المسؤولية المدنية للمنتجات ، والذي أشار إلى عدد كبير من الأمثلة والتي لا يقع فيها الحادث بصورة غير متوقعة أو شبه فجائية كالتسمم التدريجي ، الإتلاف التدريجي بسبب الطرق أو الاهتزازات المستمرة ، التآكل التدريجي الخ . أشار لهذا التقرير :

Bigot , art. préc. p. 194.

(٣) من أمثلة ذلك وثيقة Garpol ، ووثيقة Assurpol التي حلت محلها منذ عام ١٩٨٩م . انظر لاحقاً : بند ٥٥ وما بعده من هذا البحث .

حداً مجرداً أو غير محدود ، باستثناء إحداث الضرر عن عمد أو غش ، باعتبار أن التأمين عمل يبنى على عدم تأكد حصول الضرر (١) .

٣٠- وبهذا التطور يكون المؤمنون قد سلموا - ضمناً - بحقيقة أن كلاً من فكري الحادثة أو الاحتمال هي من الأفكار النسبية وأن الأحداث القابلة للتأمين لا تتسم جميعاً بنفس الدرجة من الاحتمال ، صحيح أن هذا الأخير هو الشرط القانوني لكل عملية تأمين لكنه متى وجد كان الخطر قابلاً للتأمين من حيث الأصل (٢) .

المطلب الثاني

مدى القابلية للتأمين من الناحية الفنية

٣١- خلص لنا مما تقدم أنه يشترط في الخطر من الناحية القانونية شرطين : أولهما ؛ أن يكون حادثاً محتملاً ، وثانيهما ؛ ألا يتوقف على محض إرادة المؤمن له ، وانتهينا إلى توافر هذين الشرطين في خطر التلوث ، بيد أن توافرها غير كافٍ لإمكان التأمين ضد هذا الخطر ، إذ يلزم أن يكون قابلاً للتأمين كذلك من الناحية الفنية ، ويتوقف ذلك على مدى استجابته لمجموعة من الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين بوجه عام .

الأسس الفنية للتأمين :

٣٢- التأمين عملية فنية ، جماعية ، تقوم على التعاون بين مجموع المؤمن لهم المهددين جميعاً بخطر واحد ويرغبون جميعاً في توقي نتائج الضارة ، والمؤمن هو الذي يقوم بإدارة وتنظيم هذا التعاون بأن يجرى المقاصة بين الأخطار بوجه عام عن طريق الاستعانة بقوانين الإحصاء .

وعلى ذلك فإنه يلزم لإمكان تغطية خطر ما — علاوة على توافر الشروط القانونية فيه — أن يستجيب لمجموعة من الأسس الفنية التي تقوم عليها عمليات التأمين بوجه عام . فالتأمين عملية فنية تقوم على ثلاثة أسس جوهرية هي ؛ التعاون

(١) راجع في ضمان التلوث غير العارض في سوق التأمين الإنجليزية : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٨ ؛ د/ أحمد محمد سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٦٨٨ ؛ د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، المرجع السابق ، ص ٨٩٧ .

بين المستأمنين أو تجميع المخاطر والمقاصة بين الأخطار والاستعانة بقوانين الإحصاء (١) ، وتتوقف استجابة الخطر لهذه الأسس على ضرورة توافر مجموعة من الشروط الفنية فيه ، تتمثل في ضرورة أن يكون الخطر متواتراً Fréquent ، موزعاً أو متفرقاً Dispersé ومتجانساً Homogènes مع غيره من الأخطار التي تجمعها شركة أو مؤسسة التأمين .

وعلى ذلك يثور التساؤل عن مدى استجابة أخطار التلوث البيئي لتلك الشروط وما إذا كانت هذه الأخطار تقبل التغطية التأمينية من الناحية الفنية من عدمه ؟

تجميع المخاطر أو التعاون بين المستأمنين :

٣٣- تقوم عملية التأمين ، كما سبق القول ، على أساس التعاون بين المؤمن لهم المعرضين لنفس الخطر والذين تدفعهم رغبة مشتركة في التعاون على اتقاء آثار تلك المخاطر ودفع أذاها بدلاً من المواجهة الفردية لها ، ويقوم المؤمن بإدارة وتنظيم هذا التعاون .

وعلى هذا النحو تفترض عملية التأمين قيام المؤمن بتجميع عدد كبير من المخاطر بتجميع عدد كبير من المؤمن لهم ، ثم يقوم بتحصيل أقساط التأمين منهم ، وبذلك ينتهي دور المؤمن لهم في تحقيق التعاون ، ليبدأ بعد ذلك دور المؤمن في وضع هذا التعاون موضع التطبيق العملي والتنفيذ الفعلي ، وذلك عن طريق إجراء المقاصة بين المخاطر تمهيداً لتوزيع آثارها السيئة التي تصيب بعض المؤمن لهم على المجموع الكلي للمؤمن لهم .

وحتى تكون حسابات المؤمن دقيقة ، قدر الإمكان ، عليه أن يختار المخاطر المنتشرة التي تهدد الكثير من الأشخاص ، لأن دائرة إمكان تحققها والتي يجرى عليها الإحصاء تكون متسعة مما يساعد على حسن تطبيق قانون الأعداد الكثيرة ، الذي يشترط لإعماله أن يجرى على عدد كبير من الحالات ، ومن ثم التوصل إلى

(١) راجع في الأسس الفنية للتأمين بوجه عام ، د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣٦٩ وما بعدها ؛ د/ عبد الرازق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٠٩١ وما بعدها ؛ د/ جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها ؛ د/ عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ وما بعدها .

ضبط احتمال وقوع الخطر^(١) . ويترتب على ذلك أن المخاطر الحديثة ، والتي تتميز بعدم انتشارها لا تصلح فنياً للتأمين عليها ، لأنها لا تسمح بتطبيق قانون الأعداد الكثيرة .

٣٤- ونظرة على طبيعة أخطار التلوث يبين منها أنها أخطار حديثة^(٢) وقليلة العدد إذا ما تمت مقارنتها بالأخطار التقليدية ' إذ إن المتاح منها للتغطية التأمينية لا يكون بالعدد الذي يشكل التجمع الكافي منظوراً لهذا الأخير بمقياس الأخطار التقليدية^(٣) ، وذلك رغم التطور الذي طرأ على السوق التأمينية الأوروبية في الآونة الأخيرة ، حيث زاد إقبال المستأمنين على إبرام عقود التأمين من المسؤولية عن أخطار التلوث ، إما اختياراً أو اضطراراً^(٤) ، واتجاه المؤمنين إلى عرض نماذج متنوعة للتغطية التأمينية لتلك الأخطار .

فأخطار التلوث من الصعب تجميعها في مجموعة واحدة تعامل بنفس المنهج أو الطريقة في التسعير ، ففئات المخاطر متشعبة ، وبالتالي فإن وضع قائمة محددة لعوامل الخطر ذات الصلة تكون من الأمور الصعبة ، وبالتالي فإن عدد وثائق التأمين القادرة على ضبط أهمية كل عامل من العوامل المؤثرة على الخطر مازالت

(١) راجع في نفس المعنى ، د / جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

Et voir : Delpoux, Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement, préc. p. 55.

Et voir également , F . Chaumet, Art. préc. p . 23.

حيث يقول في هذا الصدد :

“ l'assureur ne peut couvrir les risques aléatoires particuliers que dans la mesure où il connaît le poids du risque global résultant de l'addition des risques particuliers “ .

(٢) لا نقصد بقولنا أن أخطار التلوث أخطاراً حديثة ، أن التلوث البيئي ظاهرة حديثة الوجود وإنما المقصود أنها أخطار حديثة بالنظر إلى تغطيتها التأمينية . فالتلوث ظاهرة قديمة قدم البشرية وإن كانت لم يثار الانتباه إليها وإلى أخطارها إلا في النصف الثاني من القرن العشرين على وجه التقريب .

(٣) راجع في نفس المعنى : د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٦١ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٠٠ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، رسالة السابقة ، ص ٦٩٢ .

(٤) حيث أصبح تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث إلزامي في العديد من الدول . انظر لاحقاً : بند ٧١ وما بعده من هذا البحث .

قليلة، وحتى فى حالة إمكانية الوصول إلى هذه المعرفة فإن دقة هذه الإحصائيات ستكون تقريبية إلى حد كبير^(١).

ويرجع قلة عدد المتاح من أخطار التلوث للتغطية التأمينية للآتى :

٣٥- أولاً : تردد المؤمن عادة فى قبول التغطية التأمينية لهذه الأخطار ، إما بسبب ما تتميز به هذه الأخطار من ضخامة الحجم وفداحة الكارثة حيث تعجز كبرى شركات أو مؤسسات التأمين عن أن تأخذ على عاتقها عدد كبير منها ، وإما بسبب الصعوبات الفنية التى تتعلق بقصور الإحصاءات وصعوبة المعرفة المسبقة لحجم هذه الأخطار التى تلتزم بتغطيتها ولو بشكل تقريبي^(٢) ، وصعوبة التحديد الواضح للقسط الذى يجب دفعة من قبل المؤمن له^(٣) ، فتعجز الشركات بالتالى عن إجراء المجانسة بين ما تستطيع جمعها منها ، إذ أن التجانس بين المخاطر التى يتم جمعها هو شرط فى ضرورى لعملية تأمين المخاطر .

(١) Rémond - Guilloud (Martine) , Pollution des mers, J-CL, 1989, Responsabilité civile, Fasc. 430 - 1, ou Civil code, art. 1382 á 1386, Fasc. 430 - 1, no. 12.

(٢) Voir : Demeester - Morançais , art. préc. p . 1556 , no . 6 et p. 1557, no. 12 ; Delpoux , art. préc . p. 559 ; Chaumet , art. préc. p. 23 ; Thieffry (Patrick), L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur, les distorsions entre les états - membres et les enseignements de l'expérience americaine, R. I. D. Comp. 1994, p . 121 ; Prieur , op. cit. p. 872 , no . 976 .

(٣) فالعامل المهم الذى يتوقف عليه تحديد القسط هو الخطر ، فعلى قدر الخطر يكون القسط ، والخطر يؤثر فى تحديد القسط من ناحيتين ، درجة احتمال وقوع الخطر ودرجة جسامته .
راجع فى ذلك : د/ عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ و ٨٠ .

كما أن أسباب الضرر في الغالب تظل مجهولة ، وغير معروفة (١) ومتعددة (٢) بالإضافة إلى أن نظام المسؤولية الذي يخضع له المؤمن له عن هذه الأضرار ، والذي يؤسس المضرور دعواه بالتعويض عليه قد يكون عائقاً في أغلب الأحوال من إمكانية التأمين على هذه الأخطار (٣) . ولكن شركات التأمين قد تقبل أحياناً ، ولأسباب تجارية بحتة ، تأمين مثل هذه الأخطار ، وفي هذه الحالة فإنها تقرر في مقابل هذه التغطية قسطاً مرتفعاً جداً مع تعديل حساباتها باستمرار للتوصل إلى أفضل النتائج ، وإما أن تعمل على الوقاية بقدر الإمكان من مخاطر التلوث والعمل على التقليل من الحوادث عن طريق تلافى أسبابها (٤) .

(١) أنظر في ذلك :

Demeester – Morançais , art. préc. p. 1558 , no. 12 .

و/د محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، فقرة ٦٠ ، د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٠١ .
(٢) فيغلب في الوقت الحاضر أن يكون ضرر التلوث ناشئاً لا عن مصدر واحد وإنما عن مصادر تلوث متعددة خاصة في المناطق التي يغلب عليها الطابع الصناعي وفي هذه الحالة نكون أمام ملوثين متعددين ، كما قد يكون التلوث ناتج عن انماج عدة عناصر أو مواد ناتجة عن نشاط عدة ملوثين وكل مادة أو عنصر بمفرده غير ملوث وغير كاف لإحداث الضرر ومن شأن كل ذلك أن ينعكس على نظام المسؤولية ، مما دفع الفقه إلى القول بالمسؤولية التضامنية للملوثين المتعددين ، وأن ينعكس ذلك أيضاً على نظام التأمين الذي لا يمكن أن يقدم حلاً لهذه الصعوبات ، وإذا أمكن القول بأنه يمكن تغطية مسؤولية الملوث التضامنية عما يمكن أن يسببه نشاطه من ضرر بالاشتراك مع نشاط ملوثين آخرين ، فإن العبء الجسيم لهذه التغطية سوف يضطر المؤمنون إلى قصرها على الحصة من الضرر الذي يمكن نسبتها للمستأمن . لذلك جرى التأكيد حديثاً في تكملة نظام التأمين الخاص في هذا المجال بإنشاء صناديق تعويضات لمصالح المعرضين لخطر التلوث ، كما سوف نرى لاحقاً .

(٣) فالمسؤولية المدنية خطر قانوني والضمان لا يغطي آثار الأفعال الضارة إلا إذا كان القانون يلزم محدث الضرر بالتعويض ولذلك يلزم أن يكون المؤمن على علم ومعرفة مسبقة بقواعد المسؤولية الواجبة التطبيق ، والتي يقيم المضرور دعواه على أساسها . هذه القواعد يجب أن تكون واضحة في صياغتها ومستقرة في تطبيقها القضائي ، وهل سيؤسس المضرور دعواه بالتعويض على أساس الخطأ التقليدي أم الخطأ في الحراسة أم مضار الجوار والتي تعتبر صورة من صور المسؤولية الموضوعية . فتزايد صور هذه الأخيرة للمستغل الملوث بقصد الوصول إلى أفضل تعويض للمضرور وتقليص الإعفاءات من المسؤولية قد يمنع المؤمن أحياناً من قبول تغطية مخاطر التلوث أو أن يوردوا العديد من الاستبعادات من مجال التغطية التأمينية . كما أن شكل التعويض الذي عسى أن يقضى به قد يكون له نفس الأثر على المؤمن .

Voir en ce sens : Demeester . Morançais , art. préc. p. 1558 , no. 12 ;
Delpoux , art. préc. p. 558.

(٤) راجع في الوسائل التي تتبعها شركات التأمين من أجل منع حدوث الضرر المؤمن منه وتلافى أسبابه بصفة عامة : د/ عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ و ٢٤ ، فقرة ١١ .
وبالنسبة لخطر التلوث بصفة خاصة أنظر :

F . Chaumet , art. préc. p . 24 et 25 ; Deprimoz , Les nouvelles vois prises
par l'assurance ...art. préc. p. 489

وملخص المؤتمر الفرنسي الألماني سالف الذكر ، ص ٥٩٥ .

٣٦- ومن ناحية أخرى فإن المؤمنين ، حينما يقبلون تغطية خطر التلوث فإنهم

لا يكون أمامهم من الناحية الفنية إلا خياران كلاهما صعب :

أ - إما أن تستغني عن القيام بتقدير أو بتقييم غير دقيق وتطبيق نظام النقاط ، والذي تجمع فيه عناصر الخطر قائمة واحدة ، ثم تعطى نقاط وبالتالي يتم جمع عناصر الخطر مع بعضها على أساس هذه القائمة التي يتم ربطها بعد ذلك بالخصومات والإضافات لكل سوق .

ب - أن يقوم المؤمن بتقييم مبدئي في البداية، وذلك بأن يكون مجموعة من فئات المخاطر ثم يقوم بتقدير أكثر دقة داخل كل من هذه الفئات (١) .

٣٧- ثانياً : إجماع المستأمنين عن عرض أخطار التلوث للتغطية التأمينية ،

إما بسبب المبالغة في سعر القسط الواجب دفعة لشركة التأمين ، والذي قد لا تستطيع أغلب المشروعات المسببة للتلوث على تحمله من الناحية المالية وإما بسبب خشية أصحاب المشروعات الملوثة من متطلبات التأمين المتعلقة بتحسينات الفنية المناهضة للتلوث في منشآتهم ، حيث تلزمهم شركات التأمين بإتباع سياسة وقائية للتلوث لمنع وقوع أضرار التلوث ، قد لا تقوى عليها جميع المشروعات أو المنشآت " (٢) ، وبالتالي فإن أصحاب المنشآت يلجئون إلى الوسائل البديلة للتأمين كأسلوب الوقاية أو المنع وأسلوب التأمين الذاتي أو الاحتفاظ بالخطر .

٣٨- وإزاء قلة عدد المطروح للتغطية التأمينية من أخطار التلوث ، يثور

التساؤل حول ما إذا كانت النظرية العامة للتأمين تعرف من الوسائل أو الأنظمة الفنية ما يمكن معه مواجهة هذه الصعوبات والتغلب على قلة عدد هذه المخاطر وعلى ضخامة حجمها ؟

والإجابة على هذا التساؤل تكون بالإيجاب ، إذ تعرف نظرية التأمين أسلوبين

لمواجهة هذه الصعوبات :

(١) د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٠٠ .

(٢) في نفس المعنى راجع :

١ - أسلوب تجزئة الخطر : فيمكن التغلب على مشكلة ضخامة حجم أخطار التلوث وقلة عددها عن طريق تجزئتها ، تلك التجزئة التي تؤدي في نفس الوقت إلى مضاعفة عددها وبالتالي التغلب على قلتها ، وذلك عن طريق أساليب التأمين الاقتراني *coassurance* أو إعادة التأمين ^(١) *reassurance* ، أو حتى أسلوب إعادة التأمين الاقتراني لدى اتحاد مؤمنين . بيد أن هذه الأساليب جميعها لا يمكن إعمالها بفاعلية إلا إذا كانت سوق التأمين الوطنية أو الدولية متسعة بالشكل الكافي ، كما أن أخطار التلوث من الضخامة حتى أنها تتجاوز ولو بعد تجزئتها قدرة السوق الوطنية وتحتاج إلى المشاركة الأجنبية .

٢- وضع حد أقصى للضمان : وقد تلجأ شركات التأمين في سبيل تغطيتها لأخطار التلوث إلى وضع حد أقصى لضماتها ، كأسلوب فني لإجراء التجانس المطلوب بين أخطار التلوث التي تقبل تغطيتها .

ولكن يعيب هذا الأسلوب أنه لا يحقق رغبة المشروعات الملوثة ، طالما لن يكون مضمون القدر الزائد عن الحد الأقصى من الخطر الذي يتهدد المشروع ، في حين أن هذا القدر لا يستطيع المشروع نفسه أن يتحملة ، بينما ستكون مضمونة تأمينياً ، على النقيض ، أجزاء من الخطر كان بوسع المشروع أن يأخذها على عاتقه بإتباع سياسة إدارة أخطار ملائمة ^(٢) . وقد تلجأ شركات التأمين في سبيل تغطيتها لخطر التلوث إلى النص في عقد التأمين على العديد من الاستبعادات ، التي يكون من أثرها في النهاية إفراغ نظام التأمين من مضمونه ، ولا يخفى ما في هذا الأسلوب من مجافاة لمصالح المشروعات طالبة التأمين ^(٣) .

(١) راجع في هذه الأساليب : د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١١٨ وما بعدها والهوامش ، وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ الكبير يطلق على أسلوب التأمين الاقتراني ، *Coassurance* اسم " التأمين المشترك " . أنظر بصفة خاصة : هامش رقم ٢ ، ص ١١١٩ و ١١٢٠ . وأنظر كذلك : د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٦٢ ، فقرة ٦١ .

(٢) راجع في ذات المعنى : د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٦٣ : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٠٢ .

(٣) أنظر في الاستبعادات التي ترد على التغطية التأمينية في وثيقة *Assurpol* الفرنسية ، ص ٨٦ وما بعدها ، بند ٦٠ وما بعده من هذا البحث .

٣٩- وعلى هذا النحو يتضح أنه وإن كان من الصعب أن يتوافر تجميع طبيعي في مجال أخطار التلوث ، إلا أنه يمكن أن يكون هناك " تجميع غير طبيعي " عن طريق الأساليب أو الأنظمة الفنية المعروفة في النظرية العامة للتأمين ، وبالتالي فإن أخطار التلوث البيئي تستجيب للأساس الفني للخطر وهو " تجمع المخاطر أو التعاون بين المستأمنين " .

تواتر الخطر وحساب الاحتمالات :

٤٠- يقوم التأمين على فكرة المقاصة بين المخاطر التي من نفس النوع ، ولهذا كان من الطبيعي أن يشترط من الناحية الفنية أن يكون الخطر متواتراً . والمقصود بالتواتر أن يكون الخطر قابلاً للتحقق بدرجة كافية تسمح لقوانين الإحصاء بأن تصل إلى تحديد درجة احتمالته . فلا يمكن تغطية خطر ما من الناحية الفنية إلا إذا كان في مقدور المؤمن أن يحسب مقدماً احتمالات وقوعه ، أي فرص تحققه ، عن طريق علم أو قوانين الإحصاء ، لكن هذا العلم لا يعطى نتائج دقيقة إلا إذا كان يشمل عدداً كبيراً من المخاطر المتواترة الحدوث ، أي قابلة للتحقق بدرجة كافية لإعماله خلال فترة زمنية معينة (١) .

ومن ذلك يتضح أنه لكي يكون الخطر قابلاً للتأمين عليه من الناحية الفنية ، فإنه يجب أن يكون هناك نوع من التواتر والاتساق والانتظام في وقوعه بقدر يسمح ، بصفة عامة ، بمعاملة الصدفة على أنها يقين أو اعتبارها كذلك على الأقل بصورة نسبية . فالتأمين يركز على أساس حساب الاحتمالات ، وحساب الاحتمالات معناه معرفة فرص تحقق الأخطار وهذا الحساب أصبح اليوم ممكناً عن طريق الإحصاء . وكلما كانت الإحصاءات التي يجريها المؤمن دقيقة كلما ساعد ذلك على أن تكون النتائج التي ينتهي إليها أقرب ما يكون إلى الحقيقة ، ومعرفة درجة احتمالات الخطر أو حساب الاحتمالات قد بات اليوم ممكناً بفضل تقدم فن الإحصاء (٢) .

(١) وينجم عن اشتراط ضرورة أن يكون الخطر متواتراً أن الأخطار التي لا تقع إلا نادراً تكون غير قابلة للتأمين عليها ، لأنه لا يمكن ضبطها إحصائياً من ناحية ، كما لا يمكن تحديد سعر القسط بالنسبة لها من ناحية أخرى .

(٢) راجع في ذلك : د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦ و ٣٢٧ ؛ د/ جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

٤١- وفيما يتعلق بأخطار التلوث فإنه يمكن القول أنها تقبل فنياً ، من حيث المبدأ ، التأمين عليها إذ أنه يمكن حساب فرص تحققها حيث يكون في مقدور شركات التأمين أن تحسب مقدماً احتمالات وقوعها عن طريق قوانين الإحصاء . فهذه الأخطار قابلة للتحقق بدرجة كافية تسمح لقوانين الإحصاء بأن تصل إلى تحديد درجة احتمالها ، لاسيما مع الأخذ بالوسائل الفنية المتعارف عليها في النظرية العامة للتأمين (١) .

بيد أن قابلية أخطار التلوث للتأمين لإمكانية حساب فرص تحققها ، لا ينفى وجود بعض الصعوبات الفنية المتعلقة بالحدود الزمنية للتغطية التأمينية ، وما إذا كان يؤخذ في هذا الصدد بمعيار الفعل مصدر الضرر ، والذي اعتنقته محكمة النقض الفرنسية وانتقدته الفقه أم بمعيار ظهور الضرر (٢) . وهذه الصعوبات قد عالجتها شركات التأمين بطرق مختلفة.

(١) قارن :

Delpoux , art. préc. p. 558 et 559 ; Demeester - Morançais , art. préc. p. 1557 et 1558.

حيث يرون بعض الصعوبات المتعلقة بنقص الإحصاءات حول التواتر والاحتمال وحجم الكوارث المغطاة وقيمة الأضرار المتوقعة وصعوبة التحديد الواضح للقسط الذي يجب دفعه ، وإن كانا يؤكدان قابلية هذه الأخطار للتأمين من الناحية الفنية .

(٢) فمدة التغطية التأمينية قصيرة غالباً ، فهي عادة مدة سنوية . ولما كان التلوث في الغالب ظاهرة تحدث في الواقع ، بشكل تدريجي أو تصاعدي ، فإنه في معظم الحالات لا يتكشف التلوث إلا بعد فترة من الزمن بحيث لا يظهر الضرر إلا بعد فوات مدة الضمان المحدد في عقد التأمين ، مما يثير مشكلة تحديد النطاق الزمني للضمان في الوثيقة .

فقبل عام ١٩٩٠م كان القضاء الفرنسي إزاء حالة عدم ظهور الضرر فور وقوع الحادثة المنشئة له منقسماً ، فبعض الأحكام اعتدت بالواقعة المنشئة للضرر ومنها على سبيل المثال :

Civ. 23 févr . 1977 , D. 1997 , Inf. Rap. p. 289 ; Civ. 11 mai 1982 , J. C. P. 1982 , 4 , 253 .

بينما اعتدت أحكام أخرى بوقت ظهور الضرر ومنها :

Cass. civ. 25 mars 1980 , D. 1980 , Inf. Rap. p. 417 ; Civ. 15 oct . 1975, D. 1976 , Juris. p. 149 et note Aubert ; R . T . D. Civ. 1976 , p. 561 , no . 16 et obs. Durry .

وأخيراً في عام ١٩٩٠م حسمت محكمة النقض هذه المسألة ، حيث أصدرت في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠م العديد من الأحكام التي قضت ببطالان كل شرط يوجد في وثيقة التأمين ويقيد سرياتها بضرورة مطالبة المضرور أثناء مدة الوثيقة وشريطة وقوع الفعل المنشئ في أثناء المدة ذاتها ، والمعروف هذا الشرط بشرط Claims made وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد انتصرت لمعيار " الفعل مصدر الضرر " والذي يعني ، أن الواقعة المنشئة للضرر يجب أن تحدث أثناء مدة سريان عقد التأمين حتى = ولو ظهرت آثارها الضارة بعد انتهاء مدته حيث اعتبرت أن دفع القسط عن المدة التي تقع بين بدء سريان العقد وانتهائه يعتبر مقابل ضروري لضمان الأضرار التي تجد مصدرها في الواقعة التي تحدث خلال هذه المدة أيًا كان وقت المطالبة ، سواء كان أثناء مدة العقد أم بعد انقضائها ، طالما أن الواقعة المنشئة للضرر قد

الخطر موزعاً أو متفرقاً :

٤٢- يشترط في الخطر أن يكون موزعاً ، ويعنى ذلك أن الأعداد الكثيرة من الأخطار التي يقبل المؤمن تغطيتها لا تقع كلها عندما تقع مرة واحدة فتصيب مجموع المؤمن لهم ، بل أنها تقع موزعة أو متفرقة فتصيب فرداً أو عدداً بسيطاً من أفراد هذا المجموع ، لكنها لا تصيبهم كلهم دفعة واحدة ^(١) . فإذا كان من شأن الخطر عند تحققه إصابة جميع المؤمن لهم أو معظمهم في ذات الوقت لأصبح من

حدثت أثناء مدة سريان العقد . وقد عابت محكمة النقض على هذا الشرط أنه يحرم المؤمن له من الاستفادة من التأمين في الحالة التي يكون فيها المسؤول عن الضرر غير مؤمن له وقت المطالبة أو إذا كان مؤمنه الحالي لا يتحمل كل أو بعض آثار الأنشطة السابقة للمؤمن له ، كما أن اشتراط الوثيقة أن الضرر لا يكون مضموناً إلا إذا كانت مطالبة المضرور قد حدثت أثناء مدة سريان العقد من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المؤمن له من ميزة التأمين بسبب واقعة لا دخل له فيها وينشئ ميزة غير مشروعة وبدون سبب لصالح المؤمن وحده الذي يحصل على القسط دون التزام مقابل .
أنظر في ذلك :

Cass. 1re, civ . 19 déc. 1990, J.C. P. éd . G. 1991 , 21658 et note Jean Bigot ; Cass. civ. 1 re , 3 févr. 1993 , J.C.P. éd . G. 11 , 22048 , note Jean Bigot .

وقد انتقد الفقه الفرنسي معيار " الفعل مصدر الضرر " الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية على اعتبار أنه لا يمكن تطبيقه ، فالمدة التي تضيىء بين الواقعة مصدر الضرر وظهوره يمكن أن تكون سنوات عديدة ، ربما تزيد عن عشر سنوات ، كما أن هذا المعيار يجعل خطر المسؤولية المدنية عن التلوث غير قابل للتأمين أو على الأقل يلزمنا بأن نقصر الضمان على الأضرار الناشئة عن مصدر عرض ، والتي تظهر مباشرة بعد حدوث واقعتها المنشئة . وانتهى هذا الفقه إلى أن عقود التأمين يجب ألا تنقيد بالمعيار الذي تبنته محكمة النقض في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠ م . فالمعول عليه في نظر هذا الفقه هو " ظهور ضرر التلوث " أثناء مدة العقد ولو رفعت الدعوى بالمطالبة بالتعويض عنه بعد ذلك

Voir : Delpoux, art. préc. p. 55 9 ; Chaumet , art. préc. p. 27 et 28 ; Le Damany , art. préc. p . 165 ; Thieffry, art. préc. p. 121 ; London, L'environnement, une nouvelle donne économique, préc. p. 2 ; R. Bavoillot, art. préc. p. 2 et 3 ; F. Chapisat , le juge, l'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation, R. G. A. T . 1992 , p.792 à 794 .

وأنظر في مسألة الحدود الزمنية للتغطية التأمينية بصفة عامة :

Lambert – Faivre , La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité fondement et portée de la nullité des clauses réclamation de la victime , D. 1992 , Chron. p. 13 et s ; Ph. Quirion , le marché de l'assurance du risque pollution en France, site : <http://www.centre-cired-fr/perso/quirion/quirion-assurances-PDF. p.29 à 31> .

وراجع في الحدود الزمنية للتغطية التأمينية بالنسبة لنموذج تجمع Assurpol ، بند ٦٤ من هذا البحث . وفيما يتعلق بنموذج شركة Winterthur المسمى Envirowin " راجع : بند ٦٥ وما بعده من هذا البحث . وتجدر الإشارة أن هذين النموذجين قد اعتنقا معيار " ظهور الضرر " .

(١) راجع في ذلك : د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ٣٢٨ ؛ د/ جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٥ و ٤٦ .

المستحيل إجراء المقاصة بين المخاطر ، وهو أساس من الأسس الفنية التي يقوم عليها التأمين ، فاتسام الأخطار بعمومية وقوعها تحول دون إمكانية تأمينها (١) .

وبالنظر إلى أخطار التلوث يتضح أنها ليست من العمومية بحيث يصعب فنياً تغطيتها ، حيث أنها لا تصيب جميع المؤمن لهم في ذات الوقت ، كما أنها لا تتركز في منطقة بعينها وإن كانت هناك بعض الأخطار التي تتسم بشيء من العمومية ، وبالتالي تستبدها شركات التأمين من ضمانها بنص صريح في عقد التأمين ومثالها الأضرار التي تصيب عناصر البيئة الطبيعية ذاتها ؛ كالماء ، الهواء ، التربة والتي يكون استعمالها شائعاً للجميع والمعروفة بالأضرار البيئية المحضة ، وأيضاً الأضرار الناجمة عن التلوث العام الصادر عن مجموع الأنشطة الإنسانية أو الأضرار الناجمة عن التلوث الشامل المرتبط بنشاط متعدد للمنشأة (٢) .

وعلى هذا النحو ، فإنه لا يوجد ما يحول دون إمكانية التغطية التأمينية للمسئولية المدنية عن أخطار التلوث من حيث المبدأ ، وإن كان هناك بعض الصعوبات الخاصة بقيمة التعويضات التي يمكن أن يحكم بها على الملوث والتي تتحملها شركات التأمين حيث تكون من الضخامة ولا يمكن معرفتها مقدماً ، وإن كان يمكن التغلب عليها عن طريق الأساليب الفنية المتعارف عليها في هذا الصدد ، كإعادة التأمين أو تحميل المستأمن جزءاً من قيمة الخطر .

٤٣- والخلاصة ، أن أخطار التلوث تستجيب من حيث المبدأ للأسس الفنية للتأمين ، ولا يوجد ما يحول دون إمكانية تغطيتها تأمينياً ، وإن كان الأمر يحتاج في بعض الحالات إعادة النظر في بعض مبادئ التأمين التقليدية وتطوير شروطه الفنية المعروفة لتتلاءم وتتوافق وخصوصية هذا النوع من الأخطار .

(١) وعلى ذلك لا تقوم شركات التأمين بتغطية الأخطار الطبيعية مثل أخطار الزلازل والبراكين ، والفيضانات وأخطار البطالة والحروب وغيرها من الأخطار التي لا يكون تحققها محصوراً وإنما يمتد ليشمل عدد كبير في ذات الوقت .

(٢) انظر لاحقاً : بند ٦١ من هذا البحث .

المبحث الثانى

أنظمة تأمين أخطار التلوث فى السوق الفرنسية

تمهيد وتقسيم :

٤٤- إزاء الآثار الجسيمة الناجمة عن التلوث والتي تقع على عاتق رجال الصناعة ، اتجه هؤلاء الأخيرين إلى سوق التأمين لعلهم يجدون الأمان لدى شركات التأمين ، طالبين التغطية التأمينية لمسئوليتهم عن أضرار التلوث^(١)، لتتحمل عنهم أو لتشاركهم عبء المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي يحدثها التلوث الناجم عن أنشطتهم . وإذا كان التأمين يعمل على توفير الأمان لأصحاب المشروعات الملوثة للبيئة ، فإنه فى ذات الوقت يضمن للمضروب الحصول على التعويض الجابر لأضرار التلوث التي لحقت به ، وبالإضافة إلى ذلك فإن التأمين يلعب دوراً أساسياً فى حماية البيئة والوقاية من أضرار التلوث .

وحتى تستطيع شركة التأمين أن تقرر قبول ضمان خطر التلوث فإنها تقوم ، عادة ، بزيارة المنشأة طالبة التأمين لمعاينتها على الطبيعة للتحقق من عدة أمور هي :

- ١- طبيعة عمل المنشأة ذاتها والهيكل الخارجى لمنشأتها وعمرها وخطط التجديد والإحلال فيها وطبيعة تطورها التدريجى .
- ٢- موقع المنشأة وخصائصه الجيولوجية والمائية وما يحيط بها من بيئة صناعية أو مدنية أو زراعية وما حدث فى الماضى من اعتداءات وحوادث كانت لها آثار كبيرة على هذا المحيط الطبيعى .
- ٣- خصائص المواد والمنتجات والمواد الأولية المصنعة والمستخدمه والمخزونة .
- ٤- كمية المخلفات المسموح بإلقائها فى البيئة الطبيعية والوسائل المستخدمة للتحكم

(١) فتأمين أخطار التلوث ما هو إلا تأمين مسئولية مدنية ، فيجب أن تتقرر مسئولية الملوثة المدنية إزاء المضروب حتى يلتزم المؤمن بضمنان التعويض الذى يلتزم به المستامن . والقاضى غالباً فى دعوى المسئولية التي يقيمها المضروب ضد المستامن لا يتردد فى الحكم بالتعويض ، طالما أن المستامن قد عقد تأميناً من مسئوليته لدى شركة التأمين .

Voir : Demesster – Morançais , Art. préc. p. 1556, no. 7 ; Chapuisat , Art. préc. p. 787 .

في ذلك . ٥- الإجراءات المتبعة لتدريب العاملين في المؤسسة على جدية وفاعلية إجراءات الأمن ووسائل النجدة (١).

كما يشترط المؤمن ، الاطلاع على الوثائق والمستندات اللازمة عن المنشأة ، ومنها ترخيص مزاولة النشاط الذي تمارسه للتأكد من أن المستغل للمنشأة لا يمارس نشاطه بطريقة تخالف التشريعات واللوائح المعمول بها ، وللوقوف على شروط ممارسة النشاط المعنى .

وعلى ضوء ذلك كله يستطيع المؤمن أن يحدد مصادر الأخطار المحتملة بصفة خاصة ووسائل الوقاية أو الحد منها وأن يحدد مقدار الأخطار التي يلقي على عاتقه عبء تغطيتها وقيمة تلك التغطية المحتملة .

ومعaine المنشأة طالبة التأمين والاطلاع على وثائقها ومستنداتها عملية تسبق إبرام عقد التأمين ، ويتم إجراءها عن طريق موظفي شركة التأمين وخبرائها الفنيين (٢) الذين يعدون تقارير فنية في هذا الصدد تمكن الشركة من أن تقرر قبول أو رفض تغطية خطر التلوث الذي تسعى المنشأة لضمانه .

٤٥- وأخطار التلوث البيئي يمكن أن يتم تغطيتها في السوق الفرنسية في إطار وثائق التأمين التقليدية عن الحريق أو الاستغلال الصناعي . ونظراً لتفاقم آثار التلوث وضخامة الكارثة الناشئة عنه ظهرت في السوق التأمينية الفرنسية أنظمة تأمين خاصة ، كنموذج تغطية أخطار التلوث الخاصة بتجمع Assurpol ، والذي حل محل نظام Garpol .

وعلى ذلك فإننا سوف نعالج ضمان أخطار التلوث في وثائق التأمين التقليدية في مطلب أول ، ثم نتبع ذلك بمطلب ثان نبحث فيه تأمين أخطار التلوث في وثيقة نموذج Assurpol ، وذلك على النحو التالي :

(١) راجع في ذلك بالتفصيل :

(Demesster – Morançais, art. préc. p. 1559, no. 15 ; Deprimoz (Jacques) , Les nouvelles voies prises par l'assurance. Responsabilité civile pollution en france, R. G. A. T, tome 49, 1978, p. 489 et s .

(٢) راجع في كيفية عمل هؤلاء الخبراء الفنيين :

Deprimoz , Art. préc. p. 489 et 490 .

المطلب الأول : ضمان أخطار التلوث في وثائق التأمين التقليدية .

المطلب الثاني : تأمين أخطار التلوث في وثيقة التجمع Assurpol .

المطلب الأول

ضمان أخطار التلوث في وثائق التأمين التقليدية

٤٦- لم تكن الأضرار الحاصلة بسبب التلوث محلاً لمعاملة خاصة في وثائق التأمين التقليدية ، إلا منذ فترة ليست بالطويلة . ففي بداية السبعينات من القرن الماضي بدت الحاجة ملحة لأن تعالج ، عن طريق بنود خاصة ، أخطار التلوث ضمن وثائق التأمين التقليدية الخاصة بالحريق أو الانفجار ووثائق المسؤولية عن الاستغلال الصناعي^(١) .

ونعرض لذلك في فرعين :

الفرع الأول : ضمان أخطار التلوث في وثائق تأمين الحريق أو الانفجار .

الفرع الثاني : ضمان أخطار التلوث في وثيقة تأمين المسؤولية عن الاستغلال

الصناعي .

الفرع الأول

ضمان أخطار التلوث في

وثائق تأمين الحريق أو الانفجار

٤٧- يمكن أن ينجم عن تشوب حريق أو انفجار ، في أغلب الأحوال ، حدوث تلوث ، يتمثل في انبعاث العديد من الغازات السامة في الهواء المحيط أو انبعاث سحبات من الدخان الأسود الكثيف والتي تؤدي إلى تلويث الهواء الجوي . كما قد ينجم عن الحريق تسرب السوائل السامة في المجارى المائية ، مما يؤدي إلى تلوينها وموت الأسماك فيها وعدم صلاحيتها للاستعمالات الأدمية أو غير الأدمية ، علاوة على المياه المستخدمة في إطفاء الحريق التي يستخدمها رجال الإطفاء والتي يحمل تدفقها ، المنتجات الكيماوية المخزونة في المكان الذي نشب فيه الحريق^(٢) .

(١) Voir : Le Damany , art. préc. p. 163 et 164 ; F. Chaumet , art. préc. p. 23 ; Delpoux , art. préc. . P. 560 ; Demeester - Morançais , art. préc. p . 1556 ; Prieur , Op. cit. p. 873 . no. 977 ; Quirion , Op. cit. préc. site , préc. P. 17.

(٢) راجع في هذا المعنى : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩١٠ .

Et voir également , F. Chaumet , art. préc. p. 24.

والأصل ، طبقاً للقواعد العامة فى تأمين الحريق أو الانفجار ، أن المؤمن لا يكون ضامناً إلا للأضرار التى تلحق بالأشياء المؤمن عليها والتى تكون ناشئة مباشرة عن الحريق . كما أنه يضمن الأضرار التى تكون نتيجة حتمية للحريق ، وبالأخص ما يلحق الأشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل الإنقاذ أو منع امتداد الحريق^(١) . ولكن لا يضمن المؤمن ما يلحق الأشخاص من إصابات بسبب الحريق ولا المسؤولية عن الحريق ولا فوات الانتفاع من الشيء المحترق ما لم يوجد اتفاق خاص فى تأمين تكميلي .

٤٨- وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان المؤمن فى تأمين الحريق يلتزم بتغطية المسؤولية المدنية عن الحريق إزاء الغير ، الذى أصابه الحريق بأضرار تلوث والتي تقع على عاتق المؤسسة ؟

نقرر فى هذا الصدد أنه إذا لم يتم تأمين مسؤولية المؤسسة ببوليصة تأمين أخرى^(٢) ، فيمكن أن يتم تغطية هذه المسؤولية بطريقة الضمان المعروفة باسم " *Recours des voisins et des tiers* " ، بيد أنه لا يتم اللجوء إلى هذا الضمان ، إلا إذا كان الحادث المولد للتلوث قد وقع فى الأموال المؤمن عليها فى العقد ، كالمنشآت والورش والمستودعات الخ ، فيضمن هذا التأمين المسؤولية المدنية التى يتعرض لها المؤمن له نتيجة ما قد يلحق الغير من أضرار مادية بسبب حريق ينشأ فى الأعيان المملوكة له ويمتد إلى ممتلكات الغير ، وهذا الشرط يمكن أن يضاف إلى الوثيقة^(٣) .

ويعيب هذا النوع من الضمان أنه لا يغطى إلا الآثار المادية المباشرة التى تصيب الغير ، كما أنه لا يغطى الأضرار الاقتصادية ولا الأضرار الجسدية التى تلحق بالآخرين^(٤) . فعقد تأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال هو العقد الوحيد

(١) راجع المادة ٧٧٦ فقرة ٢ ، ٣ مدنى مصرى .

(٢) إذ يجوز الاتفاق على تغطية بعض الأضرار الأخرى التى لا تغطيها وثيقة التأمين من الحريق العادية ، سواء تلك التى لم ترد أصلاً فى الوثيقة أو تلك المستثناه منها وذلك بمقتضى ملحق يضاف إلى الوثيقة .

(٣) راجع فى ذلك :

Chaumet , art. préc. p. 23 .

(٤) فالضرر المادى قد يتمثل ، على سبيل المثال ، فى تسمم جميع أسماك الحوض المجاور لوقوع الحادث ونفوقها بسبب المخلفات السامة التى حملتها المياه المستخدمة فى إخماد الحريق . وتتجسد الأضرار الاقتصادية فى الخسائر التى تلحق بالشخص الذى يقوم بتربية الأسماك ، على سبيل المثال ، والذى يضطر

الذى يمكن أن يغطى تلك الأضرار ، من الناحية النظرية ، ودون تحديد حد أقصى لذلك . ولما كانت وثيقة التأمين من المسؤولية المدنية عن الاستغلال تستبعد ضمان المسؤوليات الناجمة عن نشوب حريق ما ، لذلك يلزم التنبيه إلى هذه المسألة عند توقيع عقد تأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال . فامتداد الضمان للأضرار الجسدية الناتجة عن حوادث تقوم بتغطيتها وثيقة تأمين أخرى ضد الحريق لا يتم تلقائياً ، إذ يجب أن تذكر صراحة فى العقد .

وإذا كان تلوث البيئة لم يتم تغطيته فى وثيقة تأمين خاصة به أو فى وثيقة تأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال ، وإذا كانت هذه الأخيرة لا تنص على أى امتداد للضمان يشمل الأضرار الجسدية ، فلا يتم التعويض عن حدوثها ، بالإضافة إلى ذلك ، فإن المبالغ التى يضمنها " رجوع الجيران والغير " قليلة جداً (١) .

وتداركاً لهذه الثغرات الهامة اقترحت الجمعية العمومية لشركات تأمين الأضرار (سوق تأمين الحريق) بتاريخ ٢٥ سبتمبر ١٩٩١م فى مذكرة الشركات الخاصة بضمان أضرار التلوث بعد الحريق والمخاطر المرتبطة بها أن تستبعد من الضمان " رجوع الجيران والغير " الوارد فى عقد تأمين الحريق - الانفجار ، من مخاطر المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بعد الحريق أو الانفجار ، أى أنها ستكون موضوعاً لوثيقة تأمين خاصة اعتباراً من عام ١٩٩١م (٢) .

إلى غلق منشآته بضعة أسابيع . وإذا كان الحريق لم ينتج عنه إلا دخان كثيف لم يسبب أية خسائر لمربى الأسماك ولكن خوفاً من خطر تلوث الهواء بالمواد السامة قام بإجلاء عماله عن الموقع ، = وأغلقه لمدة معينة فإنه لا يتم ضمان نقص الربح الناجم عن هذا الإجلاء . وإذا تصورنا أن سحب الدخان الناجم عن الحريق ينبعث منها مادة سامة ، كمادة الديوكسين ، ففي هذه الحالة سيعانى الشخص الذى يقوم بتربية الأسماك وأسرتة من خلل جسيم فى البصر والرئتين ، ولكن فى هذه الحالة أيضاً لا يمكن لضمآن رجوع الجيران والغير أن يغطى هذا الضرر ، مع أنه يمس جسد الإنسان ، ويمكن أن تكون الأضرار فى هذه الحالة بالغة الخطورة . راجع فى ذلك : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩١٩ ، وما بعدها والمراجع التى أشارت إليها فى هذا الصدد .

(١) أنظر فى ذلك : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٢٠ ، والهامش .

(٢) راجع فى ذلك :

الفرع الثاني

ضمان أخطار التلوث في وثيقة

تأمين المسؤولية عن الاستغلال الصناعي

٤٩- لم تكن وثيقة التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن الاستغلال *police responsabilité civile exploitation* الصناعية المعروفة في السوق التأمينية الفرنسية تستبعد ، في البداية ، وقائع التلوث من إطار ضمانها ، بل كانت مضار هذه الأخيرة مضمونه ، عادة ، بهذه الوثيقة شريطة فقط أن يكون التلوث عارضاً *accidentelle* أو بعبارة أخرى ناجماً عن حادث فجائي غير متوقع ومستقل عن المضرور^(١) .

غير أن تزايد الكوارث من هذا النوع وتشدد القضاء مع المستأمنين ، قد دفع المؤمنين إلى تقييد ضمانهم تدريجياً في هذا الشأن حتى وصلوا إلى ما يشبه استبعاد مضار التلوث من إطار الضمان كلية .

٥٠- ففي البداية ضمنوا هذه الوثيقة شرطاً يواجهه ما وصفوه بالأضرار الاستثنائية *exceptionnels dommages* ، حددوا بموجبه حداً أقصى للضمان في هذا النوع من الأضرار قدره عشرة ملايين فرنك^(٢) واعتبروا التلوث - على الأخص - أحد نماذج هذه الأضرار ، ثم في سنة ١٩٦٧م ، أوصت الجمعية العامة لشركات التأمين ضد الحوادث^(٣) ، باستبعاد وقائع تلوث المياه وتلوث الهواء

(١) Voir : Demesster - Morançais, art. préc.. p. 1559 , no.14 ; Chaumet, art. préc. p. 23 ; Prieur, op. cit. p. 873, no. 977 ; Lezon, Assurance des risques industriels et protection de l'environnement - la jaune et la rouge de 1996 : Environnement, du 18 juin. 2006, site , <http://www.x-environnement.org/jaune-rouge/JR69/Lezon.html>,p.1 ; Quirion, Op. cit. site, préc. p. 18 ; Nussbaum, Responsabilité environnemental et le role de l'assurance , du 18 juin. 2006, site <http://www.assurisk.com/themesrecherche/asspollution/assurancetpollution.htm>. p.7.

ود/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ١١٥ فقرة ١٢٧ .
وقارب :

Le Damany , art. préc. . p . 164 .

(٢) يراعى أن المبالغ التي سيرد ذكرها في هذا البحث ستكون بالعملة الفرنسية القديمة وهي " الفرنك الفرنسي " ، وبالتالي يجب أن تحسب قيمتها بما يعادلها بالعملة الحالية التي جرى بها التعامل الآن في فرنسا - وكذلك في كل دول الاتحاد الأوروبي - وهي " اليورو " .

(٣) Association générale des sociétés d'assurance contre accidents.

من إطار ضمان هذه الوثيقة أو بعدم قبول تغطيتها إلا بنص صريح في الشروط العامة . وفي عام ١٩٧٤م ، وعلى أثر كوارث جديدة من هذا النوع وقعت في تلك الفترة ، حددت هذه الجمعية مفهوم فكرة التلوث وأوصت في كتاب دورى لها بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٧٤م ، بضرورة أن تتضمن الشروط العامة لهذه الوثيقة الشرط التالى :

" تكون مستبعدة من إطار الضمان الأثار المالية للمسئولية المدنية التى قد يقضى بها على المستأمن بسبب أضرار جسمانية أو مادية أو غير مادية ، ترجع بسببها إلى تلوث المناخ أو المياه أو التربة أو إلى أى أضرار أخرى بالبيئة ، تنتج عن بث أو إلقاء أو تخزين مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو عن ضوضاء أو روائح أو اهتزازات أو موجات أو إشعاعات أو توهجات أو تغيير لحالة الجو ، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق أو شرط يقضى بغير ذلك " (١).

ويتضح من ذلك أن واضعى المنشور قد فضلوا أن تكون هذه المظاهر المتعددة التى تكاد تحيط بكل صور الإضرار بالبيئة مستبعدة أصلاً من إطار الضمان ، لكنهم مع ذلك تركوا الباب مفتوحاً أمام من يرغب من المؤمنين فى تغطية ما يروونه من هذه الأضرار ، على أن تحدد بوضوح فى الشروط الخاصة للوثيقة .

وقد أوصى واضعو المنشور ، إذا ما فضل أحد المؤمنين هذه التغطية ، أن تنظم هذه التغطية على أساس من التفرقة بين الأضرار الجسمانية والأضرار المادية . فالأضرار الجسمانية التى تصيب الغير من جراء تلوث الجو أو المياه أو التربة أو من جراء أى إضرار أخر بالبيئة ، يمكن أن تكون مغطاة عندما تكون هذه الظواهر تنشأ وتتطور أو تنتشر بشكل مفاجئ ، بفعل مواد أو منشآت أو أنشطة للمستأمن ، تكون محددة فى شروط الوثيقة الخاصة . كذلك يمكن أن تكون مغطاة الأضرار المادية التى تصيب الغير من جراء تلوث الهواء أو المياه أو التربة أو من جراء أى

(١) Voir : Demeester - Morançais , art. préc. p. 1556, no. 9 ; F. Chaumet , art. préc. 23 ; Delpoux , art. préc. p . 560 ; Prieur, Op. cit. p. 873 , no . 977 .

و/د محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ، فقرة ١٢٨ .

أضرار أخرى بالبيئة ، عندما تنشأ هذه الظواهر من تصدع أو تفكك حاوية أو آلة أو منشأة أو من خلل غير متوقع فى جهاز أو من حريق أو انفجار أو من سوء تشغيل^(١).

٥١- وعلاوة على كل هذه القيود علق واضعو المنشور هذه التغطية ، فى جميع الأحوال ، علاوة على كون التلوث ناشئاً عن حادث على شرطين هما ^(٢) :

١ - أن يكون المستأمن ، قبل حدوث الضرر ، قد راعى الضوابط واللوائح المعروفة أو التى يجب أن تكون معروفة له أو لمن له إدارة المشروع إذا كان المستأمن شخصاً اعتبارياً .

٢ - أن يكون المستأمن قد نفذ ، بانتظام ، عمليات الصيانة المعروفة أو التى كان يجب أن تكون معروفة له أو لمن له إدارة المشروع إذا كان المستأمن شخصاً اعتبارياً .

نخلص من ذلك أن المؤمن يقصرون تغطيتهم التأمينية على الأضرار الجسمانية أو المادية ، وبالتالي فإن ما ينجم عن التلوث من أضرار غير مادية أى غير مترتبة على ضرر مادي أو جسماني ، لن تكون داخلة فى إطار ضمان هذه الوثيقة ، إذ أن المؤمن يفهمون الحادث على أنه ؛ " الواقعة التى تشكل سبباً لضرر جسماني يصيب كياناً حياً أو لتحطم أو تلف أو فقدان شيء أو مادة " .

٥٢- وهذه الوثيقة التى نحن بصددنا غير مناسبة وغير ملائمة لتحمل أخطار التلوث البيئى ، ذلك أنها تقصر الضمان على وقائع التلوث العرضى دون التدريجى ، أى وقائع أو حوادث التلوث الفجائية ^(٣) ، مما يكون من شأنه تقليل أهمية الضمان المعروض على الصناعيين فى هذا المجال .

وإذا كانت بعض شركات التأمين الفرنسية قد استبعدت مؤخراً من وثيقتها الخاصة بتأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال هذه الصفة وإمتد ضمانهم ليشمل

(١) Voir : Chaumet , art. préc. p. 23 ; Delpoux, art. préc. p. 560 ; Prieur, op. cit. p. 873, no 977

ود/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١١٧ ، فقرة ١٢٩ .
(٢) راجع فى هذين الشرطين :

Deprimoz , Art. préc. p . 485 et 486 ; Delpoux , art. préc. p. 560 .

(٣) فالحدث قد تم تعريفه بأنه :

" tout événement soudain , imprévu et extérieur à la victime et à la chose endommagée " .

وقائع تلوث غير عرضية^(١)، إلا أن ذلك لا يكفي في الحقيقة، إذ أنهم في هذه الحالة يقصرون الضمان على بعض نماذج الأضرار دون الأخرى^(٢)، فأحياناً تضمن الوثيقة الأضرار الجسمانية فحسب الناشئة عن وقائع تلوث غير عرضية، كالصدأ أو الإتلاف أو التآكل البطيء أو التدريجي طالما أنها غير متوقعة بالنسبة للمؤمن^(٣) وحتى إذا غطت الوثيقة جميع الأضرار في حالة التلوث التدريجي، فإنهم يشترطون أن تنتج هذه الأضرار عن الإدارة غير المألوفة للمنشأة^(٤).

يضاف إلى ذلك أن قيمة الضمان المشروط تكون قليلة بصفة عامة وهي ٢ مليون فرنك بالنسبة لجميع الأضرار الجسمانية، المادية وغير المادية، المتتابعة، مجتمعة كحد أقصى للتأمين سنوياً والحاصلة للغير خارج موقع المنشأة، أي أن هذا التأمين لا يغطي الأضرار الحاصلة للمؤمن له بسبب التلوث الناجم عن فعله للأموال الكائنة على موقع المنشأة^(٥).

وأياً كان الأمر فإن خطر التلوث قد ظل لمدة طويلة يتم ضمانه عن طريق وثائق تأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال قبل ظهور أنظمة تأمين أخطار التلوث الخاصة، بل وحتى بعد ظهور هذه الأنظمة وذلك بالنسبة لأخطار التلوث غير الجسيمة.

٥٣- وبعد ذلك وتحديداً في أواخر عام ١٩٩٣م، أعلن معيدو التأمين، صراحة، باعتبارهم من أهم المؤثرين على سوق التأمين الفرنسية، استبعاد أخطار التلوث من اتفاقات إعادة تأمين المسؤولية المدنية عن الاستغلال، ابتداء من أول يناير عام ١٩٩٤م^(٦). ويفسر ذلك الإعلان بالرغبة في عزل خطر التلوث

(١) Voir : Le Damany , art. préc. p. 164 ; Demeester – Moraçais , art. préc. p. 1559 , no. 14 ; Colloque franco – allemand , préc. p. 595 .

(٢) Le Damany , art. préc. p. 164 .

(٣) Demeester – Moraçais , art. préc. p. 1559 , no. 14 .

(٤) Voir : Le Damany , art. préc. p. 164 .

(٥) Voir : Chaumet , art. préc. p. 23 ; Delpoux , art. préc. p. 560 ; Quirion , Op. cit. site préc. p. 18 ; Nussbaum , Op. cit. site préc. p.7.

(٦) راجع في ذلك :

Demeester – Moraçais , art. préc. p. 1557 , no. 9 ; Delpoux , art. préc. p. 558 et 560 ; Chaumet , art. préc. p. 24 ; Viney , art. préc. no. 32 ; Chesnelong , Introduire dans les contrats une dimension environnementale , Petites

ومعالجته في وثيقة تأمين خاصة (1) . وقد أحدث هذا الإعلان لمعدي التأمين الفرنسيين ، على حد تعبير البعض (2) ، دوباً شديداً كدوى الانفجار ، وكان من أثر هذا الإعلان أن اتجه أعضاء تجمع Assurpol ، إلى إعادة النظر في نطاق تدخله بحيث يتسع ليسد الفراغ الناجم عن استبعاد خطر التلوث من نطاق عقود تأمين المسؤولية المدنية العامة للمنشآت .

وبناء على ذلك الإعلان فإن شركات التأمين التي تأخذ على عاتقها -في عقود تأمين المسؤولية المدنية - ضمان أخطار التلوث ستجد نفسها ملزمة بأن تأخذ على عاتقها هذه الأخطار دون أن يمكنها أن تعيد تأمينها على أن تقوم بتجديد ضمانها أو أن تتفاوض وتتباحث مع معيدي التأمين لإعادة تأمينها جزئياً أو نقل أو تحويل هذه الأخطار على نموذج وثيقة Assurpol (3) .

٥٤ - ونتيجة للعقبات التي صادفت شركات التأمين العاملة بسبب قرار معيدي التأمين الفرنسيين في ١٩٩٣م ، بالألا يعيدوا تأمين الأخطار المضمونة في إطار وثيقة المسؤولية المدنية العامة ، فقد عرضت مجموعة Assurpol على هذه الشركات في عام ١٩٩٦م ، رعاية اتفاقية إعادة التأمين المسماة " المخاطر المنتشرة " Risques diffus " ، والتي أتاحت لهذه الشركات إمكانية الانضمام إليها ، إذ ظلت تضمن في عقودها لتأمين المسؤولية المدنية للمنشآت بعض الأنشطة التي تحدث مخاطر ضعيفة ، ودون أن يكون لها أن تضمنها في إطار العقود الخاصة (4) .

Affiches, du 27 avril 1994, no. 6 ; London, Art. préc. p. 2 ; Prieur, op. cit. p. 873, no. 977 ; Quirion , Op. cit. site préc. p. 19 ; Nussbaum, Op. cit. site , préc. p. 8.

(1) والواقع أن تأمين المسؤولية المدنية عن التلوث أو أفعال التعدي على البيئة عن طريق العقود الخاصة ، يتم تبريره بستة أسباب هي : ١ - أن ضخامة حجم الأخطار الحاصلة في البيئة يستلزم إحصائيات = خاصة وبصفة مستمرة . ٢ - الحاجة إلى مبالغ ضمان مناسبة . ٣ - الحاجة إلى تغطية تأمينية خاصة تمنحها سوق التأمين ومعيدي التأمين . ٤ - شروط الضمان ، مع الأخذ في الحسبان ، خصوصية الخطر . ٥ - تكنولوجيا الوقاية والحماية الخاصة والتي تأخذ على عاتقها حينئذ ، دراسة المخاطر . ٦ - طرق التعويض وتحديد الأضرار التي ينطبق عليها .
راجع في هذه الأسباب :

Delpoux , art. préc. p . 560 .

(2) Delpoux, art. préc. p . 558 .

(3) راجع في ذلك :

F. Chaumet , art. préc. p. 24 ; Quirion, Op. cit. site , préc. p. 19 .

(4) Voir : F . Chaumet , art. préc. p . 24.

وتجدر الإشارة ، أخيراً ، إلى أن السوق التأمينية الفرنسية تعرض تغطية تأمينية بشأن التلوث من مصدر عرضي ، يمكن أن تصل إلى مئات الملايين من الفرنكات الفرنسية (١) .

المطلب الثاني

تأمين أخطار التلوث في وثيقة التجمع Assurpol

من تجمع Garpol إلى تجمع Assurpol :

٥٥- إزاء المخاطر الجسيمة للتلوث تتبه رجال التأمين الفرنسيين منذ ١٩٧٩م إلى ضرورة إيجاد أداة معينة لتأمين المسؤولية الناتجة عن الاعتداء على البيئة ومن هنا تم إنشاء تجمع إعادة التأمين ، وهو تجمع تأمين مخاطر التلوث بين شركات التأمين ومعيدين التأمين ويشار إلى هذا التجمع اختصاراً بـ Garpol والذي يعد بمثابة التجربة الأولى فيما يتعلق بالتغطية التأمينية للمسؤولية عن التلوث . وهذا التجمع كان يسمح لأعضائه بأن يعرضوا بعقود خاصة ضمانات واسعة وضخمة للأخطار الناشئة عن التلوث .

وقد استحدث عقد نموذج Garpol مجالات تأمينية واسعة مثل تغطية أخطار التلوث العرضي والتدريحي معاً ، حيث اختفت من عقود التأمين المعروضة على رجال الصناعة الإشارة التقليدية إلى فكرة الحادث المعروفة في النظرية العامة للتأمين ، كذلك لم تكن الأضرار التي يتم تغطيتها قاصرة على ما يتم إفراغه في الهواء أو في الماء أو التربة ، لكن أيضاً الأضرار الناجمة عن الروائح والضوضاء، الاهتزازات ، الموجات ، الإشعاعات أو التغيير في درجات الحرارة المجاورة لحد التزامات الجوار (٢) .

بيد أن تجمع Garpol والذي لم يحصل في عام ١٩٨٨م سوى أقساط قيمتها ٢ مليون فرنك لم يتطور بالصورة المنشودة ، إذ أن التغطية التأمينية لهذا النموذج

(١) أشار لذلك :

Delpoux , art. préc. p . 561 .

و/د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٢٤ .

(١) راجع في الضمانات التي كانت تمنحها الوثيقة الخاصة بتجمع Garpol :

Deprimoz , Les nouvelles voies prises par l'assurance art. préc. p. 484 et s ; Bigot , Assurance de responsabilitéart. préc. p . 195 et 196 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p. 18 .

الخاص به كانت في حدود ثلاثين مليون فرنك فرنسي كحد أقصى للحادث وسنوياً ولاعتقاد أصحاب ومديرو المنشآت أن الغطاء التأميني الذي تمنحه وثيقة التأمين ضد الحريق أو الانفجار أو وئائق تأمين المسؤولية المدنية التقليدية ، كان كافياً بالنسبة لهم^(١).

وعلى ذلك قرر أعضاء مجموعة Grapol في عام ١٩٨٩م ، وبعد الخبرة التي اكتسبوها طوال عشر سنوات استبداله بتجمع جديد لإعادة التأمين ، أطلق عليه اسم تجمع تأمين التلوث " Assurance pollution والذي يرمز إليه اختصاراً Assurpol وقد بدأ في ممارسة نشاطه اعتباراً من أول يناير عام ١٩٨٩م .

التعريف بتجمع Assurpol :

٥٦- وهذا التجمع يضم أكثر من خمسين شركة تأمين فرنسية وأجنبية وخمس عشرة شركة متخصصة في إعادة التأمين ، وموضوع هذا التجمع هو نفس موضوع تجمع Grapol ، بيد أن حدود التغطية التأمينية تصل إلى ١٣٠ مليون فرنك فرنسي وأصبحت ٢٠٠ مليون فرنك منذ عام ١٩٩٩م ، بينما Grapol كانت مقدرته المالية حدها الأقصى ، كما سبق وذكرنا، هي ثلاثين مليون فرنك فقط^(٢).

ويتمثل نشاط تجمع Assurpol في إعادة التأمين والتنازل عن المخاطر في مجال الاعتداء على البيئة من جانب الشركات والتجمعات الأخرى ، إنه يعد إذن تجمعاً لإعادة التأمين المشترك بنظام الحصص حيث تقوم الشركة المشتركة في هذا التجمع بالتنازل عن عقود إعادة التأمين لهذا التجمع الذي يقوم بدوره بتوزيع أقساط التأمين ، وكذا الأضرار وفقاً لحصص الشركات المشاركة^(٣).

(١) Le Damany , art. préc. p.164 ; Quirion , Op. cit. site, préc. p. 18.

(٢) راجع في ذلك :

Le Damany , art. préc. p. 164 ; Chaumet , art. préc. p. 23 ; Demeester – Morançais , art. préc . p. 1557 ; Viney , art. préc. no . 23 ; London , art. préc. p. 2 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc. p. 8 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p. 18 ; Lezon , Op. cit. site , préc. p . 2.

(٣) Ce groupement est defini comme un pool de coréassurance en quote – part . les contrats gérés par les sociétés du groupe sont cédés en quote – part au pool de la participation de chaque société .

ويتكون هذا التجمع من مجموعة من الجهات المنوط بها اتخاذ القرارات الخاصة بهذا التجمع وهي الجمعية العمومية ، مجلس إدارة اللجنة الفنية ، لجنة تسوية الحوادث^(١) . ويمكن أن ينضم إلى هذا التجمع كل شركة تأمين أو إعادة تأمين مصرح لها بالعمل في فرنسا ، سواء كانت شركة فرنسية أو أجنبية ، أنشأت أو لم تنشأ في فرنسا . ومع ذلك يمكن للشركات المنضمة إلى هذا التجمع أن تتسحب منه بشرط احترام بعض الشروط الخاصة .

مضمون الضمان في وثيقة Assurpol :

٥٧- حتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٣م ، كان تجمع Assurpol ، يصدر وثيقة تأمين واحدة لكنها كانت فريدة وتتسم بالتجديد بالمقارنة بما كان موجوداً في سوق التأمين الفرنسي في ذلك الوقت ، حيث كان يعرض عقداً خاصاً للمسئولية المدنية مخصصاً لضمان الأضرار التي تصيب الغير المضرور ، الناجمة عن أفعال وتصرفات المستأمن ، والذي غالباً ما يكون مؤسسة صناعية ملوثة دون الإشارة إلى فكرة الحادث ودون إجراء أى تفرقة بين التلوث العرضي والتلوث التدريجي^(٢) . ولكن اعتباراً من أول يناير ١٩٩٤م ، أصدر التجمع وثيقة تأمين " مخاطر التلوث " تحمل إسم استغلال المنشآت الأرضية الثابتة الصناعية والتجارية لضمان المسئولية المدنية عن أضرار التلوث .

٥٨- ويتمثل مضمون الضمان في وثيقة Assurpol في الأتي^(٣) :

Voir : Demesster – Morançais , art. préc . p. 1559 , no . 16 ; Bavoillot , les reponses actuellespréc. , p . 2 ; Quirion , Op. cit. site , préc . p. 20 et 21 .

(١) راجع في هينات تجمع تأمين Assurpol : د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، المرجع السابق ، ص ٩٣٩ ، والمراجع التي أشارت إليها في هذا الخصوص .

(٢) Voir : Le Damany , art. préc. p. 164 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc . p. 10.

(٣) راجع في ذلك :

Chaumet , Art. préc. p. 25 et 26 ; Delpoux, Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement ... préc. 561 ; Demeester – Morançais , Art. préc. 1557, no. 10 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc. p. 10 et s ; Quirion , Op. cit. site , préc. p. 21 et s ; Prieur, op. cit. no. 978 .

١- أن التلوث المضمون أثاره في مفهوم هذه الوثيقة هو " انبعاث ، انتشار ، إلقاء أو تخزين أى مادة صلبة أو سائلة أو غازية تنتشر عن طريق الهواء أو التربة أو الماء . وتعنى الأضرار المضمونة ظهور الروائح ، الضوضاء ، تغير درجة الحرارة ، الموجات ، الإشعاعات ، التوهجات ، المجاوزة لحد المضار المألوفة للجوار .

٢- الضمان في هذه الوثيقة يشمل الآثار المالية للمسئولية المدنية للمستأمن بسبب الأضرار الجسمانية ، المادية ، المجردة (الأضرار الاقتصادية المحضة) التي تصيب الغير ، متى كانت هذه الأضرار ناجمة عن تعدى على البيئة ناتج عن الوقائع التي تحدث في نطاق منشآت المستأمن المحددة ، بشروط خاصة ، والراجعة إلى ممارسة الأنشطة المضمونة (١) .

٣- الأضرار التي يغطيها ضمان هذه الوثيقة هي الأضرار الجسمانية ، المادية أو الاقتصادية . والأضرار الجسمانية ، عرفت المادة الأولى من الوثيقة في فقرتها الخامسة بأنها ؛ " كل مساس جسدى يتعرض له أى شخص " . بينما عرفت المادة الأولى في فقرتها السادسة الأضرار المادية بأنها ؛ " كل إتلاف أو تدمير لشيء أو مادة أو كل تعدى مادي على الحيوانات وذلك عندما تكون هذه الأشياء ، المواد أو الحيوانات مملوكة لأحد الأشخاص " . فالأضرار المادية تتمثل في خسائر الذمة المالية للأموال الثابتة أو المنقولة ، الخاصة أو العامة ، متى أتلفت بسبب التلوث والمملوكة لأحد الأشخاص ، أى أن الأموال المملوكة وحدها هي التي يمكن أن تتيح الفرصة للتعويض عنها .

كما عرفت الفقرة السابعة من المادة الأولى الأضرار غير المادية أى الأضرار الاقتصادية بأنها ؛ " كل ضرر مالى ينتج عن الحرمان من الانتفاع بأحد الحقوق أو عن انقطاع خدمة كان يقوم بتقديمها شخص ما أو أحد المنقولات أو أحد العقارات " . والمقصود بهذه الأضرار ؛ " الأضرار الاقتصادية المحضة " الراجعة إلى توقف الأنشطة الصناعية بسبب الخوف من تلوث المياه أو الهواء أو التربة (٢) .

(١) المادة الثانية من الشروط العامة لوثيقة Assurpol .

(٢) انظر في ذلك :

وقد بلغ الحد الأقصى للضمان في هذه الوثيقة عند نشأة Assurpol ، ١٣٠ مليون فرنك ، وصلت فيما بعد إلى ٢٠٠ مليون فرنك سنوياً^(١) .
ويتضح من ذلك أن الوثيقة الجديدة للتجمع قد وسعت من مضمون الضمان فلم تقصره على وقائع التلوث العرضي المرتبطة بالحادثة الفجائي . فالتعدى على البيئة المضمون آثاره يمكن أن يكون مصدره عرضي^(٢) أو غير عرضي ويسمى تدريجي أو تصاعدي^(٣) ، فالوثيقة لا تقيم أى تفرقة بين التلوث العرضي والتلوث التدريجي ، إذ أن كليهما تكون مضمونة الآثار المالية للمسئولية الناشئة عنه^(٤) ، وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي^(٥) وإن كان البعض الأخر يذهب إلى عكس ذلك ويرى أن التلوث المضمون آثاره هو ذلك الذى ينجم عن مصدر عرضي^(٦)

Demesster – Morançais , art. préc. p . 1557 , no . 10 ; Delpoux , art. préc. entreprises pour l'environnement " (١) وتجدر الإشارة أن جمعية " منشآت من أجل البيئة " التى تضم عدد كبير من الشركات الفرنسية قد بحثت إنشاء مشروع مهنى مجمع يسمح بضمان أعضائها فيما زاد عن الحد الأقصى الذى يضمنه Assurpol ، بيد أن هذا المشروع لم يدخل حيز النفاذ حتى الآن .
Voir : Nussbaum , Op. cit. site , préc. p. 19 ; Lezon , Op. cit. site , préc. p. 6 .

(٢) كتصدع أو انقطاع مفاجئ لجزء أو لشبكة قنوات المياه أو حريق أو انفجار أو فعل عمدى للتابع .
(٣) كتآكل أو تلاف أو تلوث بطيء للمنشآت التى يكون للمؤمن عليها حق ملكية أو له عليها حراسة .
(٤) ولما كان Assurpol ، هو تجمع لإعادة التأمين وليس للتأمين ، فالمنشآت المؤمن لها ، لا تبرم عقود التأمين من المسئولية عن أخطار التلوث مع هذا التجمع وإنما مع أى شركة تأمين عضو فيه . ومع ذلك فإن هذه العقود يجب أن تراعى بنود العقد النموذجي الخاص بـ Assurpol . وتجدر الإشارة إلى أن العقود التى أبرمت فى نطاق تجمع Assurpol كانت فى عام ١٩٩٠م عددها ٢١٠ عقد وإجمالي قيمة الأقساط التى تم تحصيلها ٨,٨ مليون فرنك بينما فى عام ١٩٩٧م وصل عدد العقود إلى ١٤٤١ عقد وبلغت قيمة الأقساط التى تم تحصيلها فى هذا العام ٩٥,٥ مليون فرنك فرنسى ، وهذا إن دل فإنه يدل على تطور تجمع Assurpol وأهميته فى مجال تأمين التلوث .
راجع فى ذلك :

Quirion , Op. cit. site , préc. p. 21

(٥) من هذا الفقه :

Demeester – Morançais , art. préc. p . 1557 , no. 9 et 10 ; Deprimoz, Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement, J-CL , Resp. Civ. fasc, 581-1, 1994 , no . 37 ; Prieur , Op. cit. no. 978, p. 874 ; Bavoillot , Les reponses actuelles ...préc. p . 3 ; Huet (Jérôme) , Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, 3e partie, Petites Affiches , du 14 janvier 1994, no. 38 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc. p . 10 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p. 21 .

(٦) من هذا الفقه :

Viney , art. préc. no . 31 ; F. Chaumet, art. préc. p . 25 ; Et voir : Delpoux , art. préc. p. 561

و/د نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، رقم ٥٣ .

٥٩- بالإضافة إلى ضمان الوثيقة لآثار المسؤولية المدنية عن التلوث ، فإن العقد ينص كذلك على ضمان إضافي تم اقتراحه في عام ١٩٩٨م ، يسمى ضمان مصروفات عمليات الوقاية من الأضرار والمخصص هذا الضمان لمنع وقوع الأضرار محل الضمان في حالة وجود تهديدات حقيقية وشيكة الوقوع للأضرار المضمونة والمخصص كذلك لإزالة التلوث وتنظيف الأموال الملوثة تنفيذاً لأمر السلطات الإدارية أو بالتعاقد بين المؤمن له والمؤمن ، ولتجنب الازدياد أو التفاقم الحقيقي أو الوشيك لوقوع الأضرار المضمونة . والحد الأقصى لهذا الضمان الإضافي هو ٥٠ مليون فرنك (١) .

وهذا الضمان الإضافي ليس المقصود من ورائه تعويض الغير عن الأضرار المحققة ، لكن أن يدفع المؤمن إلى المؤمن له النفقات والمصروفات التي أنفقها بقصد أن يمنع أو يقلل فرص التحقق الوشيك الوقوع للأضرار المضمونة وإزالة التلوث (٢) .

والمنشآت التي يمكن أن تستفيد من هذه الضمانات التي يمنحها عقد Assurpol هي جميع المنشآت الثابتة الصناعية والتجارية المقامة على الإقليم

وتجدر الإشارة إلى أن عقد نموذج Assurpol قد احتوى على تعريف للأضرار العرضية المضمونة فذكر أنها التعديلات التي يكون ظهورها معاصر للحدث ، الفجائي الغير متوقع ، الذي ينشئ عنه .

Voir : Chaumet, art. préc. 25 ; Viney , art. préc. no . 32.

(١) راجع في ذلك :

Chaumet , art. préc . p . 26 ; Delpoux , art. préc. p . 561 ; Demeester – Morançais , art. préc. p. 1557 , no . 10 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p. 24 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc. p . 18 .

(٢) وبالإضافة إلى ضمان المسؤولية المدنية عن الأضرار المذكورة في الوثيقة ، فإن هناك ضمان للأضرار التي تصيب الأموال يرد في شكل ملحق بعقد تأمين المسؤولية المدنية لـ Assurpol ، ويقصد بهذه الأموال تلك الموجودة في نطاق المنشأة . وتحدد قيمة هذا الضمان على أساس نسبة مئوية من الضمان الأصلي للمسئولية المدنية وهو يغطي الحوادث التي تقع خلال مدة سريان العقد ، ويستبعد آثار الحوادث السابقة . وهذا الضمان يغطي جميع مصروفات إزالة التلوث على الموقع و البناجيم عن حادث مضمون يحدث فجأة على الموقع المضمون .

راجع في هذا الضمان الخاص بالأضرار التي تصيب الأموال :

F. Chaumet , art. préc. p . 30 et 31 ; Prieur , op. cit. p . 875 , no. 978.

الفرنسي وفي إمارة موناكو. (١) سواء كانت هذه المنشآت من بين المنشآت المصنفة أو غير المصنفة (٢).

الاستبعادات الرئيسية من التغطية التأمينية (٣) :

٦٠- الاستبعادات الاتفاقية من التغطية التأمينية في نطاق عقد التأمين نوعين: استبعادات خارجية *les exclusions externes* ، وهي تنصب على استبعاد بعض الأخطار من نطاق التأمين ، وهو يفهم ضمناً من تحديد طبيعة ونوعية الخطر المؤمن منه . واستبعادات داخلية *les exclusion internes* ، التي ينصب على استبعاد ضمان الخطر المؤمن ضده إذا وقع بأسباب معينة يتفق عليها الطرفان (٤) . وهذا النوع من الاستبعادات على قدر كبير من الخطورة والأهمية ، ومن ثم يستلزم القانون لصحته عدم مخالفته لنصوص القانون وأن يرد في الوثيقة بصورة واضحة ومحددة وأن يكون مكتوباً في الوثيقة بشكل بارز (٥) . فدور الاستبعادات ، كما هو شائع في عقود تأمين المسؤولية المدنية ، هو التحديد الواضح

(١) Voir : F. Chaumet , art. préc. p. 24 ; Nussbaum , Op. cit. site, préc. p. 16 .

(٢) طبقاً للقانون الصادر في ١٩ يوليو ١٩٧٦م في فرنسا ، تشمل فكرة المنشآت المصنفة (وهي المنشآت الخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة) كل منشأة يمكن أن تحدث بطبيعتها أو بحسب نوعية المواد التي تحتفظ بها ، مخاطر أو أضرار براحة الجيران أو الصحة أو بالسكنية العامة أو بالزراعة أو بحماية البيئة أو الطبيعة أو بحماية المواقع والآثار . وقد تم حصر عدد ٦٦٧٨٣ منشأة مصنفة خاضعة للترخيص منها ٣٩٢ منشأة تسمى *Seveso* وهي تلك الخاضعة للقرار الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٨٢م المعدل في ١٩٨٧م و ١٩٨٨م الخاص بأخطار التلوث الجسيمة لبعض المنشآت وحوالي خمسمائة ألف منشأة مصنفة خاضعة لنظام الإبلاغ أو الاعلان .
راجع في هذا التعداد لتلك المنشآت :

F. Chaumet , art. préc. p. 24.

(٣) راجع في هذه الاستبعادات :

Chaumet , art. préc. p. 26 et 27 ; Demeester – Morançais , art. préc. p. 1557 , no. 10 ; Delpoux , art. préc. p. 165 ; Deprimoz , Régime juridique des assurances..... préc. nos. 43 et s ; Viney , art. préc. no. 32 ; London , art. préc. p. 2 ; Qriron , Op. cit. site , préc. p. 22 et 23 ; Nussbaum , Op. cit. site , préc. p. 13 à 16 .

(٤) راجع في التفرقة بين هذين النوعين من الاستبعادات : د/ جلال محمد إبراهيم ، التأمين ، المرجع السابق ، ص ٣٢٣ وما بعدها ؛ د/ السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ، المجلد الثاني ، ص ١٢٢٩ .

Et voir : Roussel , Remarques sur la notion d'exclusion en matiere de contrat d'assurance pour une definition retrictive , Gaz . pal. 1984 . 1er octobre 1984 .

(٥) راجع المادة ١٣٣ - ١ من تقنين التأمين الفرنسي وكذلك المادة ل ١١٢ - ٤ من ذات القانون والمعدلة بالمادة ١٠ من قانون ٣ يناير ١٩٨١م ، وأيضاً المادة ٧٥٠ من التقنين المدني المصري .

لنطاق الضمان الذي يبرز المخاطر التي لا يتحملها المؤمن (١) .

٦١- وبالنسبة لوثيقة تجمع Assurpol (٢) ، فقد نصت على مجموعة من الاستبعادات من الغطاء التأميني الخاص بهذه الوثيقة ، علاوة على الاستبعادات التقليدية التي ترد في كل عقد تأمين للمسئولية المدنية (٣) . وتتمثل الاستبعادات الرئيسية الواردة في وثيقة تأمين نموذج Assurpol في الآتي :

١ - الأضرار الناجمة عن مخالفة النصوص التشريعية والتدابير التي أمرت بها السلطات المختصة : فتكون مستبعدة من نطاق الضمان " الأضرار الناجمة عن مخالفة النصوص التشريعية Inobservation des textes légaux ، المذكورة بدقة في الشروط العامة أو النصوص التي تحل محلها والمقصود بالتأكيد بهذه النصوص تلك الخاصة بالوقاية من الأضرار البيئية . كما تكون مستبعدة كذلك الأضرار الناجمة عن مخالفة وعدم إتباع التدابير والإجراءات التي أمرت السلطات المختصة باتخاذها des mesures édictées par les autorités ، ولاسيما الخاصة بقرار الترخيص بالاستغلال (٤) ..

وهذه المخالفة لتلك النصوص والتدابير يجب أن تكون معروفة أو لا يمكن

(١) Delpoux , art. préc. p . 561 .

(٢) ومما هو جدير بالذكر أن نظام التجمع بشأن تأمين المسؤولية عن التلوث ليس قاصراً على فرنسا إذ يوجد تجمعات مماثلة لتجمع Assurpol تقوم بعمليات إعادة التأمين من المسؤولية عن أخطار التلوث في كل من بولندا وإيطاليا والدانمارك ، بيد أنه لا يوجد مثل هذه التجمعات في الولايات المتحدة الأمريكية أو في ألمانيا ، وفي هذه الأخيرة يوجد نظام لتأمين المسؤولية عن أخطار التلوث قبل صدور قانون المسؤولية المدنية عن التلوث الصادر في ١٠/١٢/١٩٩٠م عن طريق وثائق AHB ، WHJ ، وكذلك يوجد نظام لتأمين هذه الأخطار عن طريق نموذج تأمين المسؤولية عن التلوث الخاضع لهذا القانون والذي يسمى نموذج HUK . راجع في نظام تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث في ألمانيا :

C. Hoffman , art . préc. p. 464 à 477 .

(٣) مثل استبعاد ضمان المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الخطأ العمدي أو الغش الصادر عن المستأمن طبقاً للمادة ١١٣ فقرة أولى من تقنين التأمين الفرنسي ، والتي تشير إلى التلوث الخاطئ المتعمد الذي يحدث مع إرادة إحداث الضرر ، مع التنويه أنه من النادر عملاً حدوث تلوث بهذه الصورة . ومع ذلك لا تكون مستبعدة الأضرار الناجمة عن التلوث الحاصل في البيئة عن طريق تابعي المؤمن بخطئهم . فالمؤمن يكون ضامناً للخسائر والأضرار الحاصلة عن طريق الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً مدنياً عنهم أي كانت طبيعة وجسامته أخطاء هؤلاء الأشخاص طبقاً للمادة رقم ل. ١٢١ - ٢ من تقنين التأمين الفرنسي . راجع في استبعاد التلوث الخاطئ العمدي من وثائق التأمين :

Huet , art. préc. 3 re partie ; no . 38 ; Chumet , art. préc. p. 27 .

ومن أمثلتها كذلك استبعاد أضرار التلوث الناجمة عن الحروب ، الثورات ، الهياج الشعبي ، وأعمال الإرهاب .
(٤) المادة ٣ فقرة ١٣ من الوثيقة .

أن يجهلها المؤمن له ، سواء كان مدير المنشأة أو أى شخص يحل محله إذا كان المؤمن له شخص معنوى ، هذه المعرفة يجب أن تكون محققة قبل بداية التعدى على البيئة .

٢ - الأضرار الناجمة عن سوء حالة المنشأة أو عن نقص الصيانة :
يستبعد من نطاق الضمان " الأضرار الناجمة عن سوء حالة المنشأة أو الناجمة عن انتفاء أو نقص صيانتها Mauvais état des installations - Défaut d'entretien ، بيد أنه لا يتم استبعاد هذه الأضرار من نطاق الضمان إلا إذا ثبت أن المستأمن كان عالماً بذلك قبل حدوث الأضرار أو لا يمكن أن يكون مجهولاً بالنسبة له " (١).

فإذا كان المؤمن قد باشر رقابة فنية على الخطر قبل التوقيع على عقد التأمين ، فإن المؤمن له لا يعفى من التزامه بمراعاة حالة منشأته . وفى حالة حصول الكارثة ، يستطيع المؤمن أن يتخلص من الضمان - علاوة على بند الاستبعاد - استناداً إلى الإبلاغ الكاذب ، العمدى أو غير العمدى ، عن الخطر عند التوقيع على عقد التأمين (٢) أو عدم الإبلاغ عن عناصر تقاوم الضرر أثناء العقد (٣).

٣ - الأضرار الناجمة عن النشاط المألوف للمنشأة : Dommages résultant de l'activité normale de l'entreprise
فى إطار الطابع الاحتمالي لعقد التأمين وعرضية الحادث ، ويقصد به استبعاد الأضرار الناجمة عن التعداديات على البيئة المرخص أو المسموح بها عن طريق السلطات الإدارية من أجل استغلال منشأة المؤمن له (٤) . فهذه التعداديات تعتبر محتومة فى الواقع ، وهى تكون متسامح فيها من قبل السلطات العامة فى الدولة نظراً لكونها تكون فى حدود التركيزات المسموح بها (٥) .

(١) المادة الثالثة فقرة ١٣ ب من الوثيقة .

(٢) Art . L. 113-8 et L. 113 - 9 de code assurance français .

(٣) Art . 113 - 2 - 3 de code assurance français .

(٤) المادة ٣ فقرة ١٩ من الوثيقة .

(٥) فى ذات المعنى :

وهذا الاستبعاد يجب أن يكون مفهوماً بالرجوع إلى التحديد الواسع للتعدى على البيئة المنصوص عنه فى الوثيقة وهو " الانبعاث أو الإلقاء لكل مادة منتشرة عن طريق الغلاف الجوى أو الأرض أو المياه ، تشكل تعدى على البيئة " (١).

٤ - استبعاد الضرر الأيكولوجى : Le dommage écologique pur : يقصد بالضرر الأيكولوجى أو البيئى المحض (٢) ، ذلك الذى يصيب العناصر الطبيعية للبيئة أى الأشياء التى لا مالك لها والتى يكون استعمالها شائعاً للكافة . فتكون مستبعدة الأضرار التى تصيب العناصر الطبيعية ، مثل الهواء ، الماء ، التربة ، الكائنات الحية الحيوانية أو النباتية ، التى يكون استعمالها شائعاً للكافة ، كذلك الأضرار ذات الطبيعة الجمالية أو المتعة المرتبطة بها (٣) .

ويرجع السبب فى هذا الاستبعاد إلى طبيعة وجسامة الأضرار البيئية والتكلفة الباهظة اللازمة لتعويض مثل هذه الأضرار ، كما أنها لا يمكن تقديرها من الناحية الاقتصادية تقديراً موثقاً فيه ، ولا يمكن معاملتها إحصائياً نظراً لعموميتها وعليه يصعب من الناحية الفنية تأمينها . كما أن تأمين المسؤولية لا ينطبق إلا فى حالة التعدى على الأموال المملوكة ، وحتى فى حالة هذه الأخيرة فإنه يكون مستبعداً الضرر الذى يصيب هذه الأموال من نطاق الضمان متى كان استعمال هذه الأموال متاحاً للجميع ، وذلك بعكس الأضرار الاقتصادية التى تصيب الغير والناجمة عن إتلاف العناصر الطبيعية (خسارة فى قيمة المال ، كالضرر الذى يصيب شركة المياه بسبب تلوث مياه الحقل الجوفى ، فقد العمل) الراجعة إلى استغلال المؤمن له والتى تكون مغطاة بالوثيقة (٤).

٥ - المجالات الكهربائية والإشعاعات الكهرومغناطيسية : التطورات التكنولوجية المرتبطة بتطبيقات الطاقة الكهربائية ، الأجهزة المختلفة ومستلزمات الاستغلال الصناعى وخطوط الضغط العالى الكهربائية ، المحولات الكهربائية أو

(١) Voir , Delpoux , op . cit . p . 561 .

(٢) راجع فى الضرر البيئى المحض بالتفصيل : رسالتنا للدكتوراه ، سالفه الذكر ، ص ٤١٦ وما بعدها .

(٣) نصت على هذا الاستبعاد المادة الثالثة الفقرة السابعة من الوثيقة .

(٤) راجع فى نفس المعنى :

Chaumet , art. préc . p . 27 ; Delpoux , art. préc . p . 561 ; Prieur , Op . cit . p . 877 , no . 981 .

محطات التليفون المحمول أو محطات أجهزة الاستعمال المنزلى (محطات التليفزيون ، أقران الاستشعار) تعتبر فى الواقع مصدراً لبعض الأضرار الجسمانية أو الاقتصادية المحضة، كالسرطانات والاضطرابات وغيرها من الأضرار المختلفة. وتكون مستبعدة من نطاق الضمان ، جميع الأضرار الناجمة عن الأجهزة أو الآلات أو المجالات الكهربائية أو المغناطيسية أو الإشعاعات المغناطيسية (١).

ويرجع السبب فى استبعاد هذه الأضرار إلى صعوبة إثبات رابطة السببية بين هذه الأدوات والأجهزة المذكورة والأضرار التى تحدثها ، كما أنه لا يمكن تقدير الأضرار الناجمة عنها .

٦ - خطر التقدم : Le resque de developpement المعروف أن التطور العلمى والتكنولوجى يمكن أن يظهر بعد مدة طويلة من تشغيل أو تطبيق الأساليب الفنية أو العلمية وجود أخطار نتيجة تشغيل أو تطبيق هذه الأساليب ، التى لا يمكن بأى حال من الأحوال اكتشافها طبقاً لمستوى المعرفة العلمية أو الفنية فى ذلك الوقت . فلا يمكن تقدير الأضرار التى عساها تنتج عن تجربة أو تطبيق وسيلة فنية جديدة فى الإنتاج أو عن استعمال منتج معين (٢) .

وتكون مستبعدة من نطاق الضمان مخاطر التقدم التى لا يمكن معرفة احتمال وقوعها طبقاً لمستوى المعرفة العلمية والفنية فى وقت التعدى على البيئة (٣) . واللافت للنظر أن المؤمنين يكررون مراراً بحد عدم تأمين هذا الخطر فى عقود التأمين لأنه غير قابل لتقديره كمياً طبقاً للأسس الفنية للتأمين .

٦٢- وعلاوة على هذه الاستبعادات الرئيسية ، فالوثيقة تستبعد من نطاق الضمان كذلك الأضرار التى تحدثها الأشياء المسلمة من المؤمن له للغير والأضرار التى يمكن إرجاعها إلى المسئولية الشخصية للمقاولين والمقاولين من الباطن والأضرار الناجمة عن استخدام الأجسام المعالجة وراثياً والأضرار التى تسببها

(١) مادة ٣ فقرة ٥ من الوثيقة .

(٢) راجع فى المقصود بخطر التقدم بصفة عامة : د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق ، ص ٣١ وما بعدها ، فقرة ١٦ وما بعدها ، وكذلك المراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد .

(٣) مادة ٣ فقرة ٢٠ من الوثيقة .

المنشآت ووسائل النقل والآلات والأضرار الناشئة عن استغلال الأنشطة النووية والأضرار التي تحدث للمؤمن عليه وكذلك استبعاد الديون والرسوم الضريبية (١) .

ويلاحظ ، في هذا الصدد ، كثرة عدد الاستبعادات التي أوردتها وثيقة نموذج Assurpol (٢) .. ويفسر ذلك بتحسب وتردد أعضاء هذه المجموعة في قبول التغطية التأمينية لأخطار التلوث بصورة كاملة ، ولعل السبب في ذلك يرجع إذا ما تدبرنا هذه الاستبعادات إلى أن الأضرار المستبعدة لا تستجيب من الناحية الفنية للأسس الفنية للتأمين ، ومن ثم يتعذر إمكانية تأمينها فنياً .
النطاق الزمني للضمان في وثيقة Assurpol (٣) :

٦٣- مدة عقد Assurpol هي سنة واحدة قابلة للتجديد ، تبدأ من تاريخ سريانه أو من الفترة المحددة في شروطه الخاصة . وتعد مدة صلاحية العقد هي الفترة التي تتوسط تاريخ سريانه وتاريخ انتهائه أو فسخه . ولا يستفيد المؤمن له من الضمان الذي يمنحه العقد إلا إذا تحققت الكارثة خلال مدة العقد .

والمعيار الذي أخذ به Assurpol بالنسبة للنطاق الزمني للضمان هو ، الإثبات الأولى لإمكانية تحقق الضرر أثناء مدة العقد طبقاً للمادة الخامسة من الشروط العامة للوثيقة ، فتاريخ الكارثة يكون هو التحقق الأولى لإمكانية تحقق الضرر . ويقع على عاتق المؤمن له إثبات أن الضرر الناتج عن التعدي على البيئة يكون لاحقاً على تاريخ الواقعة التي أحدثته . وعلى ذلك فلم يعد يعتد في تحديد

(١) راجع في هذه الاستبعادات :

Deprimoz, Régime juridique des assurances contre les risques.....préc. nos. 43 et s .

وتجدر الإشارة أن أغلب الاستبعادات من التغطية التأمينية عموماً قد حكم القضاء ببطلانها ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في دائرتها الأولى بطلان الاستبعاد الخاص بالأضرار الناتجة عن الحالة السيئة أو عدم كفاية أو انعدام أو الصيانة المعيبة للمنشآت .
راجع في ذلك :

Quirion , Op. cit. site , préc. p. 32.

(٢) عشرون استبعاداً نصت عليها المادة ١٣ من الوثيقة .

(٣) Voir : Chaumet , art. préc. p . 27 et 28 ; Delpoux , art. préc. p . 561 et 562 ; Demeester – Morançais , art. préc. p. 1557 , no. 10 ; London , art. préc. p. 2 ; Bavoillot , art. préc. p . 2 et 3 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p 29 à 31 ; Nussbaun , Op. cit. site , préc. p . 19 et 17 .

الكارثة بالرجوع إلى مطالبة المضرور والنظام الذي كان يقضى بتحديد الحادث في وقت المطالبة ثم استبداله بفكرة التحقق الأولى للضرر (١) .

وإذا كانت القاعدة العامة تقضى بأن العقد يتوقف عن إنتاج آثاره عند حلول نهايته ، إلا أن عقد Assurpol ينص مع ذلك على ضمان لاحق في حالة التوقف النهائي لنشاط المؤمن له يبلغ حده الأعلى قيمة ضمان المدة الأخيرة للتأمين السابق على إلغاء العقد للتوقف النهائي. للنشاط في حدود جزء من هذا المبلغ كضمان احتياطي في وقت الإلغاء . ومدة هذا الضمان اللاحق هي خمس سنوات بحيث يغطي الضمان الأضرار المضمونة أو التهديد الوشيك لوقوع الأضرار المضمونة إذا تحققت في خلال الخمس سنوات التي تلي فسخ أو إلغاء عقد التأمين .

ضمان أخطار التلوث في وثيقة Envirowin (٢) :

٦٤- عرض بعض المؤمنون غير المنتمين إلى تجمع Assurpol ، ابتداءً من عام ١٩٩٦م ، عقود تأمين للمسئولية المدنية عن التعدي على البيئة . والذي يسترعى الانتباه في هذا الصدد هو عقد شركة Winterthur الذي يسمى عقد تأمين للمسئولية المدنية للمنشآت بشأن البيئة يسمى عقد Envirowin . هذا العقد يبدو كنموذج متكامل تماماً ، حيث يضمن جميع الأضرار ، إلا تلك التي تكون مستبعدة صراحة ، كما أنه يحد من الطابع الاحتكاري لـ Assurpol .

ويمكن أن يستفيد من الضمان الذي تمنحه هذه الوثيقة كل شركة أو فرع مستقل وكل شركة مندمجة ، أثناء مدة التأمين التي تكون عام واحد ، مع مراعاة الإبلاغ والاتفاق السابق مع المؤمن ، وكذلك المالك للأرض التي بنى عليها المؤمن

(١) فقد سبق لمحكمة النقض أن أبطلت في مجموعة الأحكام الصادرة عنها في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠م الشرط الذي يقضى بعدم ضمان الأضرار المؤمن منها إلا إذا كانت دعوى المضرور قد أقيمت خلال مدة سريان العقد استناداً إلى أن ذلك يؤدي إلى حرمان المؤمن له من الاستفادة من التأمين بسبب واقعة لا دخل له فيها ومن شأن ذلك أن ينشئ ميزة غير مشروعة لمصلحة المؤمن وحده الذي يحصل على أقساط التأمين بدون التزام مقابل .

Voir , Cass. 1er , civ. 19 déc. 1990 , préc .

(٢) راجع في هذه الوثيقة :

Chaumet , art. préc. p. 28 et 30 ; Quirion , Op. cit. site , préc. p 25 et 26 .

وسوف تقتصر معالجتنا لهذه الوثيقة على إبراز الأحكام الأساسية فيها فحسب .

له العقار الذى له عليه حق الملكية (١).

٦٥- وقد عرفت هذه الوثيقة التعدى على البيئة بأنه ؛ " كل تلويث أو إفساد للحالة الطبيعية للهواء أو الماء أو التربة أو باطن الأرض ، الحاصل عن طريق الانبعاثات محدثة الخطر الانبعاثات ، تشير فى الوقت نفسه إلى وقائع التلوث والأضرار " (٢) .

ويلاحظ أن هذه الوثيقة لم تشر إلى عنصر الفجائية فى الانبعاثات أو التعدى الذى ينتج عنها ، مما يدل على أنها لا تقيم أى تفرقة بين وقائع التلوث العرضى أو التدريجى شأنها فى ذلك شأن وثيقة Assurpol . كما تتفق هذه الوثيقة مع وثيقة Assurpol فى أنها تضمن جميع الأضرار الجسمانية ، المادية والاقتصادية البحتة . كما تنص على ضمان مصروفات منع أو تحقيق التلوث التى أنفقها المؤمن له بالاتفاق مع المؤمن ، بقصد منع التحقق الوشيك الوقوع أو الحد من تفاقم الأضرار المضمونة. فالمصروفات التى أنفقها المؤمن له تخضع لضمان الأضرار التى تصيب الغير وتعويضه وذلك إذا كان هناك اتفاق بين المؤمن والمؤمن له على ذلك . فالمؤمن له ملزم بأن يساهم فى الحد من انتشار الأضرار التى تصيب الغير .

إلا أن عقد Envirowin يختلف عن عقد Assurpol فى أنه لا يضمن مصروفات إزالة التلوث ، والتي عرفها هذا العقد بأنها ؛ " تلك التى أنفقها المؤمن له من أجل إزالة كل تلوث أو تدهور مفاجئ على موقع الاستغلال المضمون ، دون أن يكون واضحاً ما إذا كانت هذه الأضرار مرتبطة بالأضرار التى تصيب الغير " . ومن هذه الناحية يبدو أن الضمان فى هذا العقد ، أضيق نطاقاً من ضمان Assurpol ، كما أنه لا يغطي منشآت تخزين أو معالجة أو تصريف النفايات الصلبة .

(١) وتجدر الإشارة أن عقد Envirowin ذو أصل سويسرى وقد تم إعداده فى المدة من ١٩٩٢م حتى ١٩٩٤م ، وقد تم تبنيه حتى يدخل فى الإطار القانونى الخاص فى الدول الأخرى . وفى فرنسا قامت شركة Winterthur بعرض عقد Envirowin منذ أول يناير ١٩٩٦م بالنسبة للمنشآت الكبيرة التى يبلغ رقم أعمالها أكثر من مليار فرنك فرنسى ، ومنذ أول يناير ١٩٩٨م بالنسبة للمنشآت الأخرى .
أنظر فى ذلك :

Quirion , site , préc. p. 25.

(٢) Voir , Chaumet , art. préc. p. 28 .

٦٦- والحد الأقصى للضمان فى عقد Envirowin قليل جداً بالمقارنة بعقد Assurpol ، إذ أن قيمة الضمان المتاح عن طريق هذا العقد هو ٤٠ مليون فرنك ، بينما قيمته فى عقد Assurpol تصل إلى ٢٠٠ مليون فرنك ، علاوة على ذلك فإن حصة هذا العقد فى سوق التأمين ضعيفة جداً بالمقارنة بحصة عقد Assurpol ، فالجانب الأكبر من عقود تأمين التلوث تكون من نصيب Assurpol بينما لا يستأثر هذا النموذج إلا بقدر من العقود يتراوح ما بين ١٠ إلى ١٥ عقد تأمين فحسب (١) .

٦٧- أما فيما يتعلق بالاستبعادات التى تضمنتها هذه الوثيقة ، فإننا نلاحظ أنها تضمنت العديد من الاستبعادات من نطاق التغطية التأمينية لهذه الوثيقة (٢) . ومن أهم هذه الاستبعادات نذكر ، الأضرار الناجمة عن النشاط المألوف للمنتشة (٣) . غير أنه لا يعمل بهذا الاستبعاد إذا استطاع المؤمن له أن يثبت أنه طبقاً للمستوى العلمى والفنى وقت الانبعاثات لم يكن يمكنه توقع أو تجنب هذه الأضرار . وكذلك الأضرار الحاصلة عن طريق أو فى مؤسسات التخزين أو معالجة أو تصريف النفايات أو النفايات الأخرى (٤) . وكذلك تكون مستبعدة من نطاق الضمان جميع مصروفات إزالة التلوث (٥) على الموقع المضمون وجميع نفقات البحث عن أسباب الضرر (٦) . وهذه الاستبعادات وغيرها ، الواردة فى تلك الوثيقة ، لا تستلزم إيضاح خاص .

بيد أنه ، على عكس وثيقة Assurpol ، لا يكون مستبعداً من نطاق الضمان ؛ الضرر الأيكولوجى ، على الأقل عندما يتعلق الضرر بأموال مادية مملوكة أو حتى عندما يكون المقصود هو الأضرار غير المادية غير المتعاقبة (٧) ، كما أنه يغطى خطر التقدم والأخطار الراجعة إلى المجالات الكهربائية والمغناطيسية

(١) Voir : Quirion , site préc . p. 25 .

(٢) Voir , Chaumet , art. préc. p . 26 .

(٣) مادة ٣ فقرة ١٩ من الوثيقة .

(٤) مادة ٣ فقرة ٧ ، ٨ من الوثيقة .

(٥) مادة ٣ فقرة رقم ٥ من الوثيقة .

(٦) مادة ٣ فقرة رقم ١٧ من الوثيقة .

(٧) Voir : Chaumet , art. préc. p . 29 .

والإشعاعات الكهرومغناطيسية ، علاوة على أنه لا يضع حدوداً قصوى لضمان نفقات الوقاية من الأضرار أو تخفيفها (١).

٦٨- وبالنسبة للنطاق الزمني للضمان في هذه الوثيقة : فإن مدة هذا العقد ، كعقد Assurpol هي سنة واحدة . وقد اعتنق هذا العقد شأنه شأن Assurpol ، معيار " الظهور أو التحقق الأولي للضرر المضمون " الذي يجب أن يتم خلال مدة العقد . كما نص العقد كذلك على ضمان اضافي ، حيث ينطبق على الدعاوى التي يرفعها الغير خلال الخمس سنوات التالية للتحقق الأولي للأضرار أو في الخمس سنوات التالية لتاريخ المطالبة الأولى في حالة الكوارث المتسلسلة .

٦٩- وفيما يتعلق بنطاق الضمان من حيث المكان : فالضمان الذي يمنحه هذا العقد ، يكون متاحاً للعالم أجمع monde entier على عكس الضمان المتاح في نموذج Assurpol ، والذي يكون قاصراً على المنشآت المقامة على الإقليم الفرنسي أو إمارة موناكو . بيد أنه بالنسبة للدعاوى التي تكون مرفوعة أمام قضاء الولايات المتحدة الأمريكية ، كندا ، استراليا أو الدول الخاضعة لقوانين هذه الدول ، يكون مستبعداً الضمان بالنسبة لها ، كما لا يستفيد من ضمان هذه الوثيقة الجامعات والهيئات العامة (٢).

وعلى هذا النحو يحق لأي مؤسسة مقامة على الإقليم الفرنسي أو خارجه ، تابعة لفرنسا أو لأي دولة أخرى أن تستفيد من ضمان هذه الوثيقة وأن تبرم هذا العقد ويكون الضمان متاحاً لها حتى ولو أقام المضرور دعواه أمام القضاء الفرنسي أو قضاء أي دولة أخرى فيما عدا القضاء الأمريكي أو الكندي أو الاسترالي أو قضاء أي من الدول الخاضعة لقانون هذه الدول .

(١) Quirion , Op. cit. site préc. p. 25 .

(٢) Voir : Chaumet , art. préc. p. 30.

المبحث الثالث

فكرة التأمين الإجباري من المسؤولية عن أخطار التلوث

الحاجة إلى إلزامية التأمين :

٧٠- يحتل تأمين المسؤولية في مجال تلوث البيئة مكاناً أساسياً ، ذلك أن المسؤولية في مجال التلوث مسؤولية موضوعية قوامها الضرر ، وطبيعياً وقد اعتمدنا نظاماً للمسؤولية الموضوعية في هذا الصدد أن يلزمه نظاماً لتأمين المسؤولية . فتبنى مثل هذه المسؤولية دون ضمان أن يكون لدى المسئول المقدرة المالية لتحمل أثارها يكون ضماناً نظرياً بحتاً ليس له ثمة فعالية بشأن حماية المضرورين فلا توجد مسؤولية فعالة دون أن يلزمها تأمين منها. وعلى هذا النحو يمكن القول أن المسؤولية الموضوعية ونظام تأمين المسؤولية وجهان لعملة واحدة في مجال أضرار التلوث .

والأصل أن التأمين بصفة عامة يتسم بالطابع الاختياري غير الملزم ويخضع لمبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة ، فهو غير ملزم سواء بالنسبة لشركات التأمين العاملة التي تمارس عمليات التأمين أو بالنسبة للأفراد والشركات طالبة التأمين^(١).

٧١- وقد ترتب على كون التأمين اختيارياً بصدد المسؤولية عن أضرار

التلوث نتيجتين :

(١) ورغم الطابع الاختياري للتأمين ، فإن الحاجة قد دعت في بعض الحالات إلى فرضه ، أي جعله إجبارياً ، وذلك حماية لبعض الفئات الجديرة بالرعاية . لذا تهتم التشريعات الحديثة بجعل التأمين إجبارياً في مجالات محددة حرصاً على ضمان حصول بعض الفئات على تعويض عند الإصابة بأضرار عقب وقوع حادث معين . ففي فرنسا ، فرض التأمين الإجباري من المسؤولية المهنية على المهندسين المعماريين والموثقين والمحامين والخبراء المحاسبين والمراجعين وخبراء السيارات ومأموري اتحاد الملاك ومدبري الأموال ومأموري التقليسة ومدبري التسويات القضائية ورجال الأعمال والمشغلين بالعقارات ومدبري الصيدليات والمستشفيات بأنواعها المختلفة ومراكز نقل الدم والتلاميذ في التمرير ومكاتب السياحة ومراكز تنظيم تمضية الأجازات للقصر ومنظمي الاستعراضات الرياضية والمشاركين فيها وسباق السيارات أو الدراجات البخارية ومستغلي معاهد التأهيل الجسماني والصيدانيين . ويدل ذلك على مدى اتساع التأمين الإجباري الذي يهدف إلى ضمان التعويض لضحايا الأضرار ، إذ أصبح التأمين إجبارياً في حوالي تسعين نوعاً من تأمين المسؤولية.

راجع في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، هامش رقم ٥ ، ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .

Et voir : Quirion , Op. cit. site préc. p. 44 .

وفي مصر ، يقتصر التأمين الإجباري على ثلاث حالات هي التأمين من المسؤولية عن حوادث المصاعد ، والتأمين من المسؤولية عن الهدم الكلي أو الجزئي للأبنية والإنشاءات والتأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات .

الأولى : تردد المؤمنون عن قبول التغطية التأمينية لأخطار التلوث البيئي نظراً لجسامة واتساع هذه الأخطار أو بسبب بعض الصعوبات الفنية التي ترى وجاهتها ، من وجهة نظرها ، لعدم قبول تغطية هذه الأخطار ، وحتى إذا قبلت تغطيتها فإنها تفعل ذلك بصورة جزئية نظراً لكثرة الاستبعادات أو لوضع حد أقصى لمبلغ الضمان .

الثانية : إحجام أصحاب المشروعات الملوثة للبيئة عن عرض أخطار التلوث البيئي للتغطية التأمينية بسبب الارتفاع المبالغ فيه لسعر القسط ، ولاسيما الشركات الصغيرة والمتوسطة والتي تمثل عدداً كبيراً والتي قد يكون أثرها على البيئة بالغاً وقد يكون من أثر ذلك إفلاس هذه الشركات لكثرة عدد دعاوى المسؤولية المقامة ضدها .

هذا الموقف المزدوج للمؤمنين والمستأمنين معاً ، ينعكس بدوره على مصالح المضرورين عن التلوث ، والذين يجدون أنفسهم في النهاية غير معوضين عما أصابهم من أضرار بسبب إفلاس المسئول أو عدم قدرته المالية الكاملة على تعويض تلك الأضرار ، إذ ما فائدة حصول المضرور على حكم يقرر حقه في التعويض مع انعدام إمكانية تنفيذه واقتضاء التعويض .

وإزاء هذا الوضع تبدو الحاجة ملحة لفرض التأمين ، أي جعله إجبارياً ملزماً لطرفي العلاقة التأمينية لمواجهة هذا الموقف المزدوج للمؤمنين والمستأمنين معاً لتفادي الآثار الناجمة عنه ، وذلك نظراً للعديد من المزايا التي يقدمها هذا النوع من التأمين .

مزايا التأمين الإجباري من المسؤولية عن أخطار التلوث :

٧٢- إن تبنى نظاماً للتأمين الإجباري من المسؤولية عن أخطار التلوث يحقق العديد من المزايا لأصحاب المشروعات الملوثة وللمضرورين ويعمل على حماية البيئة من التلوث وذلك على النحو التالي :

١ - بالنسبة لأصحاب المشروعات الملوثة : يؤدي التأمين الإجباري إلى توزيع أخطار التلوث على أصحاب المشروعات الملوثة للبيئة بدلاً من أن يتحملها

مشروع واحد فحسب (١) ، فيتمكنوا من مواصلة نشاطهم فى المجتمع والسير قدماً نحو التطور والرقى دون الخشية من الانهيار الاقتصادي نتيجة لدعاوى المسؤولية .
فالمسؤولية تصبح جماعية يوزع عبؤها على مجموع المستأمنين في صورة قسط زهيد القيمة يستطيع كل صاحب مشروع ملوث أن يتحملة (٢) يدفع إلى شركة التأمين والتي تتعهد بضمان وتغطية هذه الأضرار بالتعويض عنها ، تلك الأضرار التي قد تكون من الجسامة بحيث لا يقوى المشروع الملوث ، مالياً ، على تحمل أثارها وهنا يبرز التأمين الإجبارى كحصن أمان للمشروعات الصغيرة والمتوسطة التي لا تؤهلها قدراتها المالية على تحمل أضرار التلوث .

ونظام هذا شأنه لا بد وأن تفضله الشركات والمشروعات الملوثة للبيئة ، إذ يوفر لها الأمان ولا يرهقها مالياً خاصة وأن قيمة القسط الذى ستقوم بدفعه إلى شركة التأمين سوف تدخله هذه الشركات ضمن تكلفة الإنتاج وذلك بدلاً من توفير المبالغ التي قد تدفعها إلى شركة التأمين ، وهو ما يعود فى النهاية على الاقتصاد القومي حيث يشجعها التأمين على العمل والإنتاج . وبالإضافة إلى ذلك فإن التأمين الإجبارى يجنب المؤمن لهم ، أى أصحاب المشروعات الملوثة ، المفاجآت غير السارة مثلما حدث فى نهاية عام ١٩٩٣م فى فرنسا عندما أعلنت شركات التأمين الفرنسية ، استبعاد أخطار التلوث من ضمان وثائق تأمين المسؤولية التقليدية (٣) .

٢ - بالنسبة للمضرورين من التلوث : فنظام التأمين الإجبارى من المسؤولية عن أضرار التلوث يحقق للمضرورين العديد من المزايا :

أ - فهو يضمن للمضرورين تعويضهم عما أصابهم من أضرار ويحميهم من خطر إفسار المسئول عن الضرر (٤) . فههدف عقد التأمين من المسؤولية هو تحمل

(١) Quirion , Op. cit. site préc. p . 48.

(٢) يمكن الاعتراض فى هذا الصدد أن التأمين الإجبارى من شأنه إن يلزم المشروع الملوث بأن يبرم تأمينياً عن أخطار فى حين أنه من الأفضل بالنسبة له أن يحتفظ بها على عاتقه أى يأمنا ذاتياً .
أنظر فى هذا الاعتراض :

Quirion , Op. cit. site préc. p . 49 .

(٣) Voir : Viney, art. préc. no. 32 ; Thieffry, L'opportunité d'une responsabilité à ...préc. no. 1 , p. 121 .

(٤) Quirion , Op. cit. site préc. p. 45 .

شركة التأمين ما يمكن أن يحكم به على المؤمن له من تعويض مستحق للمضرور، وهذا يعنى أن المسئول الفعلى عن الأضرار والذي يتحمل التعويض عنها هو المؤمن ويحق للمضرور الرجوع عليه مباشرة على أساس الدعوى المباشرة التى يقرها القانون للمضرور إزاء المؤمن أو بند الرجوع على المؤمن الذى يرد فى عقد التأمين ، وفى هذه الحالة لا يتأثر المضرور بكون المسئول معسراً أو موسراً ، طالما أن الذى سيتحمل عبء التعويض هو المؤمن .

ب - أن التأمين الإجباري يسهل دور القاضي فى الحكم بإلزام المسئول بتعويض المضرور ، وكذلك قبول تحديد مقدار هذا التعويض . فالغالب أن القاضي لا يتردد فى الحكم بالتعويض للمضرور طالما أن هناك تأميناً إجبارياً من المسئولية وأن هناك شخصاً موسراً سيلتزم بدفع هذا التعويض ، هو المؤمن^(١).

ج - من شأن هذا النظام تحقيق العدل بين المضرورين ، إذ مما يتنافى وقواعد العدل والإنصاف وجود مضرورين من أضرار متماثلة ولا يتم معاملتهم معاملة واحدة لمجرد أن أحدهم كان الحظ حليفاً له فجعله ضحية لمسئول موسر ، بينما الأخر جعله حظه العاثر مضروراً من ضرر ينسب إلى مسئول معسر^(٢).

فنظام التأمين الإجباري يحقق العدل بين المضرورين حيث يكون كل منهم فى مركز مماثل لكل من الآخرين ، فيحق لكل منهم الرجوع ومطالبة المؤمن ويضمن كل منهم حصوله على التعويض الجابر للأضرار وفى نفس الوقت يحقق هذا النظام العدالة بين المسئولين أنفسهم الذين يقوم كل منهم بدفع قسط التأمين للمؤمن والذي يتحمل عنهم التعويض بمقتضى عقد التأمين^(٣).

٣ - التأمين الإجباري وحماية البيئة من التلوث : يفرض هذا النظام على المشروعات الملوثة للبيئة الملزمة بمباشرة عمليات التأمين القيام بالعديد من التدابير والاحتياطات التى من شأنها تلافى وقوع أضرار التلوث والعمل على معالجتها فور

(١) Bigot, l'indemnisation des dommages nés de la pollution et l'assurance, in indemnisation des dommages dus à la pollution , O. C. D. E , 1981 , p. 143 ; Quirion, Op. cit. site préc. p. 46.

(٢) انظر فى نفس المعنى : د/ سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ٦٩ .

(٣) Voir : Martin (Gilles J.) De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit á l'environnement, thèse , Nice , 1976, no . 167 , p . 176.

حدوثها ، مثل تركيب أجهزة الوقاية والأمان بالمنشآت ومعالجة المواد الملوثة وتدريب الأشخاص الخ ، وإلا فإنها يسقط حقها في الضمان أو يؤدي عدم قيامها بتلك التدابير إلى زيادة سعر القسط أو زيادة عدد الاستبعاذات من التغطية التأمينية ، وهذا ما يجعل هذه المشروعات أحرص على عدم وقوع أضرار التلوث والإسراع في العمل على الحد منها إذا ما حدثت ، من شركة التأمين ذاتها لاسيما وأن وثائق التأمين الآن تغطي مصروفات الوقاية من التلوث التي تقوم المنشأة بإنفاقها ، فيكون صاحب المنشأة على يقين بأن هذه المصروفات سوف تدفع له من قبل شركة التأمين (١).

ومن ناحية أخرى، فإن شركات التأمين طبقاً لهذا النظام ، تفرض على المشروعات الملوثة إشراكها في تحمل أضرار التلوث بتحملها جزء منها يمثل نسبة من المبلغ المحكوم به وهو ما يجعل هذه المشروعات تعمل دون تحقق ضرر التلوث الذي يثير مسئوليتها ، علاوة على ذلك فإن المؤمن وهو يهيمه عدم وقوع الخطر المؤمن منه والذي يلتزم بتغطيته ، يعمل جاهداً ويتخذ من الوسائل ما يحول دون وقوع خطر التلوث أو الحد من آثاره الضارة في الحال . ولا شك أن ذلك يؤدي في النهاية إلى المحافظة على البيئة وحمايتها من التلوث والحد من آثاره الضارة عليها ، فالتأمين الإجباري إذن عنصر من عناصر الوقاية البيئية .

يضاف إلى ذلك أن التأمين الإجباري يساعد على إعادة الحال إلى ما كان عليه في البيئة بعد وقوع التلوث حينما يفرض على المستغل تقديم ضمانات مالية مخصصة لإصلاح البيئة أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التلوث وتلتزم المنشآت بتقديم هذه الضمانات المالية التي تأخذ شكل التزام بالضمان ممنوحاً من أحد البنوك أو شركة تأمين ، وذلك قبل مباشرة النشاط (٢).

٧٣- وعلى الرغم من كل هذه المزايا الهامة التي يقدمها نظام التأمين الإجباري فإن وزير المال والاقتصاد الفرنسي أعلن في عام ١٩٨٦م ، أن إبرام عقد

(١) Voir : Quirion , Op. cit. site préc. p. 47 à 49.

(٢) راجع في دور التأمين الإجباري في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التلوث وفي الضمانات المالية المخصصة لذلك والتي يلتزم المشروع بتوفيرها :

Quirion , Op. cit. site préc. p. 46 et 47.

التأمين يجب أن يظل اختيارياً ، وأنه يجب تلافى عدم مسئولية مديري الشركات المتخصصة فى الأنشطة البيئية لمجرد إبرامهم عقود تأمين إجباري من المسئولية (١) . ولا يمكن أن يقال ذلك من أهمية المزايا العديدة التى يوفرها هذا النظام لاسيما وأن المشرع ، فى العديد من الدول ، قد استجاب لنداء الفقه وتبنى أنظمة للتأمين الإجباري من المسئولية عن أضرار التلوث .

تبنى نظام التأمين الإجباري من المسئولية عن التلوث (٢) :

٧٤- للمزايا العديدة التى يوفرها نظام التأمين الإجباري من المسئولية عن أضرار التلوث فإننا ننادى مع الفقه (٣) بضرورة تبنى نظاماً إجبارياً لتأمين المسئولية عن أضرار التلوث (٤) . وقد استجاب المشرع الوطنى فى العديد من الدول لنداء الفقه

(١) Deprimoz , Regime juridique de assurances préc. no. 22.

وقد أثبتت مسألة فرض التأمين بشأن التلوث على المستوى الرسمى مرة أخرى فى فرنسا فى عام ١٩٩٢م وحتى ١٩٩٤م بين مؤيد ومعارض لها ، مما جعل وزير البيئة الفرنسى فى ذلك الوقت السيد Michel Barnier يعهد إلى السيد Max fortin بمهمة وضع تقرير فى هذا الصدد ، والذى وضع تقريره الذى انتهى فيه إلى رفض إلزامية تأمين التلوث نظراً للصعوبات الفنية كعدم تجانس الأخطار التى تعوق تحديد عادل لسعر القسط وهى صعوبات لا يمكن للمؤمنين التغلب عليها . ومنذ ذلك الوقت لم تثر المسألة مرة أخرى على المستوى الرسمى .

Voir : Quirion , Op. cit. site préc. p. 44 ; Nussbaum , Op. cit. site préc ; Lezon , Op. cit. site préc. p. 6 .

(٢) تجدر الإشارة إلى أن نظام التأمين من المسئولية يعتبر تأميناً إجبارياً بصدد المسئولية عن أضرار التلوث النووى ، وكذلك بالنسبة لمسئولية مالك السفينة عن الأضرار الناجمة عن تلوث البحار بالزيت . راجع فيما يتعلق بتأمين المسئولية عن أضرار التلوث النووى : د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها ؛ د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ وما بعدها ؛ د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٠٧ وما بعدها .

Et , Prieur , op. cit. p. 878 et s , nos. 982 et s .

وفى ما يتعلق بالمسئولية عن أضرار التلوث البحرى بالزيت أنظر : د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ وما بعدها ؛ د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٧ وما بعدها ؛ د/ محمد السيد الفقى ، المسئولية المدنية عن أضرار التلوث البحرى بالزيت ، رسالة دكتوراه ، الإسكندرية ، ١٩٩٨م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٣) من هذا الفقه فى فرنسا :

Demeester - Morançais , art. préc. p. 1556, no. 8 et p. 1558 , no. 13 ; Thieffry ; art. préc. p. 121, no. 8 ; Hoffman, art. préc. p. 476 ; Sievers , art. préc. p. 576 ; Viney , art. préc. no. 32 ; Le Damany , art. préc. p. 166 ; Quirion , Op. cit. site préc. p. 44 et s .

وفى مصر : د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ و ٣٦٨ ؛ د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، التأمين ضد أخطار التلوث ، ص ١٠٦٩ ؛ د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ٨٧ و ٨٨ و ص ٩٨ وما بعدها .

(٤) ومع ذلك فإن هناك بعض الصعوبات التى أبداها البعض من الفقه بشأن تطبيق الالتزام بالتأمين بالنسبة للتلوث ، ذلك أن المؤمنين ورجال الصناعة مازالوا يعارضون فكرة إجباريته حتى الآن ، كما أن بعض الدول التى فرضت التأمين فى هذا الصدد لم تطبقه حتى الآن ، كالألمانيا ، والبعض الآخر من الدول تبنت نظاماً

وتبنت العديد من التشريعات نظام التأمين الإجباري من المسؤولية في هذا الصدد ومن بين تلك التشريعات نذكر :

١ - القانون الألماني الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٩٠م الخاص بالمسؤولية المدنية بشأن البيئة والذي فرض على المستغلين للمنشآت المذكورة في الملحق رقم ١ من هذا القانون أن يتخذوا الاحتياطات الضرورية حتى يكونوا قادرين على ضمان الالتزام المحتمل بالتعويض، وقد نصت المادة ١٩ من هذا القانون على فرض ضمان للمسؤولية على المستغلين للمنشآت المذكورة (١) هذا الضمان المنصوص عنه يمكن أن يأخذ الأشكال التالية :

- أ - تأمين للمسؤولية مبرم مع شركة تأمين مرخص لها بالعمل في ألمانيا .
- ب - اتفاق تعويض مبرم مع الحكومة الفيدرالية أو مع الحكومة الإقليمية .
- ج - اتفاق للتعويض سابق مع بعض المنظمات على ضمان بنكي بشرط أن يكون مماثلاً للضمان الممنوح عن طريق التأمين (٢).

٢ - القانون الأمريكي الخاص بالمسؤولية والتعويض عن أضرار البيئة الصادر عام ١٩٨٠م في القسم رقم 3004 - T ، أعطى لوزير البيئة الحق في فرض تأمين إجباري على الممارسين للأنشطة المنصوص عنها في هذا القانون

إجبارياً للتأمين دون أن توضح على وجه الدقة شروط العقد وكان من نتيجة ذلك أن بعض المنشآت التي تمارس التأمين قد أبرمت عقود تأمين تنص فيها على إعفاءها من الضمان في حالة تجاوز التعويض للحد الأعلى للتأمين ، أي أنها لا تعرض إلا تغطية شكلية ومثالها ، بلجيكا .

Voir : Quirion , Op. cit. site préc. p. 49 et 50.

(١) والجدير بالذكر أن مبدأ فرض التغطية التأمينية كان محل مناقشة شديدة ومنتقداً بشدة خلال الأعمال التحضيرية للقانون الألماني ، خصوصاً بسبب عدم اكتمال السوق التأمينية وعدم ملائمة النظام المقترح ، ذلك أن المنشآت الصغيرة والمتوسطة لا يكون في استطاعتها أن تخصص نفقات لهذا التأمين ، ومن أجل هذه الانتقادات ، صدر القانون بتاريخ ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٠م ، مع إرجاء تطبيق نظام التغطية الإلزامية . وقد أجازت المادة ٢٠ من هذا القانون للحكومة أن تتخذ بقرار يصدر بعد ذلك ، الإجراءات المنصوص عنها في المادة ١٩ لتضعها موضع التنفيذ وتنظيم التفاصيل الفنية ك مبلغ الضمان الواجب دفعة وشروط التأمين . ولم يصدر القرار الذي يضع هذا الالتزام بالتأمين موضع التنفيذ حتى الآن .

(٢) انظر في ذلك :

Sievers , art. préc. p. 576 ; Hoffman , art. préc. p. 476 ; Lezon , Op. cit. site préc. p. 4 .

وبضرورة تقديم ما يثبت كفاءتهم المالية لتغطية الأضرار الناتجة عن ممارسة أنشطتهم وبصفة خاصة تقديم عقد تأمين أو أى ضمان مالى آخر (١).

٣ - المشرع البلجيكي تبنى نظاماً إجبارياً للتأمين من المسؤولية عن أضرار التلوث وذلك فى نصوص متفرقة ، كان آخرها القانون الصادر فى ٢٥ يونيو ١٩٩٢م ، حول عقد التأمين البرى النافذ ابتداء من ٢٠ أغسطس ١٩٩٢م (٢).

٧٥- أما بالنسبة للأعمال الدولية ، فقد نصت اتفاقية مجلس أوروبا حول المسؤولية المدنية عن استغلال الأنشطة الخطرة على البيئة ، المعروفة باتفاقية "Lugano" فى المادة رقم ١٣ منها على نظام للتأمين الإجبارى من المسؤولية عن أضرار التلوث وكذلك فعل الاقتراح التوجيهى للجنة الجماعة الأوروبية حول المسؤولية عن فعل النفايات . كما أوصى بتبنى نظاماً للتأمين الإجبارى فى هذا الصدد ، الكتاب الأخضر الصادر عن لجنة الجماعة الأوروبية (٣).

٧٦- ومن جانبنا ، فإننا نحبذ تبنى نظاماً للتأمين الإجبارى عن أضرار التلوث لإيجاد ضماناً حقيقياً يوفر أماناً فعلياً للمضرورين . وتبنى هذا النظام يفرض على المشرع أن يحدد شروط التأمين التى يمكن أن يتوقعها كل من المؤمن لهم والمضرورين بقصد توفير الحماية لهم حتى يمكنهم أن يرتبوا حساباتهم على ضوءها (٤) . فيجب أن يحدد المشرع ، على وجه الدقة ، الأضرار التى يغطيها التأمين الإجبارى والوقائع التى يمكن أن تترتب عليها تلك الأضرار ، وكذلك مدة التغطية التأمينية والأساس الذى يحدد على ضوءه قيمة قسط التأمين ، ومبلغ الضمان الذى تلتزم شركة التأمين بدفعه للمضرورين من التلوث وكذلك قيمة المبالغ التى تدفع للمؤمن له نظير ما أنفقه من مصروفات منع أو إزالة التلوث . وعموماً يجب

(١) Huglo , Le juge, la prevention et la resolution des litiges en matière d'environnement , thèse , Paris , 11 , 1994 , p . 142 .

(٢) د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٤٤ و ١٠٤٥ .

(٣) Viney , art. préc. no. 32 ; Thieffry , art. préc. p. 121 ; Demeester - Moramcais , art. préc. p. 1558 . no. 13 .

(٤) Thieffry , art. préc. p. 121 ; Viney , art. préc. no. 32 ; Demeester - Moramcais , art. préc. p. 1558 , no. 13 .

على المشرع تحديد مضمون وثيقة التأمين الإجبارى والتزامات كل من الطرفين على وجه الدقة .

وإذا كنا ندعوا المشرع إلى تبنى نظاماً للتأمين الإجبارى من المسؤولية عن أضرار التلوث ، فإنه يجب أن نعين الأنشطة التى يفرض عليها الالتزام بالتأمين ووسائل احترام هذا الالتزام .

تحديد الأنشطة الملزمة بالتأمين :

٧٧- ويثور فى هذا الصدد التساؤل حول الأنشطة التى يجب أن يفرض عليها

الالتزام بالتأمين ، وعن المعيار الذى يمكن تبنيه لتعيين تلك الأنشطة ؟

فى الحقيقة يعد تحديد الأنشطة الضارة بالبيئة والتى يفرض عليها الالتزام بالتأمين من الأمور الصعبة للغاية ، بيد أنه يمكن أن نقرر فى هذا الصدد أنه - سواء من الناحية القانونية أو الواقعية - لا يمكن أن نفرض التأمين على جميع الأنشطة التى يكون لها دخل فى الإضرار بالبيئة ، إذ أن ذلك من شأنه أن يودى إلى فقد مزايا هذا النظام وظهور صعوبات فى التطبيق تعصف بهذا النظام من أساسه ، وعليه يجب تحديد أى من هذه الأنشطة التى يجب أن يفرض عليه هذا النظام للتأمين^(١) . وقد اقترح الفقه فى هذا الصدد العديد من المعايير لتحديد الأنشطة الملزمة بالتأمين^(٢) :

(١) تجدر الإشارة إلى أن القائلين بفكرة التأمين الإجبارى فى فرنسا يقصرون هذا الالتزام بالتأمين على المؤسسات التى تدرج فى عداد المنشآت المصنفة (المنشآت الخطرة والمقلقة للراحة أو المضرة بالصحة) الخاضعة للترخيص ، دون الخاضعة لنظام الإعلان مع استبعاد بعض المنشآت التى رغم أنها خاضعة لنظام الترخيص ، إلا أنها لا تحدث أضرار تلوث بالغة ومثالها ، الجراجات .

Voir : Quirion , Op. cit. site préc. p. 44 , no . 68.

ومما هو جدير بالإشارة أيضاً أن القانون الفرنسى الصادر فى ١٩ يوليو ١٩٧٦م حول المنشآت الخطرة ، يقسم المنشآت الخطرة والمقلقة للراحة أو المضرة بالصحة إلى أنواع ثلاثة بحسب درجة خطورتها . وقد أخضع النوع الأول والثانى من هذه المنشآت إلى التبعية الإدارية بحيث لا يجوز للشخص إقامة منشأة من هذا النوع أو سير العمل فيها إلا بعد الحصول على ترخيص بالإشياء أو التشغيل من جانب جهة الإدارة . وذلك لأن هذين النوعين من المنشآت يقدمان خطورة من حيث الأضرار الناجمة عن تشغيلها مما يحتم اللجوء إلى جهة الإدارة ، من أجل طلب الحصول على ترخيص ، وغالباً ما يتم الترخيص بإقامتها خارج المناطق السكنية . أما النوع الثالث فنظراً لأنه لا يشكل خطورة مثل النوعين الأولين ، فلم يشترط المشرع من أجل إنشاءه أو سير العمل فيه وجوب الحصول مسبقاً على ترخيص من الجهة الإدارية بل اكتفى بوجوب إعلان جهة الإدارة بفتح وسير العمل فيها شريطة أن يكون هذا الإعلان سابقاً على بدء ممارسة النشاط . كما أن المشرع الفرنسى لم يشترط إقامة هذا النوع خارج المناطق السكنية لأنه لا يشكل خطورة كبيرة .

(٢) راجع فى هذه المعايير : د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .

المعيار الأول : يتمثل فى الرجوع إلى طبيعة وكمية المواد التى يتم حيازتها وإدارتها بواسطة المستغل للمنشأة محل النشاط^(١). وهذا المعيار مطبق فى نصوص مشروع المجلس الأوروبي .

المعيار الثانى : هو تسمية المنشآت المفترض أنها خطيرة بالنسبة للبيئة . وقد تبنى القانون الألماني الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٩٠م المتعلق بالمسئولية المدنية عن الأضرار البيئية هذا المعيار فى المادة الأولى منه حيث فرض هذا النظام على المنشآت المذكورة فى الملحق رقم ١ من هذا القانون^(٢).

المعيار الثالث : يفضل ترك الأمر للسلطات الإدارية المختصة لتحديد المنشآت التى يجب إبرام عقد التأمين بشأنها لكل حالة على حدة وتبعاً للظروف^(٣). المعيار الرابع : يرى أن الأنشطة التى يجب خضوعها للتأمين الإلجبارى هى تلك التى تخضع لأحكام خاصة من الناحية التشريعية مع مراعاة أن تكون هذه التشريعات كافية ومرنة لتواجه التطور والتقدم المستمر فى هذا الصدد ونتائجه^(٤).

ومن جانبنا ، فإننا نؤيد المعيار الذى يتجه إلى تسمية المنشآت الملزمة بالتأمين ، ذلك التحديد الذى يجب أن يجريه المشرع بنفسه بعيداً عن تعسف أو تدخل الجهات الإدارية ، وهو المعيار الذى تبناه المشرع الألماني . فيجب أن يحدد القانون الذى يفرض التأمين الإلجبارى ، المؤسسات والمشروعات التى يقع على عاتقها الالتزام بإبرام التأمين وهى المنشآت التى يرى المشرع أنها ضارة بالبيئة استناداً إلى الدراسات والأبحاث والتحليلات التى تجرى للمنشآت الملوثة للبيئة عن طريق الجهات المختصة والفنيين .

(١) Deprimoz , Regime juridique des assurances ... , préc. no. 22 .

(٢) فالملحق رقم ١ من القانون الألماني الصادر عام ١٩٩٠م يشير إلى ٩٦ نوع من المنشآت التى تعمل فى المجالات الآتية : إنتاج الحرارة ، استغلال المناجم ، الطاقة ، الزجاج ، السيراميك ، أدوات البناء ، الصلب ، الحديد والمعادن الأخرى ، المنتجات الكيميائية والدوائية ، الزيوت المعدنية ، الصناعات البلاستيكية ، الخشب ، المنتجات الغذائية والعلف ، المنتجات الزراعية والنفايات ، شحن وتفريغ بعض المنتجات ، كذلك محطات توليد الكهرباء ومؤسسات تربية الماشية تدخل فى نطاق تطبيق القانون الخ . راجع فى ذلك :

Sievers , Art. préc. p . 574 ; Hoffman , art. préc. pp . 464 et 476 .

(٣) Deprimoz , art. préc. no . 22 .

(٤) د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .

٧٨- وبالنسبة للشخص الذى يقع على عاتقه الالتزام بالتأمين فإنه لا يشترط حتماً أن يكون هو الشخص الذى قد يصبح مسئولاً عن الأضرار الناجمة عن ممارسة الأنشطة المفروض عليها التأمين . فإذا كان الشخص الذى يستفيد من ممارسة الأنشطة الضارة هو الأنسب عندما نبحث عن مسئول ، فليس بلازم تبنى نفس المعيار لتحديد من يلزم بإبرام عقد التأمين الإجبارى ، ولكن هذا لا يمنع أن نكون بصدد شخص واحد فى العديد من الحالات^(١) . والغالب أن يقع الالتزام بالتأمين على مالك المنشأة أو المدير المسئول عنها .

وعندما يصبح التأمين الإجبارى مقبولاً فإن تطبيقه يحتاج إلى رقابة فعالة لإمكان تحقق الفاعلية المنشودة ، ولضمان التزام المنشآت بإجراءاته .
وسائل احترام الالتزام بالتأمين :

٧٩- فى هذا الصدد يجب ممارسة رقابة فعالة على المنشآت الملزمة بالتأمين لضمان التزامها به ولتحقيق هذه الرقابة يجب أن نميز بين نوعيين من الرقابة : الأولى ؛ رقابة سابقة على استغلال المنشآت . الثانية ؛ رقابة يتم ممارستها أثناء مزاوله نشاط المنشأة .

أ - الرقابة السابقة على استغلال المنشأة : ينطبق هذا النوع من الرقابة على المنشآت الخاضعة لنظام الترخيص الإداري السابق ، ويقصد بذلك المنشآت الجديدة التى لم تبدأ بعد فى ممارسة نشاطها ويكفى فى هذه الحالة أن يتضمن ملف الترخيص شرط الالتزام بإبرام عقد تأمين سارى من لحظة الموافقة على منح الترخيص . وهذا الشرط يكون غالباً صورة من شهادة تمنح من قبل شركة التأمين ، ولكن للمؤمن الحق فى اشتراط عدم مسئوليته عن الأخطار التى يمكن أن تتحقق قبل دخول العقد حيز التنفيذ أى قبل صدور الترخيص باستغلال المنشأة^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن النظام المتبع فى القانون المصرى هو ضرورة الحصول على ترخيص من الجهات الإدارية المختصة لإمكانية ممارسة الأنشطة

(١) Martin , thèse , préc. no. 168, p. 177 et s .

(٢) Deprimoz , Art. préc. no . 22 .

المعنية طبقاً لقانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م . والمشرع فى هذا القانون حدد الشروط الواجب توافرها لمنح الترخيص دون أن يكون من بين هذه الشروط ضرورة تقديم ما يفيد إبرام عقد تأمين من المسئولية عن الأضرار التى قد تحدث عن هذه الأنشطة ، وفى ضوء هذا الوضع يكون من الملائم ضرورة اشتراط إبرام عقد تأمين إجباري كشرط للحصول على الترخيص الإداري بمزاولة النشاط .

ب - الرقابة أثناء ممارسة النشاط : إذا ما كانت المنشآت تمارس نشاطها ، فإن الرقابة التى يمكن أن تخضع لها يجب أن تكون من الفعالية بحيث تضمن التزام المنشأة بإبرام التأمين الإجبارى . وفى هذا الصدد ، نقترح أن يعهد بهذه الرقابة إلى جهة إدارية معينة ينامط بها الاطلاع سنوياً ، فى موعد معين من العام ، على مستندات ووثائق المنشآت للتأكد من إبرام عقد تأمين إجبارى من المسئولية عن أضرار التلوث أو أن ينص على التزام كل مؤسسة خاضعة للتأمين الإجبارى بإخطار هذه الجهة الإدارية كل عام فى ذلك الموعد بقيامها بإبرام عقد تأمين إجبارى على أن يرفق مع هذا الإخطار صورة من وثيقة التأمين التى أبرمتها . وفى مصر يمكن أن يقوم بهذه المهمة جهاز شئون البيئة .

وفى حالة ثبوت عدم قيام المنشأة بإبرام التأمين الإجباري ، فإنه يجب وقف ترخيص المنشأة ويتم وقف نشاطها فى الحال بقرار إداري ولا تعود إلى مزاولة نشاطها إلا بعد تقديمها ما يفيد إبرام التأمين الإجبارى ، علاوة على فرض مبلغ من المال كجزاء يتم تحصيله لحساب الجهة الإدارية المختصة تتولى صرفه فى مجال حماية البيئة وتحسينها . ويجب أن يتم النص على عدم جواز إلغاء وثيقة التأمين بأى حال من الأحوال خلال مدة سريانها .

تأمين التلوث فى مصر :

٨٠- من المؤسف حقاً أنه لا يوجد فى مصر سوق تأمينية بشأن تغطية أخطار التلوث ، إذ لم يحدث فى مصر ، حتى الآن ، أن قامت أى من شركات التأمين العاملة فى مصر بإصدار وثيقة تأمين للمسئولية المدنية عن أخطار التلوث،

بل إن البعض^(١) قد أشار إلى أنه يوجد في إحدى وثائق تأمين المسؤولية المدنية بند يستثنى من التأمين " الأضرار الناجمة عن تصاعد الدخان والبخار والغاز ، وكذلك تلك الحاصلة عن المياه والرطوبة " ، أى أن تلوث البيئة والأضرار الناجمة عنه لا يتم ذكرها في وثائق تأمين المسؤولية إلا بقصد استبعادها من نطاق التغطية التأمينية. فخطر التلوث لا يذكر في وثائق تأمين المسؤولية في سوق التأمين المصرية، وإذا تم ذكره فإنه يذكر بقصد استبعاده من التغطية التأمينية . إذن سوق تأمين التلوث في مصر منعدمة تماماً ، على عكس ما هو سائد في الدول المتقدمة ومعظم الدول النامية . ولعل السبب في ذلك يرجع إلى افتقاد الوعي التأميني لدى أصحاب المشروعات الملوثة للبيئة وإلى أحجام شركات التأمين عن مجرد التفكير في خوض تلك التجربة التي تبدو بالنسبة لها مجازفة غير محسوبة المخاطر ، نظراً لضعف إمكانياتها المالية .

ومؤدى ذلك في النهاية أن حقوق المضرورين من التلوث ستكون مهددة ، إذ يتعذر حصولهم على التعويض المقضي به لهم عن أضرار التلوث في معظم الأحوال بسبب إفسار المسؤولين وعدم قدرتهم المالية الكاملة على دفع التعويض الذى قد يؤدي بهم في النهاية إلى إشهار إفلاسهم وتوقف أنشطتهم بما يضر بالاقتصاد المصرى . وعلى ذلك فإن الحاجة تدعوا إلى وجود نظام لتأمين المسؤولية المدنية عن التلوث في السوق التأمينية المصرية .

٨١- ويمكن للسوق التأمينية المصرية أن تواجه هذه الحاجة للتأمين عن طريق الاستعانة بالتجربة والأنظمة المقارنة في الأسواق التأمينية الأوروبية ولاسيما في فرنسا ، وإن كان الأمر لا يخلو من بعض المشكلات في البداية نظراً لما يتسم به التلوث البيئى في مصر من سمات معينة^(٢) ، علاوة على أن معظم أصحاب

(١) د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٦ .

(٢) فالتلوث البيئى في مصر في معظمه تلوث تدريجى ومزمى ، فهو ليس فجائياً وليس غير متوقع ، كما أنه من ناحية أخرى ، تلوث شبه متعمد ، فالمصانع التى لا تستخدم الفلاتر ويتم انبعاث الأتربة وغيرها من المواد السامة الملوثة للهواء منها وعموماً التى لا تلتزم بالمعايير البيئية ، لا يمكن أن يوصف تصرفها إلا بأنه " تلوث متعمد " . وأخيراً ، فإن التلوث البيئى في مصر ينشأ في معظم الأحوال من اتحاد العناصر التى تندمج معاً وينتج عنها هيئة كيميائية ملوثة ، بالإضافة إلى أنه تلوث متعدد المصادر كذلك ، خاصة مع وجود التجمعات الصناعية كما هو حاصل في حلوان على سبيل المثال .

المشروعات فى مصر يأتى اهتمامهم بالتلوث فى المرتبة الأخيرة ، حيث أن جل اهتمامهم ينصب على منتجاتهم وليس على ما ينتج من مصانعهم ومنشأتهم من ملوثات ضارة بالبيئة وذلك نظراً للحالة الاقتصادية السائدة فى مصر الآن والتي تنبئ بالخطر .

وعلى هذا النحو ، فإننا ندعو مشرعنا المصرى بأن يتبنى نظاماً للتأمين الإجبارى من المسؤولية عن أضرار التلوث ، نظراً لما يحققه هذا النوع من التأمين من مزايا عديدة تلازماً مع فكرة المسؤولية الموضوعية فى مجال الأضرار البيئية والتي تحفل بالضرر وحده دون أى اهتمام بخطأ المسئول . إذ طالما أننا قد اعتنقنا نظاماً موضوعياً للمسؤولية عن أضرار التلوث فإنه يجب أن نقرر نظاماً إجبارياً لتأمين هذه المسؤولية ، إذ هما وجهان لعملة واحدة فى مجال التلوث كما سبق وذكرنا.

الفصل الثانى

صناديق تعويض أضرار التلوث

تمهيد وتقسيم :

٨٢- على الرغم من اعتناق نظاماً موضوعياً للمسئولية عن التلوث ووجود نظاماً لتأمين المسئولية عن أضرار التلوث ، إلا أن الضرور من التلوث لا يحصل دائماً على التعويض الجابر لتلك الأضرار التي لحقت به . ولذلك جرى التفكير ، حديثاً ، فى تكملة قصور نظامى المسئولية المدنية والتأمين الخاص فى مجال تلوث البيئة ، بإنشاء صناديق تعويضات لصالح المعرضين لخطر التلوث وهو أمر إجبارى فى بعض الدول " (١). هذه الصناديق لا تتدخل إلا بصفة تكميلية أو احتياطية لكل من نظامى المسئولية والتأمين الخاص.

وليس من شك فى أن تدخل صناديق التعويض لتتحمل التعويض عن أضرار التلوث التى لا يكون الضرور معوضاً عنها بطريقة أخرى يعد مظهراً لجماعية التعويض عن أضرار التلوث، حيث توجد ذمة جماعية تتحمل التعويض عن محدث الضرر أو تقف بجانبه هى صندوق التعويض .

ويقتضى بحث نظام صناديق التعويض عن أضرار التلوث أن نقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة على النحو التالى :

المبحث الأول : الحاجة إلى إنشاء صناديق تعويض أضرار التلوث.

المبحث الثانى : دور صناديق التعويض فى مجال تلوث البيئة.

المبحث الثالث : صندوق حماية البيئة المصرى.

(١) أنظر : د/محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ فقرة ١٣٠ ، د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٩ .

المبحث الأول

الحاجة إلى إنشاء صناديق تعويض أضرار التلوث

ضرورة إنشاء صناديق لتعويض أضرار التلوث :

٨٣- أول ما يتبادر إلى ذهن المضرور حينما يصاب بضرر التلوث هو البحث عن محدث ذلك الضرر للرجوع عليه بدعوى المسؤولية ومطالبته بالتعويض ، بيد أن المضرور قد يفاجئ بأن المسئول عن الضرر شخص معسر ، كما أنه قد لا يتوصل إلى تحديد الشخص المسئول أو معرفته وهو ما يؤدي إلى عدم تعويضه . وحتى إذا كان يوجد أنظمة للمسئولية الموضوعية ، فالمضرورون من التلوث لا يكونون دائماً معوضين ، ومن قبيل ذلك إذا كانت المنشأة مصدر التلوث تتمتع بسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية ، كما لو كان التلوث ناشئاً عن كارثة طبيعية ، بل إنه إذا كان خطر التلوث محلاً لتأمين المسؤولية فتعويض المضرور من التلوث تعويضاً كاملاً لا يحدث دائماً نظراً لتجاوز قيمة الأضرار الحد الأقصى للتعويض في معظم الأحوال .

وفي هذه الحالات ، ليس من العدل أن يتحمل المضرور وحده تبعه أضرار التلوث دون أن يكون معوضاً عنها . وهنا تعن الحاجة إلى إنشاء صناديق للتعويض لتكملة القصور في نظام المسؤولية المدنية ونظام التأمين ، بقصد تعويض المضرورين في الحالة التي لا يعوضون فيها بوسيلة أخرى ولتوزيع المخاطر الصناعية على مجموع الممارسين للأنشطة التي يمكن أن تكون سبباً لهذه المخاطر .^(١)

(١) Voir : Thieffry, L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueurart. préc. p. 122 ; Chapuisat , Le juge, L'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation, préc. p. 806 ; Despax (Michel), Droit de l'environnement, préc. p . 800, no. 549 ; La réparation des dommages dus à la pollution , Rapport de secretariat , Division de l'environnement , O. C. D. E., 1978, P. 19.

Huet , Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, préc., no. 35 ; Nussbaum , Op. cit. site préc. p. 20 ; Lezon, Op. cit. site préc. p. 7 ; Rémond – Gouilloud, Préjudice écologique, préc. no. 102 ; Thiem, Fonds d'indemnisation des dommages causes à l'environnement , O. C. D. E., Groupe sur la pollution transfrontière , document de travail , no. 6, 25 Oct. 1977.

وعلى ذلك فإن نظام صناديق التعويض يحتل المرحلة الثالثة في تعويض أضرار التلوث ، إذ يسبقه مرحلتان أساسيتان ، الأولى ؛ مرحلة إصلاح قواعد المسؤولية البيئية باعتناق مسؤولية موضوعية تحد من صعوبات إثبات المسؤولية كما هو حاصل في المسؤولية القائمة على الخطأ ، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي تعتمد على إبرام التأمين من المسؤولية البيئية ، وأخيراً يبرز نظام صناديق التعويض ، كنظام تكميلي ، يتقرر للمضروب الذي لا يحصل على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به ، والتي تعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين ، وللمضروب الذي لا يحصل على أى تعويض فى حالة عدم تحديد شخص المسئول أو إعساره .

وتجدر الإشارة إلى أنه فى الحالات التى يمكن فيها إنشاء صناديق تعويض دون وجود نظام تأمين إجباري، فإن هذه الصناديق تصبح ملتزمة بتعويض جميع أضرار التلوث غير المؤمن عنها ، وفى هذه الحالة فإن هذه الصناديق ، نظراً لضخامة التعويضات، يمكن أن تشهر إفلاسها فى أسرع وقت ، هذه النتيجة تجعل فكرة التأمين الإجباري مرغوباً فيها فى مجالات البيئة (١) .

تبنى نظام صناديق التعويض بشأن التلوث :

٨٤- ونظراً للمزايا العديدة التى يقدمها نظام صناديق التعويض بشأن

الأضرار البيئية فقد تبنته العديد من الدول :

١- فى هولندا أنشأ القانون الخاص بتلوث الهواء الصادر عام ١٩٧٢م

صندوق ، تلوث الهواء من أجل تعويض المضروبين من تلوث الهواء فى الحالات التى لا يستطيعون فيها الحصول على تعويض عما أصابهم من أضرار (مادة ٦٤) ، ويتم تمويل هذا الصندوق عن طريق ضريبة تفرض على الملوثين المحتملين تختلف قيمتها بحسب طبيعة وحجم النشاط مصدر التلوث (٢) .

(١) Bigot, L'indemnisation des dommages nés de la pollution et l'assurance.....préc. P. 144 ; Chapuisat , art. préc. p. 806.

(٢) راجع فى الإشارة إلى هذا الصندوق :

Prieur , op. cit. p . 852 , no. 958 ; Huet , art. préc. 3er part. 801, no. 549 ; La réparation des dommages dus à la pollution , préc., no. 35 , ; Despax , Droit de l'environnement, préc. p. 38.

ود/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

٢- وفي اليابان أنشأ القانون الصادر في ٥ أكتوبر ١٩٧٣م الخاص بتعويض الأضرار الجسدية الناجمة عن التلوث ، صندوقاً لتعويض تلك الأضرار وأقر بمبدأ المطالبة بالتعويض منه ، سواء كان مصدر التلوث معلوماً أو مجهولاً . ويتم تمويل هذا الصندوق عن طريق رسم يتم فرضه على المنشآت التي تتسبب في انبعاث الملوثات في الهواء وكذلك يفرض هذا الرسم على أصحاب المركبات التي تسير بمحرك (١).

٣- وفي السويد تم إنشاء صندوق تعويض بموجب القانون الصادر في عام ١٩٨٦م الخاص بالأضرار البيئية وهو يعوض المضرورين عما أصابهم من أضرار جسدية ومادية في حالة إفسار المسئول وفي حالة عدم تقرير مسئولية محدث التلوث . بيد أنه لا يعوض الأضرار البيئية وقد تم إنشاء هذا الصندوق بمبادرة من رجال الصناعة والمؤمنين ، ويتم تمويل هذا الصندوق عن طريق رسم يفرض على كل منشأة تطلب الترخيص بإلقاء أشياء تضر بالبيئة ، ويتم تحديد هذا الرسم تبعاً لطبيعة وحجم المنشأة (٢).

٤- وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فقد تبنت نظام صناديق التعويض حيث أنشأ القانون الخاص بالمسئولية والتعويض عن الأضرار البيئية ، الصادر في عام ١٩٨٠م (٣) والذي يشار إليه اختصاراً بـ CERCLA ، صندوق السوبر-فون Superfund ، الخاص بتعويض المضرورين من جراء ممارسة الأنشطة البيئية الخطرة . ويتم تمويل هذا الصندوق عن طريق ضريبة تفرض على الشركات الملوثة وبصفة خاصة شركات البترول الخام والمواد الكيماوية ، وكذلك يتم تمويله عن طريق رسم عام ضد التلوث مفروض على كل الشركات الأمريكية (٤)

(١) Voir : Prieur , op. cit. p. 852 , no. 958 ; Despax , Droit de l'environnement, préc., no. 546 et 549.

ود/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .
(٢) Voir : Le Damany , art. préc. p. 166 ; Huet , art. préc. no. 35 , no. 134 .
ود/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .
(٣) والذي يسمى :

le Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act.

(٤) راجع في الإشارة إلى نظام السوبر-فون الأمريكي :
٤٩٣

٨٥- وكذلك عرف نظام صناديق التعويض في مجال التلوث البحري بالزيت ، فقد تم إنشاء الصندوق الدولي لتعويض الأضرار الحاصلة عن التلوث البحري بالزيت Fipol بموجب المعاهدة الدولية المتعلقة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن الأضرار الناشئة عن التلوث بالزيت لعام ١٩٧١م والمعدلة ببروتوكول ٢٧ نوفمبر ١٩٩٢م والذي دخل حيز النفاذ في ٣٠ مايو ١٩٩٦م^(١).

ونظام صناديق التعويض ليس نظاماً قاصراً على أضرار التلوث البيئي فحسب فقد عرف هذا النظام في العديد من المجالات^(٢).

Larroumet , art. préc. p. 104 ; Rémond - Guilloud , Préjudice écologique, J-CL, art. préc. no. 103 ; Prieur , op. cit. no . 958, p. 852 ; Huet , art. préc. no. 35 , note 134 .

(١) وكان الهدف الرئيسي من إنشاء هذا الصندوق هو تعويض المضرورين بسبب التلوث البحري بالزيت عندما لا يتم تعويضهم وفقاً لأحكام اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٩م ، حول المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البحري بالزيت والتي تم تعديلها ببروتوكول صادر عام ١٩٩٢م ، أي أن للصندوق دور احتياطي يجب إعماله عندما لا يتم تعويض المضرورين من خلال الطريق الأصلي أو في حالة عدم القدرة المالية لمالك السفينة أو كفيله ، ويجب أن يتدخل الصندوق عندما تتجاوز قيمة الأضرار الحد الأقصى للمسؤولية في ضوء أحكام الاتفاقية المتعلقة بالمسؤولية المدنية ، وهنا يلعب الصندوق دور تكميلي بخلاف الحالة الأولى التي يكون له فيها دور احتياطي .

راجع في صندوق التعويض عن أضرار التلوث البحري بالزيت بالتفصيل : د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ وما بعدها ؛ د/ محمد السيد الفقي ، الرسالة السابقة ، ص ٢٩٢ وما بعدها ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ، ص ٧١٨ وما بعدها ؛ د/ محسن عبد الحميد البيه ، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ، ص ١٤٩ وما بعدها .

Et voir également : Chapuisat , art. préc. p. 807 et 808 ; Huet , art. préc. no. 35 , note 134 .

وصندوق Fipol ، صندوق تم إنشائه على مستوى المعاهدات الدولية أما على مستوى الاتفاقات الإرائية الخاصة فقد كان هناك اتفاقات على إنشاء صناديق خاصة في هذا المجال ، الأول هو توفالوب Tovalop ، والثاني هو كريستال Cristal ، وهذين الاتفاقيتين لم يعد لهما وجود فعلى الآن ، وبالتحديد منذ شهر فبراير ١٩٩٨م . فدخل بروتوكول ١٩٩٢م إلى حيز التنفيذ في ١٩٩٦م كان هو السبب وراء اختفاء هذين الاتفاقيتين وبالتالي فلا يبقى سوى صندوق Fipol

راجع في نظامي توفالوب وكريستال : د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ وما بعدها ؛ د/ محمد السيد الفقي ، الرسالة السابقة ، ص ٦ و ٧ ؛ د/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، الرسالة السابقة ص ٧١٦ و ٧١٧ ؛ د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ و ١٤٣ .

(٢) فيوجد في فرنسا صناديق ضمان حوادث السيارات الذي تم إنشائه بموجب قانون ٣١ ديسمبر ١٩٥١م والذي يتولى تعويض ضحايا حوادث المرور عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص عندما يكون المسئول غير معروف أو غير مؤمن على مسئوليته أو إذا كان الضامن مفلساً بصورة كلية أو جزئية .

Voir : Chapuisat , art. préc. p . 807 ; Viney , art. préc. no . 32 .

وكذلك : د/ طه عبد المولى طه إبراهيم ، رسالته السابقة ، ص ٣٨٥ وما بعدها .
 = وأيضاً صندوق ضمان المضرورين من الأعمال الإرهابية Terrorisme والجرائم الأخرى الذي تم إنشائه بالقانون الصادر في ٩ سبتمبر ١٩٨٩م المعدل بقانون ٦ يوليو ١٩٩٠م ، وكذلك صندوق الإينز SIDA الذي تم إنشائه بموجب قانون ٢١ ديسمبر ١٩٩١م لصالح المضرورين من عمليات نقل الدم الملوثة بالإينز .

٨٦- وتجدر الإشارة إلى أنه رغم المزايا العديدة التي يوفرها نظام صناديق التعويض ورغم تبنى العديد من الدول لهذا النظام بشأن الأضرار البيئية إلا أن هذا النظام لم تأخذ به فرنسا حتى الآن^(١). ومع ذلك فقد أقترح في فرنسا إنشاء صندوق لتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث العرضي^(٢) FIPA وهو اختصاراً لـ fonds indemnisation pollution des accidentelles وهو يستبعد من نطاقه جميع حالات التلوث غير العارض وكذلك التلوث البحري والنووي نظراً لخضوعهم لأنظمة خاصة سواء فيما يتعلق بالمسؤولية أو نظم الضمان المتبعة بشأنهم ، هذا الصندوق يتم إدارته وتمويله عن طريق الصناعيين على أساس تبادلٍ دون إنشاء نظام للتأمين الإجباري.

وهذا الصندوق يتدخل بصفة مكملة في حالة ما إذا زادت قيمة التعويضات عن حد معين فيتحمل الصندوق ما زاد عن ذلك الحد وما دونه يتحملة الملوث ، ويتدخل أيضاً بصفة احتياطية في حالة عدم إمكان تحديد الملوث بشرط أن يثبت الضرر أن الضرر الذي أصابه ناجم عن تلوث عرضي أو إذا كان المسؤول معسراً أو في حالة توافر حالة من حالات عدم مسؤوليته^(٣).

مزايا صناديق التعويض في مجال التلوث :

Voir : Chapuisat , art. préc. p . 808 et 809 ; Viney , art. préc. no. 32

وكذلك : د/ طه عبد المولى طه إبراهيم ، رسالته السابقة ، ص ٤٠٢ حتى ٤٢٣ .
ومن أمثلة صناديق التعويض التي يتم الالتزام بها إرادياً : الصندوق الذي يقوم الصيادون بتمويله لإصلاح الأضرار التي يلحقها الصيد ، بالمحاصيل .

Voir : Art , 14 , loi de finances . 1969 .

راجع في ذلك الصندوق :

Huet , art. préc. no. 35 , note 134 .

وأيضاً الصندوق الذي تموله بعض الشركات الفرنسية لتعويض المضررين من سكان المناطق المجاورة لمطار Orly ومطار Roissy .
راجع في ذلك :

Prieur , op. cit. no . 699 et 958, et no. 966.

(^١) Voir : Viney , art. préc. no. 32 ; Huet , art. préc. no. 35 , note 134 .

(^٢) والذي اقترح إنشاء هذا الصندوق هو الفقيه الفرنسي Henri Smets .

(^٣) راجع في هذا الصندوق المقترح وفي الانتقادات الموجهة اليه :

Prieur , op. cit. p. 852, no . 958 ; Huet , art. préc. no. 35 , note 134 et note 135.

٨٧- لصناديق التعويض في مجال التلوث أهمية كبيرة ، فهي تحقق العديد

من المزايا الهامة :

١- فتبنى نظام صناديق التعويض يسهل للمضور الحصول على التعويض الجابر لأضرار التلوث التي تلحق به في الأحوال التي لا يمكن تعويضه فيها عن طريق وسيلة أخرى^(١) - مسئولية مدنية ، نظام تأمين خاص - ولعل هذه الميزة هي الدافع إلى إنشاء الصناديق من الأساس وتعتبر في ذات الوقت الهدف من إنشاءها ، كما أن هذا النظام يسمح بتجنب البطء في إجراءات التقاضي^(٢).

ووفقاً لهذا النظام فإن المضور يصبح معفياً من إثبات عدم يسار الملوث المسئول وذلك لوجود شخص موسر على الدوام هو الصندوق . فمهمة تعويض الأضرار تتوزع على مجموع الأشخاص المشتركين في الصندوق ، فيأخذ كل عضو من أعضاء هذا المجموع جزءاً من المسئولية على عاتقه . وإجمالاً فإن نظام صناديق التعويض يسمح بتخفيف بعض المشاكل الخاصة باستخدام المسئولية المدنية ويعمل في ذات الوقت على احترام مبدأ الملوث الدافع Payeur - Pollueur^(٣)

٢- توفر صناديق التعويض الأمان لأصحاب المشروعات الملوثة للبيئة إذ تجنبها شبح الإفلاس الذي يتهدها نتيجة ازدياد دعاوى المسئولية التي تقام ضدها لاسيما وأن الغالب أن ينتج التلوث عن إحدى المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة التي لا تقوى مالياً على تغطية تكلفة الضرر البيئي^(٤). وعلى ذلك فإن نظام صناديق

(١) Voir en ce sens : Prieur , op. cit. no. 958 , p . 851 ; Huet , art. préc. no. 35 et note 134 .

(٢) Voir : Despax , Droit de l'environnement, préc. p. 800 , no. 549 ; La réparation des dommages dus à la pollution , préc. P. 19

ومما هو جدير بالذكر أن الإجراءات الخاصة بحادث السفينة أمكو - كاديز Amoco Cadiz على سبيل المثال ، استمرت أربعة عشرة عاماً .
راجع في ذلك :

Huet , art. préc. no. 32 et no . 35 , note 134 ; Rémond - Guilloud (Martine) , Leçons d'un naufrage (à propos de l'indemnisation des victimes de l'Amoco - Cadiz) , D., 1979, no. 134.

(٣) Voir en ce sens : Huet, art. préc. no. 35 ; Rémond - Guilloud , J-CL , art. préc. no. 102 ; Thieffry , art. préc. p . 123.

ود/ نبيلة رسلان ، التأمين ضد أخطار التلوث ، ص ١٠٤٩ .

(٤) Voir en ce sens : Despax , Droit de l'environnement, préc. p. 800 , no. 549.

التعويض يتناسب بصفة خاصة مع هذه المؤسسات ويعود ذلك في النهاية بالنفع على الإقتصاد القومى فى مجموعه حيث يشجع نظام صناديق التعويض أصحاب المشروعات على الاستمرار ومسايرة عجلة التقدم ، كما يشجعهم على البحث والابتكار دون خشية المسئولية عن طريق تغطية ما يتهددهم فى هذا الشأن من أخطار^(١).

٣- أنه إذا كانت صناديق التعويض تحمى المضرور من خلال ضمان تعويضه فى جميع الحالات فهى أيضاً تعمل على حماية البيئة فى ذاتها ، ذلك المطلب القومى الهام ويتحقق ذلك من خلال رفع معدلات الوقاية التى يجب مراعاتها من قبل مستغلى المنشآت المعنية عن طريق ربط مساهمات كل منشأة فى تمويل الصندوق حسب هذه المعدلات والمعايير التى تتبناها كل منشأة ، فالوظيفة التعويضية للصندوق يضاف إليها وظيفة وقائية أيضاً^(٢).

٤- ولعل من أهم المزايا التى يقدمها نظام صناديق التعويض أنه يسمح بتعويض الأضرار البيئية الغير قابلة للتأمين ، كالأضرار البيئة المحضنة والتى تحتاج إلى مبالغ باهظة لإصلاح المواقع الطبيعية المضرورة بسبب التلوث. فإصلاح الوسط الطبيعى والأنظمة البيئية مهمة الجماعة بأسرها والتى يجب عليها المحافظة على البيئة وصونها من التلوث ، ومثالها كذلك خطر التقدم وأيضاً أضرار التلوث المزمّن الناجم عن النشاط المألوف للمنشآت والملازم للظروف المألوفة للاستغلال^(٣). فجميع عقود التأمين الخاصة فى مجال تلوث البيئة ولاسيما عقد

(١) وليس صحيحاً القول بأن الصندوق يشكل عبئاً إضافياً على عاتق الملوثين المحتملين ، إذ أن ما سيتحمله الملوث من مساهمة فى الصندوق يكون أقل بكثير مما سيتحمله من تعويض فى حالة عدم وجود الصندوق ، كما أن هذه المساهمة التى تمثل الاشتراكات المفروضة على الملوث لا تتعادل البتة مع ما يوفره الصندوق من أمان .

(٢) Voir : Prieur , op. cit. p. 851, no. 958 ; Rémond – Guillaud , J-CL , art. préc. no . 102.

(٣) Voir : F. Chaumet , art. préc. p . 31 ; Remond – Guillaud , J-CL , art. préc. no . 103.

ود/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١١١ . وقريب من ذلك : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٠ .

Assurpol تستبعد هذه الأضرار من نطاق الضمان الذي تمنحه^(١).

كما وأن فكرة صناديق التعويض تشكل بالنسبة للضرر البيئي المحض أداة فعالة للدعاء المدنى وحماية المصلحة الخاصة لهذا النوع من الضرر إذ أنه يكفل تعويضه تعويضاً نقدياً عن طريق مطالبة جمعيات الدفاع عن البيئة بمثل هذا التعويض^(٢).

٨٨- ورغم هذه المزايا التي يقدمها نظام صناديق التعويض إلا أن بعض الشراح أبدى خشية من أن يكون من شأن نظام الصناديق تدنى الشعور بالمسؤولية لدى القائمين على إدارة المنشآت الصناعية المسببة للتلوث ، بينما يرى البعض الآخر أنه يمكن أن يزود المضرورين بضمان " إحتياطي " إذا كانت قوانين أو قواعد المسؤولية المدنية والتغطيات التأمينية الخاصة المتعلقة بهذه المسؤولية لا تمكن من توزيع المخاطر بطريقة منطقية ومعقولة وذلك فى إطار تأكيده من حيث المبدأ على أنه ليس من المرغوب فيه أن يحل نظام الصناديق محل نظام التأمين الخاص فى تغطية أخطار التلوث طالما أن شركات التأمين الخاصة يمكنها أن تضمن تغطية مالية فعالة فى هذا المجال^(٣).

فضلاً عن أن البعض من الفقه الفرنسى^(٤) يأخذ على نظام صناديق التعويض بشأن التلوث أنه لا يعوض كل الضرر الحاصل للمضرور وإنما جزء منه فحسب ، علاوة على بطء الإجراءات الخاصة بالحصول على تعويض الأضرار ، ويضرب مثلاً على ذلك بالإجراءات الخاصة بالحصول على التعويض عن الأضرار الناتجة عن حادث السفينة أمكو - كاديذ Amoco - Cadiz حيث استغرقت أربعة عشرة عاماً

(١) راجع ما سبق : بند ٦١ من هذا البحث.

(٢) راجع فى مدى حق جمعيات حماية البيئة فى المطالبة بالتعويض عن الأضرار البيئية المحضة : رسالتنا للكوتوراه ، سالف الإشارة إليها ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٣) راجع فى ذلك : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ والهامش والمراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد ، د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٢ و ص ١٠٦١ .
وأيضاً :

Francois (Eliane), Le nouveau rôle de la responsabilité contractuelle, Gaz. Pal. 4 - 5 mai 1994 , p. 26 ; Nussbaum , Op. cit. site préc. p. 20 ; Lezon , Op. cit. site, préc. p. 7 .
(٤) Huet, art. préc. no. 35.

المبحث الثانى

دور صناديق التعويض فى مجال تلوث البيئة

الدور المزدوج لصناديق التعويض :

٨٩- تلعب صناديق التعويض فى مجال التلوث دوراً مزدوجاً فهي تلعب دوراً تكميلياً فى حالات عدم حصول المضرور على تعويض كامل وتلعب دوراً احتياطياً فتدخل بدلاً من المسئول غير المعروف أو المعسر وذلك على النحو التالى :

١- فتلعب صناديق التعويض دوراً تكميلياً فى الحالات التى لا يغطى فيها تأمين المسئولية قيمة التعويضات الجابرة للأضرار التى أصابت المضرور ، وذلك عندما تتجاوز قيمة الأضرار الناجمة عن النشاط الحد الأقصى لمبلغ التأمين المحدد فى العقد^(١)، ففى هذه الحالة تتدخل الصناديق بهدف تعويض المضرور تعويضاً كاملاً ، عندما يكون قد تم تعويضه جزئياً .

بالإضافة إلى ذلك، فإن المسئولية فى مجال أضرار التلوث هى مسئولية موضوعية ، وفى هذا النوع من المسئولية يكون هناك حد أقصى للتعويض لا يجوز تخطيه فى الكثير من الحالات . وبناء على ذلك ، فإن جميع الأضرار لا تصبح مغطاة إذا تجاوزت الحد الأقصى المسموح بتغطيته . وإذا طبقنا هذا المبدأ نجد أن المضرور سيتحمل الجزء الذى يتعدى الحد الأقصى المحدد وفقاً لمبدأ عدم تحمل المسئول ما يزيد عن هذا الحد . ومن هنا تظهر أهمية تبنى فكرة صناديق التعويضات التى تؤدى إلى إعطاء المضرور تعويضاً كاملاً دون أن يتحمل أى جزء من الأضرار أو بمعنى آخر دون أن يتحمل هو مقابل تطبيق المسئولية الموضوعية فى مجال تلوث البيئة^(٢) ، خاصة مع انتفاء نظام لتأمين المسئولية عن التلوث .

(١) Voir : Viney , art. préc. no . 32 ; Le Damany , art. préc. p . 166 ; Rémond - Gouilloud, Préjudice écologique, préc. no . 103.

وقارب :

Chesnelong, Introduire dans les contrats une dimension environnemental , préc. no . 6 .

(٢) أنظر فى نفس المعنى :

H. Smets , l'indemnisation complete des victimes de la pollution accidentelle , Risques , no . 11 , 1992 , p . 49

ومن أمثلة الصناديق التي تتدخل بصفة تكميلية ، صندوق Fipol وهو الصندوق الدولي المنشئ عام ١٩٧١م من أجل تكملة تعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البحري بالزيت في حالة ما إذا تجاوزت قيمة الأضرار الحد الأقصى الممنوح عن طريق اتفاقية المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالزيت ، المبرمة بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٧١م بمدينة بروكسل .

٢- ومن ناحية أخرى يكون لصناديق التعويض في مجال تلوث البيئة دور احتياطي في الحالات التي يثبت فيها إفسار المسئول ، وتلك التي لا يتوصل فيها المضرور إلى تحديد شخص المسئول أو معرفته . وفي هذه الحالة يكون تدخل الصندوق ليحل محل المسؤولية المدنية ذاتها ، فيتولى الصندوق تعويض المضرور تعويضاً كاملاً عما أصابه من أضرار . وتتدخل صناديق التعويض ، كذلك ، بصفة احتياطية في الحالات التي يتوافر فيها أحد أسباب الإغفاء من المسؤولية أو أحد أسباب استبعاد التأمين^(١) .

وفي هذه الحالات تتدخل صناديق التعويض بصفة احتياطية لضمان حق المضرور في التعويض ، فينبغي على المضرور أن يلجأ أولاً لمطالبة الملوث المسئول ، وبطبيعة الحال فإنه يعفى من هذا الإجراء في الحالات التي يكون فيها المسئول مجهولاً . وبناء على ذلك فإن مطالبة الصندوق لا تصبح مقبولة إلا في حالة إخفاق مطالبة المسئول ، هذا الإخفاق يتحقق في حالات إفسار المسئول أو كونه غير مؤمن أو عندما تتوافر إحدى حالات الإغفاء من المسؤولية ، فإذا توافرت إحدى هذه الحالات كان للمضرور أن يلجأ مباشرة للصندوق^(٢) .

أشار إليه الدكتور / سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

(١) Viney , art. préc. no. 32 ; Demeester – Morançais , art. préc. p. 1555 et p. 1556 ; Thieffry , art. préc. p. 122 ; Le Damany , art. préc. p. 166 ; Rémond – Gouilloud , J-CL , art. préc. no. 103 .

و/د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ والمرجع الذي أشار إلي في هامش رقم ١ بذات الصفحة .
(٢) ويجب عدم الخلط بين حالات عدم إمكانية تحديد شخص المسئول ، وحالات تعدد المسئولين دون معرفة نصيب كل منهم حيث تنطبق في هذه الحالة الأخيرة ، القواعد العامة في المسؤولية التضامنية .
وتجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من الحالات في فرنسا التي تجاوزت فيها قيمة الأضرار ، مبلغ ٥٠٠٠٠ فرنك ، ولم يتم تعويضها بسبب عدم إمكانية تحديد شخص المسئول .
راجع في ذلك :

٩٠- ويختلف دور صناديق التعويض من دولة لأخرى ، فقد يقتصر على تعويض المضرورين وقد يقتصر على تغطية مسؤولية الملوّثين ، وقد يجمع بين الدورين معاً ، كما هو الحال مثلاً في الصندوق الهولندي . وفي الولايات المتحدة يكون المضرور بالخيار ، إما أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر مباشرة على الملوّث المسئول عندما يكون خاضعاً عندئذ لنظام الخطأ الواجب الإثبات أو أن يتجه إلى الصندوق ليحصل منه على تعويض لا يشترط للحصول عليه ثبوت خطأ الملوّث ، ليكون للصندوق أن يرجع على المتسببين في التلوّث بما دفعه لهذا المضرور . أما الصندوق الياباني فوظيفته تغطية المسؤولية ، إذ تكون المشروعات الصناعية الملوّثة معفية من مسؤوليتها بمقدار المبلغ الذي دفعه الصندوق للمضرورين (١).

المشاكل التي يثيرها نظام صناديق التعويض :

٩١- إذا كان إنشاء صناديق التعويض يقدم العديد من المزايا ، إلا أنه يجب الاعتراف بأنه يشكل في الوقت ذاته عبئاً إضافياً على عاتق المشروع الملوّث ، بيد أن هذا العبء والذي يتمثل في مساهمته في الصندوق أياً كانت قيمته ، لا يمكن أن يتعادل مع ما سيتحمّله المشروع ، كتعويض في حالة عدم وجود الصندوق . ومن ناحية أخرى ، فإن نظام صناديق التعويضات يبدو نظاماً غير عادل بالنسبة لهؤلاء الذين يساهمون في تمويل الصندوق، ومع ذلك لا يتسببون في إحداث أضرار بيئية ، نظراً لفاعلية الإجراءات والتدابير الوقائية التي يقومون باتخاذها في منشآتهم . وتخفيفاً لهذا الوضع فإنه يجب أن يأخذ الصندوق في حسابه تصرفات كل ملوّث من المشتركين في الصندوق ، ومن ثم يكون من الضروري أن يتقرر للصندوق - في حدود الإمكان - الحق في الرجوع ، المؤسس على المسؤولية

L'assurance pollution et les fonds indemnisation des pollution accidentelles ,
Rapport du comité de l'environnement , Assur . Fr . avril , 1994 , no. 389 ,
note , no. 4.

أشار إلى هذا التقرير الدكتور/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

(١) أنظر في ذلك : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

Voir également : Prieur , op. cit. no. 958 , p . 852 ; Huet , art. préc. no . 36 .

الشخصية ، ضد الملوث الذى يرتكب خطأ^(١) لمطالبته بقيمة التعويض الذى دفعة للمضرور .

وأياً ما كان الأمر ، فإن صناديق التعويض تطرح بعض المشكلات الهامة ، التى تتعلق بتمويل الصندوق وإدارته :

٩٢ - تمويل الصندوق : لعل هذه المسألة من أكثر المسائل أهمية ، لأن فعالية دور صناديق الضمان كآلية تعويض مكملة لنظامي المسؤولية والتأمين ، يتوقف على ملاءة الذمة المالية للصندوق ومدى قدرته على دفع مبالغ التعويض الضخمة التى يستحقها ضحايا الأضرار البيئية.

وتمويل صناديق التعويض يتم بطرق مختلفة ، فبعضها يمول فقط من اشتراكات تحصل من الصناعيين فى بعض القطاعات الصناعية الذين يسببون نوعاً خاصاً من التلوث ويمارسون نشاطهم فى منطقة معينة^(٢) ، وبعضها الآخر يمول من مبالغ يساهم فى دفعها كل من الصناعيين الملوئين والحكومة والإدارة المحلية بل - وكما هو الحال فى اليابان - من جمعيات أو اتحادات الأشخاص المعرضين لخطر التلوث^(٣) . فنجد مثلاً الصندوق الهولندى الذى تم إنشائه فى عام ١٩٧٢م ، الخاص بتعويض المضرورين من تلوث الهواء ، يتم تمويله عن طريق ضريبة تفرض على الأنشطة مصدر هذا التلوث ، وهذا الصندوق يتم إدارته عن طريق وزارة الصحة الهولندية.

٩٣- وفى السويد لكى يمكن الحصول على ترخيص مزاولة النشاط المتعلق بالبيئة خصوصاً إلقاء أشياء قد تضر بها ، فإن الشركات ملزمة بدفع رسم معين يتم تحديده وفقاً لطبيعة وحجم المنشأة ، هذا الرسم يتم إيداع حصيلته فى صندوق يتولى

(١) راجع فى ذلك :

Huet, art. préc. no. 36 ; Martin, L'indemnisation des dommages écologiques.....préc. p . 149 et s ; Francois (Eliane) , art. préc. P. 26 ; Rémond – Guilloud , art. préc. no. 104 ; Nussbaum , Op. cit. site préc. p. 20 ; Lezon , Op. cit. site , préc. p. 7 .

(٢) أنظر فى ذلك :

Huet , art. préc. no. 35 ; Prieur , op. cit. p . 852, no . 958 ; Nussbaum , Op. cit. site préc. p. 20 ; Lezon , Op. cit. site , préc. p. 7 .

(٣) راجع : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

تعويض الأضرار التي تصيب الأشخاص الطبيعيين فقط من جراء هذه الأنشطة ، مع ملاحظة أن الصندوق ليس له الحق في تعويض الأضرار البيئية المحضة التي يجب أخذها في الاعتبار كذلك (١) .

٩٤- كذلك فإن صندوق Superfund الذي تم إنشائه بموجب القانون الأمريكي Cercla ، الصادر في عام ١٩٨٠م والخاص بتعويض المضرورين من جراء ممارسة الأنشطة البيئية الخطرة ، يتم تمويله عن طريق ضريبة تفرض على الشركات الملوثة وبصفة خاصة شركات البترول الخام والمواد الكيماوية ، كذلك يتم تمويله عن طريق رسم عام ضد التلوث مفروض على كل الشركات الأمريكية .

وبمقتضى نظام السوبر- فون ، فالمصرفوات المخصصة لإصلاح البيئة مثل إصلاح الضرر الذي أصاب الموارد الطبيعية ، والذي تتحمله وكالة حماية البيئة يمكن أن يتم تحصيلها عن طريق الوكالة من المسؤولين المحتملين مثل الملاك أو المستغلين الحاليين أو السابقين للمواقع الملوثة والناقلين الذين يقومون بنقل المواد الخطرة على الموقع ، كذلك من المنتجين أو الحائزين لتلك المواد ، وكل هؤلاء الأشخاص يكونون ملزمين بالتضامن (٢) .

أما المشروع الفرنسي المقترح لصندوق التعويض ، فيتم تمويله عن طريق أقساط سنوية يتم تحديدها وفقاً لطبيعة وحجم النشاط الرئيسي للشركات المعنية التي قد تسبب أضراراً بيئية ويقوم بتمويله الصناعيين على أساس تبادلي (٣) .
وأياً ما كان الأمر فإن الشركات والمؤسسات ذات الخطورة العالية على البيئة يجب أن تدفع أقساطاً أعلى نظراً لما تحدثه من أضرار جسيمة جداً بالبيئة ، ونعني في هذا الصدد على وجه الخصوص شركات قطاعي البترول والكيماويات .

(١) د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

Et également : Le Damny , art. préc. p. 166 ; Huet , art. préc. no. 35, note 134 .

(٢) Voir : Larroumet , art. préc. p. 104.

(٣) د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١١٣ والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد .

وأيضاً :

Prieur , op. cit. no . 958 , p . 452.

٩٥ - وعلى المستوى الأوروبي، فإنه قد تم اقتراح إنشاء صندوق أوروبي للتعويضات وذلك من خلال المادة الحادية عشرة من مشروع التوجيه الأوروبي المتعلق بالمسئولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن النفايات في ٢٧ يونيو ١٩٩١م. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للمجموعة الأوروبية في رأيه الصادر في ٢١ فبراير ١٩٩٠م، قد لفت النظر إلى أمرين هاميين يثيرهما إنشاء مثل هذا الصندوق، أولهما من يتولى إدارة هذا الصندوق؟ وثانيهما ما هي الشركات التي يمكن أن تقبل تمويله ومع ذلك فإن هذين التساولين لم يجدا إجابة حتى الآن. وتعليقاً على هذا الوضع قرر البعض^(١)، أن دول الاتحاد الأوروبي لا تتبنى نفس وجهة النظر فيما يتعلق بالمسئولية والحد الأقصى للتعويضات التي يمكن أن يحكم بها في مجال الأنشطة البيئية.

٩٦ - إدارة صندوق التعويض : يثور التساؤل في هذا الصدد، حول الشخص أو الجهة التي يعهد إليها إدارة صندوق تعويض أضرار التلوث، وهل يجب أن يتولى إدارته أحد أشخاص القانون الخاص، أم أنه من الأفضل أن يعهد بهذه الإدارة للدولة ذاتها؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن تفرق بين عدة فروض :

١- أن نعهد بإدارة الصناديق الخاصة التي تتعلق بنشاط مهني معين إلى أحد أشخاص القانون الخاص وليس إلى الدولة ذاتها، فهذا النوع من الصناديق يفترض وجود تضامن بين الممارسين لأنشطة مهنية متماثلة لضمان تعويض المضرورين من جراء هذه الأنشطة، وبالتالي يتم تمويله عن طريق ضريبة تفرض على هؤلاء الممارسين لتلك الأنشطة، ويتم تحديدها وفقاً لحجم وطبيعة النشاط.

٢- في هذا الفرض الثاني يعهد بإدارة صناديق التعويض إلى الدولة ذاتها وذلك بالنسبة للكوارث البيئية التي ترتب أضراراً ضخمة بالبيئة. ففي مثل هذه الكوارث يكون من الصعب على الصناديق الخاصة تحمل الأضرار الحاصلة، وخصوصاً وأنها قد تتعدى ملايين الدولارات بل وفي بعض الأحيان المليارات.

(١) Voir : Deprimoz, Régime juridique des assurances art. préc. p. 24.

ولتحقيق الحماية المنشودة للبيئة في مثل هذه الحالات يمكن أن تحدد الصناديق الخاصة حداً أقصى يتحملة وما يزيد عن ذلك تتحملة الدولة . ومن ناحية أخرى يمكن أن يحقق النتيجة ذاتها أن تتدخل الدولة مباشرة لتعويض ضحايا الأخطار الضخمة مقابل قسط يقوم بسداده صناديق التعويضات المعهود إليها أصلاً بالتدخل في مثل هذه الحالات (١).

٣- وقد يعهد بإدارة الصندوق إلى الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص في آن واحد ، فيتم إدارة الصندوق عن طريق ممثلين عن الدولة وممثلين عن شخص القانون الخاص ، وذلك في الحالات التي يكون فيها من الضروري الاستعانة بخبرات هذا الشخص الخاص إذا كان له سابق خبرة في هذا المجال.

إجراءات الحصول على التعويض من الصندوق :

٩٧- تختلف هذه الإجراءات باختلاف صندوق التعويض ذاته وكذلك من دولة إلى أخرى . ويمكن أن نقرر في هذا الصدد أن قواعد وإجراءات الحصول على التعويض من الصندوق يجب أن تتسم من ناحية أولى بالوضوح ، إذ يجب أن يحدد القانون المنشئ للصندوق شروط وأحوال الرجوع على الصندوق على وجه الدقة ، وأن يحدد الأشخاص الذين يحق لهم الرجوع على الصندوق ومقدار المبالغ التي يلتزم الصندوق بدفعها للمضرور .

وأن تتسم من ناحية ثانية بالبساطة في الإجراءات والبعد ، قدر الإمكان، عن التعقيدات الإدارية والبيروقراطية حتى نضمن سرعة حصول المضرور على التعويض ونحقق في ذات الوقت الفعالية المنشودة من إنشاء الصندوق . ويمكن تصور أن تمر إجراءات الحصول على التعويض من الصندوق بثلاثة مراحل :

٩٨- المرحلة الأولى : تقديم طلب التعويض : والذي يقدم من الشخص المضرور الذي منحه القانون الحق في الرجوع على الصندوق أو من ذويه إذا تعذر عليه ذلك أو في حالة وفاته ، ويجب أن يرفق بهذا الطلب المستندات المؤيدة له

(١) راجع في ذلك : د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١١٠ و ١١١ والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد .

والتي تثبت حقه في الحصول على التعويض كحكم صادر بتقرير مسئولية الملوث المعسر أو تقرير خبراء أو غيره من المستندات الأخرى الضرورية .

٩٩- المرحلة الثانية : فحص طلب التعويض : ويتولى القيام بهذه العملية

إدارة الصندوق ذاته أو لجنة فنية تنشئ لهذا الغرض والتي تعتمد على ما يقدمه المضرور من بيانات ومعلومات من خلال ما أثبتته في الطلب وأيدته المستندات المرفقة به ، وينتهي هذا الفحص إما بأحقية طالب التعويض في طلبه أو عدم أحقيته وفي حالة الأولى يتم تحديد مقدار التعويض المستحق للمضرور. ويجب أن يتقرر أنه في حالة مرور مدة معينة من تاريخ تقديم الطلب دون رد الصندوق يعتبر ذلك موافقة على أحقية المضرور في صرف التعويض من الصندوق وبالمقدار المحدد في الطلب المقدم منه وذلك لحث الصندوق على الرد على طلبات التعويض دون تأخير.

وفي حالة رفض طلب التعويض المقدم إلى الصندوق يجب أن يتقرر للمضرور دعوى قبل هذا الصندوق أو كحالة عدم قبوله لمقدار التعويض الذي يعرضه الصندوق . وهذه الدعوى يجب أن يحدد القانون جهة القضاء المختص بنظرها وهل هو القضاء العادي أم القضاء الإداري ؟ والذي نحيد في هذا الصدد أن يكون جهة القضاء العادي^(١)، ويجب أن تنتظر هذه الدعوى على وجه السرعة حتى لا يظل موقف طالب التعويض (المضرور) معلقاً مدة طويلة.

وفي حالة ما إذا كان للصندوق حد أقصى يغطيه وتجاوزت قيمة الأضرار هذا الحد الأقصى فإنه يجب في هذه الحالة وضع أولويات لبعض الأضرار بحيث يتعين تعويضها أولاً ، على سبيل المثال ، الأضرار الجسدية التي يتم تعويضها

(١) ويرجع تفضيلنا لجهة القضاء العادي على جهة القضاء الإداري إلى أن هذه الأخيرة - على خلاف الأولى - تتسم الإجراءات أمامها بالبطء الشديد ، كما أن المنازعات أمامها يتأخر الفصل فيها تأخراً شديداً مما من شأنه أن ينمى الشعور بالظلم لأن العدالة الطبيعية ظلم بين . ويكفي تدليلاً على ذلك القول بأن دعوى إلغاء القرار الإداري الباطل قد يستغرق الفصل فيها نهائياً مدة عشر سنوات في حين أن طبيعة هذه الدعوى تستلزم سرعة الفصل فيها .

بالكامل فى المقام الأول ، أما الأضرار المادية وكذلك الأضرار البيئية ، فلا يتم تعويضها إلا فى المرتبة الثانية (١).

١٠٠- وقبل أن ننتقل إلى الوضع فى قانون البيئة المصرى فإننا نشير إلى أنه رغم أهمية ومزايا صناديق التعويض بشأن التلوث كآلية ضمان مكملة لنظامى المسؤولية والتأمين إلا أن عددها ما زال محدوداً فى الوقت الحالى ولم يكتب لها الانتشار فى العديد من الدول.

المبحث الثالث

صندوق حماية البيئة المصرى

١٠١- وبالنسبة لقانون البيئة المصرى رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ، فقد نص فى مادته الرابعة عشرة على إنشاء صندوق خاص يسمى " صندوق حماية البيئة " ويتولى إدارة هذا الصندوق مجلس إدارة جهاز شئون البيئة (٢).
ويقتضى بحث أحكام هذا الصندوق أن نعرض لموارد تمويله وحالات تدخله وأخيراً لتقييم هذا الصندوق ، وذلك على النحو التالى :

موارد تمويل الصندوق :

١٠٢- حددت المادة ١٤ من قانون البيئة المصرى موارد تمويل ذلك الصندوق حيث نصت على أن تؤول إليه :

أ - المبالغ التى تخصصها الدولة فى موازنتها لدعم الصندوق.

(١) Voir : Lambert – faivre , Droit du dommage corporel , Dalloz , 2000 , no . 702 , p . 798

(٢) أنشئ جهاز شئون البيئة بنص المادة الثانية من قانون البيئة المصرى رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ليحل محل جهاز شئون البيئة الذى كان قد أنشأه القرار الجمهورى رقم ٦٣١ لسنة ١٩٨٢م . وهذا الجهاز يتبع رئاسة مجلس الوزراء والوزير المختص بشئون البيئة ويعين رئيسه بقرار من رئيس الجمهورية ويشكل مجلس إدارته برئاسة الوزير المختص بشئون البيئة وعضوية الرئيس التنفيذى للجهاز ويكون نائباً لرئيس مجلس الإدارة ، وممثل عن كل من ست وزارات يختارها رئيس مجلس الوزراء من الوزارات المعنية بالبيئة واثنين من الخبراء فى مجال شئون البيئة يختارهم الوزير ، وثلاثة عن التنظيمات غير الحكومية ، وأحد شاغلي الوظائف العليا بالجهاز يختاره رئيس الجهاز ورئيس إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة وثلاثة من ممثلى قطاع الأعمال يختارهم الوزير المختص واثنين من الجامعات ومراكز الأبحاث العلمية يختارهم الوزير . ويختص جهاز شئون البيئة برسم السياسة العامة لحماية البيئة ووضع الخطط اللازمة لتنفيذها ، بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التى عدهتها المادة الخامسة من القانون . ومقر جهاز شئون البيئة مدينة القاهرة ، وينشأ بقرار من الوزير المختص بشئون البيئة فروع للجهاز بالمحافظات وتكون الأولوية للمناطق الصناعية .

ب - الإعانات والهيئات المقدمة من الهيئات الوطنية والأجنبية لأغراض حماية البيئة وتنميتها والتي يقبلها مجلس إدارة الجهاز .

ج - الغرامات التي يحكم بها والتعويضات التي يحكم بها أو يتفق عليها عن الأضرار التي تصيب البيئة .

د - موارد صندوق المحميات المنصوص عليها فى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٣م^(١).

وتودع فى الصندوق على سبيل الأمانة ، المبالغ التي تحصل بصفة مؤقتة تحت حساب الغرامات ، والتعويضات عن الأضرار التي تصيب البيئة .

وبالإضافة إلى تلك الموارد الأربعة للتمويل التي نصت عليها المادة ١٤ من قانون البيئة ، فقد أضافت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة الصادرة بقرار رئيس الوزراء رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٩٥م ، فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٥م ، إلى تلك الموارد ما يلى :

١ - ما يخص جهاز شئون البيئة من نسبة الـ ٢٥% من حصيله الرسوم المقررة على تذاكر السفر التي تصدر فى مصر بالعملة المصرية ، طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦م ، وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩٧ لسنة ١٩٨٦م ، وبحد أدنى ١٢,٥% من إجمالي حصيله الرسوم المشار إليها .

٢- عائد المشروعات التجريبية التي يقوم بها الجهاز .

٣- مقابل ما يؤديه الجهاز من خدمات للغير بأجر .

٤- رسوم التراخيص التي يصدرها الجهاز .

ويلاحظ فى هذا الصدد تعدد موارد تمويل الصندوق ، والتي يكون من شأنها ضمان وجود مبالغ تكفى للوفاء بالأغراض التي أنشئ الصندوق من أجلها . فهذه الموارد تكون مخصصة للصرف منها على تحقيق أغراض الصندوق طبقاً للمادة الخامسة عشرة من قانون البيئة المصرى التي تنص على أنه ؛ " تخصص موارد

(١) تنص المادة السادسة فقرة أولى من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٣م بشأن المحميات الطبيعية على أن ؛ " ينشأ صندوق خاص تؤول إليه الأموال والهيئات والإعانات التي تتقرر للمحميات ورسوم زيارتها إن وجدت ، وكذا حصيله الغرامات الناتجة عن تطبيق القانون ."

الصندوق للصرف منها على تحقيق أغراضه " ، وأغراض الصندوق المقصودة في هذا النص هي بصفة عامة ، النهوض بالبيئة والارتقاء بها.

حالات تدخل الصندوق :

١٠٣- نصت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري على

الحالات التي يتدخل فيها الصندوق وهي :

١. مواجهة الكوارث البيئية.

٢. المشروعات التجريبية والرائدة في مجال حماية الثروات الطبيعية وحماية البيئة من التلوث.

٣. نقل التقنيات ذات التكلفة المنخفضة والتي يثبت تطبيقها بنجاح.

٤. تمويل تصنيع نماذج المعدات والأجهزة والمحطات التي تعالج ملوثات البيئة

٥. إنشاء وتشغيل شبكات الرصد البيئي.

٦. إنشاء وإدارة المحميات الطبيعية بهدف المحافظة على الثروات والموارد الطبيعية .

٧. مواجهة التلوث غير معلوم المصدر.

٨. تمويل الدراسات اللازمة لإعداد البرامج البيئية وتقييم التأثير البيئي ووضع المعدلات والمعايير المطلوب الالتزام بها للمحافظة على البيئة.

٩. المشاركة في تمويل مشروعات حماية البيئة ، التي تقوم بها أجهزة الإدارة المحلية والجمعيات الأهلية ، ويتوافر لها جزء من التمويل من خلال المشاركة الشعبية.

١٠. مشروعات مكافحة التلوث.

١١. صرف المكافآت عن الإنجازات المنجزة عن الجهود التي تبذل في مجال حماية البيئة.

١٢. دعم البنية الأساسية للجهاز وتطوير أنشطته.

١٣. الأغراض الأخرى التي تهدف إلى حماية أو تنمية البيئة والتي يوافق عليها مجلس إدارة الجهاز.

وقد وضع قانون البيئة ولائحته التنفيذية نظاماً خاصاً لتحفيز المنشآت

والأفراد الذين يقومون بأعمال أو مشروعات من شأنها حماية البيئة ، حيث نصت المادة ١٧ من القانون على أن ؛ " يضع جهاز شئون البيئة بالاشتراك مع وزارة المالية نظاماً للحوافز التي يمكن أن يقدمها الجهاز والجهات الإدارية المختصة للهيئات والمنشآت والأفراد وغيرها الذين يقومون بأعمال أو مشروعات من شأنها حماية البيئة " .

وقد نص قانون حماية البيئة فى المادة الرابعة عشرة منه على أن تكون للصندوق موازنة خاصة ، وتبدأ السنة المالية للصندوق ببداية السنة المالية للدولة وتنتهى بانتهائها ، ويرحل فائض الصندوق من سنة إلى أخرى ، وتعتبر أموال الصندوق أموالاً عامة ، وذلك حتى يسبغ على أمواله الحماية المقررة للمال العام . كما نصت المادة السادسة عشرة من القانون على أن يضع جهاز شئون البيئة بالاتفاق مع وزير المالية اللائحة الداخلية للصندوق ، وعلى أن تخضع جميع أعمال الصندوق ومعاملاته لرقابة الجهاز المركزى للمحاسبات.

تقييم صندوق حماية البيئة المصرى :

١٠٤- ويلاحظ على صندوق حماية البيئة المصرى الأتى :

١- أن المشرع أورد حالات عديدة لتدخل الصندوق سواء فى قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م أو لائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الوزراء رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٩٥م ، هدفها جميعها هو حماية البيئة والنهوض والارتقاء بها . وقد وسع المشرع من نطاق موارد الصندوق حتى يوفر له ذمة مالية قادرة على تحقيق أغراض هذا الصندوق ، ولعل ذلك مما يحمى للمشرع المصرى فى هذا الصدد والصندوق منذ إنشائه وحتى الآن يسعى بخطوات ثابتة نحو تحقيق أهدافه وأغراضه التى حددها المشرع له .

٢- أنه رغم اتساع مجالات تدخل الصندوق والتى هدفها الرئيسى هو حماية البيئة ، إلا أن المشرع لم ينص على الهدف الرئيسى للصندوق وهو تعويض المضرورين فى الحالات التى لا يمكنهم فيها الحصول على التعويض بوسيلة أخرى - مسئولية مدنية أو تأمين خاص - عما أصابهم من أضرار سواء فى كيانهم الجسدى أو فى أموالهم .

وعلى ذلك فإننا ندعو مشرعنا المصرى إلى التدخل فى هذا الصدد ، ليضيف إلى أهداف الصندوق الهدف الرئيسى من إنشاء صناديق التعويض وهو أن يتدخل الصندوق بصفة احتياطية لتعويض المضرورين من التلوث عما أصابهم من أضرار فى حالة عدم تحديد المسئول أو فى حالة ما إذا كان معسراً أو عندما تتوافر فى حقه إحدى حالات إعفاء من المسئولية بصرف النظر عن إعساره أو يساره ، وبصفة تكميلية ، لتكملة التعويض المستحق للمضرور فيما يجاوز الحد الأقصى للضمان إذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته وتجاوزت الأضرار قيمة المبلغ المحدد فى عقد التأمين .

وبذلك يتكامل الهدف الرئيسى من الصندوق وهو حماية البيئة بشقيه ، الحماية المنعية والحماية التعويضية معاً تمشياً مع صناديق التعويض فى التشريعات المقارنة والتي يجب الاستهداء بها فى هذا الشأن.

٣- أن من بين مصادر تمويل الصندوق ، الغرامات والتعويضات التى يحكم بها أو يتفق عليها عن الأضرار التى تصيب البيئة . وغرامات التلوث من الوجهة الاقتصادية يقابلها بعض التحفظات فى مجال البيئة^(١) . فالهدف الأساسى من فرض الغرامات على محدثى التلوث هو دفعه إلى خفض ما يصبه فى البيئة من ملوثات إلى مستوى معين . ولما كانت أفضل غرامة ، كما توضح النظرية الاقتصادية ، يجب أن تكون بمعدل يساوى تكلفة التلوث الاجتماعية الحدية على وحدة التلوث ، ولما كان التقييم النقدي للضرر البيئى موضوع غير محدد ، فإن هناك حل " غير متكافئ " يمكن أن يؤخذ به ، وهو التساوى بين معدل غرامة التلوث والتكلفة الحدية لخفض التلوث إلى الحد الذى يتناسب مع الهدف الذى فرضت من أجله هذه الغرامة (٢).

(١) أنظر : د/ أحمد جمال الدين موسى ، دور التشريعات الضريبية فى حماية البيئة ، بحث منشور ضمن أبحاث مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر ، المؤتمر العلمى الأول للقانونيين المصريين ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع ٢٥ - ٢٦ فبراير ١٩٩٢م ، ص ٥ وما بعدها .

(٢) وتختلف الغرامة البيئية أو غرامة التلوث عن الضريبة البيئية أو ضريبة التلوث فى أن الأولى تفرض على الملوث إذا ما ثبت ارتكابه لإحدى المخالفات البيئية عند التفتيش عليه أو رقبته أو عند اكتشاف أن التلوث الصادر عنه أكثر من المعدلات والنسب المسموح بها فى وقت معين . أما الضريبة البيئية فهى اقتطاع إجبارى يدفعه الممول جبراً بهدف حماية البيئة أو هى الضريبة التى تمارس تأثيراً مرغوباً فيه على

١٠٥- ونظراً للصعوبات العملية التي تصادف عملية تحديد مثل هذا التوازن فقد رأى البعض ^(١) أنه " من الأفضل البدء بمعدل غرامة منخفض أى غير كاف وزيادته بالتدرج مع الزمن وفي هذه الحالات تلعب الغرامات دوراً في إعادة التوزيع ، بمعنى إمكانية استخدامها لتمويل الصندوق ". فجعل الغرامات التي تفرض على المصانع أو المنشآت التي تسبب التلوث ، مصدرراً رئيسياً من مصادر تمويل الصندوق يعتبر أمراً غير دقيق في تطبيقه ، سواء من ناحية قلة الأموال التي يتم تحصيلها حيث أنها لا تطبق بالفعل إلا في عدد محدود من الحالات ، أو من ناحية أثر هذه الغرامات السيئ على الإنتاج.

والخلاصة أنه يجب إعادة صياغة المواد المتعلقة بحالات تدخل صندوق حماية البيئة ، لتضاف إليها الحالات التي يكون من شأنها ضمان تعويض المضرور تعويضاً كاملاً عما أصابه من أضرار ناجمة عن التلوث حتى تكتمل للصندوق عنصري حماية البيئة المنعية والتعويضية على السواء ^(٢).

البيئة وهكذا يتمشى تعريف الضريبة البيئية مع تعريف الضريبة عموماً باعتبارها اقتطاعاً إجبارياً يدفعه الفرد مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة وذلك باعتبار أن حماية البيئة تندرج ضمن الأعباء العامة .
راجع في الضريبة البيئية ومبررات فرضها وأنواعها : د/ السيد عطية عبد الواحد ، الضريبة البيئية وأهميتها ، أنواعها ، أثارها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية حقوق عين شمس ، العدد الأول ، السنة الثالثة والأربعون ، يناير ٢٠٠١م ، ص ٤٦ وما بعدها .
^(١) أحلام رجب إبراهيم جاويش ، إعداد نظام للتأمين من المسؤولية العامة الناتجة عن أخطار التلوث البيئي في جمهورية مصر العربية ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨م ، ص ٦٧ وما بعدها ، أشارت إليه الدكتورة/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٦٥ فقرة ١٣٥ .
^(٢) تجدر الإشارة إلى أن البعض من الفقه المصري قد سبق ونادى بضرورة توسيع نطاق تدخل صندوق حماية البيئة ليشمل تعويض الأضرار البيئية .
أنظر : د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ١١٦ وما بعدها .

الفصل الثالث

التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث

تمهيد وتقسيم :

١٠٦- المعروف أن الدولة تتبع سياسة المساعدات في حالة الكوارث العامة ، كالزلازل والسيول والأوبئة وما إلى ذلك ، فتمنح تلك المساعدات إلى طائفة أو فئة من المجتمع ممن أصابتهم هذه الكوارث العامة دون أن تثور مسئولية الدولة ، حيث تركز هذه المساعدات على فكرة المنحة التي توجد بها الدولة على رعاياها دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك أو المطالبة بها. وهذه السياسة ، أى سياسة المساعدات ، لا تعدو أن تكون مجرد مساهمة من الدولة ، تمثل مظهراً لاهتمامها بالضححايا الجديرين بالاهتمام.

أما في غير ذلك من الحالات فإن تدخل الدولة لتعويض المضرورين في الأحوال التي لا يستطيعون فيها الحصول على التعويض بأى وسيلة أخرى - مسئولية مدنية ، تأمين مسئولية ، صناديق تعويض - لاسيما عما أصابهم من أضرار جسدية ، يكون عن طريق إتباعها سياسة التعويض وليس سياسة المساعدات وهى سياسة تقوم أساساً على فكرة أن تعويض الضحايا هو حق لهم وليس منحة ولهم مطالبة الدولة بهذا التعويض^(١) ، كما هو الشأن في حالة تدخل الدولة لتعويض المخاطر الطبية^(٢) أو تدخلها لتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث النووي^(٣) .

(١) Voir en ce sens : Savatier , Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? , préc. p. 10 .

(٢) فيبرز دور الدولة في تعويض المخاطر الطبية في تلك الحالات التي تكون فيها بصدد ما يمكن أن نطلق عليه " كارثة طبية " une catastrophe medicale ، وعدم وجود آلية تضطلع بالتعويض ، حيث تلتزم الدولة في مثل هذه الحالات أن تأخذ على عاتقها عبء القيام بهذا الدور .

راجع في تعويض المخاطر الطبية عن طريق الدولة : الدكتور/ أشرف جابر سيد موسى ، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ص ٤٧١ وما بعدها ، فقرة ٢٤٩ وما بعدها

(٣) فقد استن المشرع في معظم الدول مبدأ تدخل الدولة المالى لتعويض الأضرار التي تجاوز الحد الأقصى للضمان المالى للالتزام القائم بتشغيل المنشأة النووية بالتعويض عن الوفاء بالتعويض عنها أو عندما يتقاعس الأخير وضامنه المالى عن الوفاء بتعويض الأضرار التي تدخل في نطاق الحد الأقصى للالتزام بالتعويض . ومن هذه القوانين على سبيل المثال ، القانون النووى الفرنسى لسنة ١٩٦٨م فى المادة الخامسة والمادة الثامنة ، والقانون النووى اليابانى لسنة ١٩٦١م المعدل عام ١٩٨٩م فى المادة ١٦ = ، وأيضاً مشروع القانون النووى المصرى لسنة ١٩٨٢م ، بشأن المسئولية المدنية عن الأضرار النووية فى المادة ٥٩ منه .

١٠٧- وحتى الآن لم ينتشر نظام صناديق التعويض في العديد من الدول رغم أهميته ، ومن ثم ففي أحوال عدم تحديد المسئول عن الضرر أو إيساره مع انتفاء وجود نظام للتأمين وعدم إنشاء صناديق التعويضات فإن المضرور في النهاية هو الذى يتحمل الضرر وحده أو لا يكون معوضاً بصورة كاملة ، ولذلك تبدو الحاجة ملحة لتدخل الدولة كى تقوم بتعويض المضرور تعويضاً كاملاً أو لتكمل التعويض المستحق له (١) .

١٠٨- ومن هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان يقع التزام على عاتق الدولة بتحمل تعويض المضرورين عما أصابهم من أضرار بسبب التلوث ، وحول مجالات تدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث ، وسبيل الدولة فى توفير الموارد المالية الأزمة لتعويض تلك الأضرار ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات رأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالى :

- المبحث الأول : ضرورة تدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث.
- المبحث الثانى : مجالات تدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث.
- المبحث الثالث : مصادر تمويل الدولة لتعويض أضرار التلوث.

وكذلك أقرت الاتفاقيات الدولية مبدأ تدخل الدولة المالى لتعويض الأضرار النووية ، فالمادة رقم ١ / ٧ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٦٣م ، نصت على أنه ؛ " وتضمن الدولة الكائنة بها المؤسسة النووية بما لا يجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه فى المادة الخامسة من هذه الاتفاقية الوفاء بقيمة التعويض عن الأضرار النووية التى يحكم بها على القائم بالتشغيل فى حالة عدم كفاية التأمين أو الضمان المالى ، ويمثل ذلك نصت المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل التكميلية سنة ١٩٦٣م ، وكذلك المادة الثالثة فقرة ثانية من اتفاقية بروكسل سنة ١٩٦٢م ، والتى نصت على أن تضمن الدولة وفاء القائم بتشغيل السفينة النووية بالتعويضات عن الأضرار النووية .

راجع فى التزام الدولة المالى بتعويض الأضرار النووية بالتفصيل : د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٣٧ وما بعدها ، فقرة ٣٥٧ وما بعدها ، وكذلك المراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد .
(١) وتدخل الدولة فى هذه الأحوال والتزامها بتعويض المضرورين من التلوث لا يكون بوصفها مسنولة عن تعويض تلك الأضرار ، كما هو الحال فى حالة ما إذا كانت تمارس نشاطاً ملوثاً للبيئة أو إذا نسب إليها خطأ ما ترتب عليه حدوث أضرار تلوث للأشخاص نتيجة ممارستها لوظيفتها الإدارية بخصوص الضبط البيئى .
راجع فى التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث فى هذه الأحوال ، بوصفها مسنولة عن تعويض تلك الأضرار : رسالتنا للدكتوراه بعنوان ؛ " المسئولية المدنية عن أضرار التلوث البيئى فى نطاق الجوار " سألقة الإشارة إليها ، ص ٧٤٤ وما بعدها .

والدولة حينما تتدخل فى هذه الأحوال فإنها تتدخل بوصفها ملزمة بالتعويض لاعتبارات أخرى بعيدة عن نظام المسئولية المدنية . فتدخلها يعتبر مظهراً من مظاهر جماعية التعويض عن أضرار التلوث ، إذ تتدخل بوصفها نمة جماعية تتحمل التعويض عن محدث الضرر أو تقف بجانبه .

المبحث الأول

ضرورة تدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث

عجز آليات التعويض الأخرى عن حماية المضرورين :

١٠٩- الملاحظ أن تعويض المضرورين عما أصابهم من أضرار لاسيما الأضرار الجسدية بسبب التلوث ليس أمراً مؤكداً في جميع الأحوال ، حتى في ظل وجود نظامي التأمين وصناديق التعويض . ففي الحالات التي يمكن فيها إنشاء صناديق تعويض دون وجود نظام تأمين إجباري فإن هذه الصناديق تصبح ملتزمة بتعويض جميع أضرار التلوث غير المؤمن منها ، وفي هذه الحالة فإن هذه الصناديق ، نظراً لضخامة التعويضات ، يمكن أن تشهر إفلاسها في أسرع وقت (١) وعندئذ يتم وضع حدود قصوى لتدخل صناديق التعويض ويكون هناك بالتالي جزء من الأضرار التي لحقت بالمضرور غير معوض عنه .

ومن ناحية أخرى ، فإن نظام صناديق التعويض لم ينتشر في العديد من الدول ، حتى الآن ، ومن ثم ففي أحوال عدم تحديد أو معرفة المسئول عن الأضرار أو إغساره في حالة تحديده ، مع انتفاء وجود نظام للتأمين ، اختيارياً كان أو إجبارياً ، وعدم إنشاء صناديق التعويض فإن المضرور يجد نفسه في النهاية وقد تحمل وحده الضرر دون أن يعوض عنه ، وقد يكون هذا الضرر من الجسامة وتأبي قواعد العدالة أن يترك دون تعويض .

في هذه الأحوال يبدو واضحاً عجز وقصور آليات تعويض الأضرار - التأمين ، صناديق التعويض - عن توفير الحماية للمضرورين عن أضرار التلوث ، ومن هنا تعن الحاجة للجوء إلى الدولة التي يبرز دورها في هذا الصدد والتي يجب أن تتدخل لتكملة التعويض المستحق للمضرور أو لتعويضه تعويضاً كاملاً ، إذ أنه لا يجدى المضرورين ، في مثل هذه الأحوال ، سوى الالتجاء إلى الدولة التي تأتي في المرحلة الأخيرة لتعويض المضرورين .

(١) د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٠ . وقارب : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ ؛ د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٢ .

فإذا كان نظام التأمين يوفر الأمان لأصحاب المشروعات الملوثة للبيئة ويضمن الضرر الناجم عن المطالبات المتكررة بالتعويض عن أضرار التلوث ، فإنه قد بدا عدم كفايته لضمان حصول المضرورين على التعويض إذا ما تجاوزت قيمة الأضرار الحدود القصوى للتأمين أو إذا كان المشروع المسئول لم يعقد تأميناً وثبت إعساره وعدم قدرته على دفع التعويض ، كما تتحقق نفس المخاوف في حالة عدم معرفة المسئول عن الضرر أو عدم تحديده .

وما يقال عن نظام التأمين يتحقق أيضاً بالنسبة لصناديق التعويض وبالتالي تبدو أهمية دور الدولة ككيان إجتماعي يؤكد حصول المضرورين على تعويض ما لحقهم من أضرار دون أن يكون لغياب المسئول أو إعساره أثر على ذلك . فالهيئة الاجتماعية يجب أن تسعى بكافة الوسائل إلى توفير تعويض مناسب للأضرار التي تلحق بالأفراد دون التقيد بما تمليه قواعد المسؤولية الفردية .

فنظراً لضخامة قيمة الأضرار البيئية ، فإنه يبدو ضرورياً قبول جماعية التعويض عن هذه الأضرار عن طريق التزام الدولة ، باعتبارها ذمة جماعية عامة ، بتعويض تلك الأضرار⁽¹⁾ ، بيد أن الفقهاء ليسوا على أمر جامع في هذا الصدد .

الخلاف حول مدى التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث :

١١٠- إن تدخل الدولة من تلقاء ذاتها وبمحض اختيارها لتعويض أضرار التلوث في الأحوال التي لا يستطيع المضرورون فيها الحصول على التعويض بأى وسيلة أو آلية أخرى ، ليس محل خلاف في الفقه . ولكن الخلاف ثار بين الفقهاء حول مدى وجود التزام قانوني على عاتق الدولة بالتدخل في مجال الأضرار البيئية لتعويض المضرورين من التلوث .

١١١- فيذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى معارضة مبدأ التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث ، فلا ينبغي أن تأخذ الدولة على نفسها التزاماً قانونياً بالتدخل المالي لتعويض تلك الأضرار على وجه الخصوص . ومع ذلك فإن هذا الفقه لا يعارض

(1) Voir en ce sens : Larroumet , art. préc . p. 103 .

(2) راجع في الفقه المعارض لمبدأ التزام الدولة بالتعويض ، ولا سيما الأضرار النووية ، وحجج ذلك الفقه : د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٣٩ وما بعدها ، فقرة ٣٥٩ وما بعدها .

مبدأ تدخل الدولة المالي في تعويض الأضرار التي تلحق بمواطنيها ، أيأ كانت ، شريطة أن يكون ذلك خاضعاً لمحض مشيئتها واختيارها .

ويستند أنصار الاتجاه المعارض إلى عدة حجج تتلخص في الآتي :

١. أن أضرار التلوث مثل غيرها من الأضرار الناشئة عن الأنشطة الأخرى ، وأنه لا مبرر لالتزامها بالتعويض في بعض المجالات دون البعض الآخر ، وبالتالي فإن تدخل الدولة في هذا المجال دون غيره لا محل له .

٢. أن التزام الدولة بالتعويض ، في هذه الأحوال ، لا يتفق مع المبادئ العامة للمسئولية المدنية فإن هي ألزمت نفسها بذلك فمعنى ذلك أن الأعباء المالية الناجمة عن خطر التلوث يتم نقلها بواسطة الدولة من نطاق الالتزام الفردي بالتعويض لتوزيعها على الأفراد ، ويمثل ذلك حادثة مطلقة وخروجاً على مبادئ المسئولية المدنية .

١١٢- وتذهب غالبية الفقه (١) إلى تأييد مبدأ التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث في الأحوال التي لا يستطيع فيها المضرور الحصول على التعويض بأى آلية ضمان أخرى ، فيقع على عاتقها التزام قانوني بالتدخل في هذه الأحوال .

وقد تولى هذا الفقه الرد على الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المعارض لمبدأ التزام الدولة بالتعويض بالقول بأن الأمر متروك للمشرع في السماح بممارسة بعض الأنشطة لمنفعة عامة بالرغم من انطوائها على مخاطر يتعرض لها المستفيدين من هذه المنفعة ، على أن يقدم الضمانات الكافية لاستمرارية هذه الأنشطة مع توفير الحماية اللازمة للمضرورين فيها . وقد يرى المشرع أن القواعد

(١) د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ وهامش رقم ٣ بذات الصفحة ؛ د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨ و ٣٦٩ ؛ د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٢ ؛ د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٤٣ وما بعدها .

Et voir aussi : Larroumet, art. préc. p. 103 ; Chesnelong (Jean – Didier), Introduire dans les contrats une dimension environnementale, Petites Affiches, du 27 avril 1994, no. 6 ; Chaumet, art. préc. p. 32.

Et également : Kaufman , La convention europeenne sur la responsabilité civile dans le domaine de l'energie nucleaire , Extrait de la Revue Hellenique de droit international , 1960 .

أشار إليه الدكتور / عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٤٤ هامش ٩١ .

العامة للمسئولية المدنية عاجزة عن تحقيق ذلك لأنها إما أن ترهق ممارسى هذه الأنشطة بالتزامات غير محددة وإما أن تهدر حق المضرور فى التعويض ، و رغبة منه فى حماية الطرفين - المضرور والمسئول - لجأ إلى تقرير مبدأ التزام الدولة بالتعويض (١).

الاعتبارات التى تبرر التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث :

١١٣- وأياً ما كان الأمر فإن هناك العديد من الاعتبارات التى تبرر التزام

الدولة بتعويض أضرار التلوث وتتمثل هذه الاعتبارات فى الآتي :

١- أول هذه الاعتبارات هى طبيعة الأضرار الناجمة عن التلوث والتى تتسم باتساعها وانتشارها وضخامة حجمها وفداحة كارثتها والتى لا تقدر أكبر المشروعات على تحملها وحدها ، لاسيما الأضرار البيئية المحضة والتى تتكلف مبالغ طائلة لإصلاحها وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث التلوث .

ولضمان استمرار الأنشطة الاقتصادية النافعة التى تعود بالفائدة على الكيان الاجتماعى بأسره ، والتى ينتج عنها تلوث بيئى فإنه يجب أن تتدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث فى حالات عجز أو عدم وجود آليات الضمان الأخرى ، حتى تشجع أصحاب تلك المشروعات على الاستمرار والتطور دون خشية الإفلاس الذى يهددهم بسبب ضخامة وجسامة هذه الأضرار . فالجماعة ممثلة فى الدولة تعود عليها الأنشطة الملوثة للبيئة بالنفع أو الغنم وعليها أن تتحمل غرم هذا الغنم عن طريق المساهمة فى تعويض المضرورين من أفراده .

٢- أن الدولة هى التى تصدر تراخيص مزاولة الأنشطة الاقتصادية الملوثة للبيئة والتى تحقق النفع العام للمجتمع ، كما أنها تتمتع بسلطة التحكم فى هذه الأنشطة ، وعند الضرورة ، لديها أيضاً سلطة حظر ممارستها ، فيكون منطقياً بالتالى التزامها بالمساهمة فى تعويض المضرورين من هذه الأنشطة (٢).

(١) راجع فى الرد على حجج الفقه المعارض لمبدأ التزام الدولة بالتعويض : د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٤٤ .

(٢) فى نفس المعنى : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٢ و ١٠٥٣ ؛ د/ عبد الحميد عثمان ، الرسالة السابقة ، ص ٦٤٨ .

٣- أن الدولة يقع على عاتقها التزام دستوري بضرورة كفالة الأمن والطمأنينة للمواطنين جميعاً والمحافظة على سلامتهم فى النفس والمال ، وبالتالي يكون تدخلها فى المساهمة بتعويض أضرار التلوث تنفيذاً لهذا الالتزام الدستوري ، فإن هى تقاعست تحقق إخلالها بذلك الالتزام (١).

٤- يبرر التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث أيضاً ضرورة تحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع ، إذ تأبى قواعد العدل والمساواة ترك المضرورين دون تعويض فى حالة عدم معرفة المسئول أو فى حالة إفساره. ففى حالة ترك المضرور دون تعويض أو عدم تعويضه تعويضاً كاملاً فإن ذلك يشكل تمييزاً غير مبرر بين المضرورين أنفسهم ، إذ قد يؤدي عدم التزام الدولة بالتعويض إلى حصول بعض المضرورين على التعويض دون البعض الآخر أو أن يحصل البعض منهم على تعويض كامل عما أصابه من أضرار ، بينما يحصل البعض الآخر على تعويض منقوص مما يكون من نتيجته إنشاء خلل اجتماعي لعدم جبر ضرر المضرورين.

فتدخل الدولة يعد صورة من صور التضامن الاجتماعي وإقامة العدل بين المواطنين بحصولهم جميعاً على التعويض فى حالة إصابتهم بأضرار ناجمة عن أنشطة تعمل الدولة ذاتها جاهدة على تنميتها وتطويرها من أجل رفاهية أفراد المجتمع جميعاً ، لحاجة المجتمع إلى هذه الأنشطة (٢).

(١) فى ذات المعنى أنظر : د/ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق، ص ١٣٥ هامش رقم ٣ ؛ د/ عبد الحميد عثمان محمد ، الرسالة السابقة ، ص ٦٤٨ .

Et également : Lambert – faivre, L'évolution de la responsabilité civilpréc. p. 16 .

(٢) ويضيف البعض إلى هذه المبررات ، أن الدولة ملزمة بالتدخل لتعويض أضرار التلوث فى أحوال تدخلها ، على اعتبار أنها المالكة للبيئة ، مقررًا أن ملكية البيئة هى فى الأصل ملكية عامة وتناط مسنولية حمايتها بالدولة وحدها ويناط لها حق الرقابة المباشرة وغير المباشرة فى تحقيق هدف عام هو الحفاظ على بيئة نظيفة

راجع : د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨ و ٣٧٠ .
وهذه الحجة - من وجهة نظرنا - لا تصلح مبرراً لالتزام الدولة بتعويض أشخاص المضرورين عن أضرار التلوث ، وإنما تصلح فحسب لتبرير تدخلها لإصلاح البيئة المصابة أو لإعادة الحال إلى ما كان عليه فى حالة الأضرار البيئية المحضة أى الأضرار الأيكولوجية .

١١٤- وعلى ذلك نخلص إلى أن الدولة يقع على عاتقها التزام قانوني ، فى رأينا ، بالتدخل لتعويض المضرورين عن الأضرار التى لحقت بهم نتيجة التلوث ، فى الأحوال التى تعجز فيها آليات الضمان أو التعويض الأخرى عن توفير الحماية للمضرورين أو فى حالة عدم وجود هذه الآليات للضمان ، وتدخلها فى هذه الأحوال يستند إلى اعتبارات التضامن الاجتماعى (١).

١١٥- ومما تجدر الإشارة إليه ، أن التزام الدولة بضمان أضرار التلوث البيئى التى تصيب المضرور على النحو المذكور ليس نهائياً ، بمعنى أنه إذا أوفت التعويض للمضرور أو ورثته فإنها تحل محله قبل المسئول عند معرفته أو تحديده إذا تحملت كامل التعويض ، كما لها أن ترجع على المسئول أيضاً فى حالة تحملها بما يجاوز الحد الأقصى للمسئولية الموضوعية أو لتدخل التأمين أو صناديق التعويض ، فى حالة ثبوت خطأ فى جانب ذلك المسئول .

(١) والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامى قد أقر مبدأ التزام الدولة بتعويض الأضرار الجسدية فى حالة عدم معرفة المسئول أو حالة عدم الوصول إلى تحديده ، إذ يتحمل بيت المال ، أى الدولة ، الدية فى حالة القتل الذى توجد جثته فى مكان عام لا يخضع فى سيطرته لأحد ولا يعرف من قتله ويتعذر تحديده ، كما إذا وجد القتل فى الطرق العامة أو الشوارع أو الجسور أو الأسواق العامة . فجعل الفقه الإسلامى بيت المال ، أى الدولة ، ضامناً احتياطياً فى الحالات التى يتعذر فيها تحديد شخص المسئول مما يضمن لورثة القتل حصولهم على حقهم فى التعويض عن فقد حياة مورثهم ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ودى الأنصارى الذى قتل بخيبر من بيت المال ويعث إلى أهله مائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار . وروى أن رجل قتل فى زحام فى زمن عمر بن الخطاب فلم يعرف قاتله ، فقال على لعمر أمير المؤمنين ، لا يطل دم امرئ مسلم فأدى ديته من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته . وروى عن يزيد بن مذكور أنه قال ؛ " أن الناس ازدحموا فى المسجد الجامع بالكوفة يوم الجمعة فأفرجوا عن قتيل ، فوداه على بن أبى طالب من بيت المال" . وعن إبراهيم النخعى عن الأسود ، أن رجلاً قتل فى الكعبة فسأل عمر علياً فقال من بيت المال ، يعنى ديته = وعن عمر بن عبد العزيز أنه كتب فى رجلين ماتا فى الزحام أن يوديا من بيت المال . وروى عن طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أنه قال ؛ " من قتل فى زحام فإن ديته على الناس من حضر ذلك فى جمعه أو غيرها " . وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد وضع نموذجاً يحتذى به فى التزام الدولة بتعويض الأضرار الجسدية .

راجع فى ذلك : ابن حزم ، المحلى ، ج ١٠ ، ص ٤٦٨ ، مسألة رقم ٢٠٧١ ؛ ابن قدامة ، المغنى على مختصر الخرقى ، ج ٨ ، ص ٣٨٢ ؛ العلامة / أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ، مجمع الضمانات فى مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ، الناشر دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة ، ص ١٧٥ ؛ الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٢٨٦ . وأيضاً : د/ محمد حسين على الشامى ، ركن الخطأ فى المسئولية المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدنى المصرى واليمنى والفقه الإسلامى ، عين شمس ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، ص ٦٤٣ وما بعدها ؛ د/ طه عبد المولى طه إبراهيم ، رسالته السابقة ، ص ٢٣٧ وما بعدها .

أساس التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث :

١١٦- جماعية التعويض ، بصفة عامة ، لا تستند إلى خطأ ينسب إلى الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض ولا إلى مسئوليتها عن تعويض الأضرار ، فأساس التزام الدولة بعبء التعويض ليس هو الخطأ أو اللوم الأخلاقى ، بل يجد هذا الالتزام بالتعويض مصدره دائماً فى نص القانون أو التضامن الاجتماعى أو العقد ، فالذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض ليس مسئولاً ولكن مجرد ملتزم بالتعويض^(١).

ونرى أن التزام الدولة بعبء تعويض أضرار التلوث فى أحوال عجز أو عدم وجود آليات تعويض الأضرار الأخرى أساسه ليس الخطأ أو الفعل غير المشروع ، فالدولة ليست مسئولة عن تعويض تلك الأضرار استناداً إلى قواعد المسئولية المدنية سواء القائمة على الخطأ أو تلك التى تتخذ من الضرر أساساً لها وإنما تلتزم بهذا العبء على أساس التضامن الاجتماعى .

حقاً إن المضرور سيحصل فى جميع الأحوال على تعويض عما لحقه من ضرر ولكنه لا يحصل عليه فى هذه الحالة بصفة تعويض وفقاً لقواعد المسئولية المدنية ، ولكنه يحصل على مقابل نقدى يستند إلى اعتبارات أخرى غير فكرة المسئولية ، وبالتالي فإن هذا المقابل النقدى لا تحكمه فكرة جبر الضرر ولكن تحكمه فى المقام الأول اعتبارات التضامن الاجتماعى .

فالدولة تتدخل لتحمل عبء تعويض أضرار التلوث التى تصيب المضرور لا لأنها مسئولة عن تعويض تلك الأضرار طبقاً لقواعد المسئولية المدنية ، وإنما لكونها ملتزمة بالتعويض على أساس التضامن الاجتماعى وتحقيق العدل بين أفراد المجتمع بحيث يحصل كل مضرور من التلوث على التعويض الجابر للأضرار التى لحقت به دون أن يترك البعض من المضرورين دون تعويض ، مما يخل بقواعد العدل والتضامن الاجتماعى .

(١) د/ محمد إبراهيم الدسوقي ، رسالته السابقة ، ص ١٩٢ و ص ٢٨٤ و ٢٨٥ .

المبحث الثاني

مجالات تدخل الدولة لتعويض أضرار التلوث

تمهيد :

١١٧- تتدخل الدولة تنفيذاً للالتزام الذي يثقلها بتعويض أضرار التلوث ، في حالة عجز آليات التعويض الأخرى عن تعويض المضرورين تعويضاً كاملاً عما أصابهم من أضرار بسبب التلوث ، ويكون دورها في هذه الحالة دوراً تكميلياً . وتتدخل كذلك في حالة عدم وجود آليات الضمان وعدم معرفة أو تحديد شخص المسئول عن الضرر ، ويكون دورها في هذا الصدد دوراً احتياطياً وذلك على التفصيل التالي :

تدخل الدولة بصفة تكميلية :

١١٨- فتتدخل الدولة ، بصفة تكميلية ، لتكملة التعويض المستحق للمضرورين من التلوث في حالة عجز آليات الضمان الأخرى عن توفير تعويض كامل للمضرورين عما أصابهم من أضرار، ويتحقق ذلك في الأحوال التي تتجاوز فيها التعويضات المحكوم بها للمضرورين الحدود القصوى للتأمين أو لتدخل صناديق التعويض ، فتلتزم الدولة بتعويض الجزء من الضرر الذي يلحق بالمضرورين والذي لا يتحمله نظام التأمين أو صندوق التعويض (١).

فالمسئولية عن أضرار التلوث في معظم الدول مسئولية موضوعية تبنى على الضرر وحده ، وغالباً ما يضع المشرع حدوداً قصوى لمبلغ التعويض وبالتالي يكون هناك جزء من الضرر غير معوض عنه ، وحتى في ظل وجود نظامي التأمين وصناديق التعويض فغالباً ما يكون هناك حدود قصوى للالتزام المؤمن بتعويض ضرر التلوث وما عداه لا يتحمله المؤمن . وفي الأحوال التي يمكن فيها إنشاء صناديق تعويض دون وجود نظام تأمين إجباري فإن هذه الصناديق تصبح ملتزمة بتعويض جميع أضرار التلوث غير المؤمن منها وفي هذه الحالة فإن هذه

(١) في ذات المعنى : د/ نبيلة رسلان ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٢ و ١٠٥٣ ؛ د/ سعيد قنديل ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

الصناديق ، نظراً لضخامة التعويضات ، يتم وضع حدود قصوى لتدخلها وما زاد عن ذلك يخرج عن حدود التزام الصندوق .

وواضح أنه في هذه الحالات يكون هناك جزء من الضرر الذي لحق بالمضرور لم يحصل على تعويض عنه هو ذلك الجزء الذي يتجاوز الحدود القصوى للالتزام كل من المؤمن وصندوق التعويض ، حينئذ لا يجدي إلا اللجوء إلى الدولة التي تتدخل لتكملة التعويض المستحق للمضرورين بتعويض ذلك الجزء الذي عجزت آليات التعويض الأخرى عن ضمانه .

تدخل الدولة بصفة احتياطية :

١١٩- وتتدخل الدولة من ناحية أخرى ، بصفة احتياطية ، لتعويض المضرورين في الأحوال التي لا يمكنهم فيها الحصول على أى تعويض عما أصابهم من أضرار ويتحقق ذلك في حالات عدم تحديد أو معرفة شخص المسئول عن الأضرار^(١) أو إفساره في حالة تحديده ، مع انتفاء نظام للتأمين من المسؤولية عن التلوث إختيارياً كان أو إجبارياً وعدم إنشاء صناديق للتعويض^(٢).

ففي هذه الأحوال يجد المضرور نفسه وقد تحمل وحده الأضرار الناجمة عن التلوث دون أن يكون معوضاً عنها وليس من العدالة فى شىء أن يترك دون تعويض لاسيما وأن الأضرار قد تكون من الضخامة ، وفى هذه الحالة تتدخل الدولة لتعويض المضرورين تعويضاً كاملاً عما أصابهم من أضرار بسبب التلوث . فالدولة تتدخل فى هذه الحالة لا لتكملة التعويض المستحق للمضرورين من التلوث وإنما لتحل محل آليات التعويض الأخرى فى حالة عدم وجودها ، وتقوم بتعويض المضرورين عن جميع الأضرار التي لحقت بهم .

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن الدولة تلتزم بتعويض أضرار التلوث التي تصيب المضرورين ، الناجمة عن الأنشطة التابعة لها والضارة بالبيئة ، كما

(١) فى نفس المعنى أنظر : د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨ .

(٢) فى النرويج ، على سبيل المثال ، تتحمل الدولة تعويض الصيادين الذين أصابتهم أضرار بسبب المواد والنفايات الملوثة التي يتم إلقائها فى البحر والتي لا يمكن معرفة الشخص الذى قام بإلقائها . وفى مقاطعة Manitoba بكندا صدر قانون فى عام ١٩٧١م منح الصيادين الحق فى مطالبة المقاطعة بتعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب التلوث ، فضلاً عن حقهم فى الرجوع على محدث التلوث .

Voir : Despax , Droit de l'environnement, préc. p. 801, no. 549.

تلتزم بإصلاح البيئة المصابة . والتزام الدولة في هذه الحالة بتعويض تلك الأضرار يكون استناداً إلى قواعد المسؤولية عن مزار الجوار لكون الجوار يتحقق بين الأموال العامة والأموال الخاصة^(١) ، وهذا الالتزام يختلف عن التزامها بالتعويض في الأحوال التي تحل فيها محل آليات تعويض الأضرار الأخرى في حالة عدم وجودها أو عجزها عن تعويض أضرار التلوث والتي تستند إلى اعتبارات التضامن الاجتماعي .

١٢٠- وفي الأحوال التي تلتزم فيها الدولة بتعويض المضرورين على النحو المذكور ، يجب أن يكون من حق المضرور الالتجاء مباشرة إليها بطلبه بالتعويض مرفقاً به المستندات التي تؤيد هذا الطلب ، ويجب أن يتم فحص هذا الطلب وصرف التعويض له في أسرع وقت ممكن حتى لا يظل وضع المضرور معلقاً لمدة طويلة . فيجب أن تتميز إجراءات الحصول على التعويض بالبساطة والبعد عن التعقيد وأن تتسم بالسرعة .

وليس ثمة ضرر في سبيل تحقيق الضمان للأفراد المضرورين من التلوث أن تفرض الدولة على الممارسين للأنشطة الملوثة للبيئة رسوم أو أقساط أو ضريبة تلوث ينفق منها على مكافحة التلوث وتعويض المضرورين منه ، على نحو ما سنرى في المبحث التالي .

المبحث الثالث

مصادر تمويل الدولة لتعويض أضرار التلوث

تمهيد :

١٢١- حتى تستطيع الدولة توفير الموارد المالية اللازمة لتعويض أضرار التلوث البيئي في أحوال عجز آليات التعويض الأخرى فإنها تلجأ إلى فرض ضرائب بيئية أو رسوم تلوث ومن حصيلة تلك الضرائب أو الرسوم تقوم بتعويض المضرورين وكذلك إصلاح البيئة المصابة من التلوث والإنفاق على إجراءات وتدبير حماية البيئة ومنع التلوث .

(١) راجع : رسالتنا للدكتوراه ، سالف الإشارة إليها ، ص ١٠٨ وما بعدها .

نظام ضرائب أو رسوم التلوث

١٢٢- باعتبار الضريبة مبلغاً نقدياً يدفعه الأفراد جبراً وبصفة نهائية وبدون مقابل بغرض تغطية الأعباء العامة ، يتضح أن الضريبة البيئية هي اقتطاع إجباري يدفعه الممول جبراً بهدف حماية البيئة . وبعبارة أخرى يمكن تعريف الضريبة البيئية عموماً بأنها الضريبة التي تمارس تأثيراً مرغوباً فيه على البيئة . وهكذا يتمشى تعريف الضريبة البيئية مع تعريف الضريبة عموماً باعتبارها اقتطاعاً إجبارياً يدفعه الفرد مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة وذلك باعتبار أن حماية البيئة تندرج ضمن الأعباء العامة^(١).

فهدف الضريبة البيئية أو رسم التلوث هو في الأصل " حماية البيئة من التلوث " ، بيد أنه ليس هناك ما يمنع إمكانية استخدام حصيلتها في تعويض المضرورين من التلوث .

وهناك العديد من المبررات التي تبرر حق الدولة في فرض الضرائب البيئية أو رسوم التلوث وهي مبررات تدور جميعها حول حماية حق الإنسان في أن يعيش في بيئة سليمة ونظيفة وخالية من كل مظاهر التلوث ، أي حماية البيئة من التلوث . فالمبرر الجوهرى لفرض الضريبة البيئية يعنى أن على الأفراد والشركات أن تتوقف عن النشاط الملوث للبيئة تماماً أو أن تتحمل تكاليف تلك العقوبة التي يقرها القانون أو أن يجدوا وسيلة للقيام بأنشطتهم بغير التسبب في التلوث ، فضلاً عن ذلك فإنه يمكن استخدام عائدات الرسوم أو الضرائب البيئية لتعويض من يتعرضون لأخطار التلوث^(٢) .

١٢٣- ويثور التساؤل حول الشخص الذي سيكون ملزماً بدفع الضرائب أو الرسوم البيئية ، هل يدفعها فقط الأشخاص الذين يتسببون في تلويث البيئة أم سننظر

(١) د/ السيد عطية عبد الواحد ، الضريبة البيئية ، البحث السابق ، ص ٤٨ .

(٢) راجع في نفس المعنى : د/ السيد عطية عبد الواحد ، البحث السابق ، ص ٤٩ و ٥١ ؛ د/ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٧٠ .

Et voir également : Chaumet, art. préc. p. 31 ; Larroumet , art. préc. p. 104.

للتلوث على أنه من جملة الأعباء العامة التي ينبغي أن يساهم في تحملها كافة أفراد المجتمع ؟

والإجابة على هذا التساؤل هي أن الذي يتحمل الضرائب أو الرسوم البيئية هم الأشخاص الذين يتسببون في تلويث البيئة أى أصحاب المشروعات والأنشطة الملوثة للبيئة باعتبارهم الملوّثين المحتملين للبيئة.

والاختلاف الرئيسي بين نظام المسؤولية المدنية ونظام رسوم أو ضرائب التلوث يكمن في أن المبالغ التي يتم تحصيلها تحت عباءة المسؤولية المدنية يلتزم بدفعها الملوّثين الحقيقيين بقصد إصلاح البيئة المصابة أو تعويض المضرورين عما أصابهم من أضرار محققة بسبب التلوث ، بينما المبالغ التي يتم تحصيلها تحت عباءة الرسوم والضرائب البيئية ، فيلتزم بدفعها الملوّثين المحتملين قبل حدوث أى أضرار والذين تكون أنشطتهم من شأنها أن تحدث أضراراً بيئية (١).

١٢٤ - وتختلف الضريبة أو الرسوم البيئية عن الغرامات البيئية ، في أن الأولى تفرض على أصحاب المشروعات والأنشطة الملوثة للبيئة بمناسبة ممارسة هذه الأنشطة قبل حدوث أى ضرر ، دون أن يصدر عنهم أى أفعال تلوث باعتبارهم الملوّثين المحتملين للبيئة ، بينما الغرامات البيئية هي عقوبات جنائية لا بد أن يصدر بها حكم قضائي يحكم بها على الممارسين لعمليات التلوث في البيئة طالما أنهم لم يلتزموا بالمواصفات والمعايير البيئية ، أى الذين ارتكبوا أفعال تلوث تدخل تحت طائلة القانون الجنائي .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن العديد من الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (٢) والتي يشار إليها اختصاراً بـ O. C. D. E. ، أنشأت استقطاعات - رسوم - معينة يتم تحصيلها بمناسبة ممارسة الأنشطة الملوثة للبيئة عادة ، بقصد حماية البيئة وأيضاً لتعويض المضرورين من الأضرار المرتبطة بهذه الأنشطة أو إصلاح الوسط الطبيعي عندما يتم الإضرار به أو الاعتداء عليه .

(١) Voir en ce sens : Larroumet , art. préc. p. 104 .

(٢) وهي المنظمة التي تضم في عضويتها الدول الغنية .
٥٢٦

ولأهمية الضرائب أو الرسوم البيئية في مجال تلوث البيئة أخذت به العديد من الدول الأوروبية ، نذكر منها على سبيل المثال ، سويسرا ، بلجيكا ، وكذلك الولايات المتحدة (١) . أما بالنسبة لفرنسا فإنه يوجد مظاهر عديدة للاستقطاعات والرسوم البيئية وهو ما سنعرض له بشيء من التفصيل .

نظام ضرائب أو رسوم التلوث في فرنسا :

١٢٥- أسلفنا من قبل أن فرنسا لا تعرف نظام صناديق التعويض بشأن التلوث حتى الآن ، لكنها عرفت نظاماً آخر لتدخل الدولة في مجال الأضرار البيئية ، هو نظام رسوم أو ضرائب التلوث الذي يفرض على بعض القطاعات الملوثة للبيئة (٢).

١٢٦- ومن أمثلة هذه الرسوم على سبيل المثال :

١- رسم تلوث المياه الذي تم تقريره بموجب القانون الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٤م ، والذي يتم تحصيله عن طريق وكالات السياحة Agences de bassin من الأشخاص العامة أو الخاصة التي تساهم في تدهور صفة أو نوعية المياه .

٢- الرسم المقرر على بعض الزيوت الذي يتم تخصيصه لتمويل جمع وتصريف الزيوت المستعملة ، المقرر بموجب القرار رقم ٨٩ - ٦٤٨ الصادر في ٣١ أغسطس ١٩٨٩م ، لصالح وكالة البيئة وهيئة الطاقة والذي استبدل في عام

(١) راجع في تجربة كل من سويسرا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية في تطبيق الضرائب البيئية بالتفصيل : د/ السيد عطية عبد الواحد ، الضريبة البيئية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية حقوق عين شمس ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والأربعون ، يوليو ٢٠٠١م ، ص ٤٨٣ وما بعدها .

(٢) راجع في نظام الرسوم والاستقطاعات الضريبية البيئية في فرنسا : Larroumet, Art. préc. p. 104 ; Chaumet, art. préc. p. 31 ; Viney, art. préc. no. 33 ; Wertenschlag (B.), Les nouvelles contraintes financières imposées aux industriels, Petites Affiches, du 14 juill. 1995 ; Bavoillot , La question du financement de la depollution des sites , Petites Affiches , du 7 juin. 1995 ; Huglo , Les innovations du decret 94 , 484 du 9 juin. 1994, sur les installations classées pour la protection de l'environnement au regard du projet de directive sur la prevention et la reduction integrée de la pollution , Petites Affiches , du 13 juillet 1994 , p. 1 et s ; Jégouzo et Lamarque, Environnement , R. D. Immo:1993, Chron. p. 361 et 362 .

ود/ السيد عطية عبد الواحد ، الضريبة البيئية ، البحث السابق ، ص ٥٢٩ وما بعدها .

١٩٩٤م برسم على الزيوت المنخفضة.

٣- الرسم الموحد والقسط السنوي على المنشآت المصنفة (وهى المنشآت الخطرة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة) طبقاً للمادة ١٧ من قانون ١٧ يوليو ١٩٧٦م ، المفروض على المستغلين للمنشآت المصنفة الخاضعة للترخيص حتى يتمكنوا من ممارسة أنشطتهم عندما ينتج مخاطر خاصة على البيئة .

٤- الرسم المفروض بموجب المادة ١٦ وما بعدها من القانون رقم ٩٢ - ١٤٤٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٩٢م ، لتخفيف الأضرار الصوتية المنبعثة من المطارات والمستحدث منذ أول يناير ١٩٩٤م ، ويفرض هذا الرسم على المستغلين للمطارات ، وحصيلة هذا الرسم وقدرها ٣٠ مليون فرنك يتم تخصيصها لتمويل نظام لمساعدة المجاورين للمطارات .

٥- رسم على تلوث الهواء الذى أنشأه فى الأصل القرار الصادر فى يونيو ١٩٨٥م ، والذى عدل بالقرار رقم ٩٠ - ٣٨٩ الصادر فى ١١ مايو ١٩٩٠م ، والقرار رقم ٩٥ - ٥١٥ فى ٣ مايو ١٩٩٥م ، والمطبق حتى ٣١ / ١٢ / ١٩٩٩م . ويكون خاضعاً لهذا الرسم منشآت حرق وترميد النفايات المنزلية والمنشآت الأخرى الخاصة بإلقاء وانبعاث أكسيد الكبريت ، أكسيد النتروجين ، حمض الكوريدات وحمض الهيدركربور ، غاز الميثان المجاوز للحدود المسموح بها . وحصيلة هذا الرسم قيمتها ١٧٠ مليون فرنك (فى عام ١٩٩٥م) وتكون مخصصة لمساعدة رجال الصناعة المفروض عليهم ذلك الرسم من أجل تركيب أجهزة أو استعمال أنظمة مكافحة التلوث .

٦- رسم على تخزين وتصريف النفايات الذى تم استحداثه بالقرار رقم ٩٣ - ١٥٩ الصادر فى ٥ فبراير ١٩٩٣م ، المعدل بالقرار رقم ٩٤ - ٧٧٢ الصادر فى ٣ أغسطس ١٩٩٤م ، وحصيلة هذا الرسم ١٦٩ مليون فرنك يتم إيداعه فى صناديق تحديث إدارة النفايات .

٧- رسم على النفايات الصناعية الخاصة المستحدث بالقانون رقم ٩٥ - ١٠١ الصادر فى ٢ فبراير ١٩٩٥م ، وتخصص حصيلته لمعالجة وإعادة تأهيل و إصلاح الأرض الملوثة فى حالة عجز المستغل أو المدعى عليه .

١٢٧- وفي الحقيقة كان خطر إصلاح المواقع الملوثة حتى بداية التسعينات يتحمله في الغالب تأمين المسؤولية عن التلوث ، لكن بسبب الصعوبات التي صادفت المؤمنين في هذا القطاع فإن معظمهم قد أحجم عن عرض هذا الضمان ^(١) . وعلى النقيض من موقف المؤمنين فقد تدخل المشرع الفرنسي بسبب الحدة المتزايدة لهذا الخطر بموجب القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٣ م ، الصادر في ٤ يناير ١٩٩٣ م ^(٢) . وأدخل على قانون ١٩ يونيو ١٩٧٦ م ، الخاص بالمنشآت المصنفة ، المادة رقم ٢/٤ الخاصة بنشاط المنشآت التي تحدث مخاطر جسيمة للتلوث أو الحادث وتلك التي تنشئ عن مهن ومنشآت تخزين النفايات ، متطلباً إنشاء " ضمانات مالية " تبعاً لطبيعة الأخطار أو مضار كل نوع من المنشآت ، مخصصة لضمان حماية الموقع ، حماية سلامة المنشآت ، معالجة الموقع في حالة الحادث قبل أو بعد الإغلاق وإعادة الحال ما كانت عليه بعد الإغلاق " .

يتضح من هذه المادة أن هذه الضمانات ، على عكس رسوم التلوث السابقة ، لا تغطي التعويضات التي يجب أن يدفعها مستغل المنشأة إلى الغير الذي أصابه ضرر من فعل التلوث أو الحادث الحاصل عن طريق المنشأة.

وينص القرار رقم ٩٤ - ٤٨٤ الصادر بتاريخ ٩ يونيو ١٩٩٤ م ^(٣) ، على أن قيمة هذه التعويضات سوف يتم تحديدها بموجب قرار ترخيص المنشأة تبعاً للسعر المتوقع للعمليات التي يسعى إلى تغطيتها . كما ينص هذا القرار أيضاً على أن الضمان الذي يتعين الالتزام به كتابة يمكن أن يقدمه إما مؤسسة ائتمانية أو مؤسسة تأمين أو صندوق ضمان يتم إدارته عن طريق وكالة الدفاع عن البيئة وهيئة الطاقة " .

ويعيب هذا القرار في هذا الصدد أنه لم يحدد طبيعة هذا الضمان ، فقد اقترح العديد من التقنيات ؛ كفالة ، ضمان يطلب من أشخاص معينين، قرارات التخصيص، مبالغ مالية كبيرة مجمعة لدى شخصية قانونية محددة ، بخلاف مستغل

(١) Voir : Viney , art. préc. no . 31.

(٢) J. C. P. 1993 , éd. G. 111 , 65889 .

(٣) J. C. P. 1994 , éd. G.111, 66883 .

المنشآت " ، والحقيقة أن لكل تقنية من هذه التقنيات مزايا وعيوب ، لذلك من الممكن عند تطبيقها أن تحدث بعض اللبس (١).

والرسوم والاستقطاعات الضريبية في فرنسا ، والتي عرضنا بعضها منها ، ليست مخصصة في الأصل لتعويض الأضرار التي تصيب الغير ، ومع ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع أو يحول دون تخصيصها لهذا الغرض (٢) ، فالأصل أن الهدف من هذه الرسوم أو الاستقطاعات البيئية هو " حماية البيئة من التلوث وإصلاحها بعد تلويثها " .

١٢٨- وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للوضع البيئي في فرنسا ، فقد صدر تقرير منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية عام ١٩٩٦ م ، وأشاد بالنتائج التي حققتها فرنسا في مجال البيئة وأوصى هذا التقرير بإتباع سياسة تنفيذ الأدوات الاقتصادية ورفع معدلات الضرائب والغرامات ، والمفاضلة بينهما من أجل حماية البيئة ، وذلك من أجل الاتجاه نحو أفضل كفاءة للسياسات البيئية (٣).

ضرائب أو رسوم التلوث في مصر :

١٢٩- لم تعرف مصر حتى الآن نظام رسوم أو ضرائب التلوث المعروف في الأنظمة القانونية المقارنة، والتي تهدف إلى حماية البيئة ومنع تلويثها وتعويض المضرورين من التلوث ، رغم ارتفاع نسبة التلوث في مصر إلى درجات تمثل خطورة كبيرة على صحة الإنسان وحياته وعلى النبات والحيوان وكذلك عناصر البيئة الطبيعية .

وعلى ذلك فإن الحاجة أصبحت ماسة إلى فرض ضريبة من أجل حماية البيئة أسوة بدول كثيرة سارت على هذا النهج ، إلا أن هناك العديد من المعوقات أمام فرض هذه الضريبة في مصر من أهمها (٤) ؛ أن مصر لم تألف بعد فرض الضريبة على العملية الإنتاجية تعويضاً عما تحدثه من أضرار تصيب الغير ، كما

(١) Viney , art . préc. no . 33.

(٢) Voir : Chaumet , art. préc. p. 31 ; Larroumet , art. préc. p . 104 .

(٣) د/ السيد عطية عبد الواحد ، الضريبة البيئية ، المرجع السابق ، ص ٥٢٩ .
(٤) راجع في معوقات تطبيق الضريبة البيئية في مصر : د/ السيد عطية عبد الواحد ، البحث السابق ، ص ٥٤٥ وما بعدها .

أن نسبة كبيرة من مصادر التلوث في مصر تتمثل في مصانع قطاع الأعمال العام أو جهات رسمية ، أى أن الدولة التى يفترض أنها حارسة للبيئة هي الملوث الأول لها . وهناك تعارض واضح بين الدولة باعتبارها حارسة للبيئة وصفقتها باعتبارها منتجة للسلع والخدمات .

١٣٠- وأياً ما كان الأمر فإن الدولة يجب أن تتدخل بكافة أجهزتها ومؤسساتها بقصد حماية البيئة ومنعها من التلوث والعمل على إصلاحها وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث التلوث ، بالإضافة إلى تدخلها لتعويض المضرورين من التلوث خاصة وأن مصر حتى الآن لم تعرف نظاماً لتأمين المسؤولية المدنية عن أخطار التلوث إختيارياً أو إجبارياً ، كما هو معروف في العديد من الدول الأخرى . كما أن صندوق البيئة الذي أنشأه قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ، لم ينص على أن من بين أهدافه تعويض المضرورين من التلوث .

وعلى ذلك فإنه لم يبق من آليات الحماية التي يمكن أن تنقرر للمضرورين في مصر إلا تدخل الدولة لتتحمل تعويض المضرورين من التلوث ويجب أن يكون معين الدولة في ذلك فرض رسوم أو ضرائب بيئية على نحو ما هو معروف في الأنظمة المقارنة .

الخاتمة

١٣١- إذا كان التلوث من الظواهر القديمة التي لازمت استغلال البيئة الطبيعية إلا إنه أصبح الآن آفة العصر وصار من أكثر المشاكل التي تؤرق إنسان العصر الحديث نظراً للأضرار الجسيمة التي تنتج عنه .

ولا تقتصر الأضرار التي تنتج عن التلوث على تلك التي تصيب الأشخاص المجاورين لمصادر التلوث أو تلك التي تلحق بأموالهم الخاصة وإنما يترتب على التلوث ، كذلك ، الإضرار بعناصر البيئة الطبيعية من ماء وهواء وتربة وكائنات حية نباتية وحيوانية والتي تحيط بمصادر التلوث ، وهذه الأضرار بنوعها يلزم التعويض عنها وتقرير مسئولية محدثها .

فالغاية من المسئولية هي جبر أضرار التلوث التي حاقت بالضرور ، والتعويض هو الأثر أو الجزاء المترتب على تحقق مسئولية الجار وهو يهدف إلى الرجوع بالضرور لحالته التي كان عليها قبل حدوث التلوث الذي ألحق به الضرر ، قدر الإمكان ، وذلك بجبر الضرر بالتعويض عنه والعمل على منع حدوث التلوث أو الاستمرار فيه مستقبلاً .

١٣٢- وتقوم المسئولية عن أضرار التلوث على أساس الضرر وحده طبقاً لقواعد نظرية مضار الجوار والذي يعد كافياً لقيام تلك المسئولية . وبالتالي لا يكون الضرور مكلفاً بإثبات الخطأ في جانب الجار المتسبب في التلوث ، إذ وجود الخطأ أو انتفاؤه لا تأثير له على مبدأ المسئولية ، وهذه المسئولية تعتبر إحدى صور المسئولية الموضوعية^(١) .

ففي عصر التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي تحياه البشرية اليوم ، والذي يتميز بأنه عصر الأضرار الضخمة التي لا يمكن تجنبها ، والتي تعجز قدرات محدثها المالية عن أن تتحملها . في هذا العصر لم تعد المسئولية الفردية القائمة على الخطأ الثابت أو المفترض قادرة على توفير الحماية للضرورين من التلوث ، ومن ثم كان الاتجاه نحو المسئولية الموضوعية التي تحفل بالضرر وحده لتقرير مسئولية

(١) راجع في أساس المسئولية عن أضرار التلوث بالتفصيل : رسالتنا للدكتوراه ، سألفة الذكر ، ص ١٧١ وما بعدها ولا سيما ص ٢٣٥ وما بعدها .

محدث التلوث ، بقصد توفير أكبر قدر من الحماية للمضرورين بضمان حصولهم على تعويض ما لحق بهم من أضرار تلوث .

١٣٣- ورغم اعتناق المسؤولية الموضوعية للملوث القائمة على الضرر إلا أن ضمان حصول المضرور على تعويض ما أصابه من أضرار ، ليس بالأمر المؤكد في جميع الحالات ، بسبب تعذر تحديد شخص المسئول أو معرفته أو بسبب ثبوت إفسار المسئول أو وضع حد أقصى للمسئولية لا يلتزم المسئول بتحمل ما يتجاوزه من تعويض .

من أجل ذلك ، وإمعاناً في توفير الحماية التعويضية للمضرورين من التلوث ، بدأ العصر الحديث يشهد ظهور أنظمة أو ذمم جماعية لتعويض أضرار التلوث تقف بجانب المسئول عن التلوث ، في حالة تحديده لتتحمل معه عبء التعويض ، أو بدلاً عنه في حالة انتقائه أو عدم تحديده أو إفساره فتتحمل عنه كامل التعويض ، فظهر نظام تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث ملازماً لنظام المسؤولية الموضوعية للملوث والذي يعنى في الحقيقة تحمل مجموع المستأمنين - الملوئين المحتملين - لعبء التعويض والذي يدفعه عنهم طبقاً لعقد التأمين هو شركة التأمين في مقابل قسط زهيد القيمة تتولى تحصيله منه .

وإلى جانب نظام التأمين ظهر نظام صناديق تعويض أضرار التلوث في العديد من الدول ، هذه الصناديق تتدخل لتعويض المضرورين نظير اشتراكات يقوم المساهمون أو المشتركون في الصندوق بسداده .

وأخيراً يبرز دور الدولة كمدین بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث والتي تلتزم بالتدخل فتتحمل عبء التعويض في أحوال عجز آليات الضمان (المسؤولية المدنية، التأمين، صناديق التعويض) عن توفير تعويض للمضرور . والدولة في هذه الأحوال تتدخل بوصفها ممثلاً للجماعة بأثرها ، أى الهيئة الاجتماعية والتي تتحمل في الحقيقة عبء التعويض عن أضرار التلوث.

١٣٤- وقد إنصب هذا البحث على معالجة الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث ، وقد تناولنا دراسة هذه الأنظمة في ثلاثة فصول ، بحثنا في الفصل الأول نظام تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث ، وفي الفصل الثانى نظام صناديق تعويض

أضرار التلوث ، وفى الفصل الثالث مبدأ التزام الدولة بتعويض أضرار التلوث.

وقد استخلصنا من هذه الدراسة النتائج الأساسية الآتية :

١٣٥- أولاً : أن أخطار التلوث - سواء تلك الناشئة عن وقائع عرضية أو عن الاستغلال المألوف للأنشطة الملوثة للبيئة - لا يوجد ما يحول دون قابليتها أو صلاحيتها للتأمين من الناحية القانونية ، إذ تتوافر بشأنها صفة الاحتمال وإن كانت الوقائع المنشئة لها لا تتم بنفس الدرجة من الاحتمال فى جميع الأحوال، ذلك أن فكرة الاحتمال من الأفكار النسبية

كما أن أخطار التلوث تستجيب من حيث المبدأ للأسس الفنية للتأمين ، ولا يوجد ما يحول دون إمكانية تغطيتها تأمينياً ، وإن كان الأمر يحتاج فى بعض الحالات إعادة النظر فى بعض مبادئ التأمين التقليدية وتطويع وتطوير شروطه الفنية المعروفة لتتلاءم وتتوافق وخصوصية هذا النوع من الأخطار .

١٣٦- ثانياً : أنه فى التشريعات المقارنة توجد أنظمة عديدة لتأمين المسؤولية المدنية عن أخطار التلوث . ففى فرنسا يمكن أن يتم تغطية أخطار التلوث فى إطار وثائق التأمين التقليدية ونقصد بذلك وثائق تأمين الحريق أو الانفجار . وكذلك وثائق تأمين المسؤولية عن الاستغلال الصناعى . ونظراً لتفاقم آثار التلوث وضخامة الكارثة الناشئة عنه ظهرت فى السوق التأمينية الفرنسية أنظمة تأمين خاصة ، كنموذج تغطية

أخطار التلوث الخاصة بتجمع Assurpol ، والذى حل محل نظام Garpol

وقد عنت الحاجة إلى إلزامية التأمين ، أى جعله إجبارياً ملزماً لطرفى العلاقة التأمينية ، المؤمن و المؤمن له ، وذلك نظراً للعديد من المزايا التى يقدمها هذا النوع من التأمين . وقد استجاب المشرع الوطنى فى العديد من الدول لنداء الفقه بضرورة تبنى نظاماً إجبارياً لتأمين المسؤولية عن أضرار التلوث ، فتبنت العديد من التشريعات نظام التأمين الإجبارى من المسؤولية فى هذا الصدد .

وعلى الرغم من انتشار نظام تأمين المسؤولية عن أخطار التلوث ، فإنه لا يوجد فى مصر سوق تأمينية بشأن تغطية أخطار التلوث ، إذ لم يحدث فى مصر ، حتى الآن ، أن قامت أى من شركات التأمين العاملة فى مصر بإصدار وثيقة تأمين للمسؤولية المدنية عن أخطار التلوث . فخطر التلوث لا يذكر فى وثائق تأمين

المسئولية فى سوق التأمين المصرية ، وإذا تم ذكره فإنه يذكر بقصد استبعاده من التغطية التأمينية . إذن سوق تأمين التلوث فى مصر منعدمة تماماً ، على عكس ما هو سائد فى الدول المتقدمة ومعظم الدول النامية . ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى افتقاد الوعي التأميني لدى أصحاب المشروعات الملوثة للبيئة والى أحجام شركات التأمين عن مجرد التفكير فى خوض تلك التجربة التي تبدو بالنسبة لها مجازفة غير محسوبة المخاطر ، نظراً لضعف إمكانياتها المالية.

١٣٧- ثالثاً : أنه على الرغم من اعتناق نظام موضوعي للمسئولية عن التلوث ووجود نظام لتأمين المسئولية عن أضرار التلوث ، إلا أن المضرور من التلوث لا يحصل دائماً على التعويض الجابر لتلك الأضرار التي لحقت به . ولذلك جرى التفكير ، حديثاً ، فى تكملة قصور نظامى المسئولية المدنية والتأمين الخاص فى مجال تلوث البيئة ، بإنشاء صناديق تعويضات لصالح المعرضين لخطر التلوث وهو أمر إجبارى فى بعض الدول .

ونظراً للمزايا العديدة التي يقدمها نظام صناديق التعويض بشأن أضرار التلوث ، فقد تبنته العديد من الدول . وتلعب صناديق التعويض فى مجال التلوث دوراً مزدوجاً ، فهي تلعب دوراً تكميلياً فى حالات عدم حصول المضرور على تعويض كامل . وتلعب تلك الصناديق دوراً احتياطياً ، فتتدخل بدلاً من المسئول غير المعروف أو المعسر . ومع ذلك فإن صناديق تعويض أضرار التلوث تطرح بعض المشكلات الهامة التي تتعلق بتمويل الصندوق وإدارته .

١٣٨- رابعاً : إزاء عدم انتشار نظام صناديق التعويض حتى الآن فى العديد من الدول ، رغم أهميته ، فإنه يبرز دور الدولة حيث تبدو الحاجة ملحة لتدخلها فى أحوال عدم تحديد المسئول عن الضرر أو إعساره مع انقضاء وجود نظام للتأمين وعدم إنشاء صناديق التعويض وذلك من أجل أن تقوم بتعويض المضرور تعويضاً كاملاً أو لتكمل التعويض المستحق له . وحتى تستطيع الدولة توفير الموارد اللازمة لتعويض أضرار التلوث فإنها تلجأ إلى فرض ضرائب بيئية أو رسوم تلوث ومن حيلة تلك الضرائب أو الرسوم تقوم بتعويض المضرورين وكذلك إصلاح البيئة المصابة من التلوث والإنفاق على إجراءات وتدبير حماية البيئة ومنع التلوث وهى

ضرائب ورسوم معروفة فى الأنظمة المقارنة وتفرض على بعض القطاعات والأنشطة الملوثة للبيئة .

وعلى ضوء ما كشفت عنه هذه الدراسة من نتائج ، فإننا نوصى بالآتى :

١٣٩-أولاً : بضرورة تبني مشرعنا المصرى نظاماً للتأمين الإجبارى من المسؤولية عن أضرار التلوث ، نظراً لما يحققه هذا النوع من التأمين من مزايا عديدة ، تلازماً مع فكرة المسؤولية الموضوعية فى مجال الأضرار البيئية ، طبقاً لنظرية مضار الجوار والتي تحفل بالضرر وحده دون أى اهتمام بخطأ المسئول. فطالما أننا قد اعتنقنا نظاماً موضوعياً للمسؤولية عن أضرار التلوث ، فإنه يجب أن نقرر نظاماً إجبارياً لتأمين هذه المسؤولية ، إذ هما وجهان لعملة واحدة فى مجال التلوث.

ويجب على المشرع ، عند تدخله ، أن يعين الأنشطة التى يفرض عليها الالتزام بالتأمين ووسائل احترام هذا الالتزام وأن يحدد شروط التأمين التى يمكن أن يتوقعها كل من المؤمن لهم والمضرورين بقصد توفير الحماية لهم حتى يمكنهم أن يرتبوا حساباتهم على ضوءها . فيجب أن يحدد المشرع ، على وجه الدقة ، الأضرار التى يغطيها التأمين الإجبارى والوقائع التى يمكن أن تترتب عليها تلك الأضرار وكذلك مدة التغطية التأمينية والأساس الذى يحدد على ضوءه قيمة قسط التأمين ومبلغ الضمان الذى تلتزم شركة التأمين بدفعه للمضرورين من التلوث وكذلك قيمة المبالغ التى تدفع للمؤمن له نظير ما أنفقته من مصروفات منع أو إزالة التلوث . وعموماً يجب على المشرع تحديد مضمون وثيقة التأمين الإجبارى والتزامات كل من الطرفين على وجه الدقة .

١٤٠- ثانياً : كما نهيب بمشرعنا المصرى أن يتدخل ليضيف إلى أهداف صندوق حماية البيئة المنصوص عليه فى قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ، الهدف الرئيسى من إنشاء صناديق التعويض وهو أن يتدخل الصندوق بصفة احتياطية لتعويض المضرورين من التلوث عما أصابهم من أضرار فى حالة عدم تحديد المسئول أو فى حالة ما إذا كان معسراً أو عندما تتوافر فى حقه إحدى حالات الإغناء من المسؤولية بصرف النظر عن إفساره أو يساره ، وبصفة تكميلية ، لتكملة التعويض المستحق للمضروور فيما يجاوز الحد الأقصى للضمان إذا كان المسئول

مؤمناً على مسئوليته وتجاوزت الأضرار قيمة المبلغ المحدد في عقد التأمين .
وبذلك يتكامل الهدف الرئيسي من الصندوق وهو حماية البيئة بشقيه ،
الحماية المنعية والحماية التعويضية معاً تمشياً مع صناديق التعويض في التشريعات
المقارنة والتي يجب الاستهداء بها في هذا الشأن .

١٤١- ثالثاً : أننا نقترح سن تشريع يفرض ضرائب بيئية أو رسوم تلوث
على الأشخاص الذين يتسببون في تلوث البيئة ، أى أصحاب المشروعات والأنشطة
الملوثة للبيئة باعتبارهم الملوئين المحتملين للبيئة، أسوة بالتشريعات المقارنة .
ويتعين أن تضاف حصيلة تلك الضرائب أو الرسوم إلى موارد صندوق حماية البيئة
المصرى وتخصص هذه الحصيلة لتعويض المضرورين من التلوث في الأحوال
المقترحة تدخل الصندوق فيها وكذلك إصلاح البيئة المصابة من التلوث والإنفاق على
إجراءات وتدابير حماية البيئة ومنع التلوث .

وأياً ما كان الأمر، فإن الدولة يجب أن تتدخل بكافة أجهزتها ومؤسساتها
بقصد حماية البيئة ومنعها من التلوث والعمل على إصلاحها وإعادة الحال إلى ما
كان عليه قبل حدوث التلوث ، بالإضافة إلى تدخلها لتعويض المضرورين من
التلوث ، خاصة وأن مصر حتى الآن لم تعرف نظاماً لتأمين المسؤولية المدنية عن
أخطار التلوث إختيارياً أو إجبارياً ، كما هو معروف في العديد من الدول الأخرى .
كما أن صندوق حماية البيئة الذي أنشأه قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ م ،
لم ينص على أن من بين أهدافه تعويض المضرورين من التلوث .

١٤٢- وفي الختام ، أدعو الله أن أكون قد وقفت فيما انتهيت إليه وأن يكون
هذا العمل لبنة في صرح البناء القانونى الشامخ عله ينتفع به . ولا يفوتنى أن
أعترف أننى إذا كنت قد أصبت هدف هذا البحث فمن توفيق الله تعالى وفضله وإن
كانت الأخرى فمن نفسى ومن الشيطان . وأدعوا الله أن يغفر لى الخطأ والشطط
والزلل وأن يكون هذا العمل خالصاً لوجه الكريم وأدعوه كما قال فى قرآنه الكريم ؛
" ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا " .

والله ولى التوفيق وهو الهادى إلى سواء السبيل

ثم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

(١) المراجع العامة :

١- الدكتور/ أحمد شرف الدين :

- أحكام التأمين ، دراسة مقارنة فى القانون والقضاء المقارن ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٢م ، طبعة نادى القضاة .

٢- الدكتور/ جلال محمد إبراهيم :

- التأمين ، دراسة مقارنة ، ١٩٩٤م ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٣- الدكتور/ رمضان محمد أبو السعود :

- أصول التأمين ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٠م ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

٤- الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء السابع ، المجلد الثانى ، تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغى ، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين بمصر ، ٢٠٠٧م .

٦- الدكتور/ عبد المنعم البدر اوى :

- التأمين ، طبعة ١٩٨١م ، بدون دار نشر .

٥- الدكتور/ محمود جمال الدين زكى :

- مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثانى ، فى الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م ، مطبعة جامعة القاهرة .

(٢) رسائل الدكتوراه :

١- الدكتور/ أشرف جابر سيد موسى :

- التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩م .

٢- الدكتور/ عبد الحميد عثمان محمد :

- المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة ، دراسة مقارنة ، القاهرة ،

١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م .

٣- الدكتور/ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب :

- المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤م

٤- الدكتور/ عطا سعد محمد حواس :

- المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي فى نطاق الجوار ، الإسكندرية

، ٢٠١٠م ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، طبعة ٢٠١١م .

٥- الدكتور/ طه عبد المولى طه إبراهيم :

- التعويض القضائى عن الأضرار التى تقع على الأشخاص ، دراسة

مقارنة بين الشريعة والقانون ، المنصورة ، ٢٠٠٠م .

٦- الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى :

- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، الإسكندرية ، ١٩٧٣م ، الناشر

مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية .

٧- الدكتور/ محمد أحمد سراج :

- ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى ، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية

التقصيرية فى القانون ، طبعة ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع

بالقاهرة

٨- الدكتور/ محمد السيد أحمد الفقى :

- المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البحرى بالزيت ، الإسكندرية ،

١٩٩٨م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .

٩- الدكتور/ محمد حسين على الشامى :

- ركن الخطأ فى المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدنى

المصرى واليمنى والفقه الإسلامى ، عين شمس ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، الناشر

دار النهضة العربية بالقاهرة .

٣) المراجع والأبحاث القانونية المتخصصة :

١- الدكتور/ أبو زيد عبد الباقي مصطفى :

- الالتزام بضمان أذى النفس ودور الدولة فيه فى ظل القانون المدنى الكويتى ، مجلة المحامى الكويتية ، تصدرها جمعية المحامين بدولة الكويت ، السنة السادسة ، الأعداد ؛ يوليو ، أغسطس ، سبتمبر ، أكتوبر ١٩٨٣م .
- ٢- الدكتور/ أحمد جمال الدين موسى :
- دور التشريعات الضريبية فى حماية البيئة ، بحث منشور ضمن أبحاث مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر ، المؤتمر العلمى الأول للقانونيين المصريين ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع بالقاهرة ٢٥ - ٢٦ فبراير ١٩٩٢م .
- ٣- الدكتور/ أحمد محمود سعد :
- استقراء لقواعد المسؤولية المدنية فى منازعات التلوث البيئى ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ٤- الدكتور/ السيد عطية عبد الواحد :
- أ - الضريبة البيئية وأهميتها ، أنواعها ، أثارها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الأول ، السنة الثالثة والأربعون ، يناير ٢٠٠١م .
- ب - الضريبة البيئية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى ، السنة الثالثة والأربعون ، يوليو ٢٠٠١م .
- ٥- الدكتور/ سعيد السيد قنديل :
- آليات تعويض الأضرار البيئية ، طبعة ٢٠٠٤م ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .
- ٦- الدكتور/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادى :
- دور المنظمات الدولية فى حماية البيئة ، سلسلة دراسات قانون البيئية - ٢- دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة ١٩٨٦م .
- ٧- الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه :

أ - التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له في القوانين ، الفرنسى
والمصرى والكويتى ، مجلة المحامى الكويتية ، أعداد يناير - فبراير - مارس
١٩٨٧م .

ب - حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية ، طبعة ١٩٩٣م ،
مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .

٨- الدكتور/ محمد إبراهيم الدسوقي :

- المسؤولية المدنية بين الجماعية والفردية ، مجلة المحاماة ، السنة الرابعة
والخمسون ، العددان الأول والثانى ، يناير وفبراير ١٩٧٤م .

٩- الدكتور/ محمد السعيد رشدى :

- ضمان أذى النفس في القانون المدنى الكويتى مقارناً بالفقه الإسلامى ،
مجلة المحامى ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة السابعة عشرة ، أعداد
أبريل - مايو - يونيو ١٩٩٣م .

١٠- الدكتور/ محمد شكرى سرور :

- التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ، طبعة ١٩٨٦م ، الناشر دار الفكر
العربى بالقاهرة .

١١- الدكتور/ محمد صبرى الجندى :

- فى ضمان الضرر الجسدى الناتج عن فعل ضار ، مجلة المحامى ،
تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، العدد الأول ، السنة السادسة والعشرون ، محرم
١٤٢٣هـ - مارس ٢٠٠٢م .

١٢- الدكتور/ نبيلة إسماعيل رسلان :

- التأمين ضد أخطار التلوث ، مجلة روح القوانين ، تصدرها كلية الحقوق
- جامعة طنطا ، العدد السادس عشر ، الجزء الثانى ، أغسطس ١٩٩٨م .

(٥) مراجع الفقه الإسلامى :

١- أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى :

- أ - الحاروي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر
المزني ، تحقيق وتعليق الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود
، الجزء الثاني عشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ب - الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ -
١٩٦٦ م ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- ٢- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي :
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة ،
١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .
- ٣- العلامة/ أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي :
- مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، الناشر دار الكتاب
الإسلامي بالقاهرة .
- ٤- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة :
- المغنى على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد
الخرقي ، بتصحيح الدكتور/ محمد خليل هراس ، الناشر دار الكتاب الإسلامي
بالقاهرة ، الجزء الثامن .
- ٥- أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي :
- المحلى ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار التراث بالقاهرة ، الجزء العاشر .
- ٦- الشيخ/ السيد سابق :
- فقه السنة ، المجلد الثالث ، الناشر دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة .
- ٧- الإمام/ شمس الدين السرخسي :
- المبسوط ، مطبعة السعادة بمصر ، الجزء السادس والعشرون .
- ٨- الإمام/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء :
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السابع ، الطبعة الثانية
١٣٩٤هـ - ١٩٧٤ م ، الناشر دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .
- ٩ - الإمام/ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي :

- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، الطبعة الأولى ، عالم
الفكر بالقاهرة ، ١٢٩٤هـ - ١٣٤٠هـ .

١٠- الشيخ الإمام/ محمد بن محمد الشوكاني :

- نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الكتب
العلمية ، بيروت ، لبنان ، الجزء السابع .

١١- الشيخ/ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي :

- كشف القناع ، دار الفكر ، طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، الجزء الخامس

ثانيا : باللغة الفرنسية :

1) Les thèses :

1- Hubert (F.) :

- Socialisation des risques et responsabilité individuelle,
thèse , Paris , 1974.

2 - Huglo (Christian) :

- Le juge, la prevention et la resolution des litages en
matière d'environnement, thèse , Paris 11, 1994.

3 - Martin (Gilles J.) :

- De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit
à l'environnement, thèse , Nice , 1976.

4 - Viney (Geneviève) :

- Le déclin de la responsabilité civile individuelle, thèse,
Paris, 1964.

2) Etudes Specifiques et Articles :

1 - Bavoillot (François) :

A) La question du financement de la dépollution des
sites, Petites Affiches, du 7 juin. 1995.

B) Les réponses actuelles au dorit du risqué environnement
et leurs applications pratiques, Petites Affiches, du 8
mars 1995.

2 - Bigot (Jean) :

A) Assurances de responsabilité. Les limites du risque
assurable, R. G. A. T. tome 49 , 1978, p. 169 et s.

B) l'indemnisation des dommages nés de la pollution et
l'assurance, in indemnisation des dommage dus à la
pollution, O. C. D. E. 1981.

- 3 - Blaevoet (Ch.) :
- Nouvelle orientation de notre système de responsabilité civile, D. S. 1966. Chron. , p. 113 et s.
- 4 - Chapuisat (Françoise) et Chaumet (Francis) :
- Le juge, l'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation, R. G. A. T . 1992 , p. 787 et s .
- 5 - Chaumet (Francis) :
- L'assurance du risque environnement, J. C. P. éd. E. 1999, p. 23 et s.
- 6 - Chesnelong (Jean - Didier) :
- Introduire dans les contrats une dimension environnementale, Petites Affiches, du 27 avril 1994.
- 7 - Colloque franco – allemand :
- Sur la " Responsabilité et assurances de responsabilité pollution " Paris 17 – 18 octobre 1975, R. G . A . T , 1975 . p. 595.
- 8 - Cremieu (L.) :
- Responsabilité et risqué, R. T. D. Civ. 1910, p. 543 et s.
- 9 - Delpoux (Claude) :
- Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement : Les réponses actuelles de l'assurance, Gaz. Pal. 1994, Environnement, de 5 mai 1994, p. 558 et s.
- 10 - Demeester – Morançais (Marie – Luce) :
- Assurance et environnement, Gaz. Pal. 1997, Doct. du 29 novembre 1997, p. 1555 et s.
- 11 - Deprimoz (Jacques) :
- A) Les nouvelles voies prises par l'assurance. Responsabilité civile pollution en france, R. G. A. T, tome 49, 1978, p. 481 et s.
 - B) Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement, J-CL, 1994, Responsabilité civile, fasc. 581-1.
- 12 - Despax (Michel) :
- A) Droit de l'environnement, LITEC, 1980. Paris.

B) La réparation des dommages dus à la pollution, Rapport de secretariat, Division de l'environnement, O. C. D. E., 1978.

13 - Esmein (Paule) :

- La cause étrangère et la théorie du risqué dans la responsabilité civile, D. H. 1934, Chron. p. 53 à 56

14 - François (Eliane) :

- Le nouveau rôle de la responsabilité contractuelle, Gaz. Pal. du 4 – 5 mai 1994 , p. 26.

15 - Hoffman (William. C.) :

- La responsabilité civile pollution et son assurance en Allemagne, R. G. A. T. 1992, Doct., p. 461 et s.

16 - Huet (Jérôme) :

- Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, 3e partie, Petites Affiches , du 14 janvier 1994.

17 - Huglo (Christian) :

- Les innovations du décret 94 - 484 du 9 juin 1994 sur les installations classées pour la protection de l'environnement au regard du projet de directive sur la prévention et la réduction intégrée de la pollution, Petites Affiches, du 13 juillet 1994.

18 - Jégouzo (Yves) et Lamarque (Jean) :

- Environnement, R. D. Immo. Juill. – Sept. 1993, Chron. p. 355 et s.

19 - Lambert - Faivr (yvonne) :

A) L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation , R. T. D. Civ. 1987, p. 1 et s.

B) La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité fondement et portée de la nullité des clauses réclamation de la victime, D. S. 1992, chron. P. 13 et s.

C) Droit du dommage corporel , Dalloz , 2000.

20 - Larroumet (Christian) :

- La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de convention du conseil de l'europe et le livre vert

- de la commission des communautés européennes, D. S. 1994, Chron. p. 101 et s .
- 21 - Lavigne (Pierre) :
 - Risque social et charges sociales, D.H. 1948, Chron., P . 89 et s.
- 22 - Le Damany (Sylvie) :
 - Les assurances et l'environnement, Gaz. Pal. 1993, Doct. du 20 février 1993, p. 163 et s.
- 23 - Le Tourneau (Philippe) :
 - La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) R. T. D. Civ. 1988, p. 505 et s.
- 24 - London (Caroline) :
 - L'environnement, une nouvelle donne économique, Petites Affiches, du 30 juin. 1995.
- 25 - Mignon (Maxime) :
 - La socialisation du risque, D. H. 1947, Chron. P. 37 et s.
- 26 - Prieur (Michél) :
 - Droit de l'environnement, 3e édition , Dalloz, 1996, Paris.
- 27 - Raynaud (Pierre) :
 - De la responsabilité civile a la securité sociale, D. H. 1948, Chron. P. 93 et s.
- 28 - Rémond - Gouilloud (Martine) :
 - Leçons d'un naufrage (à propos de l'indemnisation des victimes de l'Amoco – Cadiz) , D., 1979.
 - Pollution des mers, J-CL, 1989, Responsabilité civile, Fasc. 430 – 1, ou Civil code, art. 1382 á 1386, Fasc. 430 - 1.
- 29 - Roussel (J.) :
 - Remarques sur la notion d'exclusion en matière de contrat d'assurance pour une définition restrictive, Gaz. Pal, 1984, 1er octobre 1984.
- 30 - Savatier (R.) :
 A) Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? D. H. 1931, Chron. P. 9 et s.
 B) Le dommage et la personne, D. 1955. Chron. P. 5 et s.
 C) Comment repenser la conception française actuelles de la responsabilité civile , D. S., 1968.

31 - Thiéffry (Patrick) :

- L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur, les distorsions entre les états - membres et les enseignements de l'expérience américaine, R. I. D. Comp. 1994, p. 103 et s.

32 – Thiem :

- Fonds d'indemnisation des dommages causés à l'environnement , O. C. D. E., Groupe sur la pollution transfrontière , document de travail , no. 6, 25 Oct. 1977.

32 - Viney (Geneviève) :

- Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français, J. C. P. éd.G. 111, 1996, Doct. no. 3900.

33 - Wertenschlag (B.) :

- Les nouvelles contraintes financières imposées aux industriels, Petites Affiches, du 14 juill. 1995.

4) Notes et Observations :

1 - Besson :

- Note Sur cass. civ., 17 mai 1961 , R . G . A . T , 1962, p. 73.

2 - Aubert :

- Note Sous cass. civ. 15 oct . 1975, D.S. 1976 , Juris. p. 149.

3 - Bigot (Jean) :

A) Note Sous cass. Ire, civ . 19 déc. 1990, J. C. P. éd. G. 1991 , 21658.

B) Note Sous cass. civ. 1 re , 3 févr. 1993 , J.C.P. éd . G. 11 , 22048.

4 - Durry (Georges) :

- Obs. Sur Civ. 15 oct . 1975, R . T . D. Civ. 1976 , p. 561.

5) Internet :

1 - Lezon (Catherine) :

- Assurance des risques industriels et protection de l'environnement La jaune et rouge de 1996 : environnement.<http://www.xenvironnement.org/jauneRouge/jR96/Lezon.html>.du 29 - 7 - 2009.

2 - Nussbaum (Roland) :

- Responsabilité environnemental et le rôle de l'assurance.<http://www.assurisk.com/themesrecherch/asspollution/assuranceetpollution.htm>. du 29 - 7 - 2009.

3 - Quirion (Philippe) :

- Le marché de l'assurance du risque pollution en france, <http://www.centre.cired.fr/perso/quirion/quirion-assurances.PDF> . du 29 - 7 - 2009.

قائمة الاختصارات

Art. : Article.

Art. préc. : Article Précité .

Cass. civ. : Arrêt de la cour de cassation chambre civile.

Cass. 1er civ : Cassation civile, première chambre.

Chron. : Chronique .

Civ. : Arrêt de la cour de cassation chambre civile.

Comp. : Comparer.

D. : Recueil Dalloz de doctrine et de jurisprudence et de legislation.

Déc. : Mois de décembre.

D. H. : Dalloz Hebdomadaire.

Doct. : Doctrine.

D. S. : Recueil Dalloz - Siery. De doctrine, de jurisprudence et de legislation.

Éd. : Edition.

Et s : Et suivants.

Fasc. : Fascicule.

Févr. : Mois de février.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Ibid : Au même endroit (Ibidem).

Inf. Rap. : Informations Rapides.

Janv. : Mois de janvier.

J-CL. : Collection des Juris - Classeurs.

J.C.P. : Juris - Classeur Periodique.

J.C.P. éd. E : Juris - Classeur Périodique, Cahiers de droit de l'entreprise.

J.C.P. éd. G : Juris - Classeur Périodique, édition général, or la Semaine Juridique.

Juill. : Mois de juillet.

Juris. : Jurisprudence.

L. : Loi.

L I T E C : Libraires Techniques.

No. : Nombre (Numéro).

Nos : Nombres (Numéros).

Nov. Mois de novembre.

Obs. : Observations.

O.C.D.E.: Organisation de Coopération et de Développement Economiques.

Oct. : Mois de octobre.

Op. cit. : Ouvrage Précité.

P. : Page.

Préc. : Précité.

R. G. A. T. : Revue Générale des Assurance Terrestres.

Resp. Civ. : Responsabilité Civile.

Rev. : Revue.

R. T. D. Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civile.

R. I. D. Comp. : Revue International de Droit Comparé.

**القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في
القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين العراقي
والمصري**

الدكتور

يونس صلاح الدين علي

مدرس القانون الخاص

كلية القانون والعلاقات الدولية جامعة جيهان الخاصة

المخلص

يُعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من النظم القانونية الراسخة في القانون الإنكليزي، إذ يرجع أصله إلى قانون الأحكام العام، والذي هو قانون عُرفي غير مكتوب، ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية. وقد نشأ هذا الشرط في ظل هذا القانون، ولعبت الثورة الصناعية دوراً كبيراً في تطوره، ولاسيما بعد ظهور العقود النموذجية، والتي تضمنت شروطاً موحدة، غلب عليها الطابع التعسفي، نتيجة عدم المساواة بين الطرفين في القوة التفاوضية. لذا فرض القانون الإنكليزي مجموعة كبيرة من القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. والتي يُمكن تصنيفها إلى نوعين رئيسيين: الأول هو القيود العرفية والقضائية أو ما يُعرف بقيود قانون الأحكام العام. والثاني هو القيود التشريعية، والمتمثلة بالقيود التي تضمنها تشريعا بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وحقوق المستهلك لعام ٢٠١٥. أما القانونان العراقي والمصري، وفي مقدمتهما القانونين المدنيين المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، والعراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فقد فرضا بعض القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

Abstract

The exemption from contractual liability is considered as one of the well-established legal systems in English Law: it dates back to the common law, which is an unwritten customer's law, based upon judicial precedents. It is worth-bearing in mind that this clause arose under the common law. And the industrial revolution played a considerable role in its development. Particularly, after the appearance of standard-form contracts, which contain standard-terms, characterized by their abusive feature, as a result of the inequality of bargaining power of the parties. Therefore, the English Law imposed a great deal of restrictions or limitations on the exemption clause, and these restrictions can be classified into two main types: The first are the customary and judicial restrictions, or the so-called common law limitations. The second are the statutory restriction, represented by the limitation contained in both the unfair contract terms Act 1977 and the consumer rights Act 2015, whereas the Iraqi and Egyptian law, in front of which both the Egyptian civil law No. (131) of 1948 and the Iraqi civil law No. (40) of 1951 imposed some restrictions on exemption clauses.

المقدمة

وتتضمن النقاط الآتية:

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:

يُعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من النظم القانونية القديمة والراسخة في القانون الإنكليزي، إذ يرجع أصله إلى قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law) والذي هو قانون عرفي غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية، وقد ارتبطت نشأة هذا الشرط وتطوره في هذا القانون بالمستجدات التي تمخضت عن الثورة الصناعية، وما أفرزته من أنواع جديدة من العقود عرفت بالعقود النمطية أو النموذجية، والتي تضمنت شروطاً موحدة، غلب عليها الطابع التعسفي، نتيجة استغلال أحد طرفي العلاقة العقدية لمركزه الاقتصادي القوي ورجحان قوته التفاوضية على الطرف الآخر والذي غالباً ما يكون مستهلكاً، لا يتمتع أصلاً بالقدرة على مناقشة تلك الشروط. ومن هذا المنطلق فرض القانون الإنكليزي قيوداً كثيرة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. تجسدت في بادئ الأمر بالقيود القضائية والعرفية التي فرضها قانون الأحكام العام، ثم ساهمت التشريعات الانكليزية لاحقاً في فرض عدد كبير آخر من القيود على هذا الشرط، كان من أبرزها تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام (١٩٧٧) وتشريع حقوق المستهلك لعام (٢٠١٥)، فضلاً عن لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام (١٩٩٩). أما القانونان العراقي والمصري، وفي مقدمتهما القانونين المدنيين المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)، والعراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، فقد فرضا عدداً محدوداً من القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:

يرجع اختيار موضوع البحث إلى:

١- قلة ومحدودية عدد القيود التي فرضها القانونان العراقي والمصري على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مقارنة بالقانون الإنكليزي، ومحاولة

إيجاد معالجات قانونية لهذه القلة أو المحدودية، عن طريق الاستفادة من القيود التي فرضها القانون الإنكليزي.

٢- الرغبة في إجراء دراسة مقارنة معمقة بين القانون الإنكليزي من جهة وبين القانونيين المدنيين المصري والعراقي من جهة أخرى. فيما يتعلق بالقيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولاسيما بأن النظام القانوني الإنكليزي هو نظام غريب نوعاً ما عن النظم القانونية السائدة في عالمنا العربي. ويتبوأ صدارة النظام القانوني الأنكلوسكسوني خلافاً للقانونيين المدنيين المصري والعراقي، المتأثرين بالنظام القانوني اللاتيني، المعروف بنظام القانون المدني (Civil Law System) والذي يقف بالند في مواجهة نظام قانون الأحكام العام (Common Law System)، مما يجعل الرغبة تحذونا للتعرف على خفايا هذا القانون ومواطن القوة فيه، ومحاولة الاستفادة منها في تطوير قانونينا العراقي والمصري، علماً أن القانون المدني العراقي تأثر بالقانون المدني المصري وبالفقه الإسلامي، واستمد معظم أحكامه منهما، في حين تأثر القانون المدني المصري بالقانون المدني الفرنسي.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في محاولة الوقوف على أسباب سعة نطاق القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي، في مقابل محدوديتها في القانونيين العراقي والمصري.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في سؤال مطروح على بساط البحث مؤداه: لماذا تعددت وتتنوعت القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي في مقابل محدوديتها وضآلة عددها في القانونيين العراقي والمصري؟

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي كأساس عام لهذه الدراسة، فضلاً عن البحث في نفس الموضوع في القانونيين العراقي والمصري.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت هذه الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، إذ تم إجراء تحليل قانوني لموضوع القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي ، ثم في القانونين العراقي والمصري ومقارنتهما مع بعضهما البعض.

سابعاً: خطة البحث : في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على خمسة مباحث وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الإنكليزي والمقارن.

المبحث الثاني: القيود التي يفرضها قانون الأحكام العام الإنكليزي على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المبحث الثالث: القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي.

المبحث الرابع: القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين العراقي والمصري.

المبحث الخامس: مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين العراقي والمصري من حيث القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المبحث الأول

مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

في القانونين الإنكليزي والمقارن

لا يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من النظم الحديثة العهد في القانون الإنكليزي، إذ يرجع أصله إلى قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law) والذي هو قانون عرفي غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، وترتبط نشأة هذا الشرط وتطوره في هذا القانون بالثورة الصناعية وما أفرزته من أنواع من العقود عرفت بالعقود النمطية أو النموذجية (-Standard Form Contracts)، وصار بإمكان الموردين أو الموزعين تضمين تلك العقود

بينود أو شروط نموذجية أو موحدة (Standard Terms) لغرض استغلال أو التعسف في استعمال مركزهم الاقتصادي القوي ورجحان قوتهم التفاوضية (Superiority of Bargaining Power) عند التعاقد مع المستهلكين، فعمدوا إلى صياغة بنود أو شروط موحدة أو نموذجية مؤاتية بالنسبة إليهم وتحقق لهم ربحية عالية⁽¹⁾، اتخذت صورة استبعاد مسؤوليتهم الناجمة عن الإخلال بعقودهم أو التخفيف منها. سواء أتمثل ذلك الإخلال بعدم تنفيذهم لالتزاماتهم البتة أم تنفيذها على نحو معيب، وقد صنفت هذه الشروط في القانون الإنكليزي إلى نوعين: الأول هو شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو استبعادها (Exemption or Exclusion Clause) والثاني هو شرط التخفيف من المسؤولية العقدية (Clause Limitation). وبالمقابل فقد أجاز القانونان المدنيان المصري رقم -١٣- لسنة (١٩٤٨) والعراقي رقم -٤٠- لسنة (١٩٥١) الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، طالما أن العقد هو ثمرة إرادة المتعاقدين الحرة، وهذه الإرادة هي التي وضعت الأساس لقواعد المسؤولية العقدية، فيمكن أن تمتد حريتها وسلطانها إلى تعديلها أيضاً، ولكن في التقيد بقيد القانون والنظام العام والآداب⁽²⁾. فقواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على تعديلها⁽³⁾، إذا فسوف نتناول بالدراسة مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الإنكليزي والمقارن، متمثلاً بالقانونين المدنيين العراقي والمصري، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين نكرس الأول لدراسة ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي. والثاني لدراسة ماهية هذا الشرط في القانونين المدنيين العراقي والمصري وكما يأتي:

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, P.239.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٥٠.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ١٧١.

المطلب الأول

ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي

لقد تعاصر نشوء شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وتطوره في القانون الإنكليزي أو تزامن مع العصر الذهبي لتطور قانون العقد الإنكليزي (The Law of Contract) في القرن التاسع عشر، عندما سادت مبادئ عدم التدخل في الشؤون الاقتصادية (Laissez-Faire Principles)⁽¹⁾ والتي انعكست سلبياً على أحد المبادئ الأساسية في قانون العقد الإنكليزي. وهو مبدأ المساواة في القوة التفاوضية للأطراف (Equality of Bargaining Power Doctrine)، إذ تزامن نشوء وتطور شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مع ظهور العقود النمطية أو النموذجية، والتي اتسمت بعدم المساواة في القوة التفاوضية للأطراف (Inequality of Bargaining Power) نتيجة اختلاف مراكزهم الاقتصادية قوةً وضعفاً⁽²⁾، مما ترتب عليه ظهور نوع من شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية عرف بالبنود غير المنصفة (Unfair Terms) التي تفرض على الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وتسلب حقوقه وتخل بتوقعاته⁽³⁾، وعلى الرغم من تمتع الطرف الضعيف، والمتمثل بالمستهلك في أغلب الأحوال، بالحق في الدخول في مفاوضات عقدية مع الطرف الآخر ذو المركز الاقتصادي القوي، والذي هو المورد أو الموزع أو مقدم الخدمة، ولو من الناحية النظرية، إلا أن الواقع العملي أثبت عدم قدرة ذلك الطرف الضعيف في الدخول في مثل تلك المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، بل قبوله بالبنود غير المنصفة التي يضعها الطرف القوي في الرابطة العقدية، دون أن تتاح له فرصة مناقشتها⁽⁴⁾، لذا حاولت المحاكم الانكليزية، خلال القرن العشرين، وضع معالجات

(1) Paul Richards, Law of Contract, Fourth edition, Financial Times, Pitman Publishing, 1999, P.127.

(2) Richard Stone and James Devenney, The Modern Law of Contract, Eleventh edition, Rout Ledge, 2015, P.231.

(3) Ewan McKendrick, Contract Law, Sixth edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.225.

(4) د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، منشورات جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١، ص١٢٣.

للنتائج المترتبة على عدم المساواة في القوة التفاوضية، وذلك عن طريق إيجاد نوع من التوازن بين مصالح الطرف الضعيف المتضرر من البنود أو الشروط الموحدة غير المنصفة، وهو المستهلك وبين مصالح الطرف الآخر، وذلك بهدف إلى حماية الطرف الضعيف، وكانت خير وسيلة تلجأ إليها المحاكم الانكليزية لتحقيق هذا الهدف هي فرض القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽¹⁾، على الرغم من قدرة الطرف القوي ذو الخبرة والإمكانات المالية على الالتفاف على تلك القيود في بعض الأحيان، عن طريق إدراج شروط للإعفاء من المسؤولية العقدية متقنة الصياغة ضمن نطاق العقود النمطية أو النموذجية، وذلك لغرض تفادي التفسير الضيق (Restrictive Interpretation) لهذه الشروط، والذي تلجأ إليه المحاكم الانكليزية، في أغلب الأحيان بعده قيداً للتخفيف من وطأة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية . لذا وعلى أساس كل هذه المعطيات فسوف نقسم هذا المطلب إلى عدة فروع نتناول من خلالها تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي وخصائصه وطبيعته القانونية وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي

يعرف جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه ذلك (البند (Term) الذي يدرج في العقد أو في وثيقة الإخطار (Notice) والذي يهدف إلى استبعاد المسؤولية أو الإعفاء من الواجب القانوني) وعرفه جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ بأنه ذلك (البند التعاقدية الذي يدرجه أحد الطرفين المتعاقدين من العقد فيستبعد بمقتضاه مسؤوليته استبعاداً كاملاً ويعرف بشرط استبعاد المسؤولية أو الإعفاء منها أو يحدد من نطاق مسؤوليته ويخفف من وطأتها فيعرف بشرط التخفيف من المسؤولية)، وعرفه ثالث⁽⁴⁾ بأنه ذلك البند الموحد أو النموذجي الذي

(1) Paul Richards, op. cit , P.127.

(2) Ewan McKendrick, op. cit , P.224.

(3) Paul Richards, op. cit , P.127.

(4) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit , P.239.

يدرجه الطرف القوي اقتصادياً كالموزع أو المورد أو مقدم الخدمة أو أي شخص آخر في عقده المبرم مع الطرف الآخر الأضعف اقتصادياً في الرابطة العقدية كالمستهلك أو أي شخص آخر، وبطريقة مؤاتية بالنسبة إلى الطرف الأول، بحيث تحقق له منافع كبيرة وربحية عالية، تتمثل باستبعاد مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بالعقد، سواء أكان ذلك الإخلال متمثلاً بعدم تنفيذ العقد أو بتنفيذه على نحو معيب أو التخفيف منها، كما قد يتضمن البند أمراً آخر يعد في جوهره استبعاداً للمسؤولية وإن لم ينص صراحة على ذلك)، ويتبين لنا من هذه التعاريف المسائل الآتية: أولاً: أنها خلطت بين شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وبين شرط التخفيف منها، ثانياً: تناول التعريفان الأول والثاني شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وفقاً لقانون الأحكام العام الإنكليزي والذي هو قانون عرفي غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية⁽¹⁾. في حين يعكس التعريف الثالث شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وفقاً لتشريع بنود العقد غير المنصفة الإنكليزي لعام ١٩٧٧ (Unfair Contract Terms Act 1977) ولوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩ (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) لعام 1999) علماً أن القيود التي فرضها قانون الأحكام العام على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية تختلف عن القيود التي فرضها تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ولوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩ . ثالثاً: أن البند التعاقدية قد ينص صراحة على أمر آخر غير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أن هذا الأمر يعد في جوهره استبعاداً للمسؤولية، ولا يمكن للمحاكم الانكليزية تكيفه، إلا على أساس أنه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽²⁾، مثال ذلك ما يعرف في القانون الإنكليزي بشرط التعويض (Indemnity Clause) وهو بند تعاقدية بمقتضاه يلتزم الطرف المتضرر في الرابطة العقدية بتعويض المسؤول، أي الطرف الآخر الذي نهضت مسؤوليته العقدية عن التعويضات التي يلتزم الأخير

(1) د.حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص٧.
(2) Edwin Peel and G. H. Treitel, op. cit , P.268.

بدفعها إلى المتضرر، أو حتى في حالة وقوع الضرر على الغير الأجنبي عن العقد، فيلتزم أحد الطرفين المتعاقدين بتعويض الطرف الآخر، وهو المسؤول عن الضرر، عن التعويضات التي يلتزم الأخير بدفعها إلى المتضرر، رابعاً: كما خلط أحد التعاريف السابقة بين شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وبين شرط استبعاد الالتزام أو الواجب القانوني.

الفرع الثاني

خصائص شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي

يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي بالخصائص الآتية:
أولاً: يتسم هذا الشرط بعده ذو طابع وقائي، ويضطلع بوظيفة دفاعية (Defensive Function)، فإذا ما أخل الطرف الذي وضع الشرط لمصلحته بالتزاماته التعاقدية، فحينئذ تبرز وظيفة هذا الشرط بعده وسيلة دفاعية يستفيد منها هذا الطرف في مواجهة دعوى الإخلال بالعقد (Action for Breach of Contract) التي يقيمها الطرف الآخر المتضرر من الإخلال⁽¹⁾.

ثانياً: ويتسم هذا الشرط أيضاً بعده وسيلة لتحديد التزامات الطرف المتعاقد المستفيد منه، إلا أن الفقه الإنكليزي اختلف بخصوص الوظيفة المحددة للالتزام لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فذهب جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ إلى إمكانية قيام شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بهذه الوظيفة وأطلق عليه تسمية الشرط المحدد للالتزام (Obligation-Defining clause)، إذ يضطلع هذا الشرط بوظيفة تحديد نطاق التزامات الطرف المتعاقد الذي وضع الشرط لمصلحته، فلا تنهض مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية، وبالقدر الذي يحدده مدى الإعفاء من المسؤولية الذي ينص عليه الشرط، سواء أكان الإخلال نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أم التأخر في تنفيذه أو حتى تنفيذه على نحو معيب، وهو في حقيقته تحديد لنطاق الالتزامات التي يلتزم بها ذلك الطرف، وهذا هو معنى الوظيفة المحددة للالتزام ،

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P.224.

(2) Ewan McKendrick, ibid, P.225.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ إلى وجود اختلاف واضح بين الشرط المحدد للالتزام وبين شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فالأول يحدد نطاق التزامات الطرف المتعاقد فحسب، أما الثاني فيستبعد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام.

ثالثاً: ويتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بسمة اقتصادية، فهو يوفر على المحاكم الكثير من الوقت والجهد، فضلاً عن توفير النفقات اللازمة لإقامة الدعوى والسير فيها، وهو ما يعرف بكلف التقاضي (Litigation Costs)، وتوفير نوع آخر من الكلف وهي كلف إجراء المفاوضات العقدية، ولاسيما فيما يتعلق بشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية التي تتخذ صورة بنود موحدة أو نموذجية يتم إدراجها في العقود النمطية أو النموذجية، والتي يقوم أحد الطرفين، وهو الطرف القوي اقتصادياً بصياغتها بشروط موحدة، أو بصيغة واحدة، مما يجنبه عبء إجراء المفاوضات العقدية السابقة على العقد والنفقات المالية المترتبة عليها، وهذا ما دفع جانب من الفقه الإنكليزي إلى القول بأن المكان الطبيعي لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو العقود النمطية أو النموذجية (Standard-Form Contracts)⁽²⁾.

رابعاً: كما يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه يقوم أحياناً بوظيفة غير مرغوب فيها أو ضارة اجتماعياً، لأنه يعد بمثابة وسيلة يتمتع بها الطرف القوي في الرابطة التعاقدية وتسمح له باستبعاد مسؤوليته تجاه الطرف الأضعف في تلك الرابطة، مما يؤدي إلى حرمان الأخير من حقه في التعويض ومن أي شكل آخر من أشكال المعالجات المتاحة لجبر الضرر (Remedy of Damages)، فشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو وسيلة لمصادرة حقوق الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، كما يؤدي إلى الإخلال بتوقعاته المشروعة⁽³⁾.

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit , P.248.

(2) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, Fifteenth edition, Oxford University Press, 2007, P.202.

(3) Ewan McKenderick, op. cit , P.225.

خامساً: يقوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي على أساس مبدأ (القبول بالشرط أو رفضه) (Take it or Leave it Principle) ودون إعطاء الطرف الضعيف فرصة إجراء أية مفاوضات عقدية بشأنه⁽¹⁾، وينطبق هذا المبدأ، وعلى نحو أكثر وضوحاً، على البنود الموحدة أو النموذجية المدرجة في العقود النمطية أو النموذجية ، وبذلك فهو يعد وسيلة لجعل العقد من العقود غير القابلة للتفاوض.

سادساً: يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي وسيلة لنقل المسؤولية (Transferring Liability Means) من الطرف المسؤول، أي المخل بالتزاماته التعاقدية، إلى عاتق شخص آخر، وليس مجرد استبعادها تماماً، وهو ما قضت به المحكمة الانكليزية في قضية (Thompson V. T. Lohan)
((Plant Hire) Ltd 1987).

سابعاً: ويتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي بأنه مقيد بعدد كبير من القيود العرفية والقضائية والتشريعية، والتي ينبغي فرضها على الشرط، قبل أن يتمكن الطرف المتعاقد المستفيد من الشرط من التمتع بالحماية التي يقدمها الشرط، واستبعاد مسؤوليته العقدية، وذلك بسبب النظرة العدائية للمحاكم والتشريعات الإنكليزية لهذا الشرط⁽²⁾ . وهذه القيود هي متطلبات ينبغي توافرها لإقرار مشروعية الشرط المدرج في العقد، ويمكن تصنيف هذه القيود إلى نوعين رئيسيين: الأول: هو القيود المقررة بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law Limitation on Exemption Clauses)، والثاني: هو القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (Legislative or Statutory Limitations on Exemption Clauses)، وتتجسد هذه القيود التشريعية بجملة من التحديدات المفروضة على فاعلية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والمدرجة في ثنايا تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ، والذي يعد مصدراً أساسياً

(1) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth edition, Clarendon Press, Oxford, 2005 , P.150.

(2) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. ibid , P.149.

لأهم القيود في المملكة المتحدة^(١)، بحيث يمكن عن طريقه استبعاد الكثير من هذه الشروط بعدها بنوداً تعاقدية غير منصفة^(٢)، فضلاً عن تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ (Consumer Rights Act 2015).

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي

لقد ساد الاتفاق بين الفقه الإنكليزي^(٣) على أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو بند من البنود التعاقدية، ويستند الفقه الإنكليزي على تكييف المحاكم الإنكليزية لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فقد اتجهت المحاكم الإنكليزية إلى عدم تكييف الشرط بأنه شرط إعفاء من المسؤولية العقدية، وبالتالي عدم ظهور الآثار القانونية المترتبة عليه والمتمثلة باستبعاد مسؤولية الطرف المتعاقد الذي وضع الشرط لمصلحته، إلا إذا أدمج هذا الشرط بالعقد، وصار جزءاً لا يتجزأ من مضمونه، أي أنه يصير بنوداً من بنود العقد (Term of the Contract)، وهذا ما سوف نتعرف عليه عند دراستنا لقيد إدماج الشرط بالعقد، ويعرف جانب من الفقه الإنكليزي^(٤) بنود العقد بأنها (مجموعة بيانات أو وعود أو اشتراطات قد تكون صريحة يجري إدراجها في العقد أو ضمنية يتم إستشفافها من العقد، وبدورها تحدد نطاق حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين، فضلاً عن المعالجات المتاحة في حالة الإخلال بتلك البنود، والتي تتحدد (أي المعالجات) وفقاً لأهمية كل بند من بنود العقد). وقد تواترت المحاكم الإنكليزية على هذا التكييف القانوني، بحيث صارت السوابق القضائية التي فصلت في هذه المسألة جزءاً من قانون الأحكام العام . ويصنف الفقه الإنكليزي بنود العقد من حيث أهميتها إلى ثلاثة أنواع وهي الشروط (Conditions) والبنود الضامنة (Warranties) والبنود غير المسماة

(1) Ewan McKendrick, op. cit , P.253.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit , P.266.

(3) Paul Richards, op. cit , P.127, see also Robert Duxbury, Nutshells Contract Law, Fifth edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, P.41 and Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.240.

(4) Robert Duxbury, op. cit , P.32.

(Innominate Terms)، وبعد أن استقر اتجاه السوابق القضائية (Judicial Precedents) للمحاكم الانكليزية على تكييف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كبنء تعاقدى حاله حال سائر بنوء العقد الأخرى، وأيد الفقه الإنكليزي هذا الإتجاه، فأن ما يهمننا في دراستنا للطبيعة القانونية لشرء الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي هو الأثر القانونى المترتب على اللجوء إلى شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بأنواع البنوء التعاقدية الثلاثة السالفة الذكر، ولغرض التعرف على هذا الأثر القانونى فإنه ينبغى علينا، بادئ ذي بدء بأن نوضح وبإيجاز المقصود بكل بند من هذه البنوء، فالشرء (Condition) هو بند مهم وجوهري من بنوء العقد، لأنه يتصل بجوهر العقد، ويعد بمثابة قلب العقد (Heart of the Contract)، وهو أمر حيوى أو أساسى لتحقيق الغرض الرئيس من العقد. وإذا أخل أحد الطرفين المتعاقدين بالشرء بعده بنءاً تعاقدياً، فإنه يحق للطرف الآخر المتضرر، التوقف عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، والمطالبة بفسخه فضلاً عن التعويضات^(١). ويصنف الفقه الإنكليزي^(٢) الشرء، على وجه العموم، إلى نوعين هما: الشرء التعليقى (Contingent Condition) والشرء الوعدى (Promissory Condition) وهو أمر مستقبل يتوقف عليه وجود العقد، ويقسم بدوره إلى نوعين فرعيين: الشرء السابق (Condition Precedent) والشرء اللاحق (Condition Subsequent)^(٣)، فالأول هو أمر أو واقعة مستقبلية يتوقف على تحققها نفاذ العقد، والثانى هو أمر أو واقعة مستقبلية يتوقف على تحققها زوال أو إنتهاء عقد صحيح نافذ وملزم، وبطبيعة الحال فأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي لا يرد على هذا النوع من بنوء العقد، لذا فهو خارج نطاق دراستنا. أما النوع الثانى وهو الشرء

(1) Robert Duxbury, ibid, P.37.

(2) Ewan McKendrick, op. cit, P.212,

(3) ان تصنيف الشرء التعليقى في القانون الإنكليزي إلى شرط سابق ولاحق يقابله تصنيف الشرء من حيث أثره في القانونين المدنيين المصرى والعراقى إلى شرط واقف وفسخ، لمزيد من التفصيل ينظر د. رمضان أبو السعود. أحكام الالتزام. دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٥٨، ينظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكرى ومحمد طه البشير، القانون المدنى، أحكام الالتزام، الجزء الثانى، وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٦٠.

الوعدى فهو بند تعاقدى يتعهد أو يلتزم بمقتضاه أح الطرفین بالقيام بعمل معين، وفي حالة عدم تنفيذ هذا العمل، فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزامه الناشئ عن العقد⁽¹⁾. وهذا النوع يدخل ضمن دراستنا، وسوف نبين الأثر القانونى لتطبيق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاستبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال به. أما البنود الضامنة فهي بيانات تعاقدية أقل أهمية من الشرط، لأنها لا تعد أمراً أساسياً أو حيوياً لتحقيق الغرض الرئيس للعقد، بل هي أشياء ثانوية بالنسبة إلى جوهر العقد، وأن الإخلال بها يعطى الحق للطرف المتضرر في المطالبة بالتعويضات فحسب، وليس فسخ العقد، لأنها بنود ثانوية (Subsidiary Terms) وليست أساسية. ويسوق جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ مثلاً للتمييز بين الشرط وبين البند الضامن وذلك عن طريق عقد البيع. فإذا كان عقد البيع منصباً على بيع سيارة، فإن البنود المتعلقة بثمنها، وصلاحياتها للسير على الطريق تعد شروطاً لأهميتها، والبند المتعلق بلونها فهو بند ضامن لكونه أقل أهمية. أما البنود غير المسماة، والتي تعرف أيضاً بالبنود الوسيطة (Intermediate Terms) فهي بنود لا يمكن تصنيفها إلى شروط تعاقدية أو بنود ضامنة، وتعتمد معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بها على نوع الإخلال، فإذا كان الإخلال جوهرياً (Fundamental Breach) بحيث يؤدي إلى حرمان الطرف المتضرر من كل المنافع المترتبة على العقد، فإن من حقه المطالبة بفسخ العقد مع التعويض، أما إذا لم يكن الإخلال جوهرياً، فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض فحسب، لذا يرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ بأنه ليس بإمكان المحكمة تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من البنود، إلا بعد تبين الآثار التي يمكن أن تترتب على الإخلال بها. أما بخصوص الأثر القانونى المترتب على إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبنود التعاقدية الثلاثة السالفة الذكر، وذلك لمصلحة الطرف المتمتع بالحماية التي يضيفها عليه هذا الشرط، فإنه ينبغي علينا أن نتناول بالتفصيل أثر شرط الإعفاء على كل بند

(1) Michael Furmston, op. cit , P.194.

(2) Ewan McKenderick, op. cit, P.211.

(3) Robert Duxbury, op. cit, P.38.

من هذه البنود، أي الشرط التعاقدى ، ونقصد به الشرط الوعدى ، والبند الضامن والبند غير المسمى . فبالنسبة إلى الشرط الوعدى فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يرد على هذا النوع من البنود التعاقدية، لأن الشرط الوعدى هو بند تعاقدى مهم يدرج في العقد لتحقيق الغرض الرئيس منه، ويتصل بجوهر العقد، كما أشرنا إليه سابقاً. ويعرف أيضاً بالبند الجوهرى (Fundamental Term) الذي يمثل جوهر العقد الذي سعى الطرفان المتعاقدان إلى الوصول إليه. والذي لا يمكن استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال به إطلاقاً عن طريق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽¹⁾. ويعد الإخلال بهذا البند إخلالاً خطيراً يصل إلى حد من الجسامة والخطورة، بحيث لا يمكن للطرف المخل به أن يحتمي بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لتجنب مسؤوليته، لأن الإخلال يتعلق ببند من بنود العقد الأكثر أهمية وجوهرياً من غيره، لكونه يمثل قلب العقد وأساسه، لا بل يمتد إلى جذر ذلك العقد⁽²⁾، وهو ما يعرف في الفقه الإنكليزي بمبدأ الإخلال الجوهرى (Fundamental Breach Principle)، أما بالنسبة إلى البند الضامن ، فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يمكن أن يرد على هذا النوع من البنود التعاقدية، لأنه بند ثانوي أقل أهمية من الشرط الوعدى أو التعاقدى، لا يتعلق بجوهر العقد، وبإمكان الطرف المخل بالبند الضامن أن يحتمي أو يتحصن بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لتفادي المسؤولية الناجمة عن إخلاله بهذا البند، وذلك خلافاً للشرط الوعدى. أما فيما يتعلق بالبند غير المسمى أو الوسيط، فإن مدى قدرة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على الحد من آثاره القانونية واستبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال به يعتمد على نوع ذلك الإخلال، فإذا كان جوهرياً فإن البند الوسيط ينحو منحى الشرط الوعدى، وإذا لم يكن جوهرياً فإنه يكون أقرب إلى البنود الضامنة⁽³⁾، على الرغم من أن عادة القضاء والفقه الإنكليزيين قد جرت على عدم تصنيف البنود غير

(1) Guest. Anson's Law of Contract, 26th edition, Oxford University Press, 1984, P.152.

(2) Ewan McKenderick, op. cit, P.213.

(3) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.199.

المسماة إلى شروط تعاقدية وبنود ضامنة، وقد سار القضاء الإنكليزي في هذا الإتجاه وسمح للمدعى عليه المخل بالتزاماته التعاقدية المتمتع بالحماية التي يضيفها عليه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذا كان البند التعاقدى الذي أحل به بنداً ضامناً وليس شرطاً وعدياً، كما في قضية (Wallis, son and Wells V. Pratt and Haynes 1911 AC 394) والتي تتلخص وقائعها بقيام البائعين بادراج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقد لبيع البذور ، وقد نص الشرط على (عدم قيام البائعين بتقديم أية ضمانات، سواء أكانت صريحة أم ضمنية، فيما يتعلق بأوصاف البذور)⁽¹⁾ . ثم تبين للمشتريين بأن البذور التي جرى تسلمها لا تطابق المواصفات المدرجة في العقد، فأقاموا دعوى على البائعين للمطالبة بالتعويض، فتمسك البائعون بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في عقد البيع، فقضت المحكمة بعدم إمكانية اعتماد البائعين على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لأن صيغة شرط الإعفاء لا تتطوي إلا على استبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالبند الضامن ، سواء أكان صريحاً أم ضمناً. وأن البند المتعلق بالأوصاف أي بأوصاف المبيع يعد شرطاً وعدياً وليس مجرد ضمانات أو بنداً ضامناً ، فعقد البيع أنشأ التزاماً على عاتق البائعين بتسليم نوع من البذور يعرف بـ (sainfoin) وهو التزام جعلته طبيعته القانونية يرقى إلى مستوى الشرط الوعدي وليس مجرد البند الضامن، لتعلقه بجوهر العقد، والذي لا يمكن تحقيق الغرض الرئيس منه إلا عن طريق الوفاء بهذا الالتزام، لذا فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يرد على هذا البند، ولا يمكن استبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال به، خلافاً للبنود الضامنة، والتي يمكن استبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بها عن طريق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لأنها ليست سوى بنوداً تعاقدية لا تضطلع سوى بدور ثانوي أو غير مباشر في تحقيق الغرض الرئيس من العقد ، وبقيام البائعين بتسليم بذور تختلف عن الأوصاف المدرجة في العقد، فأنهم يكونوا قد أحلوا بشرط وعدي وليس ببند

(1) (The sellers gave no warranty express or implied as to the description of the seed)

ضامن، لذا لم يتمكنوا من الإحتماء وراء شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التمتع بالحماية التي يضيفها على الطرف المتعاقد الذي يروم الإعتماد عليه، والذي ادرج لمصلحته في العقد، وجدير بالذكر أخيراً فإن التمييز بين الشرط الوعدي وبين البند الضامن قد يتم إما عن طريق التشريع أو القضاء أو الأطراف المتعاقدة أنفسهم⁽¹⁾. فبالنسبة إلى التشريع فقد نصت الفقرة الأولى من المادة -١٣- من تشريع بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩ (Sale of Goods Act 1979) على وجود شرط ضمني (Implied Condition) في عقد البيع بالوصف (Sale by Description) يستوجب أن يكون المبيع مطابقاً للوصف. كما نصت المادة -١٥- منه على شرط ضمني آخر في عقد البيع بالعينة أو النموذج، كما نصت الفقرة الثانية من المادة -١٢- منه على وجود بند ضامن ضمني (Implied Warranty) يقضي بأن يكون المبيع غير مثقل بالرهون أو التكاليف الأخرى المقررة لمصلحة الغير، كما يمكن للمحاكم الإنكليزية أيضاً أن تصنف البنود التعاقدية إلى شروط وعدية أو بنود ضامنة، وذلك بالاستناد على أساسين قانونيين: الأول هو مدى تعلق البند بجوهر العقد، وقد تناولنا هذه المسألة بالدراسة سابقاً، والثاني: هو مدى وجود سوابق قضائية ملزمة ميزت بين الشرط الوعدي وبين البند الضامن، والتي ينبغي على المحكمة التقيد بها عند الفصل في القضية المنظورة، مثال ذلك ما قرره السابقة القضائية التي تمخض عنها الحكم الصادر في قضية (The Maredelanto compania Naviera SA V.) (Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos) 1970) والذي تمخضت عنه سابقة قضائية مؤداها أن البند المدرج في عقد إيجار السفينة (CharterParty) والذي ينص على أن الوقت المتوقع أن تكون فيه السفينة جاهزة للشحن يعد شرطاً وعدياً وليس بنداً ضامناً، وقد اتبعت المحكمة الإنكليزية هذه السابقة القضائية لاحقاً في قضية (Bunge corporation V. Tradax Export SA) (1981) وحظي الحكم الصادر عنها بتأييد ومجلس اللوردات⁽²⁾.

(1) Ewan McKenderick, op. cit , P.212.

(2) Paul Richards, op. cit, P.125.

المطلب الثاني

ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المدنيين العراقي والمصري

يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المدنيين العراقي والمصري نوعاً من أنواع اتفاقات المسؤولية التي تعدل أثر المسؤولية تشديداً أو إعفاءً أو تخفيفاً، وهي اتفاقات سابقة على وقوع الضرر^(١). وقد نظمت المادتان (٢٥٩) من القانون المدني العراقي و (٢١٧) من القانون المدني المصري هذه الاتفاقات، إذ نصت المادة (٢٥٩) على أنه (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع) ونصت المادة (٢١٧) على أنه (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع). وعلى هذا الأساس فسوف نقوم بدراسة ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المدنيين العراقي والمصري عن طريق تعريفه وبيان خصائصه وطبيعته القانونية وكما يأتي:

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، (٢٠٠٢)، ص ٢٢٢. ينظر أيضاً: علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، (١٩٩٠)، ص ٣٤.

الفرع الأول

تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

يعرف جانب من الفقه^(١) شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه (اتفاق يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد بالإعفاء من المسؤولية عن المدين). وعرفه جانب آخر من الفقه^(٢) بأنه (اتفاق على تعديل حكم المسؤولية المدنية بالإعفاء منها، يقصد به رفع المسؤولية كلية عن المتسبب في الحاق الضرر، ومنع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة) وعرفه ثالث^(٣) بأنه (اتفاق يشترط بمقتضاه المدين إعفاه من المسؤولية العقدية، وبالقدر الذي ينص عليه الشرط). يتبين من هذه التعاريف بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو نوع من أنواع الاتفاقات على تعديل قواعد المسؤولية العقدية. وهذا الاتفاق لا يسقط المسؤولية العقدية أو يعدمها، طالما توافرت أركانها، ولكنه اتفاق بين المتعاقدين على إسقاط أثر المسؤولية العقدية قبل تحققها، أي إعفاء المدين المسؤول من دفع التعويض اللازم لجبر الضرر الذي لحق بالدائن المضرور، كما لا يمتد أثر هذا الشرط إلى إعفاء المدين من الالتزام التعاقدى، إذ ينبغي على المدين تنفيذ الالتزام، ويحدد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية نطاق ذلك الإعفاء، فيعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي ينص عليه الشرط، ويبقى مسؤولاً خارج نطاق ذلك الشرط^(٤). ويترتب على أثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المتمثل بإسقاط الحق في التعويض الذي يستحقه المضرور، أن يتحمل هذا الأخير وحده عبء الضرر الذي لحق به، بسبب افلات المسؤول من المسؤولية، ويمكننا تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية / اتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية، الشرط الجزائي والتأمين من المسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٠.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، دون مكان طبع، ١٩٩٢، ص ٦٣٦.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الذكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ٤٦١.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٥٥.

(شروط يقترن بالعقد ويؤدي إلى استبعاد أثر من أبرز الآثار المترتبة على المسؤولية العقدية وهو التعويض الذي يدفعه المسؤول المدين إلى المضرور).

الفرع الثاني

خصائص شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المدنيين العراقي والمصري

يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المدنيين العراقي والمصري بالخصائص الآتية:

أولاً: إنه نوع من أنواع الاتفاقات على تعديل قواعد المسؤولية العقدية^(١)، والتي تتخذ صورتان بارزتان هما: الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية، والاتفاق على تخفيفها أو الإعفاء منها.

ثانياً: لا يسقط هذا الشرط المسؤولية العقدية أو يدمها، طالما توافرت أركانها، ولكنه يسقط أثراً من أبرز آثارها وهو التعويض الذي يدفعه المسؤول عن المضرور.

ثالثاً: يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه سابق على نهوض المسؤولية، فهو اتفاق على الإعفاء من المسؤولية قبل تحققها.

رابعاً: إنه اتفاق على الإعفاء من المسؤولية بين المدين المسؤول والدائن المضرور، فإذا كان بين المدين المسؤول وبين شخص آخر غير الدائن المضرور، يلتزم بتحمل المسؤولية، فإن هذا الاتفاق يعد تأمناً من المسؤولية وليس اتفاقاً على الإعفاء منها.

خامساً: يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه يضع على عاتق الدائن المضرور عبء الضرر الذي يتعرض له وحده، وذلك عن طريق سلبه حقه في التعويض، والسماح للمدين المسؤول بالإفلات من المسؤولية خلافاً للتأمين من المسؤولية، والذي لا يؤدي إلى المساس بحق الدائن المضرور في التعويض، فهو يحصل على حقه في التعويض كاملاً غير منقوص، ولكنه يزيد في ضمان حصوله عليه بما يفرضه في ذمة المؤمن من التزام بقيمة التعويض^(٢).

(١) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (٢٠٠٥)، ص ٢٣٩.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٦٣٨.

سادساً: يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضاراً ضرراً محضاً بالنسبة إلى الدائن المضرور ونافعاً نفعاً محضاً بالنسبة إلى المدين المسؤول^(١).

سابعاً: يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً من حيث الأصل في القانونين العراقي والمصري، طالما أنه لا يغطي إلا خطأ يسيراً أو تافهاً، وبذلك فهو لا يتعارض مع النظام العام، خلافاً لشرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية الذي يقع باطلاً، حتى وإن كانت المسؤولية ناجمة عن خطأ يسير^(٢)، لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام^(٣).

ثامناً : لا يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية شرطاً مطلقاً في القانونين العراقي والمصري، ولكنه مقيد ببعض القيود^(٤).

تاسعاً: لا يؤدي شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى إعفاء المدين من أحد الالتزامات الناشئة عن العقد، ولكن من المسؤولية الناجمة عن الإخلال بذلك الالتزام، فيبقى الالتزام وينبغي على المدين تنفيذه^(٥).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين العراقي والمصري

تختلف الطبيعة القانونية لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي عنها في القانون المدني المصري، على الرغم من أن أساسهما القانوني واحد، وهو مبدأ الحرية التعاقدية، والذي يسمح لإرادة الطرفين المتعاقدين تعديل قواعد المسؤولية العقدية، بما لا يتجاوز حدود القانون والنظام العام والآداب، طالما أن الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد تلك المسؤولية، فالعقد وليد إرادة المتعاقدين، والإرادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية، وأساس التعديل الذي يطرا

(١) د. احمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١١٣.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٥٥٥.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٠٥.

ينظر أيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع

المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٣٦١.

(٥) د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٧٠،

على قواعدها تخفيضاً أو إعفاءً أو تشديداً^(١). ويعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي من الشروط المقترنة بالعقد، إذ نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً). وبمقتضى هذا النص فإنه يجوز للعاقدين الاتفاق على تضمين العقد شرطاً يقضي بإعفاء المدين من مسؤوليته العقدية، على أساس أن هذا الشرط فيه نفع لهذا العاقد، طالما أنه ليس ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب، وإلا وقع شرط الإعفاء باطلاً، وفي هذه الحالة فإنه يبطل الشرط وحده ويبقى العقد قائماً، إلا إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله^(٢). فالشرط المخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب يكون على نوعين^(٣): الأول هو الشرط الدافع إلى التعاقد، والثاني هو الشرط غير الدافع إلى التعاقد، وحكم الأول أنه يبطل هو والعقد الذي تضمنه، أما حكم الثاني فيلغو ويصح العقد الذي تضمنه. كما ينبغي أن لا يكون شرط الإعفاء مناقضاً لمقتضى العقد، والمتمثل بمضمون العقد، أو الالتزامات الأساسية أو الجوهرية الناشئة عن العقد^(٤). وبرأينا فإن نص الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي هو نص عام يجيز اقتران العقد بشرط غير مخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب وفيه نفع لأحد العاقدين أو للغير، أما نص الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) منه فهو نص خاص يجيز الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المصدر سابق، ص ٥٥٠.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٥٢١. ينظر أيضاً: د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٤٢٧.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٤١٨.

(٤) د. ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٤٢٩.

عن طريق إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، وبذلك يمكن اقتران العقد بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. أما القانون المدني المصري فهو لم ينظم الشروط المقترنة بالعقد، أو ما يعرف بالشروط التقييدية، لذا فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يعد فيه اتفاقاً على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، عن طريق إعفاء المدين منها، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) منه ويقوم على أساس مبدأ حرية التعاقد، والذي يعطي لإرادة المتعاقدين الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإعفاء^(١)، ولكن في حدود القانون والنظام العام والآداب والاتفاق على ذلك، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون).

المبحث الثاني

القيود التي يفرضها قانون الأحكام العام الإنكليزي على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

يقصد بالقيود التي يفرضها قانون الأحكام العام الإنكليزي على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية تلك الشروط العرفية والقضائية التي قررتها المحاكم الإنكليزية على أساس السوابق القضائية التي فصلت فيها وصارت جزءاً من قانون الأحكام العام^(٢)، وتتمثل هذه القيود بعقبتين مهمتين ينبغي على الطرف المتعاقد الراغب في التمتع بالحماية التي يسبغها عليه ذلك الشرط تخطيها قبل أن يتمكن من التمتع بتلك الحماية، والاستفادة من الشرط الموضوع لمصلحته، وهذين القيدان هما قيد إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد وصيرورته بنداً تعاقدياً^(٣). وقيد تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه (The Principle of Contra Proferentem). كما تضمن قانون الأحكام العام مجموعة أخرى من القيود أقل شأناً وأهمية من هذين القيدان الرئيسيين، وعلى هذا

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٤٩. ينظر أيضاً: د. سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص ٦٣٦، ود. محمد حسام محمود لطفى، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٢) Robert Duxbury, op. cit, P.41.

(٣) Richard stone and James Devenney, op. cit, P.232.

الأساس فسوف نحاول أن نبحث في جميع هذه الأنواع الثلاثة من القيود التي فرضها قانون الأحكام العام على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في هذه الدراسة، وذلك في المطالب الثلاثة الآتية وكما يأتي:

المطلب الأول

قيد إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد

إن القيد الأول المفروض على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بمقتضى قانون الأحكام العام هو ضرورة إدماج هذا الشرط في العقد، وينطبق الأمر نفسه على شرط التخفيف من المسؤولية العقدية ، ولا يستطيع الطرف المتعاقد الذي أدرج الشرط لمصلحته أن يعتمد على الحماية التي يوفرها له الشرط، إلا بعد إدماجه في العقد⁽¹⁾. وينبغي أن ينص الشرط المدمج بالعقد على مسألتين مهمتين: الأولى هي الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند تعاقدي معين، والثانية الإعفاء من التعويض المترتب على تلك المسؤولية⁽²⁾. ويتم إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد بثلاث طرق هي الإدماج عن طريق التوقيع (incorporation by signature) والإدماج عن طريق الإخطار (incorporation by notice) والإدماج عن طريق مجرى التعامل السابق (incorporation by a previous course of dealing) وسوف نبحث في هذه الطرق الثلاث التي تشكل قيداً على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بمقتضى قانون الأحكام العام وكما يأتي:

الفرع الأول

الإدماج عن طريق التوقيع

إذا قام الطرف المتعاقد بالتوقيع على وثيقة تعاقدية ، فإنه يصير ملتزماً بفحواها وما تتضمنه من بنود تعاقدية، حتى في حالة عدم قراءته لها⁽³⁾، ما لم يكن جرى حثه على التوقيع عليها نتيجة تصوير غير حقيقي (misrepresentation) أو

(1) Jill Poole, Contract Law, Concentrate, Second edition, Oxford university Press, 2015, P.124.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.240.

(3) Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, The Law of Contract, Seventh edition, Oxford University Press, 2010, P.161.

أي سلوك تدليسي آخر (fraudulent Conduct)، وهو ما أخذت به المحكمة في قضية (L'estrane V. Graucob Ltd 1934) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعية، والتي هي مالكة لمقهى، بشراء ماكينة آلية لبيع الكافيه، وقد أفرغت بنود العقد في محرر أو وثيقة كتب عليها عنوان "اتفاق على البيع" (Sales Agreement)، وقامت المدعية بالتوقيع عليها دون أن تكلف نفسها بقراءتها، وكان من بين البنود التي تضمنتها هذه الوثيقة شرط لإعفاء البائعين من مسؤوليتهم العقدية⁽¹⁾، إلا أن تلك البنود، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، كتبت بأحرف صغيرة جداً، وعندما تبين وجود عيوب في الماكينة لاحقاً، أقامت المدعية الدعوى، فقضت المحكمة في حكمها بأن المدعية ملزمة بالبنود الواردة في الوثيقة، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والذي نص على (عدم مسؤولية البائعين المدعى عليهم على أساس عدم صلاحية أو ملائمة الماكينة للغرض الذي بيعت من أجله)⁽²⁾، وذكرت المحكمة في حكمها بأن الطرف المتعاقد الذي وضع الشرط خلافاً لمصلحته، يلتزم به أيضاً حتى وإن كان أجنبياً ليس بإمكانه القراءة بالإنكليزية. أو غير عالم أصلاً بوجود الشرط في الوثيقة أو المحرر، طالما كان يمكن لذلك الطرف المتعاقد أن يتوقع، وعلى نحو معقول، بأن المحرر أو الوثيقة التي يقوم بالتوقيع عليها تحتوي على بنود تعاقدية⁽³⁾. كما اتجه القضاء الإنكليزي إلى عد الطرف المتعاقد الذي وضع الشرط خلافاً لمصلحته، غير ملتزم بذلك الشرط، إذا كان الشخص المعتاد (Reasonable Person) المحاط بنفس ظروفه الخارجية لا يتوقع احتواء الوثيقة أو المحرر على بنود تعاقدية، لأن طبيعتها لا توحى بذلك، حتى وأن قام ذلك الطرف المتعاقد بالتوقيع عليها، وهو ما تجسد فعلاً في قضية (Grogan V. Robin Meredith Plant Hire 1996) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعي باستئجار ماكينة

(1) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, Optimize Contract Law, Second edition, Routledge, 2017, P.63.

(2) (The defendants were not liable on the basis that the machine was not fit for the purpose for which it was sold)

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Lawm Seventh edition Pearson, Longman, 2009, P.151.

مع مشغلها والتوقيع على بطاقة تسجيل عدد ساعات العمل الاسبوعي أظهرت أن المدعى عليه أدرج فيها بنوداً تعاقدية تختلف عن عقد الإيجار الشفهي المبرم بين الطرفين، فقضت المحكمة بأن المدعي غير ملزم بالبنود المدرجة أو المطبوعة في تلك البطاقة، لأن الغرض منها، وكما هو معروف، تسجيل ساعات العمل الاسبوعي، وليس احتواءها على بنود تغاير ما ورد في عقد الإيجار . وذكرت المحكمة في حكمها بأن تلك البطاقة مجرد محرر إداري لا يتوقع الشخص المعتاد احتواءه على بنود تعاقدية، فهو مجرد سجل لتوثيق الالتزامات التعاقدية .

الفرع الثاني

الإدماج من طريق الإخطار

كما يلتزم الطرف المتعاقد بالبنود الواردة في العقد ولاسيما شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في العقد خلافاً لمصلحته ، إذا ما جرى استرعاء انتباهه إلى تلك البنود عن طريق إخطار معقول (Reasonable Notice)⁽¹⁾، وذلك على الرغم من عدم توقيعه على الوثيقة أو المحرر المتضمن لتلك البنود⁽²⁾، فقد يحدث أن يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بتسليم الطرف الآخر وثيقة عن طريق المناولة اليدوية، أو عرضها في مكان إبرام العقد، وكانت تلك الوثيقة تحتوي على شرط للإعفاء من المسؤولية العقدية، فإن تلك الوثيقة لا تعد مدمجة بالعقد، إلا إذا كان الطرف المتضرر من الشرط يعلم بأنها تحتوي على ذلك الشرط، أو أنه تلقى إخطاراً معقولاً بوجود ذلك الشرط، ويعتمد تحديد معقولية الإخطار على ثلاثة عوامل في طبيعة الوثيقة ومدى كفاية الإخطار وتوقيته⁽³⁾، وسوف نتناول بالدراسة هذه العوامل الثلاثة وكما يأتي:

المقصود الأول

طبيعة الوثيقة

تضطلع طبيعة الوثيقة بدور كبير في تحديد معقولية الإخطار بالبنود التي تحتوي عليها، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. فالمحكمة الإنكليزية لا

(1) Paul Richards, op. cit, P.128.

(2) Mindy-Chen Wishart, Contract Law, Fourth edition, Oxford University Press, 2012, P.374.

(3) Paul Richards, op. cit , P.128.

تكيف عادة الوثيقة غير الموقعة كعقد، إذا لم تتجه نية أطرافها إلى إسباغ القوة التعاقدية الملزمة عليها، بل عدها مجرد إيصال (Receipt) مثلاً، وعلى العكس من ذلك، إذا كان الطرف المتعاقد الذي أدرج الشرط خلافاً لمصلحته يعلم بأن الوثيقة التي أدرج فيها الشرط ذات طبيعة تعاقدية، أو تلقى إخطاراً معقولاً عند تسلمه لتلك الوثيقة، بأنها تتضمن بنوداً تعاقدية، فإنه يكون ملزماً بأي شرط إعفاء من المسؤولية العقدية تتضمنها تلك الوثيقة⁽¹⁾، والمعيار الذي تلجأ إليه المحاكم الإنكليزية لتحديد مدى تمتع الوثيقة أو المحرر بالقوة التعاقدية هو معيار موضوعي قوامه الشخص المعتاد، والسؤال الذي تطرحه المحكمة هو هل يعتقد الشخص المعتاد، إذا كان في مكان الطرف المتعاقد المتضرر من الشرط، بأن الوثيقة التي تحتوي على ذلك الشرط هي وثيقة تعاقدية ؟ . إن الرأي السائد لدى القضاء الإنكليزي هو أن التسمية التي تحملها الوثيقة، كأن تكون إيصالاً مثلاً، لا ترتبط بالضرورة بآثارها القانونية، وحتى الإيصال قد تترتب عليه آثار قانونية وتكون له قوة تعاقدية، إذا ما أخضع لمعيار الشخص المعتاد الموضوعي، وكان اعتقاد الشخص المعتاد يميل إلى أن ذلك الإيصال يعد وثيقة تعاقدية تكون لها قيمة تعاقدية وتترتب عليها آثار قانونية وهي آثار تعاقدية⁽²⁾. فمجرد إعطاء الوثيقة تسمية معينة بعيدة عن مصطلح العقد أو مرادفاته لا يحول دون ترتيبها لآثار تعاقدية، إذا كان الطرف المتعاقد المتضرر من الشرط، يعلم أنها في حقيقتها وثيقة تعاقدية، أو تم استرعاء انتباهه عن طريق إخطار معقول إلى وجود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في تلك الوثيقة. وإذا ما عد الشخص المعتاد الوثيقة بأنها تعاقدية ، فإن معنى ذلك أنه يتوقع بأنها تتضمن بنوداً تعاقدية وليست مجرد وثيقة تثبت الوفاء بالتزام معين كإيصال⁽³⁾ . وقد أخذت المحكمة الإنكليزية بمعيار الشخص المعتاد في قضية (Chapelton V. Barry

(1) Neil Andrews, Contract Law, Second edition, Cambridge University Press, 2015, P.396.

(2) Michael Furmston, op. cit , P.204.

وبالمقابل يرى هذا الجانب من الفقه الإنكليزي بأن إلزام الطرف المتعاقد بند ورد في وثيقة لا يتوقع الشخص المعتاد أن تكون أكثر من مجرد إيصال يعد مخالفة للرأي القويم والظفرة السليمة (Common Sense).

(3) Robert Duxbury, op. cit , P.42.

Urban District Council 1940) وقضت بأن (الوثيقة ليست ذات طبيعة تعاقدية) (1) ، وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام المدعي باستئجار كرسيين طويلين من المدعى عليه المجلس البلدي، وقد دفع المدعي الأجرة واختار الكرسي من بين مجموعة من الكراسي المكسدة على ساحل البحر، واستلم مع الكرسي تذكرة (Ticket) لم يقرأها، وتبين أنها تضمنت شرطاً يعفي المجلس من المسؤولية عن أي ضرر قد يحصل نتيجة استعمال الكرسيين، إذ نص الشرط على أن (المجلس لا يعد مسؤولاً عن أية أضرار أو إصابات يتعرض لها المستأجر عند استعماله للكرسي) (2) . وبالفعل فقد تعرض المدعي لإصابة بسبب كسر غير ظاهر في الكرسي، فأقام الدعوى لمطالبة المجلس المدعى عليه بالتعويض عن الأضرار التي تعرض لها، وقضت المحكمة في حكمها بأن الوثيقة ليست ذات طبيعة تعاقدية، لأن الشخص المعتاد يتوقع بأنها مجرد إيصال ، لذا فإنه لا يمكن عد الشرط مدمجاً في الوثيقة.

المقصد الثاني

مدى كفاية الإخطار

إذا كانت الوثيقة غير موقعة ، فإنه يتوجب على الطرف المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أن يثبت بأنه اتخذ كل الخطوات المعقولة لاسترعاء انتباه الطرف الآخر عن طريق إخطار معقول إلى وجود الشرط في تلك الوثيقة (3) ، ففي مثل هذه الحالة فإن الإخطار المعقول يعد كافياً لعد الوثيقة غير الموقع عليها جزءاً لا يتجزأ من العقد (4) . وقد اتجه القضاء الإنكليزي إلى أن إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالمحرر أو الوثيقة عن طريق الإخطار يمكن أن يقوم مقام إدماجه عن طريق التوقيع على المحرر، وذلك في حالة توافر أحد شرطين: إما علم الطرف المتعاقد غير المستفيد من الشرط بوجوده، أو اتخاذ الطرف المتمسك بالشرط للخطوات المعقولة لغرض استرعاء انتباه الطرف الآخر غير العالم بوجود الشرط إلى وجوده قبل إبرام

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.153.

(2) (The council would not be liable for any damage or injuries suffered to the hirer while using the chair)

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.241.

(4) Michael Furnston, op. cit , P.203.

العقد^(١). وهو الإتجاه الذي تبنته المحكمة الإنكليزية في قضية (Parker V. South 1877 Eastern Railway Company) والتي تتلخص وقائعها بترك المدعي حقيبته في غرفة الأمتعة العائدة لمحطة سكك الحديد التي يديرها المدعى عليهم، وقد تسلم المدعي تذكرة كتب على وجهها جملة "أنظر ظهر التذكرة" (See Back)، وكان ظهر التذكرة يحتوي على عدد من البنود، من بينها شرط ينص على أن (الشركة غير مسؤولة عن أية رزمة أو طرد تزيد قيمته عن عشرة جنيهات)^(٢)، وقد حدث أن فقد المدعي حقيبته، فأقام الدعوى مطالباً الشركة بتعويض قدره أربعة وعشرين - ٢٤ - جنيهاً، والذي يمثل قيمة الحقيبة المفقودة، وحاولت شركة السكك الحديد المدعى عليها التمسك بالشرط، في حين إدعى المدعي جهله بذلك الشرط، فقضت محكمة الاستئناف في حكمها بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يمكن أن يكون مدمجاً في محرر غير موقع، إذا اتخذ الطرف المتمسك بالشرط الخطوات المعقولة لإسترعاء إنتباه الطرف الآخر إلى وجود الشرط، وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأنها إذا ما أرادت الشركة المدعى عليها التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإنه يتعين عليها اثبات قيامها بالخطوات المعقولة لاسترعاء إنتباه المدعي إلى وجود الشرط عن طريق إخطار معقول، ولأن الشركة أخفقت في القيام بذلك، فإنه ليس بإمكانها التمسك بالشرط. وذكرت المحكمة في حكمها أيضاً بأن مجرد قيام الطرف المتمسك بالشرط بتسليم تذكرة تحتوي على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الطرف الآخر لا يعد إخطاراً كافياً، لأن النية يمكن أن لا تكون قد اتجهت إلى إسباغ قوة تعاقدية على التذكرة. ان تحديد مدى كفاية الأخطار يعتمد على التحقق من قيام الطرف المتمسك بالشرط باتخاذ الخطوات المعقولة لاسترعاء انتباه الطرف الآخر إلى وجود الشرط في الوثيقة عن طريق إخطار معقول^(٣)، وليس على التحقق من مسألة قيام الأخير بقراءة الشرط من عدمه^(٤)، فإذا كان الشرط مطبوعاً على تذكرة مثلاً، فإنه لا يكفي إثبات علم الطرف

(1) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit , P.63.

(2) (The company will not be responsible for any package exceeding the value of £10)

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.241.

(4) Michael Furmston, op. cit , P.205.

الأخر غير المستفيد من الشرط بوجود كتابة على التذكرة، لأن وجود الكتابة قد لا يكون الغرض منه ترتيب آثار تعاقدية على التذكرة^(١). كما أن مجرد إشارة الطرف المستفيد من الشرط إلى البنود الموحدة أو النموذجية المستعملة في عقودها مكاملة هاتفية لا تعد إخطاراً كافياً، إذا لم يكن الطرف الآخر يعلم، أو لم تكن لديه أية وسيلة تمكنه من العلم بتلك البنود. ولكي يكون الإخطار كافياً . فقد اشترطت المحاكم الإنكليزية ضرورة توافر شرطين: الأول هو اتخاذ الخطوات المعقولة لتقديم الإخطار والثاني مدى ملاءمة الإخطار لطبيعة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وسوف نسلط الضوء على هذين الشرطين لغرض التعرف على كيفية تحديد مدى أو درجة كفاية الأخطار.

أولاً: اتخاذ الخطوات المعقولة لتقديم الإخطار: لغرض اثبات قيام الطرف المتمسك بالشرط باتخاذ الخطوات المعقولة لتقديم الإخطار، فإنه ينبغي على المحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار كيفية وضع الشرط أو صياغته في الوثيقة ودرجة بروزه (Degree of Prominence). فإذا كان الإخطار مدرجاً في وثيقة تعاقدية، فإنه يكفي لتحقيق درجة مقبولة من الوضوح أن يدرج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على وجه الوثيقة أو المحرر. وفي حالة عدم إدراجه على وجه الوثيقة، فإنه ينبغي وعلى أقل تقدير، أن يشار إليه في وجهها، كما في عبارة "أنظر ظهر الوثيقة"، وقد أخذت المحاكم الإنكليزية بهذا النوع من الإدماج وعدته إدماجاً صحيحاً، ويعرف بالإدماج بالإحالة أو بالإشارة (Incorporation by Reference). كما في قضية (Thompson V. London Midland and Scottish Railway Company 1930) والتي تتلخص وقائعها بطلب المدعية، وهي امرأة أمية (Illiterate)، لا تعرف القراءة والكتابة، من إينة أختها، شراء تذكرة سفر بالسكك الحديدية وبأسعار منخفضة، ومكتوب على وجهها عبارة "أنظر ظهر التذكرة"، وفي ظهرها قامت الشركة بصياغة الجملة الآتية: (إن إصدار هذه التذكرة معلق على الشروط المنصوص عليها في جداول المواعيد الزمنية للشركة)^(٢)، علماً أن هذه الشروط تستبعد مسؤولية الشركة الناجمة عن الإصابات

التي تلحق بالمسافرين. إلا أن المدعية لم يكن بإمكانها قراءة وفهم ما مكتوب في

(١) Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, op. cit , P.165.

(٢) (The ticket was issued subject to the conditions set out in the company's timetables)

تلحق بالمسافرين. إلا أن المدعية لم يكن بإمكانها قراءة وفهم ما مكتوب في التذكرة⁽¹⁾، وبالفعل تعرضت المدعية إلى إصابة أثناء الرحلة، وأقامت الدعوى للمطالبة بالتعويض من الشركة المدعى عليها، وعند عرض القضية على المحلفين، فقد توصلوا إلى قناعة مؤداها عدم قيام الشركة المدعى عليها باتخاذ الخطوات المعقولة لاسترجاع انتباه المدعية إلى الشروط المنصوص عليها في جداول المواعيد الزمنية، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أن محكمة الاستئناف قضت بخلاف ذلك، وذكرت في حكمها بأنه ليس هناك دليل يدعم ما ذهب إليه المحلفون، لأن الإخطار كان على درجة كبيرة من الوضوح فضلاً عن أن التذكرة تعد نموذجاً شائعاً للوثائق أو المحررات العقدية، لذا عدت شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مدمجاً بالعقد، وأخفقت المدعية في دعواها، وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأن عدم قدرة المدعية على القراءة لا يعني عدم سريان آثار العقد عليها، ومن بينها الأثر المترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لأنه ثبت للمحكمة قيام الشركة المدعى عليها بتقديم إخطار معقول لاسترجاع انتباه المدعية إلى وجود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾، بأن حكم محكمة الاستئناف في هذه القضية كان سيكون مختلفاً، لو كان الطرف غير المستفيد من الشرط لا يفهم أصلاً اللغة التي كتب عن طريقها الشرط، وكان الطرف المتمسك بالشرط يعلم ذلك. ففي مثل هذه الحالة فإن الأمر يتطلب رفع درجة أو مستوى الإخطار اللازم لاسترجاع انتباه المدعي إلى وجود الشرط، وذلك لكي يكون الإخطار معقولاً، ويرى جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽³⁾، بأن قبول المحاكم الإنكليزية بمبدأ إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالوثيقة التعاقدية عن طريق الإشارة أو الإحالة (Incorporation by Reference) جعل من السهولة بمكان إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالوثيقة التعاقدية، دون أن يؤدي ذلك إلى زيادة حجمها على نحو غير مبرر، إلا أن الشرط المكتوب في ظهر الوثيقة لا يمكن إدماجه، إذا كان وجه الوثيقة يخلو من أية إشارة تسترعي

(1) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit, P.64 and 89.

(2) Paul Richards, op. cit, P.129.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit , P.242.

الإنتباه إلى وجود الشرط، أو في حالة وجود إشارة في وجه الوثيقة تحيل إلى ظهرها، وكان ظهر الوثيقة فارغاً، أو يحتوي على كتابة غير مقروءة، أو تم حشر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بين مجموعة من البنود، دون الإشارة إليه بوضوح، ويرى هذا الجانب من الفقه أيضاً بأن المحكمة عدت عدم قدرة المدعية على القراءة والكتابة أمراً غير جوهري، إلا أن الوضع كان سوف يختلف لو علم الطرف المتمسك بالشرط، أو كان ينبغي عليه أن يعلم بهذا العجز، إذ أنه يجب عليه في هذه الحالة اتخاذ خطوات إضافية لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر الذي يعاني من العجز إلى وجود الشرط، كما أنه ينبغي عليه ترجمة الشرط، إذا كان العجز الذي يعاني منه الطرف الآخر هو عدم فهم اللغة التي كتب عن طريقها الشرط أصلاً. وأخيراً فإذا كان الشخص المعتاد يتوقع وجود الشرط في الوثيقة التعاقدية، فإن مجرد تسليمها إلى الطرف الآخر يعد كافياً لاثبات إتخاذ الخطوات المعقولة من الطرف المتمسك بها لتقديم الإخطار اللازم لاسترعاء إنتباه الأول إلى وجود الشرط، فالشخص عندما يقوم مثلاً بشراء تذاكر للسفر جواً أو بواسطة السكك الحديدية، فإن الشخص المعتاد يتوقع أن تتضمن مثل هذه التذاكر العديد من البنود، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

ثانياً: مدى ملائمة الإخطار لطبيعة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

عندما يكون شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مرهقاً شديد الوطأة (Onerous) أو ذو طبيعة غير معتادة أو غير متوقعة فإنه ينبغي رفع درجة أو مستوى الإخطار اللازم لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر إلى وجود الشرط⁽²⁾، وبما ينسجم مع معيار المعقولة (Reasonableness Test)، والذي يتطلب اتخاذ خطوات إضافية من الطرف المتمسك بالشرط لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر، وبطرق خاصة، إلى شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج في الوثيقة التعاقدية⁽³⁾، أو على الأقل زيادة

(1) Stephen Smith, op. cit , P.140.

(2) Robert Duxbury, op. cit , P.43.

(3) د. مصطفى سلمان حبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٤٨.

درجة وضوح الشرط في تلك الوثيقة⁽¹⁾، فإذا كانت طبيعة الشرط لا تسمح للطرف المتضرر منه أو المتأثر به سلبياً أن يتوقع فحواه، فإنه لا يكون باستطاعة الطرف المتمسك به إدماجه في العقد، عن طريق مجرد القيام بتسليمه إلى الطرف الأول بالمناولة اليدوية، أو عرض الوثيقة التي تحتويه، ولكن ينبغي عليه الذهاب إلى أبعد من ذلك واتخاذ خطوات خاصة لاسترعاء إنتباه الطرف المتضرر من ذلك الشرط إلى وجوده في الوثيقة التعاقدية، فكلما ازدادت درجة عدم اعتيادية الشرط (Unusualness of the Clause) أو عدم معقوليته (Unreasonableness) أو شدة وطأته (Gravity or Onerousness)، فإن درجة أو مستوى الإخطار اللازم ينبغي أن يكون أكبر⁽²⁾، وهذا ما أكد عليه القاضي اللورد (Denning) في قضية (Spurling Ltd V. Bradshaw 1956) بقوله أنه (كلما ازدادت درجة عدم معقولية الشرط، فإن مستوى أو درجة الإخطار ينبغي أن تتزايد أيضاً، لغرض استرعاء إنتباه الطرف غير المستفيد من ذلك الشرط، لذا ينبغي طباعة بعض الشروط باللون الأحمر، وإذا ازدادت وطأة الشرط وصار أكثر إرهاقاً، فإنه يجب وضع صورة ليد مؤشرة باللون الأحمر (Red hand Pointing)، ولا يعد الإخطار كافياً، إلا بعد اتخاذ مثل هذه الخطوات)، وقد تبنت المحكمة هذا الاتجاه في قضية (Thornton V. Shoe Lane Parking Ltd 1971) والتي تتلخص وقائعها بدخول المدعي بسيارته إلى مرآب آلي للسيارات يملكه المدعى عليه، والذي وضع إخطاراً خارج المرآب كتب عليه عبارة تنص على أن (تبعة المخاطر التي تتعرض لها جميع السيارات الموجودة داخل المرآب تكون على مسؤولية مالكيها)⁽³⁾ . وبمجرد دخول المدعي بسيارته إلى المرآب اشتعل الضوء الأخضر بدلاً عن الأحمر، واستلم تذكرة من الماكينة الآلية بعد أن وضع قطعة نقد فيهما، وعلى الرغم من احتواء التذكرة على عبارات معينة، إلا أنه لم يقرأها⁽⁴⁾، وكانت إحدى العبارات

(1) Paul Richards, op. cit , P.129.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.155.

(3) (All cars parked at owners' risk)

(4) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.153.

تنص على أن (إصدار هذه التذكرة معلق على الشروط المعروضة في المرآب)⁽¹⁾ ، ولغرض الإطلاع على تلك الشروط، فقد كان يتعين على المدعي الذهاب إلى لوحة الإعلانات الخاصة بالمرآب، إلا أنه لم يقم بذلك، وينص أحد الشروط المعروضة في اللوحة والمشار إليها في التذكرة على استبعاد مسؤولية المدعي عليه الناجمة ليس فقط عن الأضرار التي تلحق بالسيارات الموجودة في المرآب، ولكن عن الأضرار والإصابات الشخصية (Personal Injuries) التي تلحق بزبائن المرآب ومهما كان سببها أيضاً، وقد حدث أن تعرض المدعي لإصابة داخل المرآب ولحقت به أضرار جسدية، فقضت محكمة الاستئناف بعدم إمكانية تمسك المدعي عليه بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الأضرار والإصابات الشخصية، المعروض في لوحة إعلانات المرآب، والذي أحال إليه عقد الإيواء (Contract of Parking) والمتمثل بتذكرة إيواء السيارة ، فالشرط كان شديد الوطأة ومرهقاً وغير معتاد، لأنه لا يكفي باستبعاد مسؤولية المدعي عليه مالك المرآب الناجمة عن الأضرار المادية التي تصيب السيارات، ولكن عن الأضرار الشخصية أو الجسدية التي تلحق بأصحاب السيارات وزبائن المرآب أيضاً، وهو أمر غير مألوف أو معتاد في مرآب السيارات، لذا لم يكن بإمكان المدعي أن يتوقع بأن الشرط المدرج في لوحة إعلانات المرآب يستبعد المسؤولية الناجمة عن الأضرار الشخصية، لأن الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف المدعي عليه لا يتوقع إلا وجود شرط يستبعد المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تلحق بالسيارات فحسب، ولكي يتمكن المدعي عليه مالك المرآب من استبعاد مسؤوليته الناجمة عن الأضرار الشخصية، فقد كان ينبغي عليه اتخاذ خطوات خاصة لاسترخاء إنتباه زبائن المرآب إلى وجود شروط شديدة الوطأة أو مرهقة عن طريق إخطار ملائم أو كافي⁽²⁾، إلا أنه لم يقدم مثل هذا الإخطار، وأن الخطوات التي اتخذها مالك المرآب لا تكفي إلا لإدماج الشروط العادية التي تستبعد المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تصيب الأموال ، لذا فإنه لم يتخذ الخطوات

(1) (The ticket was issued subject to conditions displayed on the premises)

(2) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th edition, Oxford University Press, 2016, P.189.

المعقولة لإخطار المدعي بالشرط، وعلى هذا الأساس فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يعد مدمجاً بالوثيقة التعاقدية.

كما تبنت المحكمة نفس الإتجاه في قضية (Interfoto Picture Library) (Ltd V. Stiletto Visual Programmes Ltd 1988) والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد إيجار بين الجهة المدعية، وهي مكتبة تصوير فوتوغرافي وبين وكالة الإعلان المدعى عليها، والذي بمقتضاه سلمت المكتبة المدعية إلى وكالة الإعلان المدعى عليها حقيبة تحتوي على سبعة وأربعين شريحة تصوير فوتوغرافي ، تستعملها الوكالة لأغراض العرض، واتفقا على أن تكون مدة الإيجار أربعة عشر يوماً، كما تسلمت الوكالة المدعى عليها مذكرة تسليم تتضمن مدة الإيجار، فضلاً عن مجموعة من البنود النموذجية أو الموحدة وجرى وضع مذكرة التسليم مع حقيبة الشرائح في رزمة أو طرد ، إلا أن الجهة المدعى عليها لم تقرأ فحوى المذكرة⁽¹⁾، والتي تضمنت من بين بنودها الموحدة أو النموذجية بنداً جزائياً (Penalty Term) ينص على أنه (في حالة استبقاء شرائح التصوير الفوتوغرافي لمدة تزيد عن أربعة عشر يوماً، فإنه ينبغي دفع أجرة استمرار الإيجار والبالغة خمسة جنيهات عن كل شريحة مضافاً إليها ضريبة القيمة المضافة وذلك لليوم الواحد)⁽²⁾ . وفي واقع الأمر فقد قامت الوكالة المدعى عليها بإعادة الشرائح بعد اسبوعين من تاريخ انتهاء مدة عقد الإيجار، فواجهتها الشركة المدعية بفاتورة بلغت قيمتها - ٣,٧٨٣,٥٠ - جنيه، فرفضت الوكالة المدعى عليها دفع المبلغ، فأقامت المكتبة الدعوى للمطالبة بقيمة الفاتورة، فقضت محكمة الاستئناف في حكمها لمصلحة الوكالة المدعى عليها، وجاء في حكمها بأن الجهة المدعى عليها غير ملزمة بدفع ذلك المبلغ، لأن البند الجزائي كان بنداً مرهقاً شديد الوطأة (Onerous Penalty Term) مما جعله بنداً مفاجئاً بالنسبة إلى المدعى عليه، وبما أن البند الخاص بأجرة استمرار الإيجار (Holding Fee Term) هو بند باهظ الكلفة، فقد كان ينبغي على الجهة المدعية اتخاذ خطوات

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.154.

(2) (For every day after 14 days that the transparencies were kept, there would be a holding fee per transparency of £ 5 plus VAT per day)

خاصة لاسترعاء إنتباه الجهة المدعى عليها إلى وجود ذلك البند، عن طريق رفع درجة أو مستوى الإخطار أو بتقديم إخطار إضافي ، ونظراً لإخفاق الجهة المدعية في تقديم الإخطار الكافي والملائم لاسترعاء الإنتباه إلى مثل هذا الشرط، فإن البند المرهق لا يعد مدمجاً في العقد مع بقية الشروط النموذجية المطبوعة⁽¹⁾ . وذكرت المحكمة في حكمها أيضاً بأن من أهم الخطوات الخاصة التي كان ينبغي على الجهة المدعية اتخاذها هو طباعة البند المرهق أو الشديد الوطأة بوضوح في العقد وذلك عن طريق استعمال حروف بارزة وباللون الأحمر ، أو وضع مذكرة التسليم على غلاف الرزمة أو الطرد الذي يحتوي على شرائح التصوير الفوتوغرافي، كوسائل خاصة لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر)، كما ذكر القاضي اللورد (Dillon) في الحكم الصادر في هذه القضية بأن قانون الأحكام العام عادة ما يتطلب اتخاذ خطوات معقولة لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر للشروط المطبوعة ، وبخلاف ذلك فإن تلك الشروط لا تعد مدمجة بالعقد، أما إذا كان الشرط باهظاً أو شديد الوطأة أو غير معتاد، فإنه ينبغي على الطرف المتمسك به اتخاذ خطوات خاصة ، ولا يكفي بالخطوات المعقولة، وذلك لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر، وفي هذه القضية لم تتخذ أية خطوات خاصة لاسترعاء إنتباه المدعى عليه إلى الشرط الباهظ، وكان ذلك الشرط مجرد جزء من شروط مكتوبة، جرى إدراجها ضمن أربعة أسطر مطبوعة في ذيل مذكرة التسليم، مما ينفي اتخاذ أية خطوات خاصة لاسترعاء إنتباه المدعى عليه، عن طريق إخطار إضافي⁽²⁾.

(1) Michael Furmston, op. Cit, P.209.

(2) وجدير بالذكر فقد اشترطت الفقرة الأولى من المادة (١٢٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ لسريان شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية العقدية قيام الطرف المستفيد من الشرط بتقديم إخطار كافي للطرف الآخر، إذ نصت على أنه (دون المساس بعموم أحكام المادة (١١٩) يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على إعفاء أي منهما من المسؤولية أو الحد منها في الحالات التي يحددها العقد على ألا يسري شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية إلا إذا أعطى الطرف المستفيد إخطاراً كافياً للطرف الآخر بوجود الشرط قبل إبرام العقد) ويلاحظ على صياغة هذه الفقرة تأثيرها الكبير بقانون الأحكام العام الإنكليزي.

المقصد الثالث

توقيت الإخطار

يعتمد تحديد معقولية الإخطار أيضاً على الوقت الذي ينبغي أن تتخذ فيه الخطوات اللازمة لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر غير المستفيد من الشرط إلى وجوده، سواء أكانت تلك الخطوات معقولة أم خاصة. والقاعدة في قانون الأحكام العام أن الطرف المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ينبغي عليه اتخاذ الخطوات المعقولة أو الخاصة لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر إلى ذلك الشرط، عن طريق تقديم إخطار معقول قبل إبرام العقد أو وقت التعاقد ، وذلك لغرض إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد وصيورته جزءاً من البنود التعاقدية⁽¹⁾. وقد طبقت محكمة الاستئناف الإنكليزية هذه القاعدة في قضية (Olley V. Marlborough Court Ltd 1949) والتي تتلخص وقائعها بقيام زوج وزوجته بحجز غرفة في فندق المدعى عليهم ودفع أجرة اسبوع كامل مقدماً، وبعد إكمال الإجراءات المتعلقة بحجز الغرفة توجهوا إلى الغرفة المخصصة لهما فشهدا إخطاراً معلقاً على أحد جدران الغرفة يتضمن شرطاً يعني المدعى عليهم مالكي الفندق من المسؤولية، وينص على أن (مالكي الفندق لا يعدون أنفسهم مسؤولين عن المواد المفقودة أو المسروقة، ما لم تسلم إلى مديرة الفندق، ويتم إيداعها في خزانة الفندق)⁽²⁾ . وكانت الزوجة قد اصطحبت معها عدداً من معاطف الفراء الثمينة، وقامت بوضعها في الغرفة، إلا أن تلك المعاطف تمت سرقتها لاحقاً، فقاضت المدعى عليهم مالكي الفندق على أساس الإهمال، وتمسك المدعى عليهم بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وسعوا إلى إقناع المحكمة بضرورة رد دعوى المدعية⁽³⁾، على أساس أن ذلك الشرط جرى إدماجه بالعقد، ولكن محكمة الاستئناف ذهبت إلى خلاف ذلك وقضت بعدم إمكانية تمسك المدعى عليهم مالكي الفندق بشرط الإعفاء من

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit , P.188.

(2) (The proprietors will not hold themselves responsible for articles lost or stolen unless handed to the manageress for safe custody)

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.152.

المسؤولية العقدية، وعدت ذلك الشرط غير مدمج بالعقد المبرم بين الزوجين وإدارة الفندق، لأن الإخطار الذي تضمن ذلك الشرط جرى تقديمه بعد إبرام العقد، فالعقد أبرم في صالة الاستقبال العائدة للفندق، في حين شاهد الزوجان الإخطار بعد ذلك عند دخولهما إلى الغرفة المخصصة لهما، وبالتالي لم يتمكن الزوجان من قراءة فحوى الإخطار وقت إبرام العقد أو قبله ، وجاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه طالما أن العقد أبرم قبل استرعاء إنتباه الزوجين إلى الإخطار الذي تضمن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإن تقديم ذلك الإخطار لم يكن مترامناً مع وقت إبرام العقد، أو حتى قبله، لذا فإنه لا يعد مدمجاً بذلك العقد.

الفرع الثالث

الإدماج عن طريق مجرى التعامل السابق

إذا تعامل الطرفان المتعاقدان مع بعضهما البعض وأبرما عقداً معيناً، واشترطاً بنوداً تعفي أحدهما من مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بالعقد، فإن تلك البنود تعد مدمجة بالعقد، إذا ما أفرغت في وثيقة تعاقدية جرى التوقيع عليها، أو تضمنها إخطار معقول قدمه الطرف المتمسك بالشرط لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر، إذا كانت الوثيقة غير موقعة، فإذا استمرت المعاملات بين الطرفين بعد ذلك، فإنه يمكن للمحكمة استخلاص إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد عن طريق مجرى التعامل السابق (Previous Course of Dealing) بينهما، طالما أدمج ذلك الشرط في العقد الأصلي عن طريق التوقيع على الوثيقة التعاقدية أو تقديم إخطار معقول يتضمن ذلك الشرط، وتشتترط المحاكم الإنكليزية أن يكون مجرى التعامل بين الطرفين طويلاً ومنظماً أو متواتراً (Long Consistent course of Dealing) لكي يكون بالإمكان عده وسيلة لإدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد⁽¹⁾، لأنه يعد قرينة على العلم بالشرط، ويتم إدماج الشرط بالعقد عن طريق مجرى التعامل السابق الطويل والمنظم⁽²⁾، ويرتب شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية آثاره القانونية في معاملة أو صفقة لاحقة، حتى وإن لم يتم اتخاذ

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.244.

(2) Neil Andrews, op. cit , P.298.

الخطوات المعتادة أو المعقولة لإدماج الشرط بالعقد في تلك المعاملة أو الصفقة بالذات⁽¹⁾، وقد تبنت المحكمة الإنكليزية هذا المبدأ في قضية (Spurling Ltd V. Brad Shaw 1956) والتي تتلخص وقائعها بوجود تعامل سابق بين المدعى عليه والمدعين على مدى عدة سنوات، وقام المدعى عليه بتسليم المدعين ثمانية براميل كبيرة مملوءة بعصير البرتقال لأغراض الخزن، وتسلم إقراراً بدفع العربون (Acknowledgment of Deposit) تضمن شرطاً يعفي المدعين من المسؤولية الناجمة عن أية خسارة أو ضرر يحدث بسبب الإهمال أو الفعل الضار أو عدم تنفيذ التزاماتهم، سواء بأنفسهم أو عن طريق مستخدميه . وعندما استرد المدعى عليه تلك البراميل لاحقاً وجد أنها فارغة، فرفض دفع أجرة التخزين، فقاضاه المدعون وطالبوا بالوفاء بتلك الأجرة، فلجأ إلى الدفع بإهمال المدعين الذين تمسكوا بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فأراد المدعى عليه أن يثبت بأن الإخطار الذي تضمن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يكن متزامناً مع وقت إبرام العقد، وعلى هذا الأساس فهو لا يعد جزءاً من العقد⁽²⁾، كما أقر المدعى عليه بأنه حصل أثناء مجرى تعامله السابق مع المدعين على وثيقة منهم، إلا أنه لم يقرأها، فقضت المحكمة بعد بنود تلك الوثيقة جزءاً لا يتجزأ من الإنفاق الحالي، على أساس مجرى التعامل السابق الذي حدث بين الطرفين، الذي كان بمثابة وسيلة لإدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد الأخير، وسمحت للمدعين التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وجاء في حكمها بأنه وعلى الرغم من أن الوثيقة التي تتضمن ذلك الشرط أرسلت إلى المدعى عليه بعد إبرام العقد الأخير، إلا أنه أقر بأنه كان غالباً ما يتسلم وثائق مماثلة أثناء مجرى تعامله السابق مع المدعين، ولكنه لم يقرأها، لذا سرى في حقه أثر هذا الشرط.

وبالمقابل فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يرتب آثاره القانونية ولا يعد مدمجاً بالعقد، إذا لم تكن الصفقة الحالية جزءاً من مجرى التعامل السابق

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit , P.192.

(2) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit, P.64.

الطويل والمنتظم بين الطرفين⁽¹⁾، فالصفقات لا تكون جزءاً من مجرى التعامل السابق الطويل والمنتظم، إذا كان عددها قليلاً، ومبعثرة على فترات زمنية طويلة نسبياً ومتباعدة وغير متواترة، أي إنها تقتفر إلى شرط الإنتظام⁽²⁾، وقد تبنت المحكمة الإنكليزية هذا المبدأ في قضية (McCutcheon V. David MacBrayne Ltd 1964) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليهم بإدارة شركة نقل بحري بين البر الاسكتلندي والجزر العائدة له، وقد طلب المدعي من أحد أقاربه وهو السيد (McSporran) نقل سيارته من إحدى الجزر إلى البر الاسكتلندي الرئيس، فاتفق السيد (McSporran) مع شركة المدعى عليهم على نقل السيارة بسفينة نقل صغيرة ودفع أجره النقل واستلم إيصالاً بالمبلغ، إلا أن السفينة غرقت وسط المياه نتيجة إهمال ارتكبه عمال المدعى عليهم، فتضررت السيارة ضرراً جسيماً بحيث صارت غير صالحة للاستعمال تماماً، فأقام المدعي الدعوى مطالباً بالتعويض، وأراد المدعى عليهم التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج مع بنود أخرى في لوحة الإعلانات المعروضة في مركز إدارة شركة المدعى عليهم، والتي أشار إليها (أي إلى تلك البنود ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية) الإيصال الذي تسلمه قريب المدعي، إلا أن المدعي لم يكلف نفسه بقراءة الإخطار الذي تضمنه ذلك الإعلان، كما لم يقر قريبه السيد (McSporran) بقراءة ما ورد في الإيصال، ولم يطلب منه أمين الصندوق التوقيع على مذكرة المخاطر (Risk Note) التي أعدت له، والتي تتضمن جميع تلك البنود، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وعلى الرغم من قيام المدعي وقريبه السيد (McSporran) بالتوقيع على مثل هذه المذكرة أحياناً في المرات السابقة، إلا أن التوقيع عليها لم يتم بصورة منتظمة وفي جميع المرات السابقة، وحتى في المرات التي وقعوا فيها على تلك المذكرات، ألا أنهم لم يقوموا بقراءة فحواها، على الرغم من معرفتهم بأنها تتضمن العديد من البنود، لذا قضت المحكمة في حكمها بالتعويض.

(1) Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald, op. cit, P.173.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit , P.244.

للمدعي ولم تسمح للمدعي عليهم بالتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وجاء في حكمها بأن كلاً من الإيصال والإخطار لا يشكلان جزءاً من العقد الشفهي المبرم بين الطرفين، فالإيصال جرى استلامه بعد إبرام العقد، كما لم يتخذ المدعي عليهم الخطوات الكافية والمعقولة لاسترعاء إنتباه المدعي أو قريبه السيد (McSporran) إلى الإخطار المعروض في لوحة إعلانات الشركة ، وتوصلت المحكمة إلى استنتاج مؤداه عدم وجود مجرى تعامل سابق منتظم بين الطرفين يسمح بإدماج البنود الواردة في الإخطار ضمناً في العقد، وفندت حجج المدعي عليهم بوجود انتظام أو تواتر في مجرى التعامل السابق، وقد صادقت محكمة الاستئناف وكذلك مجلس اللوردات على حكم محكمة الدرجة الأولى، وذكر مجلس اللوردات في حكمه بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يعد مدمجاً بالعقد لأنه غير متواتر أو منتظم ، كما تبنت المحكمة الإنكليزية نفس هذا الاتجاه في قضية (Hollier V. Rambler Motors Ltd 1972) وقضت بعدم وجود مجرى تعامل سابق بين الطرفين، لأنه ثبت لها عدم تعاملها مع بعضهما البعض إلا في مناسبات قليلة وعلى مدى فترة زمنية طويلة⁽¹⁾، وتتلخص وقائع هذه القضية بتعرض سيارة المدعي لأضرار بسبب الحريق الذي نشب في مرآب إيواء السيارات العائد للمدعي عليهم⁽²⁾، وكان المدعي قد تسلم فاتورة تضمنت شرطاً للإعفاء من المسؤولية العقدية ينص على أن (الشركة غير مسؤولة عن الأضرار التي تتعرض لها سيارات الزبائن بسبب الحريق الذي قد يندلع أو ينشب في مرآب إيواء السيارات)⁽³⁾ فأقام المدعي الدعوى مطالباً بالتعويض، وتمسكت الشركة المدعى عليها بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، على أساس أن هذا الشرط مدمج في العقد عن طريق مجرى التعامل السابق، لأن المدعي استعمل المرآب ثلاثة أو أربعة مرات في السنوات الخمسة السابقة، وهو ما يعد قرينة على وجود مجرى تعامل سابق بين الطرفين، إلا أن

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit, P.156.

(2) Richard stone and Jame, Devenney, op. cit, P.241.

(3) (The company is not responsible for damage caused by fire to customers' cars on the premises)

المحكمة قضت بالتعويض للمدعي وجاء في حكمها بأن الشرط لا يعد مدمجاً بالعقد، لأنه لم يثبت وجود مجرى للتعامل السابق بين الطرفين، فالمدعي لم يستعمل المرآب إلا قليلاً جداً في السنوات الخمسة الماضية⁽¹⁾، وجدير بالذكر فقد أوردت التطبيقات القضائية للمحاكم الإنكليزية استثناءً على مجرى التعامل السابق كمتطلب لإدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد، ويتمثل هذا الاستثناء بعدم الحاجة إلى وجود مجرى تعامل سابق طويل ومنتظم، والإكتفاء بمجرى التعامل العام الذي يرقى إلى مستوى العرف المهني (Trade Custom) أو العادات المهنية (Trade Usage)، والتي يمكن بواسطتها إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضمناً في العقد، حتى وإن لم يسبق للطرفين المتعاقدين التعامل مع بعضهما البعض سابقاً⁽²⁾، وقد أخذت المحكمة الإنكليزية بهذا النوع من الأعراف المهنية في قضية (British Crane Hire Corporation Ltd V. Ipswich Plant Hire Ltd) (1975) والتي تتلخص وقائعها بممارسة الشركتين المدعية والمدعى عليها لنفس المهنة وهي تأجير معدات الحفر، واستأجرت الشركة المدعى عليها معدات حفر ورافعة من الشركة المدعية، وأبرم الطرفان عقداً شفهيّاً عن طريق الهاتف ودون الإشارة إلى بنود ذلك العقد، ثم قام المدعون لاحقاً بإرسال نسخة من تلك البنود إلى الشركة المدعى عليها، إلا أن الرافعة غرقت في مستنقع قريب من مكان الحفر، وقبل أن يتمكن المدعى عليهم من التوقيع على الوثيقة التي تضم تلك البنود⁽³⁾، وقد نص أحد هذه البنود على أنه (يتعين على المستأجر تعويض المالك عن كل المصروفات الناجمة عن استعمال المعدات، وأن تبعة مخاطر عقد الإيجار هي على عاتق المستأجر)⁽⁴⁾، وبناءً على تلك الأضرار أقامت الشركة المدعية الدعوى للمطالبة بالتعويض، فقررت المحكمة بأن البند المتعلق بتبعية المخاطر لم يتم إدماجه بالعقد عن طريق الإخطار، لعدم علم المدعى عليهم بالبند وقت إبرام العقد، ولا عن

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.245.

(2) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit, P.65.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.135.

(4) (The hirer should indemnify the owner for all expenses in connection with use and the risk of hire remains with the hirer)

طريق مجرى التعامل السابق، لعدم وجود تعامل سابق بين الطرفين، ولكن عن طريق الإدماج الضمني للبند عن طريق المحكمة، بسبب ممارسة الطرفين المتعاقدين لنفس المهنة، وكلاهما يعلم شيوع استعمال مثل تلك البنود النموذجية أو الموحدة في كل العقود المبرمة في ظل هذه المهنة، وذلك على أساس وجود عرف مهني يقضي بذلك⁽¹⁾، وقضت المحكمة بمسؤولية الشركة المدعى عليها عن تعويض الشركة المدعية عن جميع المصروفات التي أنفقت لإخراج الرافعة من المستنقع وإعادتها إلى العمل من جديد ، وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأن العقد الشفهي المبرم بين الطرفين يخضع للبنود النموذجية التي وضعتها النقابة المهنية التي ينتمي إليها الطرفان .

كما اشترط القضاء الإنكليزي لصحة إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد عن طريق مجرى التعامل السابق المنتظم بين الطرفين المتعاقدين ضرورة علمهما بذلك الشرط واطلاعهم عليه سابقاً، حتى وأن لم يكن جزءاً من العقد في التعامل الحالي أو الأخير، وهو ما اتجهت إليه المحكمة الإنكليزية في حكمها الصادر في قضية (Hardwick Game Farm V. Suffolk Agricultural Association 1969) والتي تتلخص وقائعها بإبرام الطرفين المتعاقدين لنفس النوع من العقود بمعدل ثلاث أو أربع مرات شهرياً قبل إبرام العقد في المرة الأخيرة التي حدث النزاع بشأنها، إلا أنه لم يتم اتخاذ الخطوات المعقولة لدمج البنود بالعقد، ولكن المحكمة اكتفت بإثبات علم الطرفين المتعاقدين بأن تلك البنود تشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد واتجاه نيتهما إلى ذلك.

المطلب الثاني

قيد تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العتدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه

يعد قيد تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه من القيود البارزة التي فرضها القانون الإنكليزي على هذا الشرط، وذلك عندما واجهت المحاكم الإنكليزية، وعلى مدى القرن الماضي، صعوبات كبيرة في الموازنة بين مبدأ المساواة في القوة التفاوضية من جهة و بين مبدأ حماية

(1) Michael Furmston, op. cit , P.207.

المستهلك من جهة أخرى⁽¹⁾، ويتمثل هذا القيد بمبدأ من المبادئ المهمة التي فرضها قانون الأحكام العام ، وهو مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه (The Principle of Contra Proferentem)⁽²⁾ ، وسوف نتناول بالبحث مفهوم هذا المبدأ وكيفية قيامه بتضييق الأثر القانوني المترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فضلاً عن تطبيقين من أبرز تطبيقاته، وهما مبدأ تفسير البند أو الشرط الجوهرى للعقد . ومبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال وكما يأتي:

الفرع الأول

مفهوم مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه
لقد قامت المحاكم الإنكليزية بتطبيق المبدأ العام الذي فرضه قانون الأحكام العام عند تفسير بنود العقد، على وجه العموم، وهو مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه ، وذلك على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وينقسم هذا المبدأ إلى قاعدتين: الأولى هو تفسير عبارات البند التعاقدى عند الشك ضد مصلحة الطرف المنشئ له، أي الطرف الذي وضعه واقتراح إدماجه بالعقد، والثانية هي تفسير عبارات البند التعاقدى عند الشك ضد مصلحة الطرف المستفيد منه، أي الطرف المتمسك به، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ بأن هاتين القاعدتين تتشابهان من حيث أن غايتهما هي إزالة الغموض عن عبارات البند التعاقدى وذلك عند ظهور الشك، إلا أنهما تختلفان من حيث أن القاعدة الأولى تنطبق على جميع البنود التعاقدية بما في ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وتعرف بالملاذ الأخير (Rule of Last Resort) الذي يلجأ إليه القاضي لإزالة الغموض عن عبارات البند التعاقدى، عند وجود شك، وإبانة المعنى المقصود من النص، أما القاعدة الثانية فتقتصر، وعلى وجه الخصوص، على شرط الإعفاء من المسؤولية

(1) Paul Richards, op. cit , P.131.

(2) John Cartwright . contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer. Second edition . Hart publishing Ltd .2013 . P.212

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.245.

العقدية، ويعد التفسير بمقتضى هذا المبدأ نوعاً من أنواع التفسير الضيق الذي يسعى إلى إزالة الغموض عن عبارات البنود التعاقدية، ويرى جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأنه وعلى الرغم من أن هذا المبدأ يمكن أن يطبق من الناحية النظرية لتفسير جميع أنواع البنود الغامضة ، إلا أن مجال تطبيقه الفعلي، من الناحية العملية، ينحصر في شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽²⁾، وقد اتجهت المحاكم الإنكليزية في العديد من أحكامها إلى تبني التفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن طريق تفسيره ضد مصلحة الطرف المستفيد منه⁽³⁾، كما في قضية (Andrews Bros [Bournemouth] Ltd V. Singer and Co. 1934) والذي تتلخص وقائعها بإبرام المدعين عقداً مع المدعى عليهم، والذين هم شركة لتجارة السيارات، وذلك لشراء سيارات جديدة من نوع (Singer)، وتبين لاحقاً بعد التسليم بأن إحدى السيارات كانت مستعملة، فأقام المدعون الدعوى مطالبين بالتعويض، وحاول المدعى عليهم التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج بالعقد، والذي ينص على (استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بكل الشروط و البنود الضامنة المدمجة بالعقد عن طريق التشريع أو قانون الأحكام العام أو غير ذلك)⁽⁴⁾ . إلا أن محكمة الاستئناف قضت بعدم إمكانية تمسك المدعى عليهم بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لأن البند الذي ينص على تسليم "سيارات جديدة" هو بند صريح (Express Term)، في حين أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بالعقد لا يستبعد سوى المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبنود الضمنية (Implied Terms)، لذا فإن هذا الشرط لا يحمي المدعى عليهم. وصادق مجلس اللوردات على حكم محكمة الاستئناف، وأثنى على هذا الاتجاه الذي اتجهت إليه المحكمة ، وذكر القاضي اللورد (Greer) في حكم مجلس اللوردات بأن المدعى عليهم ارتكبوا خطأ قاتلاً عندما

(1) Ewan McKendrick, op. cit , P.228.

(2) Neil Andrews, op. cit , P.398. See Also: Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.156.

(3) Mary Charman, Contract Law, Fourth edition, Willan Publishing, 2007, P.121.

(4) (Excluding all Conditions, Warranties and Liabilities Implied by Statute, Common Law or Other Wise)

أغفلوا كلمة "صريح" (Express) من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فكان قضاء محكمة الاستئناف صحيحاً، عندما قضت بمسؤوليتهم عن التعويض، نتيجة إخلالهم ببند صريح لا يدخل ضمن نطاق ذلك الشرط، كما تبنت المحكمة الإنكليزية تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية تفسيراً ضيقاً ضد مصلحة الطرف المتمسك به في قضية (Baldry V. Marshall 1925)⁽¹⁾، والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد بيع سيارة بين المدعي وبين المدعى عليه، والذي هو تاجر سيارات، وكان المدعي يروم شراء سيارة صالحة لأغراض السياحة، فكتب الطرفان عقداً، وأدرجا فيه بنداً ينص على أن تكون (السيارة صالحة لأغراض السياحة) ، ونصح المدعى عليه المدعي بشراء سيارة من نوع (Bugatti). وكان العقد يتضمن شرطاً لإعفاء المدعى عليه من مسؤوليته العقدية ينص على (استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالضمانات أو البنود الضامنة، سواء أكانت مقررّة بمقتضى التشريع أم غير ذلك)⁽²⁾ ، وتبين للمدعي بعد استلام السيارة بأنها غير صالحة للغرض المنصوص عليه في العقد فأقام الدعوى مطالباً بفسخ العقد مع التعويض، فقضت محكمة الاستئناف في حكمها بأن بند صلاحية السيارة لأغراض السياحة هو شرط وعدي وليس بنداً ضامناً ، لأنه يحدد التزاماً من الالتزامات المتعلقة بجوهر العقد، والذي لا يمكن تحقيق الغرض الرئيسي منه، إلا عن طريق الوفاء بها، لذا فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يغطي هذا البند الجوهري ، ولا يمكن استبعاد المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال به، ونهضت مسؤولية المدعى عليه لعدم إمكانية التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

(1) جدير بالذكر فإن القضاء الإنكليزي كان قد تبني هذا الإتجاه في وقت سابق وأخذ بالتفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة الطرف المتمسك به، وذلك في قضية (Wallis, Son and Wells V. Pratt and Hayness 1911 AC 394) والتي كنا قد تطرقنا بالتفصيل إلى وقائعها سابقاً في هذا البحث، والمشابهة لوقائع هذه القضية.

(2) (Excluding liability for any guarantee or warranty, statutory or otherwise)

الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه تظهر أهم تطبيقات مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه في مبدئين فرعيين بارزين هما مبدأ تفسير البند الجوهري للعقد ومبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال، وسوف نقوم بدراسة هذين المبدئين للتعرف على آلية عملهما في تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية تفسيراً ضيقاً وكما يأتي:

المقصد الأول

مبدأ تفسير البند الجوهري للعقد

قامت المحاكم الإنكليزية بوضع وتطوير مبدأ خاص بالتفسير، عندما يكون الإخلال التعاقدية الذي صدر عن الطرف المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ذو طبيعة جوهرية، بحيث يؤدي إلى حرمان الطرف المتضرر من كل المنافع المترتبة على العقد، ويعرف بالإخلال الجوهري، والذي يرد عادة على نوع من أنواع البنود التعاقدية هو البند الجوهري الذي يتصل بجوهر العقد ويمتد إلى جذوره، ويمثل قلبه النابض، ويتم إدماجه بالعقد لتحقيق الغرض الرئيس منه⁽¹⁾، لذا يكون الإخلال به أمراً خطيراً ويعد إخلالاً جوهرياً، مما يحول دون إمكانية إستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال به عن طريق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية⁽²⁾. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ بأن أهمية هذا البند تعد معياراً لتحديد درجة خطورة الإخلال بالعقد، ونظراً لتبني المحاكم الإنكليزية موقفاً متشدداً حيال الطرف المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لاستبعاد مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بأحد البنود الجوهرية أو الخطيرة للعقد، فقد قامت باستتباط قاعدتين من هذا المبدأ، الأولى هي قاعدة قانونية موضوعية (Substantive Rule of Law) بمقتضاها لا يمكن للشرط استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببعض أنواع البنود

(1) Mindy-Chen Wishart, op. cit , P.396.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.251.

(3) Jill Poole, op. cit , P.283.

التعاقدية، ولاسيما الجوهرية منها، ويترتب على تطبيقها تجريد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من فاعليته⁽¹⁾، والثانية هي قاعدة تفسيرية (Rule of Construction) بمقتضاها تلتزم المحكمة بالتفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي يسعى لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال الخطير أو الجوهري بالعقد، فتحدد ما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يستبعد المسؤولية الناجمة عن الإخلال الجوهري يعد مسألة متعلقة بالتفسير ويخضع للسلطة التقديرية للمحكمة. وهذه القاعدة الثانية تعد تجسيدا واضحا لمبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه . ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأن الإختلاف بين هاتين القاعدتين يكمن في مسألة تقصي المحكمة لنية الطرفين المتعاقدين، فتطبيق القاعدة الموضوعية يعني تشدد المحكمة في موقفها تجاه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، بحيث يتم استبعاده، وبصرف النظر عن نية الطرفين المتعاقدين، وما إذا كانت قد اتجهت إلى استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند جوهري أم لا، ففي عقد المستهلك على سبيل المثال تقوم المحكمة بتطبيق مبدأ البند الجوهري (Doctrine of Fundamental term) كقاعدة قانونية موضوعية، لكي تحول دون قيام شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند جوهري، مهما كانت نية الطرفين المتعاقدين، أما تطبيق القاعدة التفسيرية فيعني أن المحكمة تلتزم بالتقصي عن نية الطرفين المتعاقدين، وما إذا كانت قد اتجهت إلى استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند جوهري أم لا، كما في العقود التجارية ، إذ تقوم المحكمة بتطبيق مبدأ الإخلال الجوهري كقاعدة تفسيرية، بمقتضاها تقوم المحكمة بالتقصي عن نية الطرفين، وما إذا كانت قد اتجهت إلى إدماع شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبند الجوهري، فإذا ما تبين لها وجود مثل هذه النية، فأنها تقوم بتجريد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من فاعليته وآثاره القانونية، فكلما كان الإخلال

(1) Ewan McKendrick, op. cit , P.234.

(2) Paul Richards, op. cit, P.134.

أكثر خطورة لتعلقه ببند يتصل بجوهر العقد. فإن على المحكمة أن تقوم بدراسة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن كذب، لتقرير ما إذا كانت نية الطرفين المتعاقدين قد اتجهت إلى استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند جوهرى⁽¹⁾. كما أن القاعدة التفسيرية تفترض، وكأصل عام، المساواة بين الطرفين في القوة التفاوضية، فيسمح لهم بتوزيع تبعة المخاطر فيما بينهم، وبالطريقة التي يختارونها، على أساس مبدأ الحرية التعاقدية، ما لم يترتب على ذلك التوزيع إخلالاً جوهرياً بالعقد، أي بأحد البنود المتصلة بجوهره . وجدير بالذكر فقد تبنت المحاكم الإنكليزية في بادئ الأمر تلك القاعدتين، إلا أنها تمسكت بالقاعدة التفسيرية، وتخلصت تدريجياً من القاعدة القانونية الموضوعية، فالقاعدة التفسيرية هي القاعدة السائدة في الوقت الحاضر⁽²⁾، وتعد تطبيقاً واضحاً لمبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه، والتي بمقتضاها توازن المحكمة بين مدى خطورة الإخلال والنتائج المترتبة عليه وبين ترتيب شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لأثره القانوني الأبرز المتمثل باستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبند التعاقدى، فكلما ازدادت تلك الخطورة، ازداد معها ميل المحكمة لتفسير أثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، بعده لا يغطي الإخلال بالبند الجوهري، ولا يستبعد المسؤولية الناجمة عنه، وقد طبقت المحاكم الإنكليزية القاعدة التفسيرية في العديد من القضايا ومن أبرزها قضية (Karsales (Harrow) Ltd. V. Wallis 1956) والتي تتلخص وقائعها برغبة المدعى عليه السيد (Wallis) بشراء سيارة مستعملة من السيد (Stanton)، إلا أنه كان بحاجة إلى الحصول على تسهيلات إئتمانية لغرض شراء تلك السيارة. فأبرم عقد بيع إيجاري (إيجار ساتر للبيع) (Hire-Purchase Contract) مع شركة التمويل (Karsales Ltd) والتي قامت بدورها بشراء السيارة. وقام السيد (Wallis) بتفحص السيارة قبل إبرام العقد ووجدها في حالة جيدة، إلا أنه تبين بعد التسليم بأنها غير صالحة للسير تماماً، بسبب تحطم محركها، كما تبين للمدعى عليه

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.251.

(2) Ewan McKendrick, op. cit , P.235.

(Wallis)، عند قيامه بتفحص السيارة ثانيةً بعد استلامها بأنها لم تكن بنفس الحالة التي جرى فيها تفحصها للمرة الأولى، فرفض قبول السيارة وأمتنع عن الوفاء بأقساط البيع الإيجاري لشركة التمويل^(١). إلا أن الشركة أقامت الدعوى ضده لإجباره على دفع الأقساط المستحقة بموجب العقد، فدفع المدعى عليه بحالة السيارة وكونها غير صالحة للسير تماماً، وتمسكت الشركة المدعية بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بالعقد والذي ينص على (عدم قيام المالك بتقديم أي شرط أو بند ضامن يضمن بأن تكون السيارة صالحة للسير على الطرق أو يضمن حالتها أو ملاءمتها لأي غرض من الأغراض المخصصة له، كما لم يتم إدماج مثل ذلك الشرط أو البند ضمناً في العقد)^(٢). وقضت محكمة الاستئناف بوجود اختلاف جوهري بين الشيء المعقود عليه أصلاً وبين الشيء الذي جرى تسليمه فعلاً والذي يمثل انحرافاً جوهرياً عن الغرض المقصود من العقد، لذا لا يكون بإمكان الشركة المدعية التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية والاستفادة منه، وقضت لمصلحة المدعى عليه السيد (Wallis)، كما تبنى مجلس اللوردات القاعدة التفسيرية في قضية أخرى، ولكنه قضى لمصلحة الشركة المدعى عليها المتمسكة بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هذه المرة^(٣)، وذلك في قضية (Photo Production Ltd V. Securicor Transport Ltd 1980) والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد تقديم خدمات أمنية (Contract for Provision of Security Services) بين شركة (Securicor) المدعى عليها، والتي هي شركة أمنية، وبين الشركة المدعية صاحبة المصنع، وبمقتضى ذلك العقد التزمت الشركة الأمنية بالقيام بزيارات دورية إلى مصنع المدعين، وإرسال دوريات ليلية للمحافظة على أمن المصنع، وفي إحدى الليالي قام أحد الحراس الأمنيين التابعين للشركة الأمنية، بإضرام النار داخل المصنع لغرض التدفئة، فخرجت تلك النار خارج حدود السيطرة وشب حريق هائل التهم

(1) Michael Furmston, op. cit , P.224.

(2) (No condition or warranty that the vehicle is roadworthy or as to its condition or fitness for any purpose is given by the owner or implied therein)

(3) Michael Furmston, op. cit, P.230.

المصنع، فأقامت الشركة المالكة للمصنع الدعوى على الشركة الأمنية مطالبة إياها بالتعويض عن الأضرار التي قدرت بمبلغ (٦٥٠.٠٠٠) ألف جنيه. وتضمن العقد المبرم بين الطرفين شرطاً يستبعد المسؤولية الناجمة عن إهمال منتسبي الشركة الأمنية^(١)، ونص على أن (الشركة الأمنية غير مسؤولة، مهما كانت الظروف، عن أي فعل ضار يصدر عن أحد العاملين أو إهماله في تنفيذ التزاماته ما لم يكن ذلك الفعل أو الإهمال متوقعاً، وبالإمكان تجنبه ببذل العناية أو اليقظة اللازمة من جانب الشركة الأمنية)^(٢). وقد تمسكت الشركة الأمنية بهذا الشرط، وجادلت الشركة المدعية المحكمة بعدم إمكانية تمسك الشركة الأمنية المدعى عليها بهذا الشرط، لأنه يخضع لمبدأ الإخلال الجوهرى (Doctrine of Fundamental Breach) الذي يحول دون قيام شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببند جوهرى، لأن الإخلال لا يتعلق بجوهر العقد ويمتد إلى جذوره، إلا أن مجلس اللوردات قضى في حكمه لمصلحة الشركة الأمنية المدعى عليها، وسمح لها بالتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وعدها غير مسؤولة، لأن الشرط يغطي الأضرار التي حصلت، ويستبعد المسؤولية الناتجة عنها، وجاء في حكم مجلس اللوردات بأن مسألة ما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يغطي إخلالاً جوهرياً ويستبعد المسؤولية الناجمة عنه هي مجرد مسألة تفسير (A Matter of Construction)، وبإمكان الشركة الأمنية التمتع بالحماية التي يضيفها عليها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والذي لا يمكن تفسيره إلا تفسيراً واحداً فحسب^(٣)، وهو إمكانية تطبيقه على الإخلال المرتكب، واستبعاده للمسؤولية الناجمة عنه، على الرغم من جسامته ذلك الإخلال، وخطورة النتائج والآثار المترتبة عليه، والمتمثلة بتدمير المصنع تدميراً كاملاً بسبب الحريق . وجدير بالذكر فقد ألغى

(1) Richard Stone and James Devenney, op. cit , P.246.

(2) (Under no circumstances be Securicor responsible for any injurious or default by any employee unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of securicor)

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit. P.251 and 256.

مجلس اللوردات القاعدة القانونية الموضوعية التي لا يمكن بمقتضاها لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبند الجوهري، وتخلص منها⁽¹⁾، في الحكم الصادر في هذه القضية وأكد على القاعدة التفسيرية، التي تلتزم المحكمة بمقتضاها بالتفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي يسعى لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال الجوهري بالعقد، على الرغم من أن الحكم الصادر في قضية (Suisse Atlantique Société d'Armement) (Maritime SA V. NV Rotterdamsche Kolen Centrale 1967) أشار إلى عدم جدوى وجود تلك القاعدة القانونية الوضعية⁽²⁾، وتتلخص وقائع هذه القضية بإبرام عقد إيجار سفينة (Charterparty) لغرض القيام بعدة رحلات بحرية، وتأخر مستأجرو السفينة في شحن وتفريغ حمولتها، مما عرقل عملية قيام السفينة بالعدد المقرر من الرحلات المنصوص عليها في العقد، فأقام مالكو السفينة الدعوى وطالبوا بالتعويض عن خسارة أجور الشحن الإضافية للرحلات المتبقية على أساس وجود إخلال متعمد من جانب مستأجري السفينة، وجادل مالكو السفينة المحكمة بأن التأخير كان خطيراً بحيث يعد إخلالاً جوهرياً بأحد بنود العقد المتعلق بوقت الشحن والتفريغ، وذكروا في حجتهم أيضاً بأن التعويض المقرر كجزاء لمسؤولية مستأجري السفينة الناجمة عن التأخير كان قد تحدد بمقتضى شرط التعويض عن التأخير (Demurrage Clause) المدمج بالعقد، وبمقدار ألف دولار يومياً وهذا الشرط هو في حقيقته شرط للتخفيف من المسؤولية العقدية مقرر لمصلحة مستأجري السفينة، ولا يمكنهم التمسك به بسبب إخلالهم الجوهري ببند من بنود العقد الجوهري، إلا أن مجلس اللوردات قضى في حكمه بأن التأخير من جانب مستأجري السفينة لا يعد إخلالاً جوهرياً، بل أن المسألة برمتها هي مجرد مسألة تفسير⁽³⁾، فالمتعاقدين توقعوا إمكانية حدوث التأخير وحددوا مقدماً التعويض في صورة شرط للتعويض عن التأخير يدفعه مستأجرو السفينة لمالكيها عن التأخير المتوقع حدوثه، وهو شرط يتميز

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P.234.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit, P.157.

(3) Michael Furmston, op. cit, P.229.

عن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تخفيفها، لأنه يحدد مقدماً مقدار التعويض، ويعد نوعاً من أنواع التعويضات المقدرة (Liquidated Damages)⁽¹⁾، كما نفى مجلس اللوردات تكليف شرط التعويض عن التأخير بأنه شرط للتخفيف من المسؤولية العقدية، فشرط التعويض عن التأخير يلتزم بمقتضاه مستأجر السفينة بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه شحن البضاعة أو تفريغها عن الموعد المحدد في عقد إيجار السفينة. لذا سمحت المحكمة لمالكي السفينة التمسك بشرط التعويض عن التأخير المقدر بألف دولار يومياً على أساس أن الغاية منه هي ليست تحديد مقدار التعويض، عن طريق تحديد المسؤولية أو التخفيف منها، ولكن تقدير التعويض مقدماً، وذلك توقعاً لحدوث إخلال ببند تعاقدي، حتى وإن كان الأثر المترتب على هذا الشرط هو تحديد نطاق مسؤولية مستأجر السفينة، فبمقتضى شرط التخفيف من المسؤولية العقدية، فإنه يحق لمالكي السفينة الحصول على تعويض عن الأضرار التي يمكن لهم إثباتها، وبما لا يتجاوز الحد الأقصى المقدم بمبلغ ألف دولار يومياً، أما بمقتضى شرط التعويض عن التأخير، فإنه لا يحق لهم سوى الحصول على مبلغ ألف دولار يومياً، حتى وإن لم يتعرضوا لأية أضرار، أو تعرضوا لأضرار أقل بكثير من هذا المبلغ، كما أنكر مجلس اللوردات في حكمه الصادر في هذه القضية وجود قاعدة قانونية موضوعية تمنع الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على استبعاد المسؤولية أو تحديدها، وعد المسألة مجرد مسألة تفسير لبند العقد للتحقق من وجود الإخلال الجوهرى، أي الإخلال ببند جوهرى من بنود العقد. فتقرير ما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يستبعد المسؤولية الناجمة عن الإخلال ببعض بنود العقد، لكونها تتعلق بجوهره وتمتد إلى جذوره هي مسألة تفسير⁽²⁾. وهو ما أكده القاضيان اللورد (Upjohn) واللورد (Wilberforce) في حكم مجلس اللوردات الصادر في هذه القضية. وكانت المحاكم الإنكليزية قد اتبعت التفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه للتعرف على

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.247

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , ibid , P.250.

الغرض أو الغاية الرئيسة للعقد (The Main Object and Intent of the Contract) وتحديد الإنحراف الجوهري عنها ، وقد ظهر ذلك واضحاً في قضية (Glynn V. Margetson & Co 1893) والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد نقل بحري (Contract of affreightment) لنقل محصول البرتقال من ميناء (Malaga) في إسبانيا إلى (Liverpool) وفي مثل هذا النوع من العقود فإن الطريق الذي تسلكه السفينة بحراً يعد مسألة جوهرية، بحيث أن أي انحراف عنه يمنع مالك السفينة من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بالعقد⁽¹⁾. إلا أن العقد المبرم في هذه القضية أعطى الناقلين المدعى عليهم سلطة تقديرية واسعة وحرية الاختيار للإنحراف عن الطريق المقرر للسفينة، وذلك بمقتضى بند تعاقدى سمح للسفينة أن تعرج إلى أي ميناء في أوروبا أو أفريقيا أو تقوم بزيارة قصيرة إليه، وهي عبارات تحمل معنى واسعاً⁽²⁾، وإذا تم تفسيرها تفسيراً حرفياً، فمعناها أنها تسمح للسفينة بالإنحراف باتجاه أي ميناء، حتى وإن كان بعيداً عن مسار الرحلة البحرية بين (Malaga) و (Liverpool). وقد أبحرت السفينة مسافة ثلاثمائة وخمسين ميلاً شرقاً من (Malaga) ثم انحرفت عن مسارها المقرر باتجاه (Liverpool) وعادت إلى (Malaga) لغرض نقل بضاعة أخرى، قبل أن تبحر نهائياً نحو (Liverpool). وعندما وصلت إلى (Liverpool) تبين تعرض محصول البرتقال إلى أضرار جسيمة. وحاول الناقلون المدعى عليهم التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أن المحكمة قضت بعدم إمكانية تمتع المدعى عليهم بالحماية التي يسبغها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، بسبب انحرافهم عن مسار الرحلة وعودتهم إلى النقطة التي انطلقوا منها، قبل إبحارهم نحو وجهتهم النهائية، ولأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يتحدد بالغرض أو الغاية الرئيسة من العقد⁽³⁾، وهي الإبحار من (Malaga) إلى (Liverpool)، على الرغم من أن العقد يسمح للناقلين بالإنحراف عن مجرى الرحلة أو مسارها، شريطة أن يكون

(1) Paul Richards, op. cit , P.134.

(2) Mary Charman, op. cit , P.121.

(3) Robert Duxbury, op. cit , P.45.

الإحراف أثناء الإبحار نحو (Liverpool)، لذا فإن الإحراف شرقاً والعودة إلى (Malaga) يعد مسألة بعيدة عن الغرض أو الغاية الرئيسة من العقد، وهي نقل بضاعة سريعة التلف، وذلك عن طريق مسار بحري معين تسلكه السفينة، ويعد أيضاً مسألة جوهرية في العقد، وعلى هذا الأساس فقد تجاهل مجلس اللوردات المعنى الواسع للشرط وفسره تفسيراً ضيقاً مؤداه أن السفينة لا يمكنها التوقف إلا في الموانئ الواقعة في طريقها من (Malaga) إلى (Liverpool)، وليس الإحراف والتوجه إلى ميناء معين لنقل مزيد من البضاعة. وقد نهضت مسؤولية الناقلين ولم يفلحوا في التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذكر القاضي للورد (Herschell) بأنه ينبغي البحث عن الغرض أو الغاية الرئيسة من العقد، عند استعمال عبارات ذات معنى واسع في صيغ مطبوعة أو معدة سلفاً مثل البنود النموذجية أو الموحدة. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأنه ينبغي بذل المزيد من العناية والحرص عند صياغة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي يسعى لاستبعاد مسؤولية أحد الأطراف، والناجمة عن الآثار المترتبة على الإخلال الجوهري أو الخطير، لذا ينبغي على ذلك الطرف المتعاقد استعمال عبارات صريحة وواضحة فيما لو أراد استبعاد مسؤوليته الناجمة عن ١- الإخلال ببند جوهري من بنود العقد، والذي يعد سمة جوهرية من سمات ذلك العقد ويمتد إلى جذوره. ٢- الامتناع المتعمد عن أداء الالتزامات التعاقدية. ٣- الإخلال الذي تترتب عليه آثار أو نتائج خطيرة تلحق بالطرف الآخر. ففي كل هذه الحالات فقد فرض مجلس اللوردات على المحاكم اتباع التفسير الضيق (Strained Construction) لعبارات شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والذي لا يمكن تفسيره إلا تفسيراً واحداً فحسب.

المقصد الثاني

مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال

يعد مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال تطبيقاً بارزاً من تطبيقات مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه

(1) Ewan McKendrick, op. cit , P.235.

(The Contra Proferentem Principle)، فإذا أراد أحد الأطراف المتعاقدة استبعاد مسؤوليته الناجمة عن الإهمال عن طريق بند يدرج في العقد، فإنه يشترط لتفسير ذلك البند تفسيراً ضيقاً ضد مصلحة ذلك الطرف المتمسك به، أن يقوم بالنص على هذا النوع من المسؤولية في العقد بعبارات أو بكلمات واضحة⁽¹⁾، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأن السبب وراء ذلك هو أن من أهم سمات مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه هي تحديد الأثر القانوني المترتب على شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية باستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية فحسب، وكأصل عام، إلا أن حقوق المدعي قد لا تقتصر على الحقوق التعاقدية الناشئة عن العقد فحسب⁽³⁾، بل يمكن أن تتعدى ذلك ليكون مصدرها الخطأ المدني (Tort)، والمتمثل عادة بخطأ الإهمال. وهنا يظهر التعارض بين مصلحة المدعي ومصلحة المدعى عليه. فالمدعي المتضرر غالباً ما يرغب في الحصول على معالجات إضافية لجبر الأضرار التي لحقت به، إذا ما رتب شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية أثره في حماية المدعى عليه من مسؤوليته الناجمة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية. لذا ينبغي على المدعي عليه أن يحتاط لذلك، وأن يتخذ ما يلزم من الحيلة والحرص لصياغة شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية بأوسع ما يمكن من العبارات التي تحمل في ثناياها معان ومضامين واسعة. بحيث يغطي الشرط الخطأ المدني (Tort) أيضاً ويمكن المدعى عليه المتمسك به من استبعاد مسؤوليته الناجمة عن هذا الخطأ. ولأن آلية عمل مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه تكمن التفسير الضيق لشرط الإغفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه، فإنه ينبغي على الطرف المتعاقد المتمسك بشرط الإغفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال الإشارة صراحة إلى كلمة (الإهمال) (Negligence) عند صياغة شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية، وذلك عن طريق التعبير الصريح عن هذا المصطلح. لأن متطلب أو شرط المعقولية (Requirement of Reasonableness)

(1) Robert Duxbury, op. cit , P. 44.

(2) Paul Richards, op. cit, P.135.

(3) Jill Poole, op. cit, P.275.

الذي تقوم المحاكم بتطبيقه على البنود التعاقدية، ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يفترض عدم وجود احتمال فطري أو غريزي باتجاه نية أحد الطرفين المتعاقدين إلى الموافقة على إعفاء الطرف الآخر من مسؤوليته الناجمة عن الإهمال والآثار المترتبة عليها، ويتحقق هذا الشرط بالتعبير الصريح عن الإهمال، أي بذكر كلمة (إهمال) ضمن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أو أحد مرادفاتها الأخرى. وفي حالة خلو شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من التعبير الصريح عن الإهمال، فإن آلية مبدأ تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه يمكن أن تعمل عن طريق إدراج عبارات ذات معنى واسع يمكن أن يغطي الإهمال أيضاً ويستبعد المسؤولية الناجمة عنه⁽¹⁾. كعبارة (أن الشرط يعفي أحد الأطراف المتعاقدة من كل أنواع المسؤولية ومهما كانت)⁽²⁾. إلا أن المشكلة يمكن أن تثار عندما يتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالغموض. فمسؤولية المدعى عليه يمكن أن تنهض عقدياً وتقتصيراً (عن الخطأ المدني) في آن واحد. إلا أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يفسر بديهياً على أساس أنه يستبعد المسؤولية العقدية فحسب. ففي مثل هذه الحالة فإنه ينبغي استعمال عبارات خاصه لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني (Liability in Tort). فإذا لم يحسن المدعى عليه استعمال مثل تلك العبارات الخاصة فإن مسؤوليته عن الخطأ المدني، ولاسيما الإهمال، سوف تنهض لا محالة، كما في قضية (White V. John Warwick & Co Ltd 1953) والتي تتلخص وقائعها باستئجار المدعى لدراجة من المدعى عليه، وعند استعماله لتلك الدراجة انزلق مقعدها فأصيب بأضرار. وقد تبين للمحكمة وجود شرط في عقد الإيجار ينص على أنه (ليس ثمة بند في هذا الاتفاق يقضي بمسؤولية مالك الدراجة عن أية أضرار شخصية)⁽³⁾. وجاء في حكم المحكمة بأن هذا الشرط يكفي لاستبعاد مسؤولية المدعى عليه الناجمة عن إخلاله بالعقد، وذلك بسبب تأجير دراجة معيبة،

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.259.

(2) (The clause exempts a party from all liability what so ever)

(3) (Nothing in this agreement shall render the owner liable for any personal injury)

إلا أنه لا يكفي لاستبعاد مسؤوليته الناجمة عن الإهمال. وقضت المحكمة للمدعي بالتعويض على أساس المسؤولية عن الخطأ المدني المتمثل بالإهمال. كما تظهر أهميه التعبير الصريح عن الإهمال ضمن إطار شرط الإعفاء من المسؤولية في تجنب الغموض أو اللبس⁽¹⁾. حتى وإن كانت مسؤولية المدعى عليه لا تنهض إلا على أساس الإهمال بعده خطأ مدنياً وليس على أساس العقد. وهو ما أكدت عليه محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في قضيته (*Hollier V. Rambler Motors*)
1972 ((AMC) Ltd)) والتي تتلخص وقائعها باتفاق المدعي مع المدعى عليهم لإيواء سيارته في مرآب المدعى عليهم لغرض تصليحها في الورشة التابعه لذلك المرآب. إلا أن السيارة تعرضت للتلف الكامل، بسبب الحريق الذي نشب في ذلك المرآب نتيجة إهمال المدعى عليهم⁽²⁾، وكان العقد المبرم بين الطرفين يتضمن بنداً ينص على أن (الشركة غير مسؤولة عن الأضرار التي تتعرض لها سيارات الزبائن بسبب الحريق الذي قد يندلع في مرآب إيواء السيارات) واستتبقت محكمة الاستئناف قرينة مؤداها عدم إمكانية نهوض مسؤولية المدعى عليهم الناجمة عن الحريق، إلا إذا كانت ناشئة من إهمالهم، على الرغم من إمكانية تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كتحذير للمدعي من أن المدعى عليهم غير مسؤولين عن الأضرار الناجمة عن الحريق، إذا لم يكن نتيجة إهمالهم. لذا لم تسمح محكمة الاستئناف للمدعى عليهم التمسك بالشرط، بسبب الغموض الكبير الذي اكتنفه، وجدير بالذكر فقد قامت المحاكم الإنكليزية بتطوير ثلاث قواعد تفسيرية ينبغي مراعاتها عند تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال، وذلك لمعرفة ما إذا كان يمكن لمثل هذا الشرط أن يرتب أثره القانوني أم لا⁽³⁾. و يرجع أصل هذه القواعد إلى الفكرة التي طرحها القاضي اللورد (Morton of Henryton) في ضوء قضية (Canada Steamship Lines Ltd V. The King 1952) وتبنتها اللجنة القضائية في المجلس الخاص (privy council) في حكمها الصادر في هذه

(1) Michael Furmston, op. cit, P.212.

(2) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit , P.65.

(3) Michael Furmston, op. cit , P.213.

القضية والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد إيجار طويل الأمد بمقتضاه استأجرت شركة (Canada Steamship Lines Ltd) (Montreal) حظيرة شحن على رصيف ميناء (Montreal) لتخزين البضائع المعدة للشحن، وبسبب إهمال مستخدمي الشركة المؤجرة، نشب حريق هائل إلتهم الحظيرة ومحتوياتها العائدة للشركة المستأجرة. والتي أقامت الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار على أساس المسؤولية الناجمة عن الإهمال، وجادلت الشركة المؤجرة المدعى عليها المحكمة بأن الشركة المستأجرة المدعية لا يمكنها أصلاً إقامة الدعوى للحصول على التعويض، لأن عقد الإيجار المبرم بين الطرفين يتضمن ثلاثة بنود هي السابع والثامن والسابع عشر، وتتص على ما يأتي: (٧- لا يتمتع المستأجر بحق إقامة أية دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالبضائع الموجودة في حظيرة الشحن، ٨- يلتزم المؤجر بصيانة حظيرة الشحن على نفقته وحسابه الخاص، ١٧- ينبغي على المستأجر أن يعرض المؤجر دائماً عن كل دعوى تقام ضده من أي شخص، ومهما كانت الوسيلة التي تستند عليها وسواء أكانت قد حدثت بسبب هذه الوثيقة أو نسبت إلى ذلك التنفيذ أو أي إجراء يتم اتخاذه أو شيء يجري فعله) ^(١). إلا أن قاضي الموضوع في المحكمة المالية الكندية (Exchequer Court of Canada) قرر في حكمه بأن مستخدمي الشركة المؤجرة المدعى عليها ارتكبوا إهمالاً، لذا فإنه ليس بوسع تلك الشركة التمسك بالبند السابع الوارد في العقد، لأن الإهمال بلغ منزلة الخطأ الجسيم (Faute Lourde) (والذي يعادل الإهمال الجسيم (Gross Negligence) في قانون الأحكام العام). فاستأنفت الشركة المؤجرة حكم المحكمة المالية لدى المحكمة العليا الكندية، والتي قضت بأن سلوك مستخدمي الشركة المؤجرة لا يعد إهمالاً، واستخلصت نية الطرفين من الوثيقة التعاقدية المبرمة بين الشركة المؤجرة

(1) (7- The lessee shall not have any claim for damage to goods being in the said shed. 8- The lessor would maintain the said shed at its own cost and expense. 17- The lessee shall at all times indemnify the lessor from and against all claims by whomsoever made, in any mannar based upon occasioned by or attributable to the execution of these presents, or any action taken or things done)

والمستأجرة⁽¹⁾، والتي اتجهت إلى عد البنود الثلاثة السالفة الذكر كوسيلة لاستبعاد مسؤولية المؤجر على أساس الإهمال⁽²⁾، فاستأنفت شركة (Canada Steamship Lines Ltd) حكم المحكمة العليا الكندية لدى المجلس الخاص (Privy Council) وهنا ذكر اللورد (Morton) بأن البند السابع لا يستبعد المسؤولية الناجمة عن الإهمال ، لأن استبعاد مثل هذا النوع من المسؤولية يجب أن يكون ببند واضحة بما فيه الكفاية، كما أن البند السابع عشر كان غامضاً، ويجب تفسيره ضد مصلحة الشركة المؤجرة، لذا فإن هذين الشرطين لا يمكنهما تغطية الإهمال واستبعاد المسؤولية الناجمة عنه، وفي ضوء ذلك اقترح اللورد (Morton) القواعد التفسيرية الآتية للتأكد مما إذا كان يمكن لشرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال أن يرتب أثره أم لا⁽³⁾: ١- إذا كان الشرط المقرر لمصلحة الطرف المتمسك به (Proferens) يستبعد صراحة المسؤولية الناجمة عن إهمال تابعيه أو مستخدميه بعبارة صريحة تنص حرفياً على مصطلح (الإهمال)، أو أي مصطلح آخر مرادف له، فإن مثل هذا الشرط يرتب أثره القانوني المتمثل باستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإهمال. ٢- إذا لم يستبعد الشرط صراحة هذا النوع من المسؤولية، فإنه ينبغي التحقق من مسألة ما إذا كانت عبارات العقد تحمل معنى واسعاً يكفي لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن إهمال تابعي الطرف الذي تقرر الشرط لمصلحته، وفي حالة الشك فإنه يفسر ضد هذا الطرف. ٣- إذا تأكدت المحكمة من أن عبارات العقد تنطوي على معنى واسع، فإنه ينبغي التحقق من مسألة ما إذا كان الشرط يغطي أو يستبعد المسؤولية الناجمة عن أسباب أخرى غير الإهمال، فإذا تم التحقق من ذلك، فإن الشرط يمكنه أن يغطي تلك الأسباب أو المصادر البديلة للمسؤولية، وبخلاف ذلك فإنه لا يفترض أن يتمكن الطرف الذي تقرر الشرط لمصلحته من حماية نفسه من تلك الأنواع من المسؤولية.

(1) Michael Furmston, *ibid*, P.229.

(2) Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, *op. cit* , P.81.

(3) Ewan McKendrick, *op. cit*, P230. See also: Robert Duxbury, *op. cit* , P.45.

المطلب الثالث

القيود الأخرى التي فرضها قانون الأحكام العام على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية فرض قانون الأحكام العام قيوداً أخرى على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أنها أقل أهمية من القيدين الرئيسيين السالفي الذكر. ومن أبرز هذه القيود، قيد التصوير غير الحقيقي لمضمون أو محتوى الشرط وقيد التعهد الشفهي المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وقيد حرمان الأغيار من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والقيد المتمثل بالعقد التبعية أو الثانوي، وسوف نقوم بدراسة هذه القيود وكما يأتي:

الفرع الأول

قيد التصوير غير الحقيقي لمضمون أو محتوى الشرط

يترتب على التصوير غير الحقيقي لمضمون الشرط (Misrepresentation as to the Content of the Clause) بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وعدم قدرته على توفير الحماية للطرف المتمسك به، إذا صدر عنه أو عن وكيله أو أحد تابعيه تدليس أو تصوير غير حقيقي لمضمون أو محتوى الشرط⁽¹⁾، وقد تبنت المحكمة هذا الاتجاه في قضية (Curtis V. Chemical Cleaning & Dyeing Co Ltd 1951) والتي تتلخص وقائعها باستلام المدعى عليه، وهو صاحب شركة لتنظيف وتجفيف الملابس، ثوباً من المدعية لتنظيفه، وقد طلب منها التوقيع على وثيقة بعنوان "إيصال" ، وأبلغها بأهمية التوقيع⁽²⁾، لأنه لن يتحمل المسؤولية الناجمة عن مخاطر معينة، بما في ذلك تلف بعض أجزاء الثوب، كالأقراص اللامعة، فوقعت المدعية على الإيصال الذي تضمن شرطاً للإعفاء من المسؤولية العقدية ينص على أنه (تم قبول هذه المادة بشرط عدم مسؤولية الشركة عن أية أضرار يمكن أن تحدث، ومهما كان نوعها)⁽³⁾ . وقد حدث أن تلطخ الثوب أثناء وجوده لدى المدعى عليه ببقع كبيرة، ولما كان هذا الثوب هو ثوب زفاف المدعية، فقد أقامت الدعوى

(1) Paul Richards, op. cit, P.138.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit , P.158.

(3) (This article is accepted on condition that the company is not liable for any damage howsoever arising)

على المدعى عليه للمطالبة بالتعويض، فتمسك الأخير بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فقضت المحكمة في حكمها بالتعويض للمدعية عن الأضرار التي أصابت ثوبها، ولم يتمكن المدعى عليه من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والذي عدته المحكمة غير مدمج بالعقد، لأن المدعى عليه حث المدعية على التوقيع على الوثيقة التعاقدية عن طريق التصوير غير الحقيقي لمضمون أو محتوى الشرط وكذلك نطاقه⁽¹⁾، وقد صادق مجلس اللوردات على هذا الحكم، وذكر القاضي اللورد (Denning) بأنه إذا وقع الطرف المتضرر على وثيقة أو محرر مكتوب مع علمه بأنه عقد ينظم علاقات الطرفين، فإن توقيعه يعد قرينة قاطعة على موافقته على العقد برمته، بما في ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ما لم يتبين أن التوقيع تم استحصاله بطريق التدليس.

الفرع الثاني

قيد التعهد الشفهي المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

يمكن إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج في وثيقة تعاقدية مكتوبة عن طريق تعهد شفهي مبطل لهذا الشرط (Overriding Oral Undertaking)، شريطة أن يكون تعهداً صريحاً متعارضاً مع شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (Express Inconsistent Undertaking) المتفق عليه صراحة ضمن بنود العقد⁽²⁾. فالمشتري في بيوع المزداد مثلاً، يمكنه الحصول على التعويض نتيجة إخلال البائع بتعهده الشفهي الذي قدمه وقت البيع، على الرغم من أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المطبوع والمدمج في عقد البيع يستبعد مسؤولية البائع عن عيوب المبيع، والمبدأ المتبع لدى المحاكم الإنكليزية هو ضرورة صدور التعهد الشفهي المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من الطرف المتمسك بهذا الشرط، وذلك قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده⁽³⁾. وقد تمثل بالنهج الذي تبنته في

(1) Michael Furmston, op. cit, P.212.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.262. See also: Robert Duxbury, op. cit, P.47.

(3) Paul Richards, op. cit, P.138.

قضية (Evans & Son (Portsmouth) Ltd V. Andrea Merzario Ltd) (1976) والتي تتلخص وقائعها بقيام الناقلين المدعى عليهم بتقديم تعهد شفهي إلى المدعي بوضع بضائعه أثناء النقل بحراً في المكان المعد للشحن تحت سطح السفينة، إلا أنهم وضعوها، في واقع الأمر، فوق سطح السفينة، فتعرضت للتلف نتيجة هبوب عاصفة رعدية، وكانت شروط النقل الموحدة أو النموذجية المطبوعة تسمح للمدعي عليهم بوضع البضاعة أثناء النقل بحراً فوق سطح السفينة، إذا ما رغبوا في ذلك، فقضت المحكمة في حكمها بأن التعهد الشفهي الذي قدمه الناقلون المدعى عليهم وقت التعاقد ألغى ما ورد في شروط النقل المطبوعة. لذا لم يتمكن الناقلون من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لأن التعهد الشفهي الصادر عن المدعى عليهم بوضع البضاعة تحت سطح السفينة هو تعهد مبطل للبند الذي يسمح لهم بوضع البضاعة فوق سطح السفينة أثناء النقل، ويستبعد مسؤوليتهم الناجمة عن تلفها.

الفرع الثالث

قيد حرمان الأفيار من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

استناداً على مبدأ خصوصية العقد (The Doctrine of Privity of Contract) فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يرتب أثره إلا بين الأطراف المتعاقدة ، ولا يمكن للغير الأجنبي عن العقد التمسك به⁽¹⁾. ففي قضية (Adler V. Dickson 1954) كانت تذكرة السفر بالسفينة تتضمن بنداً ينص على أنه (يجري نقل الركاب على مسؤوليتهم ويتحملون تبعة المخاطر التي يتعرضون إليها. ولا تكون الشركة مسؤولة عن ذلك، فضلاً عن إعفائها من المسؤولية الناجمة عن أية إصابة يتعرض لها أي راكب سواء أحدثت تلك الإصابة على البر أم على سطح السفينة أو في أي مكان آخر، وسواء أكانت تلك الإصابة قد نشأت عن أو حدثت بسبب إهمال مستخدمي الشركة في تنفيذهم لواجباتهم أم بسبب إهمال أشخاص آخرين وعلى نحو مباشر أم غير مباشر، عند قيامهم بالعمل لمصلحة الشركة أو

(1) Robert Duxbury, op. cit, P.46.

لخدمتها وفي ظل كل الظروف ومهما كانت⁽¹⁾ . وقد اصببت المدعية عند تجوالها على متن السفينة فأقامت الدعوى على أساس المسؤولية الناجمة عن الإهمال، وذلك ضد قبطان السفينة ومساعده ، وليس على شركة الملاحة، فقضت محكمة الاستئناف بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية السالف الذكر لا يوفر الحماية إلا للشركة المعنية، وليس لأي شخص آخر ، ونجحت المدعية في دعواها ضد هذين الشخصين وحصلت على التعويض.

الفرع الرابع

قيد العقد التبعية أو الثانوي

إذا أبرم عقد تبعية أو ثانوي (Collateral Contract) قبل إبرام العقد الأصلي، فإنه (أي العقد التبعية) قد يتضمن بنداً يمنع الطرف المستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من التمسك بهذا الشرط، حتى وإن كان مدمجاً بالعقد الأصلي⁽²⁾. وقد تبنت السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية مبدأ إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بالعقد الأصلي عن طريق عقد تبعية أو ثانوي يبرم قبله، ويمنع سريان أثر ذلك الشرط⁽³⁾، ومن أهم تلك السوابق السابقة القضائية التي تمخضت عن الحكم الصادر في قضية (Webster V. Higgin 1948) والتي تتلخص وقائعها برغبة المدعى عليه في شراء سيارة من مرآب السيارات الذي يملكه المدعي، وبمقتضى عقد بيع إيجاري (Hire-Purchase Contract) ، وأثناء مجرى المفاوضات عرض وكيل المدعي على المدعى عليه شراء سيارة من نوع (Hillman) ونصحها بشرائها، لأن بيعها ينطوي على ضمان (Guarantee)

(1) (Passengers are carried at passengers' entire risk. The company will not be responsible for and shall be exempt from all Liability in respect of any injury of any passenger, Whether such injury shall occur on land, on shipboard or else where and whether the same shall arise from or be occasioned by the negligence of the company's servants in the discharge of their duties, or whether by the negligence of other persons directly or indirectly, in the employment or service of the company under any circumstance whatsoever)

(2) Paul Richards, op. cit , P.138.

(3) Robert Duxbury, op. cit, P.48.

لجودتها وصلاحياتها للسير على الطرق. فقرر المدعى عليه بناءً على هذه النصيحة إبرام عقد البيع الإيجاري لشراء تلك السيارة، وتضمن العقد شرطاً للإعفاء من المسؤولية العقدية ينص على أنه (لا يلتزم مالك السيارة بتقديم أية ضمانات أو بند ضامن أو شرط أو وصف أو تصوير بخصوص حالة أو نوعية السيارة، سواء أكان ذلك عن طريق إدماجها في العقد صراحة أم ضمناً)⁽¹⁾ ، وعندما استلم المدعى عليه السيارة تبين بأنها مستعملة وغير صالحة للسير تماماً، إلى حد قيام القاضي للورد (Greene) بوصفها بأنها "لا تعدو أن تكون مجرد كتلة خردة محطمة . فرفض على الفور قبول تلك السيارة وامتنع عن دفع أقساط البيع الإيجاري . فأقام المدعي مالك المرآب الدعوى مطالباً باسترداد السيارة والأقساط المستحقة، ولاحظت محكمة الدرجة الأولى بأن المدعى عليه لم يدفع بوجود إخلال جوهري في العقد ، بل دفع بإبرام عقدين، إذ سبق إبرام العقد الأصلي، أي عقد البيع الإيجاري، إبرام عقد تبعي أو ثانوي بمقتضاه ضمن المدعي للمدعى عليه جودة السيارة وحالتها في مقابل موافقة الأخير على إبرام عقد البيع الإيجاري والتوقيع عليه⁽²⁾. وطرحت المحكمة افتراضاً مؤداه أنه لو لم يمنع العقد التبعي أو الثانوي شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بعقد البيع الإيجاري من ترتيب أثره القانوني، فإنه كان سيكون من المستحيل على المدعى عليه الدفع بعدم جودة السيارة وصلاحياتها للسير، بسبب سريان أثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حقه، وقضت في حكمها بإبطال هذا الشرط على أساس الأثر المبطل الذي فرضه العقد التبعي، وصادقت محكمة الاستئناف على هذا الحكم، وأصدرت حكمها لمصلحة المدعى عليه، واستندت على الأثر المبطل الذي فرضه العقد التبعي على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. وجاء في حكمها بأن المدعي المستأنف أدخل بالعقد التبعي، مما أعطى الحق للمدعى عليه المستأنف ضده في عد عقد البيع الإيجاري مفسوخاً، فضلاً عن الحق في استرداد الأقساط المدفوعة سابقاً.

(1) (No warranty, condition, description or representation as to the state or quality of the vehicle is given or implied)

(2) Michael Furmston, op. cit , P.83.

المبحث الثالث

القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي

فرض البرلمان الإنكليزي العديد من القيود التشريعية للحد من فاعلية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وغيره من البنود غير المنصفة⁽¹⁾، وذلك عن طريق جملة من التشريعات التي سنها، فعلى سبيل المثال أبطلت المادة -٢٩- من تشريع عجلات نقل الركاب العامة الإنكليزي لعام ١٩٨١ (Public Passenger Vehicles Act 1981)، والتي حلت محل المادة -١٥١- من تشريع المرور على الطرق لعام ١٩٦٠ (The Road Traffic Act 1960) شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن موت أحد الركاب أو إصابته بإصابة جسدية أثناء نقله أو ترجله من العجلة، كما أبطل تشريع المرور على الطرق الإنكليزي لعام ١٩٨١ (The Road Traffic Act 1981) أي اتفاق أو تعهد لاحق (Antecedent Agreement or Undertaking) يستبعد مسؤولية سائقي السيارات تجاه الركاب، إلا أن البرلمان الإنكليزي أدرج القيود التشريعية الأكثر أهمية، والتي تحد من فاعلية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تبطله، ضمن نطاق تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧⁽²⁾. وفرض هذا التشريع القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بطريقتين: الأولى إبطاله إبطالاً مباشراً وسلب فاعليته، والثانية إخضاعه لمتطلبات معيار المعقولة. وعلى الرغم من أن لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩ فرضت هي الأخرى قيوداً على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أننا سوف نركز في دراستنا على القيود التشريعية المفروضة على هذا الشرط بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧، لأن هذا التشريع أوسع نطاقاً من اللوائح في ثلاثة جوانب: الأول: هو أن اللوائح لا تنطبق إلا على البنود التعاقدية فحسب، في حين يتسع نطاق تطبيق التشريع ليسري على الإخطارات التي ترمي إلى استبعاد المسؤولية، ولا تشكل جزءاً من العقد. والثاني:

(1) Paul Richards, op. cit , P.139.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.266. See also: Richard Stone and James Devenney, op. cit, P.231.

أن اللوائح لا تنطبق إلا على البنود التي لا يتم التفاوض عليها بصورة منفردة⁽¹⁾، أما التشريع فلا ينطوي إلا على نص واحد يتعلق بالبنود الموحدة أو النموذجية المكتوبة ذات الطابع المهني (Written Standard Terms of Business)، أما نصوص التشريع الأخرى فتتطبق على العقود التي يتم التفاوض عليها بصورة منفردة (Individually Negotiated Contracts). والثالث: أن اللوائح لا تنطبق إلا إذا كان أحد الطرفين مهنيًا أو يعمل لأغراض تتعلق بتجارة أو حرفة معينة، أما الطرف الآخر فيكون مستهلكًا. في حين تسري بعض نصوص التشريع عندما يتصرف كلا الطرفين في مجرى العمل التجاري أو المهني، أو يتصرف كلاهما خارج هذا المجرى. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأن البرلمان إضطلع بدور كبير في تنظيم القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك عن طريق تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧، ثم صدر أخيراً تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ (Consumer Rights Act 2015) والذي ألغى لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩ وحل محلها⁽³⁾، إلا أنه لم يحل محل تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ولم يتم إلغاؤه، ولكنه استبدل بعض النصوص المتعلقة بعقد المستهلك المبرم مع طرف مهني، وأجرى بعض التعديلات على القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها، لذا سوف نبحث في القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

(1) يشترط لتكييف البند التعاقدى بأنه من البنود التي لا يتم التفاوض عليها بصورة منفردة توافر شرطين: الأول: إذا تمت صياغته مقدماً. والثاني: أن لا يكون بمقدور المستهلك التدخل للتأثير على مضمون أو جوهر البند. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي بأنه لا يقصد بعبارة (صياغة البند التعاقدى مقدماً) (Term Drafted in Advance) أن تتم صياغته مقدماً "قبل إنعقاد العقد"، فمثل هذا التكييف لا يعد مقنعاً، لأن كل البنود التعاقدية عادة ما تجري صياغتها قبل إنعقاد العقد. ولكن يقصد بها صياغة البند التعاقدى مقدماً "قبل المفاوضات التي تؤدي إلى إنعقاد العقد"، ففي هذا الوقت الأخير بالذات لا يكون بمقدور المستهلك ممارسة التأثير على مضمون أو جوهر البند. لمزيد من التفصيل ينظر: Edwin Peel and G. H. . P.294 .
Treitel , op. cit

(2) Ewan McKendrick, op. cit , P.236.

(3) Lorraine Conway, Consumer Rights Act 2015, Briefing Paper, House of Commons Library, 2015, P.12.

بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ، ثم بمقتضى تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥:

المطلب الأول

القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بمقتضى تشريع بنود

العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧

يعد تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ من أهم التشريعات الإنكليزية التي فرضت قيوداً على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها. إذ فرض هذا التشريع عدداً كبيراً من القيود^(١)، والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين:

أولاً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية (الجسدية): نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ على أنه (لا يمكن لأي شخص استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية عن طريق أي بند تعاقدي أو إخطار يمنح للكافة أو لأشخاص معينين)^(٢)، إذ تبطل هذه الفقرة أي بند تعاقدي أو إخطار يستبعد أو يخفف من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية^(٣)، سواء أكان العقد مبرماً بين شخصين مهنيين، وفي مجرى المهنة التي يمارسونها، أم بين طرف مهني وبين المستهلك^(٤).

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.159. See also: John Cartwright, ibid, P.216.

(2) Section 2.(1): (A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence).

(3) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit, P.314.

(4) وجدير بالذكر فقد قضت الفقرة السابعة من المادة -٤٣- من تشريع النقل الإنكليزي لعام ١٩٦٢ (Transport Act 1962) بإبطال أي شرط مدرج في عقد نقل الركاب عن طريق السكك الحديدية. كما قضت المادة -٢٩- من تشريع عجلات نقل الركاب العامة لعام ١٩٨١ (Public Passenger Vehicles Act 1981) بإبطال أي شرط مدرج في عقد نقل الركاب عن طريق العجلات والحافلات المخصصة للخدمة العامة، إذا كانت تلك الشروط تستبعد تماماً أو تخفف من مسؤولية الناقل الناجمة عن موت أحد الركاب أو تعرضه لإصابة شخصية. وعلى الرغم من أن نصوص هذين التشريعين لا تنص صراحة على الإهمال، إلا أن نطاق تطبيقهما يقتصر على المسؤولية الناجمة من الإهمال (Negligence Liability)، لأن مسؤولية

ثانياً: ضمانات سلع المستهلك المبטلة لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

نصت المادة الخامسة من التشريع على ضمانات سلع المستهلك (Guarantees of Consumer Goods) وهي السلع التي يجري عادة توريدها لأغراض الاستهلاك أو للاستعمالات الخاصة، وقد فرضت الفقرة الأولى من هذه المادة قيداً يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن أية خسارة (Loss) أو ضرر (Damage) إذا كان: أ- قد نشأ عن البضائع أو السلع المعيبة المعدة لاستعمال المستهلك، ونتج: ب- عن إهمال منتج أو موزع تلك البضائع أو السلع⁽¹⁾. فالمسؤولية الناجمة عن أية خسارة أو ضرر من هذا النوع لا يمكن استبعادها عن طريق أي بند تعاقدي أو إخطار مدرج في ضمانات سلع المستهلك، أو يرتب أثره عن طريق الرجوع إليها⁽²⁾. وعرفت الفقرة الفرعية ب- من الفقرة الثانية من هذه المادة الضمانة (Guarantee) بأنها (أي شيء مكتوب يتضمن أو يدل على وجود وعد أو ضمان بمعالجة تلك العيوب عن طريق الاستبدال الكلي أو الجزئي أو إصلاحها أو التعويض النقدي أو بأية طريقة أخرى)⁽³⁾. وتحول هذه الضمانة دون قدرة الطرف المهني الذي يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة على استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الخسارة أو الضرر الناشئ عن عيوب السلع أو البضائع المعدة لاستعمال المستهلك، إذا كان العيب قد نتج عن إهمال المنتج أو الموزع. وتعرف هذه الضمانة أيضاً بـ"بضمانة المنتج" (Manufacturers')

الناقل لا تنهض بديهياً في غياب الإهمال. لمزيد من التفاصيل ينظر: Edwin Peel and G. H. Treitel, op. cit, P.270

(1) Section 5. (1) : (In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption , where loss or damage- (a) arises from the goods proving defective while in consumer use ; and (b) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods , liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods).

(2) Paul Richards, ibid, P.141.

(3) Section 5. (2/b) (Guarantee is anything in writing, if it contains or purports to contain some promise or assurance that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise)

(Guarantee)، إذا كانت ترمي إلى تنظيم العلاقة بين المنتج والمستهلك، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأن المادة الخامسة وإن كانت تنطبق، وعلى وجه العموم، على العلاقة بين الطرف المهني وبين المستهلك، إلا أنها يمكن أن تنطبق أيضاً، إذا كان الطرف الآخر غير المهني لا يتصرف كمستهلك، ولكنه يستعمل السلعة التي اشتراها لأغراض مهنية ولأغراض خاصة في وقت واحد.

ثالثاً: التعهدات الضمنية المتعلقة بنقل ملكية البضائع ووصفها: قضت الفقرة الأولى-

(أ) من المادة السادسة من التشريع بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالتعهد الضمني من جانب البائع بنقل الملكية (Seller's Implied Undertaking as to Title) المدمج ضمناً في عقدي البيع والبيع الإيجاري (الإيجار الساتر للبيع) بمقتضى تشريع بيع البضائع لعام ١٨٩٣ (Sale of Goods Act 1893)، والذي حل محله لاحقاً تشريع بيع البضائع لعام

١٩٧٩ (Sale of Goods Act 1979)⁽²⁾، كما قضت الفقرة الثانية من هذه المادة

بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالتعهد الضمني بمطابقة البضائع للوصف أو العينة (النموذج) أو بخصوص نوعيتها أو ملاءمتها للغرض المحدد لها⁽³⁾، وذلك تجاه المستهلك. ففي كلتي الحالتين السابقتين يحظر على البائع التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاستبعاد مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بهذين النوعين من التعهدات الضمنية، أو حتى التخفيف منها وذلك في

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.270.

(2) Section 6. (1/a) : (Liability for breach of the obligations arising from- (a) section 12 of the Sale of Goods Act 1893 (seller's implied undertakings as to title etc.) , cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) Section 6. (2) : (As against a person dealing as consumer , liability for breach of the obligations arising from- (a) section 13, 14 or 15 of the 1893 Act (Seller's Implied undertakings as to conformity of goods with description or sample or as to their quality or fitness for a particular purpose) ; (b) section 9 ,10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase) , cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

مواجهة الطرف الآخر الذي يتصرف كمستهلك^(١)، وكقاعدة عامة فإن هذا القيد لا يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية المهنية أو التخفيف منها، وهي المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات أو الواجبات التي يلتزم بها الطرف المهني الذي يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة^(٢). إلا أن الفقرة الرابعة من المادة السادسة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وسعت من نطاق هذا القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ليشمل مسؤولية البائع غير المهني الناجمة عن الإخلال بالتعهدات الضمنية بنقل الملكية والتي بمقتضاها يحظر عليه التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بهذه التعهدات المدمجة ضمناً في عقدي بيع البضائع والبيع الإيجاري لها. هذا فضلاً عن مسؤولية البائع المهنية الناجمة عن الإخلال بالتعهدات الضمنية. وعلى الرغم من أن هذه الفقرة (أي الرابعة) توجي بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن إخلال البائع غير المهني أو غير المتخصص بتعهداته الضمنية بمطابقة البضائع للوصف أو العينة (النموذج) أسوة بالفقرة الثانية من هذه المادة. إلا أنه، وفي واقع الأمر، فإن هذه الفقرة الأخيرة لا تنطبق إلا إذا كان الطرف الآخر في الرابطة العقدية يتصرف كمستهلك، وهو بالتأكيد لا يكون كذلك، إلا إذا كان الطرف الذي يتعامل معه قد أبرم العقد في مجرى مهنة أو تجارة معينة ، وهكذا يبدو بأن الشخص الذي يشتري من بائع غير مهني أو غير متخصص لا يتمتع بحماية الفقرة الثانية من المادة السادسة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ، وملاذه الأخير هو توافر متطلبات معيار المعقولة بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا التشريع^(٣).

الفرع الثاني

القيود التي تخضع شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لمتطلبات معيار أو اختبار المعقولة

كما يخضع تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لنوع آخر من القيود يتمثل بمتطلبات معيار المعقولة ، والتي إذا

(1) Robert Duxbury, op. cit, P.49.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.271.

(3) Paul Richards, op. cit, P.273.

ما توافرت فإنه يمكن في هذه الحالة لشرط الإعفاء من المسؤولية ترتيب أثره القانوني^(١) ، ويقع على عاتق الطرف المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية عبء اثبات توافر تلك المتطلبات أو الشروط^(٢). لذا فسوف نقوم بدراسة تلك القيود في هذا الفرع، وذلك عن طريق تقسيمه إلى مقصدين، نتناول في الأول الشروط الواجب توافرها لتحديد معقولة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وفي الثاني حالات إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لعدم استيفائه لمتطلبات معيار المعقولة:

المقصد الأول

الشروط الواجب توافرها لتحديد معقولة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

إن دراسة متطلبات معيار المعقولة تستوجب منا البحث في الشروط الواجب توافرها لتحديد معقولة الشرط. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ على أنه (فيما يتعلق بالبند التعاقدى، فإن شرط أو مطلب المعقولة الواجب توافره، لتحقيق الأغراض المتوخاة من هذا الجزء من التشريع، هو لزوم أن يكون البند منصفاً ومعقولاً لكي يكون بالإمكان إدراجه، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف المعلومة لدى الطرفين المتعاقدين وقت إبرام العقد، أو التي ينبغي العلم بها، وعلى نحو معقول، أو التي تكون داخلة في توقعاتهم)^(٣). كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه (فيما يتعلق بالإخطار الذي لا يترتب عليه أثر تعاقدى، فإن شرط أو مطلب المعقولة الواجب توافره بمقتضى هذا التشريع هو لزوم أن يكون الإخطار منصفاً ومعقولاً لكي يكون بالإمكان الاعتماد عليه، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الملازمة في الوقت الذي نهضت فيه المسؤولية أو كان ينبغي أن تنهض لولا الإخطار)^(٤)، تبين من هذين النصين بأن

(1) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit , P.٢١٥.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.273.

(3) 11/1 (In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made).

(4) 11/3 (In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and

البند التعاقدى، بما في ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ينبغي أن يكون منصفاً ومعقولاً لكي يرتب أثره القانوني ويسمح للطرف المستفيد منه التمسك به، وينطبق الشيء نفسه على الإخطار، وعلى هذا الأساس فإن تقدير مدى معقولية الشرط يعتمد على توافر بعض المتطلبات أو الشروط ومن أبرزها:

أولاً: أن يتم تقدير معقولية الشرط وقت إبرام العقد: ففي هذا الوقت بالذات ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار الظروف المعلومة لدى الطرفين المتعاقدين أو التي ينبغي عليهم العلم بها. أو التي تدخل ضمن توقعاتهم المشروعة، لكي يكون الشرط منصفاً ومعقولاً⁽¹⁾. ففي قضية (Stewart Gill Ltd V. Horatio Myer and Co Ltd) (1992 CA) حددت محكمة الاستئناف إمكانية تطبيق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وقت نهوض المسؤولية، إلا أنها قدرت معقوليته بأثر رجعي وقت إبرام العقد، ووضعت عبء إثبات معقولية الشرط على عاتق الطرف المتمسك به. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأنه طالما أن التشريع لم يعرف المعقولية، فإن المحاكم الإنكليزية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديدها، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الملازمة للشرط وقت إبرام العقد، وليس وقت نهوض المسؤولية كجسامة أو خطورة الإخلال بالعقد.

ثانياً: درجة وضوح الشرط أو البند : فكلما زادت درجة وضوح الشرط، فإنه يكون أكثر إنصافاً ومعقولية، وهو ما تأخذه المحكمة بنظر الاعتبار عند تقدير معقولية الشرط. كما في قضية (Levison V. Patent Steam Carpet) (Cleaning Co Ltd 1977) إذ عدت المحكمة درجة وضوح الشرط عاملاً مهماً في تقدير معقوليته، وجاء في حكمها بأن الشرط الذي ينص على (موافقة المالك صراحة على تحمل تبعة المخاطر التي تتعرض لها جميع البضائع)⁽³⁾ هو شرط لا يتمتع بدرجة كافية من الوضوح، ولا يكون معقولاً لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن

reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen).

(1) Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald, op. cit, P.223.

(2) Ewan McKendrick, op. cit, P.248.

(3) (All merchandise is expressly accepted at the owner's risk)

الإخلال الجوهري بالعقد. كما جاء في حكم المحكمة في قضية (Stag Line Ltd)
 1984 (V. Tyne Ship Repair Group Ltd) بأن البنود المطبوعة بأحرف
 صغيرة، أو التي تجري صياغتها باستعمال مصطلحات معقدة تعد غير معقولة .
 ثالثاً: المساواة بين الطرفين في القوة التفاوضية: وبمقتضى هذا الشرط فإنه
 ينبغي على المحكمة عند قيامها بتقدير معقولية الشرط، أن تحدد ما إذا كان شرط
 الإعفاء من المسؤولية العقدية قد تم التفاوض عليه بحرية، بحيث كان بإمكان الطرف
 الآخر غير المستفيد من الشرط الحصول على مشورة قانونية⁽¹⁾، كما ينبغي عليها
 أن تأخذ بنظر الاعتبار المسائل التي حثت المستهلك على إبرام العقد، كتخفيض
 الثمن في عقد البيع مثلاً، أو الوسائل البديلة المتاحة له وقت إبرام العقد. كأن يكون
 بمقدوره أن يشتري من أي بائع آخر دون الخضوع إلى نفس الشروط المفروضة
 عليه أو علمه الحقيقي أو المفترض بوجود مثل تلك الشروط ونطاقها⁽²⁾. وما إذا
 كانت البضائع أو السلع قد جرى تصنيعها أو معالجتها بناء على طلب خاص من
 المستهلك أم لا⁽³⁾، فالمساواة في القوة التفاوضية بين الطرفين تعد دليلاً على معقولية
 الشرط. فإذا ما تضمن العقد بنداً نموذجياً أو موحداً تم التفاوض عليه بين الاتحادات
 أو النقابات المهنية التي ينتمي إليها الطرفان المتعاقدان، فإن ذلك يدل على معقولية
 الشرط، لأنه قرينة على عدم فرض الشرط من طرف قوي في الرابطة العقدية على
 طرف آخر ضعيف فيها⁽⁴⁾، كما يمكن للمحكمة أن تتحقق من معقولية الشرط المدمج
 في عقد مبرم بين شركتين تجاريتين بنفس القوة التفاوضية، وبعد إجراء مفاوضات

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P.248.

(2) Robert Duxbury, op. cit, P.50.

(3) وجدير بالذكر فقد وردت هذه القواعد في الملحق الثاني (-2- Schedule) لتشريع بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٧٧ تحت عنوان (القواعد اللازمة لتطبيق اختبار المعقولية) وهي:

- أ- قوة المركز التفاوضي للطرفين تجاه بعضهما البعض.
- ب- الحث الذي يلقاه المستهلك لدفعه على القبول بالشرط.
- ج- ما إذا كان المستهلك يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم، وعلى نحو معقول، بوجود الشرط ونطاقه.
- د- ما إذا تم التمسك بشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية تجاه بند أو شرط تعاقدي لم يتم الالتزام بتنفيذه.
- هـ- ما إذا كانت البضائع أو السلع قد جرى تصنيعها أو معالجتها بناء على طلب خاص من المستهلك.

(4) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.282.

قدم فيها كل منهما تنازلاً للآخر، إلا أنه يمكن إبطال الشرط على أساس عدم المعقولة، إذا لم يخضع لمفاوضات سابقة على إبرام العقد. وقد تجسدت بعض هذه المبادئ في قضية (R.W. Green Ltd V. Cade Bros Farm 1978) والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد بيع بذور البطاطا بين مجموعة من تجار البطاطا وبين المزارعين، وكان يتضمن بنوداً موحدة أو نموذجية مكتوبة، من بينها شرط للإعفاء من المسؤولية العقدية ينص على (إعفاء البائع من المسؤولية إذا لم يقدم المشتري إخطاراً بوجود أية عيوب في المبيع خلال مدة ثلاثة أيام من تسليمه)⁽¹⁾ وكذلك شرط للتخفيف من المسؤولية العقدية ينص على (تحديد مسؤولية التجار عن الأضرار الناجمة بإعادة الثمن المنفق عليه في العقد)⁽²⁾ وقد جرى غرس البذور، وعند ظهور المحصول تبين أنه مصاب بفايروسات. وقضت المحكمة بمعقولة شرط التخفيف من المسؤولية الناجمة عن الأضرار. واستندت في ذلك على أساس المساواة بين الطرفين في القوة التفاوضية، وعلم المستهلك بوجود ذلك الشرط ونطاقه، لأنه كان نافذاً وتم العمل به على مدى عدة سنوات. فضلاً عن خضوعه لمناقشات مستفيضة ثم المصادقة عليه من النقابتين المهنتين اللتين ينتمي إليهما الباعة والمشترون. وهما النقابة الوطنية لتجار بذور البطاطا، والنقابة الوطنية للمزارعين. فيما قضت بعدم معقولة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، بسبب تغطيته لعيب خفي كالفايروس، واستبعاده للمسؤولية الناجمة عنه خلافاً للعيب الظاهر الذي يمكن للشرط الذي يغطيه أن يكون معقولاً. ويتبين من ذلك بأنه كلما ازدادت المساواة في القوة التفاوضية بين الطرفين. فإنه يكون من السهولة على الشرط اجتياز اختبار المعقولة⁽³⁾، كما استند مجلس اللوردات في حكمه الصادر في قضية (George Mitchell)
((Chesterhall) Ltd V. Finney Lock Seeds Ltd 1983)) على عدم علم المزارعين المدعين بوجود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ونطاقه واقتصار علم

(1) (Exclusion of liability if the buyers failed to give notice of any defects within three days of the delivery of potatoes).

(2) (Restriction of liability of the merchants to that of the contract price in respect of consequential loss).

(3) Ewan McKendrick, op. cit, P.249.

البائعين المدعى عليهم به، لكونهم المستفيدين منه، وقضى بعد معقولية الشرط، وتتلخص وقائع هذه القضية بإبرام عقد بيع اشترى بموجبه المزارعون المدعون كمية من بذور الملفوف الأبيض من البائعين المدعى عليهم، واستلم المزارعون مع البذور إيصالاً بمبلغ (٢٠١.٦٠) جنيه، وقد تضمن الإيصال شرطاً للتخفيف من المسؤولية العقدية يحدد مسؤولية البائعين باستبدال البذور أو برد الثمن المنفق عليه في العقد، وبعد أن قام المزارعون بغرس البذور، فقد نتج عن ذلك محصول غير صالح للاستهلاك تماماً، مما تسبب بأضرار جسيمة لحقت بالمزارعين تمثلت بخسارة (61.000) جنيه. فأقاموا الدعوى للمطالبة بالتعويض. وتمسك البائعون المدعى عليهم بشرط التخفيف من المسؤولية العقدية، إلا أن مجلس اللوردات قضى في حكمه بعد معقولية ذلك الشرط، لعدم علم المدعين بوجوده^(١)، ولأن المدعى عليهم اعتادوا في مثل هذه الحالة التنازل عن ثمن البذور أو تقديمها مجاناً (Ex Gratia Payment) إلى الطرف الآخر، بدلاً عن التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تخفيفها. وهو سلوك يدل بحد ذاته على أن المدعى عليهم لا ينظرون إلى ذلك الشرط على أنه شرط معقول.

رابعاً: مدى المنفعة التي يقدمها الشرط للطرف المتمسك به: وبطبيعة الحال فإن المنافع التي يقدمها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أكبر بكثير من المنافع المتحققة عن طريق شرط التخفيف من المسؤولية العقدية. وذلك لأن الأول يستبعد المسؤولية برمتها، في حين يقوم الثاني بتحديدتها أو التضييق منها فحسب، لذا جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية أن تنتظر بعين الإرتياح إلى شرط التخفيف من المسؤولية وبدرجة أكبر من شرط الإعفاء منها^(٢)، وعلى هذا الأساس فإن شرط التخفيف من المسؤولية غالباً ما يجتاز اختبار المعقولية على نحو أسهل من شرط الإعفاء من المسؤولية، لأن إمكانية توافر متطلبات المعقولية فيه تكون أكبر.

(1) Robert Duxbury, op. cit, P.51.

(2) Paul Richards, op. cit , P.147.

خامساً: عدم معقولية الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الناجمة عن أنواع مختلفة من الأضرار ضمن نطاق شرط واحد: فتغطية الشرط للمسؤولية الناجمة عن أنواع مختلفة من الأضرار دليل على عدم معقوليته⁽¹⁾، وهو ما قضت به المحكمة في قضية (Overseas Medical Supplies Ltd V. Orient Transport Services Ltd 1999) والتي تتلخص وقائعها بعدم قيام الناقل المدعى عليه بالتأمين على بضائع المدعين كما هو مطلوب منه بموجب أحد بنود عقد النقل، لذا تحددت مسؤوليته بمبلغ قدره (٦٠٠) جنيه، فقضت المحكمة في حكمها بأن شرط التخفيف من المسؤولية العقدية الذي يحدد الخسارة التي تعرض لها المدعون بالمبلغ المذكور يعد شرطاً معقولاً، لأنه يغطي الضرر المباشر الذي تعرض له المدعون والناجم عن إهمال المدعى عليه في نقل البضائع، إلا أنه لا يعد معقولاً إذا تضمن في نفس الوقت التخفيف من المسؤولية الناجمة عن عدم إجراء التأمين على البضائع ، واستندت المحكمة في ذلك على الآثار المختلفة التي يمكن أن تنشأ عن هذين النوعين من الإخلال، فعدم قيام المدعى عليه بإجراء التأمين يعني بأن المدعين لا يمكنهم الحصول سوى على مبلغ (٦٠٠) جنيه، إلا أنه لو تم التأمين على البضائع، ولكنها تضررت بعد ذلك نتيجة إهمال المدعى عليه، ففي هذه الحالة كان يمكن للمدعين الحصول أولاً على المبلغ الستمائة جنيه عن الأضرار التي تسبب بها المدعى عليه، ثم الحصول على المبلغ المقرر بمقتضى وثيقة التأمين. وجاء في حكم المحكمة بأن سعي المدعى عليه إلى إدراج هذين النوعين المختلفين من الأضرار ضمن شرط التخفيف من المسؤولية العقدية حال دون تمكنه من إثبات معقولية الشرط، لذا نهضت مسؤوليته تجاه المدعين عن دفع مبلغ كبير قدره (٨٥٠٠) ثمانية آلاف وخمسمائة جنيه .

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P.251.

المقصد الثاني

حالات إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على أساس عدم استيفائه لمتطلبات معيار المعقولة

يفرض تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ قيوداً مبطلّة لبعض أنواع شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، لعدم استيفائها لمتطلبات المعقولة، ومن أبرز الأنواع ما يأتي:

أولاً: شرط الإعفاء (أو التخفيف) من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى أضرار أخرى غير الموت أو الإصابات الشخصية: فبمقتضى الفقرة الثانية من المادة الثانية من تشريع بنود العقد غير المنصفة، فإنه ينبغي تطبيق متطلبات معيار المعقولة على أي بند تعاقدى أو إخطار سعى عن طريقه الطرف المهني الذي يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة إلى استبعاد مسؤوليته العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى أضرار أخرى غير الموت أو الإصابات الشخصية أو التخفيف منها. (Exclusion or limitation of liability for negligence giving rise to loss or damage other than death or personal injury).
وسواء أكان العقد مبرماً بين طرفين مهنيين، أم بين طرف مهني وآخر مستهلك^(١)، وهذا يعني بأن الطرف المستفيد من شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية لا يمكنه استبعاد مسؤوليته الناجمة عن هذا النوع من أنواع الإخلال بالعقد أو التخفيف منها، إلا إذا استوفى ذلك الشرط أو الإخطار متطلبات معيار أو اختبار المعقولة^(٢)، وقد أخضع القضاء الإنكليزي شرط الإعفاء (أو التخفيف) من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى أضرار أخرى غير الموت أو الإصابات الشخصية في أحكامه الصادرة في العديد من القضايا لمتطلبات المعقولة، ومن أبرز تلك القضايا هي قضية ((Smith V. Eric S. Bush (A Firm) 1990)) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعي بتقديم طلب إلى إحدى جمعيات البناء يتعلق بالرهن

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.273.

(2) John Wilman, Brown: GCSE Law, Ninth edition, Thomson Sweet & Maxwell, 2005, P.189.

العقاري (Mortgage)⁽¹⁾، والتوقيع على نموذج الطلب الذي استلزم منه دفع رسوم بمبلغ -٣٨.٥٩- جنيه، في مقابل الحصول على التقرير الخاص بالتقدير المسحي (Survey Valuation Report) من المدعى عليهم، وهم شركة مساحين (Firm of Surveyors). وكان النموذج الموقع ينص على إعطاء المدعي نسخة من تقرير المسح والذي يتضمن تقدير قيمة العقار، كما تضمن النموذج شرطاً للإعفاء من المسؤولية العقدية نص على (عدم قيام جمعية البناء وكذلك المساح بضمان دقة التقرير وعدم قبولهما لتحمل أية مسؤولية ناجمة عن عدم دقة ذلك التقرير)⁽²⁾، وحصل المدعي على نسخة من التقرير، والذي تضمن أيضاً تكراراً لنفس الشرط. وقدر التقرير قيمة العقار بمبلغ -١٦.٥٠٠- ألف جنيه، وأوصى بعدم الحاجة لإجراء أية ترميمات ضرورية، إلا أن المدعي لم يلجأ إلى أي مسح تجريه أي جهة مستقلة، وقرر الاعتماد على تقرير المدعى عليهم. واشترى العقار بمبلغ -١٨.٠٠٠- ألف جنيه، وحصل على قرض من جمعية البناء بقيمة ثلاثة آلاف وخمسمائة -٣.٥٠٠- جنيه. وكان المدعى عليهم قد لاحظوا أثناء إعداد تقرير المسح إزالة دعائم مدخنة العقار، إلا أنهم لم يتأكدوا ما إذا كانت المدخنة في وضع ملائم أم لا. وبعد مرور سنة ونصف من ذلك التاريخ إنهارت المدخنة و أحدثت أضراراً جسيمة بالعقار، فقاضى المدعي المدعى عليهم على أساس مسؤوليتهم الناجمة عن الإهمال، إلا أنهم تمسكوا بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فصدر حكم محكمة الدرجة الأولى لمصلحة المدعي، وقضى بمسؤولية المدعى عليهم، فاستأنفوا ذلك الحكم لدى محكمة الاستئناف، والتي أيد حكمها الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يستوف متطلبات معيار المعقولة التي نص عليها تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧. فطعن المدعى عليهم بحكم محكمة الاستئناف لدى مجلس اللوردات، والذي

(1) Michael Furmston, op. cit, P.236.

(2) (Neither the building society nor the surveyor warranted the accuracy of the report and that no responsibility would be accepted for any inaccuracy contained within it)

جاء حكمه أيضاً مطابقاً لحكم محكمتي الدرجة الأولى والاستئناف ومؤيداً لهما. وجاء في حكمه بأن شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن إهمال مساحي العقار، الذين اوكلت إليهم المهمة عن طريق جمعية البناء، لغرض إجراء المسح لمصلحة مشتري العقارات السكنية لم يستوف متطلبات معيار المعقولة، واستند مجلس اللوردات في حكمه إلى عدة أسباب لتبرير عدم معقولة الشرط، منها عدم المساواة في القوة التفاوضية بين الطرفين، كما أن قيمة المساكن كانت متواضعة جداً، بحيث لا يتوقع الشخص المعتاد قيام مشتري العقار باللجوء إلى المسح المستقل، فضلاً عن إمكانية قيام المساحين بالتأمين ضد المخاطر الناجمة عن عدم دقة تقارير المسح. و يرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان يمكن أن يكون معقولاً (Reasonable Disclaimer) في مثل هذه الحالة، فيما لو كانت المهمة التي أوكلت إلى المساحين مهمة على درجة كبيرة من الصعوبة والتعقيد. فلو كانت قيمة العقار مثلاً مرتفعة جداً، أو من المستحيل إجراء التأمين ضد المسؤولية المهنية (Professional Liability)، أو كان يمكن إجراؤه ولكن بأقساط تأمين باهظة الكلفة، فحينئذ فقط يمكن أن يقوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على أساس من المعقولة.

ثانياً: شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالعقد: اخضعت المادة الثالثة من تشريع بنود العقد غير المنصفة هذا الشرط لمتطلبات معيار المعقولة، ونصت على نوعين من العقود التي يمكن أن يرد فيها مثل هذا الشرط. الأول: هو العقد المبرم بين الطرف المهني الذي يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة وبين طرف آخر يتعامل بوصفه مستهلكاً (Deals as a Consumer)⁽²⁾. والثاني: العقد المبرم بين الطرف المهني وبين طرف آخر يتعامل

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.283.

(2) يعد الشخص مستهلكاً بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ويتعامل كمستهلك (Deals as Consumer) إذا كان يتصرف أو يبرم العقد خارج نطاق مجرى مهنة أو تجارة معينة (Outside the course of business) في الوقت الذي يتعاقد فيه الطرف الآخر وهو يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة (In the course of business). ولا يعد العقد مبرماً في المجرى المهني، إلا إذا كان مكملاً لمهنة معينة أو جزءاً لا يتجزأ من مجرى التعامل في تلك المهنة أو التجارة، لمزيد من التفاصيل ينظر:

Edwin Peel and .G. H. Treitel , ibid, P.267.

على أساس البنود المهنية النموذجية أو الموحدة المكتوبة التي اشترطها الطرف الأول . ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأنه وعلى الرغم من التشابك القائم بين هذين النوعين من العقود إلا أنهما متميزين عن بعضهما البعض، فالأول مبرم بين طرفين مهني وآخر مستهلك، أما الثاني فهو مبرم بين طرفين مهنيين يتعامل كل منهما على أساس البنود النموذجية أو الموحدة التي يشترطها الآخر، فهو يذهب إلى أبعد من كونه عقداً من عقود المستهلك. إلا أن كليهما يلتقيان في أنهما من العقود ذات البنود النموذجية أو الموحدة (Standard-Term Contracts)، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من التشريع السالف الذكر على أنه لا يمكن للطرف الأول المهني التمسك بشرط الإعفاء أو التخفيف من مسؤوليته العقدية الناجمة عن إخلاله بالعقد المبرم مع الطرف الآخر، سواء أكان الأخير يتصرف بعده مستهلكاً، أم يتعامل كمهني أيضاً وعلى أساس البنود المهنية النموذجية أو الموحدة المكتوبة التي اشترطها الطرف الأول. ما لم يستوف ذلك الشرط متطلبات معيار أو اختبار المعقولة⁽²⁾، ليكون بالإمكان حينئذ التمسك بشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالعقد.

ثالثاً: شرط التعويض غير المعقول (Unreasonable Indemnity Clause): يقصد بشرط التعويض ذلك البند التعاقدى الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين المتعاقدين بتعويض الطرف الآخر عن مسؤوليته (أي مسؤولية الطرف الأخير) الناجمة عن الإهمال أو الإخلال بالعقد سواء أكانت قد نهضت تجاه الطرف الأول أم تجاه الغير الأجنبي عن العقد⁽³⁾ . وقد نظمت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ هذا الشرط واخضعته لمتطلبات معيار المعقولة، إذ نصت على أنه (لا يمكن إلزام أي شخص يتعامل كمستهلك بتعويض شخص آخر، عن طريق أحد البنود التعاقدية، (سواء أكان الشخص الأخير طرفاً في العقد أم لا) وذلك عن مسؤولية هذا الأخير الناجمة عن

(1) Paul Richards, op. cit, P.143. See also: Ewan McKendrick, op. cit, P.241.

(2) Michael Furmston, op. cit, P.238.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.277.

الإهمال أو الإخلال بالعقد، ما لم يستوف البند التعاقدى شرط أو متطلب المعقولة). وغالباً ما يدرج هذا الشرط في عقد إيجار مركبة مع سائقها أو رافعة أو أية آلة أخرى مع مشغلها. وبمقتضاه يلتزم المستأجر بتعويض المالك عن أية أضرار تتجم عن إهمال السائق أو المشغل، سواء أكانت تلك الأضرار قد لحقت بالمستأجر نفسه (أي المعوّض Indemnifier) أم بالغير الأجنبي عن ذلك العقد. ويذهب جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ إلى تصنيف هذا الشرط إلى نوعين: الأول هو شرط نقل المسؤولية (Transferring Liability) والثاني هو شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وسوف نبحث في هذين النوعين من أنواع شرط التعويض والأثر القانوني المترتب عليهما:

أ- شرط نقل المسؤولية: يمكن إدراج هذا الشرط، وكما أشرنا سابقاً، في عقد إيجار المركبات أو المكائن، وبمقتضاه يلتزم الطرف الأول وهو المستأجر (ونرمز له بالحرف X) بتعويض الطرف الثاني وهو المالك (ونرمز له بالحرف Y) عن المسؤولية التي قد تنهض على عاتقه (أي على عاتق الطرف Y) تجاه الغير. لذا يعرف (بشرط التعويض عن الضرر أو الإصابة التي تلحق بالغير)، وهذا النوع من أنواع شرط التعويض هو ليس شرط إعفاء من المسؤولية العقدية، ولكنه وسيلة لنقل المسؤولية من طرف إلى آخر، مثال ذلك إذا قام الطرف المتعاقد (X) باستئجار رافعة مع مشغلها من الطرف الآخر (Y) فقد يدرج في عقد الإيجار بند تعاقدى يقضي بالزام الطرف (X) بتعويض الطرف الآخر (Y) عن مسؤولية الأخير الناجمة عن الأضرار أو الإصابات التي تلحق بالغير الأجنبي عن العقد نتيجة إهمال مشغل الرافعة⁽²⁾، ففي مثل هذه الحالة تخضع الفقرة الأولى من المادة الرابعة السالفة الذكر شرط التعويض لمتطلبات معيار المعقولة (Requirements of Reasonableness)، ولكن شريطة أن يتعامل المستأجر كمستهلك، ويتبين من

(1) Paul Richards, op. cit, P.144. See also: Michael Furmston, op. cit, P.246. and Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.277. and Ewan Mckendrick, op. cit, P.239.

(2) Paul Richards, op. cit, P.143.

مفهوم المخالفة بأن شرط التعويض لا يخضع لتلك المتطلبات بمقتضى المادة الرابعة، إذا كان عقد الإيجار مبرماً بين طرفين مهنيين. فضلاً عن ذلك فإن شرط التعويض من هذا النوع لا يمكن تكيفه كشرط للإعفاء من المسؤولية العقدية، لأنه لا يستبعد مسؤولية المالك (المؤجر) تجاه الغير أو يخفف منها، ولكن أثره القانوني ينحصر في نقل المسؤولية من طرف إلى آخر (وبالتحديد في هذه الحالة من عاتق الطرف المسؤول أصلاً إلى الطرف الآخر الملزم بالشرط)، وقد كيفت محكمة الاستئناف شرط التعويض بأنه ناقل للمسؤولية في قضية (Thompson V. T Lohan (Plant Hire) Ltd & J. W. Hurdiss Ltd 1987) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليهم، وهم شركة (Lohan) لتأجير المعدات البنائية والإنشائية (Plant Hire Company) بتأجير حفار آلي مع سائقه لشركة (Hurdiss) لاستعماله في مشروع مقلع الحجارة العائد للشركة الأخيرة وإبرم عقد الإيجار بين الطرفين على أساس البنود الموحدة أو النموذجية المعتمدة لدى نقابة مقاولي المعدات البنائية والإنشائية (Contractors' Plant Association)، ونص الشرط الثامن (-8- Condition) في العقد على ما يأتي: (عند قيام المالك بتقديم معدات بنائية أو إنشائية مع سائقها أو مشغلها، فإنه ينبغي عليه تقديم الشخص المؤهل لتشغيل تلك المعدات، ويجب أن يكون هذا الشخص الأخير تحت رقابة وإشراف المستأجر، ويعد كل من السائق أو المشغل ولأغراض تتعلق بأدائهم لعملهم، مستخدمين أو تابعين للمستأجر الذي يكون مسؤولاً وحده عن كل الدعاوى والمطالبات القضائية بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن قيام السائق أو المشغل بتشغيل تلك المعدات، كما ينبغي على المستأجر عدم السماح لأي شخص آخر تشغيل تلك المعدات دون موافقة مسبقة من المالك، (شريطة أن تكون معززة بدليل كتابي) كما نص الشرط الثالث عشر (-13 Condition) على (وجوب قيام المستأجر بتعويض المالك تعويضاً كاملاً، فيما يتعلق بكل الدعاوى والمطالبات القضائية التي يقدمها أي شخص للحصول على التعويض عن الأضرار الشخصية والمادية التي لحقت به، بسبب استعمال تلك المعدات، أو فيما يتعلق بمجرد وجودها في مكان العمل). وقد تسبب إهمال سائق

الحفار اثناء العمل في مقلع الحجارة بوفاة السيد (Thompson)، فأقامت أرملته الدعوى للمطالبة بالتعويض من صاحب العمل الاصلي، والمتمثل بشركة تأجير المعدات البنائية المدعى عليها، ونجحت في دعواها، فتمسك المدعى عليهم بالشرطين الثامن والثالث عشر السالفي الذكر⁽¹⁾، لاسترداد التعويض من صاحب العمل العرضي (الشركة المستأجرة للمعدات)، فادعت الشركة المستأجرة (Hurdiss) بأن الشرطين السالفي الذكر يخضعان لحكم الفقرة الأولى من المادة الثانية من تشريع بنود العقد غير المنصفة. وهذا يعني بأنه ينطبق على كليهما وصف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وعلى هذا الأساس فأنهما باطلين لمخالفتهما لهذه الفقرة التي تبطل شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية، إلا أن محكمة الاستئناف قضت في حكمها بأن الشرطين الثامن والثالث عشر غير خاضعين للفقرة المذكورة، والتي ينحصر نطاق تطبيقها في منع استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإهمال الذي يلحق ضرراً بالضحية نفسها، أي زوج المدعية في هذه القضية، ولا يمتد ذلك النطاق ليشمل الترتيبات والاتفاقات التي يتم بمقتضاها نقل عبء تعويض المتضرر إلى شخص آخر، وقضت المحكمة في حكمها بأن الشرط الثامن هو في حقيقته شرط لنقل المسؤولية عن إهمال السائق من الشركة المؤجرة لمعدات البناء إلى الشركة المستأجرة لها (Hurdiss) وأنه شرط صحيح تترتب عليه آثاره المتعلقة بنقل المسؤولية إلى صاحب العمل العرضي، أي الشركة المستأجرة والتي تلتزم بتعويض المدعى عليهم (الشركة المؤجرة) وفقاً للشرط الثالث عشر.

ب- شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية: إن نقطة الاختلاف الجوهرية بين هذا النوع الثاني من أنواع شرط التعويض وبين النوع الأول الذي تطرقنا إليه هي أن مشغل تلك المعدات أو سائقها يتسبب بإهماله في الحاق الضرر بالمستأجر نفسه، وليس بالغير الأجنبي عن العقد، لذا يعرف بشرط التعويض عن الضرر أو الإصابة التي لحقت بالمعوض (Indemnity clause for injury or damage caused to)

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P. 239

(indemnifier)⁽¹⁾، مثال ذلك إذا قام الطرف المتعاقد (X) باستئجار معدات مع مشغلها من الطرف الآخر (Y)، فقد يدرج بند تعاقدي في عقد الإيجار يقضي بإلزام الطرف (X) بتعويض الطرف الآخر (Y) عن مسؤولية الأخير تجاه الأول والناجمة عن الأضرار أو الإصابات التي تلحق بالمستأجر المعوّض نفسه⁽²⁾. وقد اخضعت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ هذا النوع من أنواع شرط التعويض أيضاً لمتطلبات معيار المعقولة، شريطة أن يتعامل المستأجر كمستهلك، وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية على تكييف هذا النوع الثاني كشرط للإعفاء من المسؤولية العقدية⁽³⁾. إذ لا فرق بين أن يقول المالك للمستأجر: (أنا لست مسؤولاً تجاهك) وبين أن يقول له: (ينبغي عليك أن تعوضني عن قيمة كل التعويضات التي ينبغي أن أدفعها لك)⁽⁴⁾. وبالفعل فقد كيفت محكمة الاستئناف هذا النوع من أنواع شرط التعويض كشرط للإعفاء من المسؤولية العقدية وذلك في قضية (Phillips Products Ltd V. Hyland 1987) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعين، وهم شركة (Phillips Products Ltd) باستئجار حفار آلي مع سائقه السيد (Hyland) من المدعى عليهم، وهم شركة (Hampstead Plant Hire) لتأجير معدات البناء. وقد أبرم عقد إيجار أيضاً بين الطرفين على أساس البنود الموحدة أو النموذجية المعتمدة لدى نقابة مقاولي المعدات البنائية أو الإنشائية، وبطبيعة الحال فقد تضمن العقد الشرطين الثامن والثالث عشر السالفي الذكر في القضية السابقة، وقد تسبب إهمال سائق الحفار أثناء العمل في إلحاق أضرار جسيمة بجدار مبنى الشركة المدعية، والتي أقامت الدعوى للمطالبة بالتعويض. إلا أن الشركة المدعى عليها تمسكت بالشرط الثامن الوارد في العقد. وأدعى المدعون بأن الشرط الثامن هو في حقيقته شرط للإعفاء من المسؤولية العقدية، لذا فإنه يخضع لمتطلبات معيار المعقولة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الثانية من تشريع بنود

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.277.

(2) Michael Furmston, op. cit, P.246.

(3) Ewan McKendrick, op. cit , P.239.

(4) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.277.

العقد غير المنصفة. وقضت محكمة الاستئناف في حكمها بأن الشرط الثامن (-8- Condition) الوارد في العقد المبرم بين الشركتين هو شرط إعفاء من المسؤولية العقدية ويخضع لحكم الفقرة الثانية من المادة الثانية من تشريع بنود العقد غير المنصفة. إلا أنه لا يمكن للشركة المدعى عليها التمسك به، لعدم استيفائه متطلبات معيار المعقولية، لأن عقد الإيجار كان لفترة قصيرة جداً، مما ترتب عليه عدم قدرة الشركة المدعية على إجراء التأمين، كما أنه لم يكن بإمكانها فرض الرقابة والسيطرة على سائق الحفار أو حتى اختياره، فضلاً عن ذلك فإن وضع الشركة المدعى عليها ومركزها القانوني كان أفضل من الشركة المدعية بسبب تمتعها بالتأمين، مما يسمح لها بتحمل الخسائر، وأن الشرط لم يدرج في العقد نتيجة مفاوضات بين الطرفين ولكن حصيلة إذعان الشركة المدعية للبنود الموحدة أو النموذجية للشركة المدعى عليها، واستندت محكمة الاستئناف على كل هذه الأسباب مجتمعة للقضاء بعدم معقولية الشرط الثامن، وعلى الرغم من أن الأثر القانوني لهذا الشرط يكمن في استبعاد حق التعويض الذي تتمتع به الشركة المدعية. إلا أنه لم يرتب أثره القانوني في هذه القضية، ونهضت مسؤولية الشركة المدعى عليها على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (Vicarious Liability)، وذلك نتيجة الإهمال الصادر عن سائق الحفار. لذا فإن الشرط لم يخضع للمادة الرابعة من التشريع السالف الذكر فحسب، ولكن للمادة الثانية منها أيضاً، وهي مسألة لها أهميتها لسببين: الأول، في حالة حدوث إصابات شخصية، فإن الشرط لا يخضع لمتطلبات معيار المعقولية بمقتضى المادة الرابعة فحسب، ولكن يمكن إبطاله أيضاً بموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية من التشريع. والثاني، في حالة حدوث أضرار أخرى غير الإصابات الشخصية، فإنه ينبغي استيفاء الشرط لمتطلبات معيار المعقولية، ليس في العقود المبرمة بين الطرف المهني وبين المستهلك فحسب، ولكن بين طرفين مهنيين أيضاً، فالمادة الثانية يمكن تطبيقها لمصلحة الطرف الذي لا يتعامل كمستهلك أيضاً⁽¹⁾، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ بأنه وعلى الرغم من اختلاف طريقة

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel , ibid, P.278.

تكيف الشرطين السالفي الذكر. إلا أن كليهما يعد شرط تعويض يخضع لمتطلبات معيار المعقولة بمقتضى المادة الرابعة، إذا ما أدرج في عقود المستهلك.

رابعاً: الشرط المحدد للالتزام (Obligation-Defining Term) أو ما يعرف بشرط تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً مختلفاً اختلافاً جوهرياً عن التوقع المعقول للمستهلك : اخضعت الفقرة الفرعية ب- من الفقرة الثانية من المادة الثالثة من تشريع بنود العقد غير المنصفة هذا النوع من الشروط لمتطلبات معيار المعقولة، وهو شرط يعطي الحق للطرف المهني في الرابطة العقدية في جعل تنفيذ التزامه التعاقدى مختلفاً اختلافاً جوهرياً عن التوقع المعقول للطرف الآخر، أي المستهلك، مثال ذلك البند المدرج في عقد تقديم الخدمات (Contract for Services) والذي يمكن مقدّم تلك الخدمات من تغييرها تغييراً جوهرياً يختلف عن التوقع المعقول للطرف الآخر المستفيد منها، أو البند الذي يعطي الحق لشركات السياحة في تغيير وجهة الرحلة السياحية أو الفنادق المخصصة لإيواء السياح ودون الإخلال بالعقد⁽¹⁾. والمعيار المعتمد لتقرير صحة الشرط من عدمه هو التوقع المعقول للطرف الآخر وهو المستهلك⁽²⁾. فالطرف المهني لا يحق له الاستفادة من هذا الشرط، ما لم يستوف متطلبات معيار المعقولة⁽³⁾.

خامساً: شرط الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالبند الضمني المدمج تشريعياً في عقد بيع البضائع أو البيع الإيجاري لها : اخضعت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من تشريع بنود العقد غير المنصفة هذا النوع من

(1) Paul Richards, op. cit, P.144.

(2) Ewan McKendrick, op. cit , P.244.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.274.

(4) وجدير بالذكر فإن الفقرة الفرعية ب- من الفقرة الثانية من المادة الثالثة من تشريع بنود العقد غير المنصفة أخضعت نوعاً آخر من الشروط لمتطلبات معيار المعقولة وهو شرط عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى كلياً أو جزئياً، واشترط مثل هذا الشرط يعني إعطاء الطرف المهني في الرابطة العقدية سلطة تقديرية واسعة في تنفيذ التزامه التعاقدى من عدمه أو تحديد مدى تنفيذه، في حالة شرط عدم التنفيذ الجزئي للالتزام. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي بأنه ليس هناك حاجة إلى استيفاء الشرط لمتطلبات معيار المعقولة، إذا كان الطرف المهني قد أدرج شرط الاستبعاد الكلي لتنفيذ الالتزام، أما إذا كان قد أدرج شرط عدم التنفيذ الجزئي للالتزام ففي مثل هذه الحالة فإنه ينبغي استيفاء الشرط لمتطلبات معيار المعقولة، لمزيد من التفصيل ينظر: Edwin

Peel and .G. H. Treitel , ibid, P.275.

الشروط لمتطلبات معيار المعقولية⁽¹⁾، وهو شرط يعطي الحق للبائع المهني أو المتخصص في استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بأحد البنود الضمنية المدمجة تشريعياً في عقد بيع البضائع والبيع الإيجاري لها، وهي البنود التي نص عليها تشريع بيع البضائع لعام ١٩٧٩ (Sale of Goods Act 1979) وتشريع إئتمان المستهلك لعام ١٩٧٤ (Consumer Credit Act 1974) والمتعلقة بمطابقة البضاعة للوصف أو العينة، أو المتعلقة بنوعيتها أو ملاءمتها للغرض المحدد لها، وبمقتضى هذه الفقرة فإن مشتري البضائع بموجب عقد البيع أو البيع الإيجاري ينبغي أن لا يكون مستهلكاً، وهو نفس الحكم الذي قرره الفقرة الثالثة من المادة السابعة من التشريع السالف الذكر بخصوص البنود الضمنية المدمجة تشريعياً في عقود أخرى غير البيع والبيع الإيجاري كعقدي الإيجار والمقايضة، إذ أخضعت هذه الفقرة الأخيرة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالبنود الضمنية المدمجة تشريعياً في عقود أخرى غير بيع البضائع والبيع الإيجاري لها لمتطلبات معيار المعقولية، ولكن بشرط أن تكون المسؤولية العقدية الناجمة عن ذلك الإخلال مسؤولية مهنية، وهذا يعني بأن تطبيق هذه الفقرة يقتصر على الحالات التي يتصرف فيها المورد أو الموزع في مجرى مهنة أو تجارة معينة، في حين لا يتعامل المستفيد كمستهلك⁽²⁾. أما تطبيق المادة السادسة فلا يقتصر على الحالات التي يتصرف فيها المورد أو الموزع في مجرى مهنة أو تجارة معينة، ولكنه يمتد ليشمل البائع العادي غير المحترف (Private Seller)⁽³⁾، فالبنود الذي سعى عن طريقه البائع العادي إلى استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بالبنود الضمنية المدمجة تشريعياً يخضع أيضاً بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة السادسة لمتطلبات معيار المعقولية، حتى وإن كان المشتري يتصرف في مجرى مهنة أو تجارة معينة، علماً بأن البنود المتعلقة بنوعية البضاعة أو ملاءمتها للغرض المحدد لها، لا تدمج

(1) Robert Hillman, Principle of Contract Law, (Concise Hornbook), Thomson, West, 2004, P.110

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. cit, P.276.

(3) Robert Duxbury, op. cit, P.49.

تشريعياً بالعقد، إلا إذا تصرف المورد أو الموزع في مجرى مهنة أو تجارة معينة، أما البائع العادي فلا تنهض مسؤوليته الناجمة عن الإخلال بالجودة النوعية للبضاعة أو ملاءمتها للغرض المحدد لها، إلا إذا قدم تعهداً صريحاً (Express Undertaking) .

سادساً: شرط استبعاد المسؤولية الناجمة عن التصوير غير الحقيقي أو التخفيف منها (A term excluding or restricting liability for misrepresentation): أخضعت المادة الثامنة من تشريع بنود العقد غير المنصفة هذا الشرط لمتطلبات معيار المعقولة⁽¹⁾، وذلك على اختلاف أنواع العقود التي يمكن أن يدرج فيها هذا الشرط، ولا يقتصر ذلك على العقود التي يتعامل فيها أحد الطرفين بعده مستهلكاً، بل يمتد ليشمل العقود الأخرى التي يمكن أن تنهض فيها المسؤولية المهنية على عاتق طرفيها⁽²⁾.

المطلب الثاني

القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بمقتضى تشريع حقوق

المستهلك لعام ٢٠١٥

صدر أخيراً تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ ، وألغى لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩ وحل محلها، كما أجرى بعض التعديلات على القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ ، على الرغم من أنه لم يحل محل هذا التشريع الأخير، وقد نظم الجزء الثاني من هذا التشريع البنود غير المنصفة. وحددت المادة -٦١- من هذا التشريع نطاق تطبيق الجزء الثاني منه، وقصرته على العقد المبرم بين التاجر (Trader) وبين المستهلك، بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة. وأطلقت عليه الفقرة الثالثة منها تسمية "عقد المستهلك" (Consumer Contract)، كما قصرته أيضاً على الإخطار الذي يقدمه التاجر للمستهلك، بمقتضى الفقرة الرابعة من نفس المادة، وأطلقت عليه الفقرة السابعة منها تسمية "إخطار المستهلك"

(1) Paul Richards, op. cit, P.145.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.278.

(Consumer Notice)، والذي يكون في صيغة إعلان ، سواء أكان مكتوباً أم لا، أو بأية وسيلة أخرى للإتصال. ثم حددت المادة -٦٢- متطلبات معيار أو اختبار الإنصاف^(١). لذا سوف نبحث أولاً في قيد إخضاع البند التعاقدى أو الإخطار لمتطلبات معيار أو اختبار الإنصاف. ثم القيد المفروض على شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية. وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

قيد إخضاع البند التعاقدى أو الإخطار لمتطلبات معيار أو اختبار الإنصاف

حددت المادة -٦٢- من هذا التشريع متطلبات معيار أو اختبار الإنصاف (Requirements of the Fairness Test) والتي يمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: فقدان البند غير المنصف المدرج في عقد المستهلك لقوته الإلزامية، فلا يكون ملزماً للمستهلك.

ثانياً: فقدان إخطار المستهلك غير المنصف (Unfair Consumer Notice) لقوته الإلزامية، فلا يكون أيضاً ملزماً للمستهلك.

ثالثاً: يكون البند غير منصف، إذا كان مخالفاً لشرط أو لمتطلب حسن النية وتسبب في حدوث إختلال توازن خطير في حقوق والتزامات الأطراف بموجب العقد، وبما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك. وذلك بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة -٦٢-، وقد استمد قانون حماية المستهلك لعام ٢٠١٥ هذا المتطلب من المادة الخامسة من لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٢) بأنه ينبغي على المحكمة أن تأخذ العديد من العوامل بنظر الاعتبار عند تقدير إختلال التوازن الخطير (Significant Imbalance) ومن أبرزها طبيعة البضائع والخدمات التي أبرم العقد بسببها، فالبند الذي لا يكون منصفاً، إذا أدرج في عقد بيع بضائع جديدة، قد يكون منصفاً فيما لو أدرج في عقد بيع بضائع مستعملة.

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit , P.223.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit, P.295.

وكذلك جميع الظروف الملازمة لإبرام العقد⁽¹⁾، كأن يكون المستهلك قد تفحص البضاعة قبل أن يقرر شراءها. وفي عقد تقديم الخدمات ينبغي على المحكمة أن تقرر ما إذا كان المستهلك وقت إبرام العقد في موقع يسمح له بتقدير المخاطر الناجمة عن إخفاق تلك الخدمات في تحقيق الغاية المرجوة منها، ثم إن مدى إنصاف البند التعاقدى ينبغي أن يتقرر وقت إبرام العقد، كما هو الحال بالنسبة إلى معقولية البند بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ . وأخيراً ينبغي على المحكمة أن تأخذ وبنظر الاعتبار جميع بنود العقد الأخرى، عند تقدير مدى إنصاف أحد البنود التعاقدية. وقد حددت الفقرة الخامسة من المادة -٦٢- من تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ عاملين لتقدير مدى إنصاف البند التعاقدى، إذ نصت على أنه (بتحدد مدى إنصاف البند التعاقدى عن طريق: أ- الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة محل العقد ب- الرجوع إلى جميع الظروف القائمة وقت الاتفاق على البند، وإلى جميع البنود الأخرى في العقد نفسه، أو في أي عقد آخر يعتمد أو يتوقف عليه ذلك العقد). فقد يكون البند غير منصف، فيما لو أدرج بمفرده في العقد، إلا أنه يكون منصفاً ضمن الهيكل الإجمالي للعقد، مع غيره من البنود التعاقدية الأخرى^(٢)، كما أن عبارة (أي عقد آخر يتوقف عليه ذلك العقد) تشير إلى حقيقة إبرام ذلك العقد في ظل عقد رئيس (Master Contract) يهيمن على سلسلة من العقود الأخرى المبرمة بين الطرفين المتعاقدين، أما متطلب حسن النية فيستلزم الشفافية في صياغة البند التعاقدى، ويقصد بالشفافية: صياغة البند بصورة واضحة ومقروءة وبلغة مفهومة (إذا كان مكتوباً) ودون أن يتضمن أية زلة أو عثرة خفية، لاصطياد الطرف الآخر غير المستفيد من البند^(٣)، كما ينبغي عدم استغلال حاجة المستهلك، أو نقص خبرته، أو عدم معرفته بمحل العقد، أو ضعف مركزه التفاوضي.

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit, P.227.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel , op. cit , P.296.

(3) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit, P.228.

رابعاً: يكون الإخطار غير منصف، إذا كان مخالفاً لشرط أو متطلب حسن النية، وتسبب في حدوث إختلال توازن خطير في حقوق والتزامات الأطراف بموجب العقد، وبما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك.

خامساً: يتحدد مدى إنصاف الإخطار عن طريق: أ- الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة محل الإخطار. ب- الرجوع إلى جميع الظروف القائمة وقت نشوء الحقوق والالتزامات المتعلقة بالإخطار أو بالبند أو بأي عقد آخر يتوقف عليه ذلك الإخطار.

إلا أن الفقرة الأولى من المادة (٦٤) من تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥

استثنت البند التعاقدى من الخضوع لمعيار أو اختبار الإنصاف (The Test of Fairness) لتقدير ما إذا كان منصفاً أم لا وفقاً للمادة (٦٢) السالفة الذكر. وعلى هذا الأساس فإنه لا يتم تطبيق معيار الإنصاف في الحالتين الآتيتين: أولاً: إذا كان مضمون البند يتسم بالسمتين الآتيتين: ١- أن يكون البند متعلقاً بمحل العقد ، أي أنه يتعلق بتحديد محل العقد. ٢- أن يكون البند متعلقاً بالثمن، وكانت الغاية من التقدير هي التعرف على مدى ملائمة الثمن المحدد بالعقد للسلع والخدمات والمحتويات الرقمية . ثانياً: إذا كان البند شفافاً (Transparent) وبارزاً (Prominent)، ويكون البند شفافاً، إذا ما جرت صياغته بلغة واضحة ومفهومة (In plain intelligible language) ، وإذا كان بنداً مكتوباً فإنه ينبغي أن يكون مقروءاً أيضاً^(١)، وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٦٤) ويتوافر سمي صياغة البند بلغة واضحة ومفهومة وسهولة قراءته، فإنه يكون قد استوفى متطلب الشفافية (Requirement of transparency) بمقتضى المادة (٦٨) من تشريع حقوق المستهلك. وإذا لم تتوافر هاتان السمتان في البند عد بنداً غير منصف. ويكون البند بارزاً إذا نجح في استرعاء إنتباه المستهلك بطريقة تمكن المستهلك المتوسط أو المعتاد من الإطلاع على البند، وذلك بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة (٦٤)، وهو معيار موضوعي يقصد به الشخص المعتاد المطلع على تفاصيل الأمور.

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, ibid, P.226.

الفرع الثاني

القيود المبطل لشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية

نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٥) من تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ على أنه (لا يمكن للتاجر استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية عن طريق أي بند من بنود عقد المستهلك أو إخطار المستهلك)، إذ تبطل هذه الفقرة أي بند من بنود عقد المستهلك أو إخطار موجه إلى المستهلك يستبعد أو يخفف من مسؤولية التاجر الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية إبطالاً مباشراً، وهو نفس الحكم الذي جاءت به الفقرة الأولى من المادة الثانية من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧، إلا أن الفقرة الثانية من المادة (٦٥) من تشريع حقوق المستهلك وسعت من نطاق مسؤولية التاجر الناجمة عن الإهمال، وحظرت عليه استبعاد هذا النوع من المسؤولية، عن طريق استعمال أي بند تعاقدي أو إخطار لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية. ولم تكن الفقرة الثانية بأن يكون البند أو الإخطار منصفاً، ولكنها اشترطت فوق ذلك عدم افتراض قبول المستهلك اختيارياً بتحمل أية مخاطر لمجرد موافقته على ذلك البند أو الإخطار، أو معرفته بهما، وذلك في حالة لجوء التاجر إلى استعمال أي بند يستبعد أو يخفف من مسؤوليته الناجمة عن الإهمال وكان الشرط شفافاً وبارزاً^(١). إذ نصت هذه الفقرة على أنه (إذا كان البند المدمج في عقد أو إخطار المستهلك يسعى إلى استبعاد مسؤولية التاجر الناجمة عن الإهمال أو تخفيفها، فإنه لا يفترض قبول الشخص اختيارياً بتحمل أية مخاطر لمجرد موافقة الشخص على ذلك البند أو الإخطار أو معرفته بهما)^(٢)، وقد وسعت الفقرة الثالثة من المادة (٦٥) من مفهوم الضرر أو

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *ibid*, P.231.

(2) Section 65/2: (Where a term of a consumer contract, or a consumer notice, purports to exclude or restrict a trader's liability for negligence, a person is not to be taken to have voluntarily accepted any risk merely because the person agreed to or knew about the term or notice).

الإصابة الشخصية ليشمل أي مرض يمكن أن يصاب به الشخص أو ضعف في قدرته الجسدية أو العقلية.

المبحث الرابع

القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين العراقي والمصري

فرض القانونان العراقي والمصري بعض القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ورد بعضها ضمن القواعد العامة في القانونين المدنيين العراقي والمصري، وورد البعض الآخر في قوانين أخرى، ويمكننا تصنيف تلك القيود إلى خمسة أنواع وكما يأتي:

أولاً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم: أجازت الفقرة الثانية من المادتين (٢٥٩) من القانون المدني العراقي و (٢١٧) من القانون المدني المصري، وكأصل عام، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذ سمحتا للمتعاقدين بالاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية. شريطة أن ينزل عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية منزلة الخطأ اليسير أو التافه^(١). وهو ما يمكن استخلاصه من مفهوم المخالفة للفقرة الثانية من هاتين المادتين، إلا أن حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الإعفاء منها يرد عليها استثناء مهم يتمثل بعدم جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن غشه أو خطئه الجسيم، وهذا الاستثناء هو قيد مبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والعلة في إبطال مثل هذا الشرط هي الحيلولة دون قيام المدين بإعفاء نفسه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم في عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، وتعليق التزامه على شرط إرادي محض متعلق به وحده^(٢)، والغش هو قصد الإضرار بالدائن^(٣). أما الخطأ الجسيم فهو

(١) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٦٤٠. ينظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٥١. ينظر أيضاً: د. محمد حسام محمود لطفى، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٣) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥، ص ١٧٢.

الإخلال الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالاً، أو أقلهم حذراً وحيطة^(١)، وقد أورد القانونان المدنيان العراقي والمصري تطبيقاً لهذا الإستثناء ويتمثل بالقيّد المبطل لشرط إسقاط الضمان في عقد البيع، فقد قضت الفقرة الثالثة^(٢) من المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي بإبطال شرط إسقاط ضمان الاستحقاق، والذي بمقتضاه يشترط البائع عدم مسؤوليته عن استحقاق المبيع^(٣)، إذا كان البائع قد تعمد عن طريق غشه إخفاء حق المستحق^(٤)، كما قضت الفقرة الأولى^(٥) من المادة (٥٥٧) منه بإبطال شرط عدم ضمان الاستحقاق، إذا كان الاستحقاق راجعاً لفعل البائع، أي لأعمال التعرض الصادرة عن البائع نفسه، لأن ذلك أيضاً يعد من قبيل الغش. وقضت الفقرة الثانية^(٦) من المادة (٥٦٨) منه بإبطال شرط إسقاط ضمان العيب الخفي، والذي بمقتضاه يشترط البائع عدم مسؤوليته عن أي عيب قد يظهر في المبيع، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب، لأن ذلك يعد غشاً، ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الغش^(٧). ويتفق غالبية فقه القانون المدني العراقي^(٨) على أن شرط إسقاط ضمان الاستحقاق وضمان العيب الخفي هو شرط إعفاء من المسؤولية

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٣٥٠. ينظر أيضاً: د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٢٣٧. وجدير بالذكر فقد عرفت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ الغش في مجال عقد النقل بأنه: كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر، والخطأ الجسيم بأنه: كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه بطيش مقرون يعلم لما قد ينجم عنه من ضرر.

(٢) نصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي على أنه (ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق المستحق).

(٣) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٧٠.

(٤) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٢١.

(٥) نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٥٧) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك).

(٦) نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٦٨) من القانون المدني العراقي على أن (كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب).

(٧) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٥٨.

(٨) د. حسن علي الننون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٨٠. وينظر أيضاً: د. محمد عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٣٦١. و د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦، ص ٢٣٨.

العقدية، وتطبيق من تطبيقات الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩). من القانون المدني العراقي، وأن القيود الواردة في المواد (٥٥٦) و (٥٥٧) و (٥٦٨) هي قيود مبطللة لشرط الإغفاء من المسؤولية العقدية، كما أن شرط إسقاط الضمان هو ليس شرط إسقاط للالتزام، لأنه لو كان كذلك، لكان البائع غير مسؤول عن عدم التنفيذ، حتى لو تعدد ذلك. و جدير بالذكر فقد قضت الفقرة الثالثة^(١) من المادة (٤٤٥) من القانون المدني المصري بإبطال شرط إسقاط ضمان الاستحقاق، إذا تعدد البائع إخفاء حق الأجنبي على المبيع، كما قضت الفقرة الأولى^(٢) من المادة (٤٤٦) منه بإبطال شرط عدم ضمان الاستحقاق، إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن أعمال التعرض الصادرة عن البائع نفسه^(٣). أما إذا كان الاستحقاق قد نشأ عن فعل الغير، فإن فقه القانون المدني المصري^(٤) يرى بأن شرط إسقاط ضمان الاستحقاق في هذه الحالة يعد تطبيقاً من تطبيقات شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية، وأنه يرتب آثاره القانونية ولكن ضمن حدود معينة، فهو لا يعفي البائع الا من المسؤولية عن التعويض ويبقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق. وقضت المادة (٤٥٣) منه^(٥) بإبطال شرط اسقاط ضمان العيب الخفي، إذا تعدد البائع بطريق الغش إخفاء العيب عن المشتري^(٦). إلا أن الفقرة الثانية من المادتين (٢٥٩) من القانون المدني العراقي و (٢١٧) من القانون المدني المصري أوردت استثناء آخر على الاستثناء المتمثل بعدم جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن غشه أو خطئه الجسيم، وهو

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة (٤٤٥) من القانون المدني المصري على أنه (يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعدد إخفاء حق الأجنبي).

(٢) نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري على أنه (إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك).

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧٦. ينظر أيضاً: د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٩، ص ٣٠٦.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦١٨. ينظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ط ٤، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٣٨٠.

(٥) نصت المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري على أنه (يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعدد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه).

(٦) د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص ٣٠٨. ينظر أيضاً: د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٥٤.

جواز الاتفاق على مبدأ إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأغيار الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه^(١) ، لأن غش الغير أو خطأه الجسيم لا يقوم مقام غش المدين أو خطئه الجسيم، فلا يعد شرطاً إرادياً محضاً بالنسبة إليه^(٢). وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه أيضاً، وأجازت تمسك المدين بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الخطأ الجسيم لتابعيه. وجاء في أحد أحكامها^(٣) بأن (عدم مساءلة الحكم للناقل استناداً إلى شرط الإعفاء الوارد بالعقد لا خطأ مهما كان خطأ عمال الناقل يسيراً أو جسيماً. المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني، إذ خلص الحكم المطعون فيه إلى عدم مساءلة الناقل عن التلف تأسيساً على شرط الإعفاء الوارد بعقد النقل طبقاً لنص المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني. فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أياً كان الخطأ الذي نسبته الحكم إلى عمال الناقل وسواء وصفه بأنه خطأ يسير أو خطأ جسيم)، وجدير بالذكر أن الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ خرجت عن القاعدة العامة المقررة في الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري والتي تقضي بجواز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ومنعت الناقل من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، حتى وإن صدر الغش أو الخطأ الجسيم عن تابعه، إذ نصت على أنه (لا يجوز أن يتمسك الناقل بشرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعه).

ثانياً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية التعسفي المدرج في عقود الإذعان: يستطيع القاضي إبطال شروط الإذعان التعسفية، وهي الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان، ومن ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية،

(١) د. درع حماد ، مصدر سابق، ص. ٢٧٠

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٣٠٥. ينظر أيضاً: د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص٢٢٤.

(٣) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (٢٤٨) لسنة (٣٥ق) في (١٩٦٩/٦/٣) نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثالث، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦، ص٢٠٩.

كما يستطيع تعديلها، وذلك استثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١). وقد قضت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بإبطال كل اتفاق يسلب من المحكمة سلطتها في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن، أي الضعيف منها، لأنه لا يملك حرية مناقشة شروط العقد^(٢)، فنصت على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وقد استمدت الفقرة الثانية السالفة الذكر هذا الحكم من المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). كما اتجه القضاء العراقي والمصري إلى تعديل شروط الإذعان التعسفية، أو حتى إبطالها وإعفاء الطرف المذعن منها، إذا اقتضت مصلحته ذلك. وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية^(٣) بأنه (وإن كان مؤدى ما إنتهى إليه ذلك الحكم هو اعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية عقد إذعان، إلا أنه لا يتأدى من ذلك أن يهدر نص المادة الثانية بجميع ما تضمنه من الصور والحالات، ذلك أن ما يسوغ إبطاله في هذه الحالة، إنما يقتصر على الشروط التعسفية التي تتناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام...)، كما جاء في حكم لمحكمة التمييز في العراق^(٤) بأن (المميز عليه لا يستطيع البناء ما لم يستحصل به إجازة لهذا فتنازله عن ثمن الأبنية لغرض حصوله على إجازة البناء إنما يعتبر إذعائاً منه لتعسف البلدية في الحقوق الممنوحة لها، وحيث أن للمحكمة أن تعفي

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٥٨. ينظر أيضاً: د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٣) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (٢٩٦) لسنة (٢٥ق) في ١٩٦٠/٢/٢١. نقلاً عن د. معوض عيد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثاني، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦، ص ٦٨.

(٤) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم (١٠١٣/حقوقية/٦٠) في ١٩٦٠/٧/١٧، نقلاً عن سلمان بيانت، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ١٨٢.

الطرف المدعن من هذا التنازل إقتضاء للعدالة، وبما أن القرار الصادر من المحكمة موافق للقانون قرر تصديقه).

ثالثاً: قيد تفسير الشك في عقود الإذعان في مصلحة الطرف المدعن (الضعيف): تقضي القاعدة العامة في التفسير في أن يفسر الشك في مصلحة المدين، وهو ما نصت عليه المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي، والفقرة الأولى من المادة (١٥١) من القانون المدني المصري. فالقاضي عليه أن يفسر عبارات العقد للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا لم يستطع إزالة الغموض الذي يشوب تلك العبارات، فإنه يفسره لمصلحة المدين^(١). وتقوم هذه القاعدة العامة على أساس أن الأصل براءة الذمة^(٢)، والالتزام هو الاستثناء. ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسيره^(٣)، وهو تطبيق لمبدأ حسن النية في تفسير العقد^(٤). إلا أن جانباً من الفقه^(٥) يفرق بين تفسير الالتزام وبين تفسير الشروط المتعلقة بتنفيذه، فتفسير الالتزام يكون في مصلحة الملتزم. أما تفسير الشروط المتعلقة بتنفيذه فيكون في مصلحة من يقع عليه عبؤها، وضد مصلحة المستفيد منها، فهذا الأخير هو الذي يملئ هذه الشروط، لأنه الطرف الأقوى اقتصادياً، ولاسيما إذا كان الأمر متعلقاً بعقد من عقود الإذعان. وأنه ينبغي عليه توضيح تلك الشروط، لأنه هو الذي أنفرد بوضعها وصياغتها. فإذا شاب تلك الشروط أي غموض أو لبس، فإنه ينبغي على المحكمة منعه من الاستفادة من ذلك الغموض، وإلا استفاد من تقصيره في تضمين العقد شروطاً واضحة^(٦)، وعلى هذا الأساس فقد ورد الإستثناء المتمثل بتفسير الشك في عقود الإذعان في مصلحة الطرف المدعن (الضعيف) دائماً كان أم مديناً، وعدم جواز تفسير العبارات

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمود طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٢) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٣٦.

(٣) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط ٣، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣١٧.

(٤) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٠٨.

(٥) د. عبد الحليم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٣٠٦.

(٦) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

الغامضة أو المبهمة في عقد الإذعان تفسيراً ضاراً بمصلحته، لأن ذلك الغموض ليس من صنع يده أو من بنات أفكاره^(١)، بل هو من صنع الطرف الأقوى اقتصادياً، لذا ينبغي تفسير الشك في عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف القوي، استثناءً من القاعدة العامة القاضية بتفسير الشك في مصلحة المدين، فالطرف القوي يتمتع عادة بخبرة اقتصادية تمكنه من الصياغة الواضحة للشروط، بعيداً عن أي غموض أو لبس، حتى وإن كان الطرف المدعى (الضعيف) هو الذي اقترح الشرط، فإملاء الشرط لا يعني الإنفراد بصياغته^(٢)، وقد قضت بهذا الاستثناء الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه (لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائماً). وبنفس الحكم جاءت الفقرة الثانية من المادة (١٥١) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى)، وبرأينا فإن هذا الاستثناء والذي أورده القانونان المدنيان العراقي والمصري والقاضي بتفسير الشك في عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف القوي، ولمصلحة الطرف المدعى (الضعيف) دائماً كان أم مديناً، هو نوع من أنواع التفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والذي يشبه مبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه (The Principle of Contra Proferentem).

رابعاً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الأضرار الجسدية: على الرغم من عدم وجود نص صريح ضمن القواعد العامة للقانونين المدنيين العراقي والمصري يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الأضرار الجسدية، إلا أن مثل هذا الاتفاق يعد باطلاً، لأنه يعفي المدين من المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة الأشخاص، والذي هو من الالتزامات المتعلقة بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص ٣١٨.

(٢) د. عبد الحكيم فودة، مصدر سابق، ص ٣١٣.

الناجمة عن الإخلال بها، سواء أكانت عقديّة أم تقصيرية، وسواء أكان الإخلال يسيراً أم جسيماً^(١)، كما أن قواعد العدالة والأخلاق تأبى أن يكون جسد الإنسان محلاً لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية على وجه الخصوص^(٢)، والتصرفات القانونية على وجه العموم^(٣). وقد تضمن قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة (١٩٨٣) نصاً يقضي بإبطال شرط إعفاء الناقل من مسؤوليته الناجمة عن الأضرار التي تصيب الراكب، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة (١٠) منه على أنه (يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية). ويفسر جانب من الفقه^(٤) عبارة (الأضرار التي تصيب الراكب) بأنها تتطوي على الأضرار الجسدية والأدبية فضلاً عن التأخير. وأبطلت الفقرة الأولى من المادة (٢٦٤) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل من الالتزام بضمان سلامة الراكب، وبالتالي من المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الالتزام. فقد نصت على أن (يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل من هذا الضمان)، وأجازت الفقرة الأولى من المادة (٢٦٨) منه للناقل التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن التأخير أو الأضرار غير البدنية، ونصت على أنه (يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تلحق بالراكب)، كما عدت محكمة النقض المصرية التزام الناقل بضمان سلامة الركاب من الالتزامات التي لا يمكن دفع المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها، إلا عن طريق السبب الأجنبي، وهو ما يعني عدم صحة الاتفاق على الإعفاء من هذا النوع من المسؤولية، وجاء في أحد أحكامها^(٥) بأن (من المقرر أن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً

(١) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٦٤١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

(٣) د. عدنان إبراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، صان، ٢٠٠٥، ص ٣٢٤.

(٤) د. مجيد حميد العنبيكي، قانون النقل العراقي، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤، ص ٨٢.

(٥) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (٣٥٨) لسنة (٢٤٧ق) في ١٩٨١/١/٢٨. نقلاً عن د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزماً بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليماً وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء عقد النقل، ويعتبر هذا منه إثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسؤوليته عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه، إلا أن مسؤولية الناقل عن سلامة الراكب ترتفع إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ الراكب المضرور أو خطأ من الغير).

خامساً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لعدم كتابته أو وضوحه: طالما أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو اتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بإعفاء المدين من مسؤوليته، وبما يتعارض مع مصلحة الدائن، فإن هذا الشرط يفترض أن يكون مكتوباً وعلى درجة كافية من الوضوح^(١)، ولم ينص القانون العراقي على هذا القيد، إلا أن الفقرة الثانية من المادة (٢٦٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ قضت بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في عقد النقل، إذا لم يكن مكتوباً، كما قضت بوجود أن يكون الشرط واضحاً، إذا كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة، وأجازت للمحكمة إبطاله، إذا لم يتم التقيد بمتطلب وضوح الشرط. إذ نصت على أنه (يجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها مكتوباً وإلا اعتبر كأن لم يكن وإذا كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة وجب أن يكون الشرط واضحاً ومكتوباً بكيفية تستدعي الانتباه وإلا جاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن).

سادساً: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لمقتضى العقد: على الرغم من أن القانون المدني العراقي أجاز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه في الفقرة الأولى من المادة (١٣١) منه، إلا أنه لم ينص صراحة على قيد مقتضى العقد كوسيلة لإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لهذا المقتضى، وقد استمد المشرع العراقي فكرة مقتضى العقد التي نصت عليها الفقرة

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، البيع والإيجار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٤٦.

الأولى السالفة الذكر من الفقه الإسلامي^(١)، الذي اهتم بهذه الفكرة التي تعني الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد من العقود^(٢)، والتي تقابل مفهوم الآثار الجوهرية أو الأساسية للعقد في القانون^(٣)، وهي الالتزامات الجوهرية أو الأساسية المترتبة على العقد، والتي تمثل الغاية الأساسية من العقد^(٤)، كما اختلف الفقه الإسلامي إلى اتجاهين في تأصيل مدى جواز الخروج على مقتضى العقد^(٥). فالإتجاه الأول عد كل شرط ليس من مقتضى العقد باطلاً، وهو اتجاه الفقهاء الأحناف والشافعية، ولا يصح بمقتضاه الشرط، إلا إذا اقتضاه العقد، أي أنه كان من مقتضى العقد، والاتجاه الثاني عد كل شرط مناقض لمقتضى العقد باطلاً، وهو اتجاه الفقهاء المالكية والحنابلة، ويصح بمقتضاه الشرط إذا لم يكن مناقضاً لمقتضى العقد. وطالما كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد، أي لغايته الأساسية، أو للالتزامات الجوهرية الناشئة عنه، فإنه يعد صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية، لذا يمكن أن نستنتج، ومن مفهوم المخالفة، بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يبطل إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد، فيلغو الشرط ويصح العقد. وجدير بالذكر فإن دور القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لمقتضى العقد يبرز بوضوح في العقود التي يكون جوهرها التزاماً أساسياً أو جوهرياً واحداً فيبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد كعقد الوديعة، والذي يعد التزام الوديع فيه بالمحافظة على الوديعة بمثابة الالتزام الجوهري الناشئ عنه.

(١) يرى جانب من فقه القانون المدني العراقي بأن المشرع العراقي استمد الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي في حين استمد الفقرة الثانية من نفس المادة من الفقه الغربي، لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ٤١٨.
(٢) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص ٥٤٩.
(٣) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٤٢٩.
(٤) علي هادي علوان، مصدر سابق، ص ١٣٩.
(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٧٢.

المبحث الخامس

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونيين العراقي والمصري من حيث القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

لا تبدو الجدوى من وراء الدراسات المقارنة واضحة دون القيام بعقد مقارنة فعلية بين القوانين المقارنة موضوع الدراسة لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها. والفهم المعمق لأي قانون لا يتحقق إلا عن طريق دراسته ثم مقارنته بغيره من القوانين، كما يساعد على دقة صياغة التشريعات الوطنية عن طريق الاستفادة من التشريعات الأجنبية واقتباس النظم القانونية التي تلائم بيئة المشرع الوطني⁽¹⁾، لذا سنحاول في هذا المبحث إجراء مقارنة بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وبين موقف القانونيين العراقي والمصري من جهة أخرى من حيث القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونيين العراقي والمصري في المسائل الآتية:

١- تتشابه القوانين الثلاثة من حيث الدور الذي لعبه التشريع في تنظيم القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فعلى الرغم من أن أصل القيود المفروضة على هذا الشرط في القانون الإنكليزي يرجع إلى قانون الأحكام العام (Common Law)، والذي هو قانون عرفي غير مكتوب، ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية⁽²⁾، إلا أن التشريعات الإنكليزية لعبت دوراً كبيراً في تنظيم هذا الشرط، ومن أبرزها تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وتشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥، أضف إلى ذلك لوائح بنود عقد المستهلك غير المنصفة لعام ١٩٩٩. كذلك الحال بالنسبة إلى القانونيين العراقي والمصري فقد لعب القانونان المدنيان العراقي والمصري دوراً كبيراً في تنظيم القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فضلاً عن بعض القوانين الخاصة الأخرى.

(1) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٩.
(2) Robert Duxbury, op. cit , P.41.

٢- يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين العراقي والمصري من حيث بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الإصابة الشخصية أو الضرر الجسدي.

٣- يتشابه موقف قانون الأحكام العام وتشريع حقوق المستهلك الإنكليزيين مع موقف الفقرة الثانية من المادة (٢٦٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ من حيث وجوب كتابة ووضوح شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، في حيث لم ينص القانون العراقي على ذلك.

٤- يتشابه مبدأ أو قيد تفسير البند التعاقدى ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه في القانون الإنكليزي مع قيد تفسير الشك في عقود الإذعان في مصلحة الطرف المدعى (الضعيف) دائماً كان أم مديناً في القانونين العراقي والمصري، من حيث أن كليهما يؤدي نفس الوظيفة وهي التفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة الطرف القوي المتمسك به^(١). على الرغم من اختلافهما من حيث نطاق التطبيق، فالمبدأ المعمول به في القانون الإنكليزي يعد مبدأ عاماً يسري على الشرط المدمج في معظم أنواع العقود. في حين يقتصر القيد السالف الذكر في القانونين المدنيين العراقي والمصري على شروط الإذعان التعسفية المدرجة في عقد الإذعان.

٥- يتشابه القانون الإنكليزي مع القانونين العراقي والمصري من حيث درجة الخطأ الذي لايجوز للمدين التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عنه، فقد أخذ القانون الإنكليزي بمفهوم الإهمال الجسيم في حين أخذ القانونان المدنيان العراقي والمصري بمفهوم الفعل العمد أو الخطأ الجسيم، لأن الخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد^(٢).

٦- يتشابه شرط التعويض الناقل لمسؤولية المالك المؤجر للمعدات عن أعمال تابعه في القانون الإنكليزي مع جواز اشتراط المدين عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه في القانونين

(1) Martin A. Freym Essentials of Contract Law, Second edition, Cengage Learning, 2016, P.287. See also: Ewan McKendrick, op. cit , P.228.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص ٥٥١.

المدنيين العراقي والمصري، وذلك من حيث صدور الخطأ عن أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ إلتزامه، وليس عنه شخصياً.

٧- يتشابه القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال ببند جوهرى في القانون الإنكليزي مع القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لمقتضى العقد. من حيث أن كليهما يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزام الجوهري أو الأساسى للعقد، والذي تصل بجوهره ويمتد إلى جذوره^(١).

٨- كما يتشابه مبدأ عدم المساواة في القوة التفاوضية في القانون الإنكليزي كمتطلب من متطلبات معيار المعقولة لتقدير مدى معقولة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج في عقود المستهلك وإبطاله على أساس عدم معقولة الشرط الناجمة عن عدم المساواة في تلك القوة بين الطرفين مع مبدأ التفاوت في المركز الاقتصادي بين الطرفين في عقود الإذعان في القانونين المدنيين العراقي والمصري، مما يسمح للطرف القوي اقتصادياً بفرض شروطه التي لا تقبل المناقشة أو التفاوض على الطرف الضعيف. وبالتالي فإنه يجوز للقاضي، وعلى هذا الأساس، تعديل شرط الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منه، إذا كان تعسفياً^(٢).

٩- يضطلع شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي بوظيفة تحديد نطاق التزام الطرف المستفيد منه، ويعرف بالشرط المحدد للالتزام، فضلاً عن وظيفته المعتادة في استبعاد مسؤولية ذلك الطرف، ويمكن لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في ظل القانونين العراقي والمصري أن يضطلع بنفس هذه الوظيفة، ففي الإلتزام بنتيجة مثلاً يكون المدين مسؤولاً عن فعله العمد وعن أي خطأ يرتكبه سواء أكان جسيماً أم يسيراً أم تافهاً، وعن فعله المجرد من أي خطأ، فإذا تم تخفيف مسؤوليته بإعفائه من المسؤولية الناجمة عن فعله المجرد من الخطأ، فإن

(1) Mindy-Chen Wishart, op. cit , P.398.

(2) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٦٨.

التزامه بتحقيق نتيجة ينقلب إلى التزام ببذل عناية، وقد يستمر التدرج في الإعفاء من المسؤولية فيشمل الخطأ التافه ثم الخطأ اليسير^(١).

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر، فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وبين موقف القانونين العراقي والمصري من جهة أخرى:

١- إن أصل القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي هو أصل عرفي وقضائي يرجع إلى قانون الأحكام العام (Common Law) الإنكليزي^(٢)، أما في القانونين العراقي والمصري فإن القيود ذات أصل تشريعي^(٣).

٢- لا يعرف القانون الإنكليزي قيد الغش أو الخطأ الجسيم المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عنهما، في الوقت الذي أخذ فيه القانونان المدنيان العراقي والمصري بهذا القيد، على الرغم من أن السوابق القضائية الإنكليزية أفرزت ما يعرف بالإهمال الجسيم في قانون الأحكام (Common Law) والذي يعادل الخطأ الجسيم في قوانين الدول التي تأخذ بنظام القانون المدني (Civil Law) كالعراق ومصر.

٣- يتضمن تشريعاً بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وحقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ الإنكليزيين نوعين من القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، الأول يبطله إبطالاً مباشراً والثاني يخضعه لمتطلبات معياري المعقولة أو الإنصاف، والذين يقرر القاضي بمقتضاها ما إذا كان ينبغي إبطال الشرط أو نفاذه، والذي هو بمثابة إبطال غير مباشر يعتمد على مدى استيفاء الشرط لمتطلبات معياري المعقولة أو الإنصاف^(٤). أما في القانونين العراقي والمصري فإن القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية تبطله إبطالاً مباشراً

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٥٥٣.

(٢) Catherin Elliott & Frances Quinn, op. cit, P.150.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٥٤٩.

(٤) Paul Richards, op. cit, P.139. See also: Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. cit, P.208.

فحسب، بعده كأن لم يكن، وبحيث لا يرتب أي أثر قانوني، ولا مجال لإخضاعه لمعيار المعقولة أو الإنصاف.

٤- نظم القانون الإنكليزي شرطي الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تخفيفها. ولم ينظم شرط تشديد المسؤولية^(١)، أما القانونان المدنيان العراقي والمصري فقد نظما جميع الأنواع الثلاثة للاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بتشديدها أو تخفيفها أو بالإعفاء منها، إذ قضت المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي و (٢١٧) من القانون المدني المصري بجواز الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها، ويجوز التخفيف منها أيضاً ومن باب أولى^(٢).

٥- يختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف القانونين المدنيين العراقي والمصري من حيث أن تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يتم في القانون الإنكليزي ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه وهو المدين، وذلك كأصل عام، أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فإن الأصل هو أن يفسر الشك في مصلحة المدين.

٦- يفرق تشريع بنود العقد غير المنصفة الإنكليزي لعام ١٩٧٧ فيما يخص القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال بين نوعين من القيود^(٣): الأول يغطي شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الموت أو الإصابة الشخصية. فيما يغطي الثاني شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الأضرار الأخرى غير الموت أو الإصابة الشخصية. في حين لم يتضمن القانونان المدنيان العراقي والمصري أصلاً مثل هذا التصنيف للقيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولم يفرقا بين شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الموت أو الإصابة الشخصية وبين ما دون ذلك من الأضرار. إلا أن الفقرة الأولى من المادة (٢٦٤) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ أبطلت كل

(1) Ewan McKendrick, op. cit, P.227.

(2) د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٢٢٢. ينظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٣٠٣. و د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٧١.

(3) Paul Richards, op. cit , P.141, 143.

اتفاق يقضي بإعفاء الناقل من الالتزام بضمان سلامة الراكب، وبالتالي شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الالتزام. فيما أجازت الفقرة الأولى من المادة (٢٦٨) منه شرط إعفاء الناقل من مسؤوليته العقدية الناجمة عن التأخير أو الأضرار غير البدنية، ولم تفرض عليه أي قيد يبطله. أما نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة (١٠) من قانون النقل العراقي فقد جاء مطلقاً، والمطلق يجري على إطلاقه^(١)، فيسري القيد المبطل لشرط إعفاء الناقل من مسؤوليته العقدية الناجمة عن جميع أنواع الأضرار التي تصيب الراكب، سواء أكانت جسدية أم أدبية، أم ناجمة عن التأخير.

٧- يتضمن القانون الإنكليزي عدداً كبيراً من القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مقارنة بالقانونين العراقي والمصري واللذين لم ينظما سوى عدداً محدوداً منها.

٨- فرض قانون الأحكام العام الإنكليزي قيداً يقضي بإدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد، ويتم الإدماج بثلاث طرق هي: التوقيع على الوثيقة التعاقدية أو الإخطار أو مجرى التعامل السابق^(٢). وبالمقابل يخلو القانونان العراقي والمصري من الإشارة إلى مثل هذه الطرق، إلا أننا نرى بأن دلالة السكوت الملابس على القبول في القانونين المدنيين العراقي والمصري، عن طريق وجود تعامل سابق بين الطرفين. تصلح أيضاً للتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في العقود المبرمة في التعاملات السابقة، فطالما أن الظروف الملابس للسكوت تحمل معها دلالة القبول بالعقد^(٣)، فأنها يمكن أن تحمل معها أيضاً دلالة القبول بشرط الإعفاء من المسؤولية، ما لم يرفض الطرف الآخر ذلك إن لم تكن لديه نية القبول،

(١) د. محيي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ٤٧.

(٢) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit, P.151. See also: Neil Andrews, op. cit , P.396. and Tracey Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, op. cit , P.63.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٠٢. ينظر أيضاً: د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٦٥. و د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٧٢.

وهو ما يقترب من إدماج الشرط بالعقد عن طريق مجرى التعامل السابق في قانون الأحكام العام الإنكليزي.

٩- أخضع تشريعاً بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وحقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى قيد استيفاء متطلبات معياري المعقولة والإنصاف، ولا يوجد في القانونين العراقي والمصري مثل هذا القيد.

١٠- يمكن لشرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي أن يغطي المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني (Tort)، والذي يقصد به الخطأ التقصيري، فضلاً عن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد^(١)، أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري فإن شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يقع باطلاً، لأن الإعفاء منها يتعارض مع النظام العام^(٢)، ويصح الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الخطأ اليسير للمدين^(٣)، وعن الغش والخطأ الجسيم لأشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

١١- يختلف شرط التعويض الناقل للمسؤولية في القانون الإنكليزي عن شرط إعفاء المدين من مسؤوليته الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فالتكليف السليم لهذا الشرط في القانون الإنكليزي هو أنه شرط ناقل للمسؤولية من على عاتق المالك المتمسك بالشرط إلى عاتق الطرف المتعاقد الآخر، أما في القانونين العراقي والمصري فهو شرط إعفاء من المسؤولية العقدية، على الرغم من صدور غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته، ولا ينقل المسؤولية إلى المتعاقد الآخر، ولكنه يستبعد مسؤولية المدين^(٤).

١٢- على الرغم من تشابه شرط التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمعوض في القانون الإنكليزي مع شرط إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن

(١) Paul Richards, ibid, P.136.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٥٥٥. ينظر أيضاً: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، ج١، مصدر سابق، ص٢٥١.

(٣) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٦٤٠.

(٤) د. سليمان مرقس، المصدر نفسه، ص٦٤٣.

الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه في القانونين العراقي والمصري، من حيث أن كليهما هو شرط إعفاء من المسؤولية العقدية، ويصدر عن الغير الذي يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه، إلا أنهما يختلفان من حيث أن تابع المالك المدين يلحق ضرراً بالطرف المتعاقد الآخر في القانون الإنكليزي، والذي هو المعوّض (Indemnifier) نفسه، وغالباً ما يكون ذلك في عقد إيجار المعدات⁽¹⁾. أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فإن الشخص الذي يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه قد يلحق ضرراً بشخص آخر أجنبي تماماً عن العقد المبرم بين المدين المتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وبين الدائن، أو يلحقه بالدائن نفسه، أي بالطرف المتعاقد الآخر⁽²⁾. وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه يقترب من القانون الإنكليزي، إلا أنه لا يتحدد بعقد معين. كما أنهما يختلفان من حيث طريقة الإعفاء من المسؤولية، فبالنسبة إلى شرط التعويض في القانون الإنكليزي، يقوم المعوّض بتعويض المالك المتمسك بالشرط عن كل التعويضات التي يلتزم الأخير بتقديمها إلى الأول، والناجمة عن مسؤوليته (أي مسؤولية المالك تجاه المعوض)، أما طريقة الإعفاء من المسؤولية في القانونين العراقي والمصري فهي استبعاد المسؤولية عن التعويض، أي إعفاء المدين من مسؤوليته عن التعويض .

(1) Michael Furmston, op. cit, P.246.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٥٥١.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة، فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي بنداً من البنود التعاقدية، وقد تواتر قضاء المحاكم الإنكليزية على هذا التكيف القانوني، بحيث صارت السوابق القضائية التي فصلت في هذه المسألة جزءاً من قانون الأحكام العام.

٢- يصنف الفقه الإنكليزي بنود العقد من حيث أهميتها إلى ثلاثة أنواع هي الشروط والبنود الضامنة والبنود غير المسماة، ويختلف الأثر القانوني المترتب على التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاستبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة، فشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ليس بإمكانه استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالشرط، لأنه بند جوهرى مهم يمثل الغرض الرئيس من العقد، في حين يكون بإمكان شرط الإعفاء من المسؤولية استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالبند الضامن، لأنه من البنود الثانوية وليست الأساسية، ولا يتصل بجوهر العقد، أما قدرة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على استبعاد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالبند غير المسمى أو الوسيط، فإنه يعتمد على نوع الإخلال، فإذا كان جوهرياً، فإن البند الوسيط ينحو منحى الشرط، وإذا لم يكن جوهرياً، فإنه يكون أقرب إلى البند الضامن.

٣- يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي نوعاً من أنواع الشروط المقترنة بالعقد، أو الشروط التقييدية، أما القانون المدني المصري، فإنه لم ينظم الشروط المقترنة بالعقد، لذا فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يعد فيه اتفاقاً على تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق إعفاء المدين منها.

٤- فرض قانون الأحكام العام الإنكليزي نوعين رئيسيين من القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وهما قيد إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية بالعقد، وقيد تفسيره ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه، فضلاً عن قيود أخرى أقل أهمية من هذين القيدتين الرئيسيين.

٥- يصنف قيد إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد إلى ثلاثة أنواع هي: الإدماج عن طريق التوقيع والإخطار ومجرى التعامل السابق.

٦- ينطوي قيد تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ضد مصلحة منشئه أو المستفيد منه على نوعين مهمين من التطبيقات لهذا القيد، واللذين يعدان تجسيداً للتفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية وهما: مبدأ تفسير البند الجوهري للعقد، أو ما يعرف بمبدأ الإخلال الجوهري، ومبدأ تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال.

٧- تصنف القيود التشريعية المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي إلى نوعين بارزين هما: القيود المفروضة بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧، والقيود المفروضة بمقتضى تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥.

٨- يفرض تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ والقيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بطريقتين: الأولى هي القيود المبطلّة للشرط إبطالاً مباشراً، والثانية هي القيود التي تخضع الشرط لمتطلبات معيار أو اختبار المعقولة، وكذلك الحال بالنسبة إلى تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ والذي يفرض القيود على شرط الإعفاء بطريقتين: الأولى هي القيود المبطلّة للشرط إبطالاً مباشراً والثانية هي القيود التي تخضع الشرط لمتطلبات معيار أو اختبار الإنصاف.

٩- من أبرز القيود المبطلّة لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إبطالاً مباشراً بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ هي: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة

الشخصية، و ضمانات سلع المستهلك المبطله لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، والتعهدات الضمنية المتعلقة بنقل ملكية البضائع ووصفها.

١٠- من أهم الشروط التي تخضع لقيد الإبطال على أساس عدم استيفاء متطلبات معيار المعقولة بمقتضى تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ هي : شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى أضرار أخرى غير الموت أو الإصابات الشخصية، و شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالعقد، و شرط التعويض غير المعقول و الشرط المحدد للواجب أو الالتزام، و شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالبند الضمني المدمج تشريعياً في عقد بيع البضائع أو البيع الإيجاري لها، و شرط استبعاد المسؤولية الناجمة عن التصوير غير الحقيقي أو التخفيف منها.

١١- يفرض تشريع حقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ نوعين من القيود على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية: الأول هو القيد المبطل لشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية. و قيد اخضاع البند التعاقدى المدرج في عقد المستهلك أو إخطار المستهلك لمتطلبات معيار أو اختبار الإنصاف.

١٢- من أبرز القيود التي فرضها القانونان العراقي والمصري على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هي: القيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم، والقيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية التعسفي المدرج في عقود الإذعان، و قيد تفسير الشك في عقود الإذعان في مصلحة الطرف المدعى (الضعيف)، والقيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لعدم كتابته أو وضوحه، والقيد المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لمقتضى العقد.

١٣- وأخيراً توصلت الدراسة إلى استنتاج مؤداه أن السبب المباشر وراء تعدد وتنوع القيود المفروضة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون

الإنكليزي يمكن أن يعزى إلى أمرين: الأول هو مرونة النظام القانوني الإنكليزي المتمثل بقانون الأحكام العام، والاعتماد على مبدأ السوابق القضائية، والذي أطلق يد القضاة الإنكليز في ابتكار وفرض الكثير من القيود على هذا الشرط، وبما يتلائم مع ظروف كل قضية، ولغرض تحقيق العدالة والإنصاف والمعقولة، ولاسيما في ظل التطورات الهائلة التي أفرزتها الثورة الصناعية، والتي ألفت بظلالها على النظام القانوني الإنكليزي، فضلاً عن الرغبة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية غير المنصفة، والثاني الخطوات التشريعية الكبيرة المتخذة لمواكبة التطور التقني الهائل ولاسيما في نهاية القرن الماضي ومطلع القرن الحالي .

ثانياً: التوصيات: بعد الإنتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة

فأننا نقترح التوصيات الآتية:

١- نقترح على المشرعين العراقي والمصري الاستفادة من اسلوب إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد عن طريق مجرى التعامل السابق بين الطرفين الذي تبناه قانون الأحكام العام الإنكليزي، حتى وإن لم يتم إدراج الشرط في العقود اللاحقة، أو لم يطلع عليه الطرف الآخر غير المستفيد منه، أو كانت العقود اللاحقة شفوية، وعليه فأننا نقترح النص الآتي على المشرعين العراقي والمصري: (إذا أبرم الطرفان في مجرى تعاملهما السابق عقداً أدمج فيه شرط للإعفاء من المسؤولية العقدية بطريقة معقولة أو بإخطار يسترعي انتباه المتعاقد غير المستفيد منه، واستمرت سلسلة المعاملات بين الطرفين، فإنه يمكن للمحكمة استخلاص هذا الشرط من المعاملات اللاحقة على أساس مجرى التعامل السابق، ويعد سكوت ذلك الطرف قبولاً ليس بالعقود اللاحقة فحسب ولكن بما تتضمنه من شروط للإعفاء من المسؤولية العقدية حتى وإن لم يطلع ذلك الطرف على الشرط، أو كانت العقود اللاحقة شفوية).

٢- ونقترح على المشرعين العراقي والمصري الاستفادة من متطلبات معياري المعقولة والإنصاف للذين نص عليها تشريعاً بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ وحقوق المستهلك لعام ٢٠١٥ الإنكليزيين، بحيث يتوقف سريان أثر شرط

الإعفاء من المسؤولية العقدية على استيفائها، وعليه فأنا نقترح النص الآتي: (١- لا يسري أثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ما لم يكن معقولاً ومنصفاً. ٢- تأخذ المحكمة المعايير الآتية بنظر الاعتبار عند تقدير متطلبات معقولة الشرط: أ- الظروف الملائمة للشرط وقت إبرام العقد. ب- درجة وضوح الشرط وشفافيته. ج- مدى المساواة بين الطرفين المتعاقدين في المركز الاقتصادي. د- مدى تغطية الشرط للمسؤولية عن أنواع مختلفة من الأضرار. هـ- مدى المنفعة التي يحصل عليها الطرف المستفيد من الشرط. ٣- تأخذ المحكمة المعيارين الآتين بنظر الاعتبار عند تقدير متطلبات إنصاف الشرط: أ- مدى اتفاق الشرط مع مبدأ حسن النية. ب- مدى تسبب الشرط في حدوث إختلال توازن خطير في حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة).

٣- كما نقترح على المشرعين العراقي والمصري الاستفادة من الاسلوب الذي تبناه قانون الأحكام العام الإنكليزي الخاص بالإدماج الضمني لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد عن طريق مجرى التعامل العام المتمثل بوجود عرف مهني، وليس عن طريق مجرى التعامل السابق بين الطرفين المتعاقدين، إذا لم يكن هناك تعامل سابق بينهما، أو حتى عند قيام الطرف المستفيد من الشرط بتقديم إخطار يسترعي انتباه الطرف الآخر إلى وجود الشرط وقت إبرام العقد، وعليه فأنا نقترح النص الآتي: (للمحكمة أن تعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مدمجاً ضمناً بالعقد، على الرغم من عدم وجود تعامل سابق بين الطرفين، أو إخطار كافي يسبق إبرام العقد).

٤- نقترح على المشرعين العراقي والمصري إضافة نص صريح يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن موت الطرف الآخر غير المستفيد من الشرط أو تعرضه لإصابة جسدية، ونقترح النص الآتي: (يقع باطلاً كل شرط يعفي المدين من مسؤوليته العقدية الناجمة عن موت الدائن أو تعرضه لإصابة جسدية).

٥- ونقترح على المشرعين العراقي والمصري إضافة نص آخر يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المناقض لمقتضى العقد أو لأحد الالتزامات الجوهرية أو الأساسية المترتبة عليه، لذا نوصي الأخذ بالنص الآتي: (يقع باطلاً كل شرط مناقض لمقتضى العقد يعفي المدين من أحد الالتزامات الجوهرية المترتبة على العقد).

٦- كما نوصي المشرعين العراقي والمصري الاستفادة من قيد التعهد الشفهي المبطل لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، الذي أخذ به قانون الأحكام العام، شريطة أن يصدر عن الطرف المستفيد من الشرط تعهد صريح يتعارض مع ذلك الشرط، لذا نقترح النص الآتي: (يسري أثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدمج بالعقد بطريقة معقولة أو بإخطار يسترعي إنتباه الطرف الآخر، ما لم يقدم الطرف المستفيد من ذلك الشرط تعهداً شفهيّاً صريحاً وقت إبرام العقد يتنازل بمقتضاه عن الشرط).

٧- ونوصي المشرعين العراقي والمصري الاستفادة من أسلوب إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بالعقد عن طريق الإشارة أو الإحالة إلى لوائح أو جداول خاصة أو لوحات إعلانية، والذي تبناه قانون الأحكام العام الإنكليزي، وعد تلك الإحالة إخطاراً كافياً لاسترعاء إنتباه الطرف الآخر غير المستفيد من الشرط إلى وجوده، شريطة أن تكون تلك الإحالة على درجة معقولة من الوضوح والشفافية، وذلك للحيلولة دون زيادة حجم الوثيقة التعاقدية وعلى نحو غير مبرر، وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مدمجاً بالعقد، حتى وإن لم يرد في الوثيقة التعاقدية التي وقع عليها الطرف غير المستفيد من العقد، إذا أحالت تلك الوثيقة إلى لوائح أو جداول خاصة أو لوحات إعلانية تضمنت ذلك الشرط، وتعد الإحالة إخطاراً كافياً يسترعي إنتباه الطرف الآخر غير المستفيد من الشرط إلى وجوده، شريطة أن تكون على درجة معقولة من الوضوح والشفافية).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

أ- الكتب القانونية:

- ١- د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ٢- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٦.
- ٣- د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٧٠.
- ٤- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٥- د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٦- د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ٧- د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.
- ٨- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٩- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.
- ١٠- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، دون مكان طبع، ١٩٩٢.
- ١١- د. سمير عبد السيد تناغور، عقد البيع، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٥.

- ١٢-د. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢.
- ١٣-د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٤-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٥-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٦-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
- ١٧-د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠.
- ١٨-د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ١٩-د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

- ٢٠- د. عدنان إبراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- ٢١- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ٢٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، البيع والإيجار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
- ٢٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.
- ٢٤- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٢٥- د. مجيد حميد العنبيكي، قانون النقل العراقي، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.
- ٢٦- د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، منشورات جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٧- د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥.
- ٢٨- د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٩- د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٩.
- ٣٠- د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

- ٣١-د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، اتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية، الشرط الجزائي والتأمين من المسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
- ٣٢-د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات، جامعة بغداد، ١٩٨٧.
- ٣٣-مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤.
- ٣٤-د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦.
- ٣٥-د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- ٣٦-د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- ٣٧-د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- ب- الرسائل والأطاريح الجامعية:
- علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠.
- ج- مجموعة أحكام القضاء:
- ١- سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢.
- ٢- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثاني، مصادر الالتزام-آثاره، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦.

٣-د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثالث، الإثراء بلا سبب-الفضالة، القانون، آثار الالتزام، أوصاف الالتزام، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦.

د- القوانين:

١- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٤- قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤.

٥- قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية:

First: Books:

1-Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, Atiyah's Introduction To The Law Of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005.

2-Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Seventh edition, Pearson, Longman, 2009.

3-Edwin Peel and .G. H. Treitel , Treitel on The Law of Contract, Twelfth edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010.

4-Ewan McKendrick, Contract Law, Sixth edition, Palgrave Macmillan, 2005.

5-Guest, Anson's Law of Contract, 26th edition, Oxford University Press, 1984.

6-Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th edition, Oxford University Press, 2016.

7-Jill Poole , Contract Law, Concentrate, Second edition, Oxford University Press, 2015.

8-John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second edition, Hart Publishing Ltd, 2013.

- 9-John Wilman, Brown: GCSE Law, Ninth edition, Sweet & Maxwell, 2005.
- 10-Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, The Law of Contract, Seventh edition, Oxford University Press, 2010.
- 11-Martin A. Frey, Essentials of Contract Law, Second edition, Cengage Learning, 2016.
- 12-Mary Charman, Contract Law, Fourth edition, Willan Publishing, 2007.
- 13-Michael Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's, Law of Contract, Fifteenth edition, Oxford University Press, 2007.
- 14-Mindy-Chen Wishart, Contract Law, Fourth edition, Oxford University Press, 2012.
- 15-Neil Andrews, Contract Law, Second edition, Cambridge University Press, 2015.
- 16-Paul Richards, Law of Contract, Fourth edition, Financial times, Pitman Publishing, 1999.
- 17-Richard Stone and James Devenney, The Modern Law of Contract, Eleventh edition, Routledge, 2015.
- 18-Robert Duxbury, Nutshells Contract Law, Fifth edition, Sweet & 9
- 19-Robert Hillman, Principles of Contract Law, (Concise Hornbook) Thomson, West, 2004.
- 20-Tracy Hough and Kathrin Kühnel-Fitchen, Optimize Contract Law, Second edition, Routledge, 2017.

Second: Briefing Papers and Studies:

- Lorraine Conway, Consumer Rights Act 2015, Briefing Paper, House of Commons Library, 2015.

Third: Statutes

- 1- Consumer Rights Act 1979.
- 2- Public Passenger Vehicles Act 1981.
- 3- Sale of Goods Act 1979.
- 4- The Consumer Credit Act 1974.
- 5- The Road Traffic Act 1960.
- 6- Unfair Contract Terms Act 1977.

تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في مسؤوليته المدنية عن الضرر وفقاً للتشريع الإماراتي

محمد عبد السلام أحمد عمر
كلية القانون - جامعة الشارقة
الشارقة - دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص البحث:

إن الاستعانة بالخبراء في القضايا المتنوعة أمر شائع لتوقف الفصل في كثير من النزاعات على آراء مختصين فنيين يزودون المحاكم بها بتكاليف منها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الأطراف، ومع كثرة اللجوء إلى الخبرة كوسيلة إثبات في النزاعات ذات الطابع الفني التي لا يلم القضاة بها لغايات الفصل فيها، زادت أخطاؤهم وظهرت تجاوزاتهم التي ألحقت ضرراً واضحاً تنشأ عنه المسؤولية المدنية بتوافر شروطها، لكن قد تقوم موانع تحول دون نشوء المسؤولية المدنية على الخبير القضائي كأن يصدر قرار في الشكوى أو الدعوى الجزائية المقامة ضده يحوز حجية لدى القاضي المدني الذي تعرض عليه دعوى المسؤولية المدنية بسبب الضرر، وفي حالات أخرى يبقى القاضي المدني في حل من الحكم الجزائي الصادر بالإدانة أو البراءة، فيحكم بمعزل عنه بالتعويض أو يرفض الحكم به، ويعني ترابطاً بين مقاضاة الخبير القضائي جزائياً لارتكابه جرمًا أو مخالفة يعاقب عليها قانون العقوبات وغيره، ومقاضاته مدنياً للضرر الحاصل من سلوكه، مما اقتضى تناول مظاهر هذا الترابط وحالاته وأثره على صعيد الحكم المدني المترتب على القرار الصادر بحقه في الشكوى أو الدعوى الجزائية، خاصة أن القاضي المدني ملزم بوقف السير في الدعوى حتى الفصل في الدعوى الجزائية غير المفصولة أثناء النظر في الدعوى المدنية، لاحتمال اكتساب الحكم الجزائي المرتقب حجية يجب على القاضي المدني مراعاتها، وهو يختلف عن حالة النظر في التعويض من خلال الادعاء بالحق المدني بالتبعية للدعوى الجزائية لاختلاف أحكام كل منهما.

وخلص الباحث إلى أهمية تجنب ترجيح كفة الخبراء القضائيين، وتسريع إجراءات مقاضاتهم وتنفيذ العقوبات بحقهم والإفادة من سجلات الخبراء التي نص المشرع على إيجادها، لمعرفة العائدين إلى ممارساتهم الضارة، ومعرفة درجة الجسامة والعود والضرر الحاصل لتحديد الجزاء الأنسب مع التدرج في فرض الجزاءات من أدنى إلى أعلى لتحقيق التقويم والردع بنشر القرارات والأحكام، وتوضيح رسالة الدولة بأنها تجدّ في تحقيق العدالة ومراقبة صحة تطبيق قوانينها، كذلك الإشراف على توعية وإرشاد الوكلاء محامين ومستشارين قانونيين وقضاة

للإمام بتجاوزات بعض الخبراء القضائيين وكيفية التعامل معها والإبلاغ عنها ومخاطبة الجهات المختصة، وتوعية الخبراء وتدريبهم للتقيد بالقانون وقواعد الخبرة.
المقدمة:

على الرغم من أن المشرع الإماراتي نظم الخبرة بأحكام وضبط أعمالها وحدد لها حدوداً وهدفاً، وأسند لمحكمة الموضوع سلطة الاستعانة بالخبرة وتحديد مهام الخبير وقبول عمله، إلا أن واقع الخبرة يشهد تجاوزات ومخالفات وتقصير يشهده الخصوم أو وكلاؤهم مثلما تستخلص من بعض الأحكام القضائية ومنها السوابق القضائية، وهو واقع يؤدي إلى آثار سلبية كترجيح طرف على طرف آخر محاباةً وبعداً عن النزاهة ومجانبةً العدالة، مما يدفع أحياناً إلى اتخاذ إجراء بحق الخبير القضائي وصولاً إلى محاكمته جزائياً أو مفاضته مدنياً أو حفظ الأوراق.

ولقد فطن المشرع الإماراتي إلى واقع الخبرة الذي لا ينسجم وإرادة المشرع فأعاد تقنين أحكام الخبرة بالقانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، وتلته اللائحة التنفيذية رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ للقانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، وتناول به تفاصيل أحكام مزاولة الخبراء القضائيين أعمال الخبرة القضائية، فبين واجباتهم والتزاماتهم وكيفية وإجراءات مفاضاتهم ابتداء بالإبلاغ عنهم والشكوى ضدهم، كذلك الجزاءات المفروضة عليهم في حال إدانتهم وثبوت تجاوزاتهم، ومن ناحية أخرى بقيت القواعد العامة المنظمة لممارسات الخبراء القضائيين من ناحية ما ينجم عنها سارية تحكم مسؤوليتهم في حال توافرت شروطها وغابت موانعها، ثم أجرى المشرع تعديلاً في قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ بتطبيق أحكام عدم صلاحية القضاة وردهم ومخاصمتهم وتأديبهم الواردة في القانون المذكور وقوانين السلطة القضائية على الخبراء من خلال مرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧.

ومما سبق يتبين أن مؤاخذة الخبير القضائي بمناسبة عمله أو بسببه تنظمه أحكام قانونية خاصة تعالج مهنة الخبرة القضائية إلى جانب القواعد العامة بقانون

المعاملات المدنية، على نحو تختلف معه الجهات المختصة بالنظر في مدى مسؤولية الخبير القضائي، وهي وزارة العدل والنيابة العامة والقضاء المدني، مما يؤدي إلى اتخاذ إجراءات معينة بحق الخبير تؤثر فيما يتخذ بحقه بعدها، من خلال الحكم بمسؤوليته المدنية عن الضرر الذي يحدثه من عدمه.

أهمية وأهداف البحث:

يحاول الباحث من تناوله الموضوع بيان تأثير مسؤولية الخبير القضائي عن الضرر الحاصل من ممارساته أثناء أو بسبب تنفيذه مهام الخبرة القضائية بالإجراءات التي سبقت تسجيل دعوى المسؤولية المدنية ضده وما تؤول إليه من حكم معين، مما يدفع إلى الأخذ بعين الاعتبار أهمية الإجراءات المتخذة بحق الخبير القضائي لغايات تقرير مسؤوليته فيما بعد من خلال مقاضاته بدعوى الضمان المنفصلة عن الدعوى الجزائية التي يجوز المطالبة بالتعويض من خلالها ضمن شروط محددة قد لا تتوافر أحياناً، وهو عامل يساعد في دفع المتضرر إلى التركيز على سلامة إجراءات مقاضاته الخبير القضائي منذ البداية قبل مقاضاته بدعوى المسؤولية المدنية، ومتابعته شكواه أو دعواه للتزود بقرار إيجابي يستند إليه لاحقاً، والتحقق من مركزه القانوني كمتضرر يحق له تقاضي التعويض من عدمه وكشف الأسباب التي يعتمد عليها وتحضير الأدلة ومراعاة الاختلاف بين شروط المسؤولية الجزائية وشروط المسؤولية المدنية ومدى الترابط بين الإدانة أو البراءة والإلزام بالتعويض من عدمه، ومن ثم اتخاذ الخطوة المتمثلة بتسجيل دعوى المسؤولية المدنية ضد الخبير القضائي، خاصة في حال عدم توافر شرط المطالبة بالتعويض من خلال الدعوى الجزائية وبالتبعية لها.

مشكلة البحث:

نظراً لتنظيم المشرع الإماراتي بالإثبات بالخبرة ووضع ضوابط لممارستها وتنظيم عمل القائمين عليها كالخبراء، بما يفترض أن يكفل الحقوق ويحقق العدالة قدر الإمكان، وفي ضوء استمرار ممارسات بعض الخبراء القضائيين وإعدادهم تقارير خبرة خاطئة تقبل بها المحاكم أحياناً أو غالباً، مما يجلي أهمية العلاقة بين

التشريع والواقع وأداة التشريع لتنظيم الواقع بأحكام سنّها المشرع من خلال تطبيقها من قبل المحاكم، وصولاً إلى معرفة مواطن الثغرات إن كانت في التشريع أو تطبيق نصوصه أو فاعلية الرقابة والمتابعة، لذلك تجلبت أهمية معرفة سبب المشكلة وتحديد آثارها السلبية لخلق الدافع لحلها، وهو يشمل دور أصحاب العلاقة كالخبير القضائي لدوره الواضح في انحراف المحاكمة وحصول الضرر، بما يبرر تناول مسؤوليته المدنية في ظل التشريع الإماراتي الذي نظمها بعدة نصوص وردت في عدة قوانين عدلها بشأن تنفيذ الخبير القضائي مهامه ومقاضاته، مما يدفع إلى الإجابة على الأسئلة التالية:-

١- ما هي الأحكام القانونية الخاصة والمستحدثة في التشريع الإماراتي التي نظمت مقاضاة الخبير القضائي جزائياً والجهات المختصة بها، والأحكام المعدلة بمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

٢- ما هي العلاقة بين مقاضاة الخبير القضائي جزائياً لإدائته ومقاضاته مدنياً لإلزامه بسداد التعويض عن الضرر الحاصل منه.

٣- مدى تأثير الإجراءات الجزائية المتخذة بحق الخبير القضائي في تقرير مسؤوليته المدنية أمام القضاء المدني أو القاضي الجزائي الذي ينظر في الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية عن سداد التعويض للمتضرر.

منهجية البحث:

يتناول الباحث الموضوع بالوصف والتحليل مبيناً أهم أحكام قانون الخبرة النافذ والتعديل الحديث بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المنوه إليه، ويشير الباحث إلى الواقع بالتركيز على القضايا وقرارات المحاكم الصادرة فيها محاولاً الوقوف على سبب الفجوة بين مراد المشرع والواقع الذي نظمته بتطبيق الفضاة أحكامه، بما يساعد في استخلاص النتائج وتقديم المقترحات لإجراء التعديل المطلوب.

خطة البحث:

يتناول الباحث أهم الأحكام القانونية الخاصة والمستحدثة لتنظيم الخبرة للوقوف على ما يصلح سبباً للشكوى ضد الخبير القضائي قبل تسجيل الدعوى المدنية ضده وإجراءات الشكوى من تسجيل ومتابعة واستماع للدفاع وإثبات، والوقوف على مآل الشكوى من ناحية القرار سواء الإدانة أم البراءة أم حفظ الأوراق، والأحكام المعدلة بشأن تطبيق أحكام عدم صلاحية القضاة وردهم ومخاصمتهم ومسؤوليتهم التأديبية والتفتيش على أعمالهم على الخبراء بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المنوه إليه، مما يجلي العلاقة بين القضاء الجزائي والقضاء المدني بشأن مسؤولية الخبير القضائي عن الضرر، ثم يتناول الباحث تأثير الشكوى المقدمة ضد الخبير القضائي في استصدار حكم يلزمه بالتعويض سواء من قبل القاضي الجزائي الذي ينظر في الدعوى الجزائية والادعاء بالحق المدني أم القاضي المدني الذي ينظر في دعوى المسؤولية المدنية عن الضرر بشكل منفصل عن الدعوى الجزائية من خلال الخطة التالية:-

المبحث الأول: أسباب الشكوى ضد الخبير القضائي في ظل قانون الخبرة الإماراتي النافذ.

المبحث الثاني: إجراءات الشكوى ضد الخبير القضائي وتأثيرها في استصدار حكم مدني يلزمه بالتعويض عن الضرر.
الخاتمة، وفيها أبرز نتائج البحث والتوصيات.

المبحث الأول

أسباب الشكوى ضد الخبير القضائي في ظل قانون الخبرة الإماراتي النافذ

بالنظر في التشريع الإماراتي المنظم للخبرة، نلاحظ أن المشرع ارتأى تنظيم الخبرة بقانون مستقل هو القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية^(١)، وتلاه قرار مجلس الوزراء رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية^(٢)، ثم القرار الوزاري رقم ١١٦ صادر بتاريخ: ٢٠١٥/٣/٣٠م بشأن ميثاق عمل الخبراء الفنيين^(٣)، بجانب بعض التشريعات المحلية^(٤) والتشريعات الاتحادية^(٥) التي كان آخرها المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م^(٦)، بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢^(٧)، والذي نظم بعض أحكام الخبرة ومنها عدم

(١) نشر في الجريدة الرسمية- العدد (٥٤٢)- السنة ٤٢، ص: ٦٧-٧٦، وانظر المحامي راني صادر والمحامي نجيب عبد النور، صادر من التشريع والاجتهاد في الإمارات العربية المتحدة، الإثبات، المنشورات الحقوقية صادر، الناشر صادر ليغال ببلينغ ش ذ م م، دبي، طبعة أولى ٢٠١٧م، ص: ٢٤٥-٢٥٠، وانظر الخبرة في ضوء أحكام النقض (الجزء الأول) الصادرة عن دائرة القضاء في أبوظبي، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص: ٨.

(٢) نشر القرار في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة- العدد (٥٥٩)، السنة ٤٤، في: ٢٠١٤/١/٣٠م، ص: ١٣٥-١٤٥.

(٣) نشر القرار في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة- العدد (٥٧٨)، ص: ٦٢٥، المحامي راني صادر وزميله، مرجع سابق، ص: ٢٥١-٢٥٣.

(٤) ومثالها القرار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٨م بشأن إنشاء إدارة شؤون الخبراء في دائرة القضاء في أبوظبي واللائحة المنظمة لعملها وتشكيل لجنة شؤون الخبراء، وصدر القرار عن سمو الشيخ منصور بن زايد آل نهيان بصفته رئيس دائرة القضاء في أبوظبي، بتاريخ: ٢٠٠٨/٢/١٦م، نقلاً عن الانترنت بدون نشر رقم القرار، انظر موقع وكالة أنباء الإمارات على الانترنت، تاريخ الزيارة: ٢٠٠٨/٢/١٦م، <http://wam.ae/ar/print/1395237757583>، وقرار رئيس دائرة القضاء رقم (١٠) لسنة ٢٠١٥م بشأن مدونة سلوك الخبراء، وتم نشره بالجريدة الرسمية، الصادرة عن الأمانة العامة للمجلس التنفيذي لإمارة أبوظبي- السنة الرابعة والأربعون، العدد (٣)، في ٣١ مارس عام ٢٠١٥م، ص: ٢٣-٣١، وانظر مجلة شؤون قضائية، مجلة فصلية تصدر عن دائرة القضاء- أبوظبي، العدد (٨) أبريل عام ٢٠١٥م، ص: ٥، ٨، ٩.

(٥) قانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، وتم نشر القانون بالجريدة الرسمية- العدد (٢٣٣) مكرر- السنة ٢٢، تاريخ: ١٩٩٢/١/٢٥م، ص: ٥٥.

(٦) <http://www.blicServices/LegislationDetails.jsf?ItemKey=0&> وأما ما يهمننا في البحث فهو النصوص المتعلقة بالخبرة ممثلة بالمادة (٣٠) مكرر الذي نصت المادة الأولى من المرسوم على إضافتها للقانون المعدل المنوه إليه، وتناولت المادة (٣٠) مكرر ما تعلق بالخبرة بالفقرة (١/ب)، والفقرة (٢).

(٧) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، العدد ٢٣٥ "عدد خاص"، مكرر السنة ٢٢، بتاريخ: ١٩٩٢/٣/٨م، ص: ٢٤١-٥، وتم تعديله بالقانون الاتحادي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م، وتم نشره بالجريدة الرسمية، السنة

صلاحية الخبراء وردهم ومخاصمتهم ومساءلتهم مسؤولية تأديبية أسوة بالقضاة،
محيلاً إلى قوانين السلطة القضائية^(١).

ولا شك أن بيان ما يصلح أسباباً للشكوى ضد الخبير القضائي ومقاضاته
أمر مهم لغايات تحديد تأثير الحكم الصادر في الشكوى المسجلة ضد الخبير القضائي
في الحكم بمسؤوليته المدنية عن الضرر من عدمه بناء على دعوى مدنية يقيّمها
لاحقاً، ومدى تأثير فهم القاضي الجزائي الشق الجزائي وأساس قضائه في حكمه في
الشق المدني في حالة تقديم المشتكي المضرور الادعاء بالحق المدني من خلال
دعواه الجزائية^(٢) وفقاً للمادة (٢٢) من قانون اتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار
قانون الإجراءات الجزائية^(٣)، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٥^(٤)،

٣٥ العدد (٤٤٠)، تاريخ: ٢٠٠٥/١٢/١٤م، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة التشريعات العربية- تاريخ
الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م-

<http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I=260500#7769376>، ثم تم التعديل
بالقانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤م، وتم نشره بالجريدة الرسمية، السنة ٤٤، العدد (٥٧٢)- تاريخ:
٢٠١٤/١١/٣٠م، المرجع ذاته، تاريخ الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م،

<http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I>

(١) قانون اتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية، وتم نشره في العدد (١٢٦) من
الجريدة الرسمية، السنة ١٣، ص: ٩، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة التشريعات العربية، المرجع
السابق، تاريخ الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م، <http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I>،
ومرسوم بقانون اتحادي ١١ لسنة ٢٠١٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في
شأن السلطة القضائية الاتحادية، وتم نشره في العدد (٦٠٤) من الجريدة الرسمية، السنة (٤٦)، تاريخ:
٢٠١٦/٩/٢٩م، المرجع السابق، تاريخ الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م-

<http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I>

(٢) إن الادعاء المدني أمام المحكمة الجزائية هو مطالبة بتعويض تنشأ عن فعل يشكل جريمة تتولد عنها
دعويان أولاهما دعوى حق عام للمجتمع تمثله النيابة العامة وثانيهما دعوى تعويض باسم المجني عليه، وهي
دعوى كاستثناء وخلاف الأصل المتمثل باقتصار ولاية المحاكم الجنائية على نظر ما تطرح أمامها من جرائم
جنائية، الدكتورة فتيحة محمد قوراري والدكتور غنام محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات
الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (معلقاً عليه بأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز
دبي)، وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٥، الأردن، الأفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الثانية،
٢٠١١م، ص: ٣٥٩-٣٦١، ٣٦٧-٣٧٥، ٣٧٧.

(٣) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، السنة ٢٢، العدد رقم (٢٣٩)، عدد خاص، بتاريخ: ١٩٩٢/٦/٢٩م،
ص: ٩.

(٤) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، السنة ٣٥، العدد رقم (٤٤٠)، عدد خاص، بتاريخ: ٢٠٠٥/١٢/١٤م،
ص: ١٣ وما يليها، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة التشريعات العربية، المرجع السابق، تاريخ
الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م،

<http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I>

والقانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦^(١)، كل ذلك لأهمية حجية الحكم الجزائي على القاضي المدني، لأن الحكم يتوقف على سلامة أسباب الشكوى وصحة الادعاء ضده والوقائع موضوع النزاع، ومدى توافر شروط إدانته وعلاقتها بتحقق شروط المسؤولية المدنية للخبير القضائي عن الضرر المتعلق بما نسب وأسند إليه بموجب الشكوى والدعوى الجزائية، مما يعني ترابطاً بين الحكم الجزائي الصادر والحكم المرتقب في دعوى المسؤولية المدنية المنتظرة، كما أن تعديل أحكام مسؤولية الخبراء لمساءلتهم وفقاً لأحكام مسؤولية القضاة وصلاحياتهم وردهم ومخاصمتهم كما وردت بقانون الإجراءات المدنية، وأحكام تأديبهم والتفتيش على أعمالهم كما وردت بقوانين السلطة القضائية بموجب الفقرة (٣) من المادة (٣٠) مكرر من المرسوم المشار إليه والصادر بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧ المذكور، يتطلب تطبيق حكم القانون المعدل وليس الحكم الوارد في تشريعات الخبرة.

وبالنظر فيما يصلح سبباً للشكوى ضد الخبير القضائي وفقاً للقانون، فهو ممارسته المخالفة للنص القانوني بمناسبة أو أثناء تنفيذ مهمة الخبرة، وتتمحور حول إخلاله بالشرف والأمانة بسلوك جرمي ينشأ عنه ضرر مباشر وليس عن الفعل الذي تختص به المحكمة المدنية^(٢)، ويتجلى إخلاله بممارسات يتناولها بمطلبين، الأول يتناول فيه عدم الإخلاص في العمل وتوكيل الغير فيه والرشوة، والثاني يتناول فيه تحريف الحقيقة من خلال الإدلاء غير المحق بكلام أو إفشاء المعلومات أو كتمانها بدون حق، كذلك تعطيل الإجراءات القضائية وممارسة الخبرة بدون قيد وتكرار الخبير مخالفاته الجرمية.

(١) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، السنة ٣٦ ، العدد رقم (٤٥٥)، بتاريخ: ١٢/١٠/٢٠٠٦م، ص: ٢٧ وما يليها، موقع شبكة قوانين الشرق، المرجع السابق، تاريخ الاسترجاع: ١٣/٤/٢٠١٨م، <http://www.eastlaws.com/TashView.aspx?I>

(٢) الدكتورة فتيحة محمد قوراري والدكتور غنام محمد غنام، المبادئ العامة في...، مرجع سابق، ص: ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩.

المطلب الأول

عدم الإخلاص في العمل وتوكيل الغير فيه والرشوة

إن تكليف الخبير بمهمة الخبرة في دعوى ذات طابع فني ليستخلص للمحكمة رأياً فنياً على أصول معينة يعينها لأجل الإلمام به للفصل في الدعوى^(١)، يتطلب تسليمه مستندات أو اطلاعه على معلومات تجعله مؤتمناً على تنفيذ المهمة بشكل سليم، مما يتوافر في تجاوزه شروط التجريم والعقاب، لقيامه بسلوك مخل بالشرف والأمانة إخلالاً يرجع الى ضعف في الخلق وانحراف في الطبع وخضوع للشهوات مما يزرى الشخص ويوجب افتقاره للأمانة فلا يكون جديراً بالثقة...^(٢).

ولقد جرم القانون وعاقب ممارسات الخبير القضائي القائمة على إخلاله بالشرف والأمانة^(٣) خلافاً للمادة (١١ / ١) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، والذي فرض بالمادة (٣٤) منه على الخبير الجزاءات التأديبية لمخالفة حكم من أحكام ميثاق عمل الخبراء الفنيين شاملة وفقاً للمادة (١٨) من القانون الإنذار ووقف القيد مؤقتاً والشطب من القيد نهائياً، كذلك ممارساته خلاف المادة (٥ / ١، ٢) من ميثاق عمل الخبراء الفنيين، والمادة (٣) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي، والمادة (٤٠٤) من قانون

(١) ينحصر دور الخبير في بحث المسائل الفنية التي تحتاج إليها المحكمة ولا يتجاوزها إلى المسائل القانونية، انظر:

GERARD McMEEL, Barrister, Guildball Chambers, Bristol and Renter in Commercial Law, University of, Bristol, JOHN VIR GO, Barrister, Guildball Chambers, Bristol Oxford UNIVERSITY PRESS, PART X, PRACTICAL MATTERS, Financial Advice And Financial Products Law And Liability, 26, 26.01, 26.02, Page: 603-612.

(٢) ورد تعريف الجريمة المخلة بالشرف والأمانة بكتاب دائرة الفتوى والتشريع مجيبة على كتاب من احدى الدوائر الحكومية بشأن اعتبار جريمة التزوير في المحررات الرسمية من الجرائم المخلة بالشرف والامانة وفقاً لاحكام القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٧٢م الوارد بالكتاب المذكور، موقع البيان على الانترنت، تاريخ الزيارة: ٢٠١٨/٤/٤م-٢٠١٨-11-20-1.1029841

(٣) يخرج من حكم الممارسات التي تصلح للشكوى الجزائية تلك التي لم ينص القانون على عقوبة على فعلها مكتفياً بحظرها، ومثالها: مخالفة الخبير القضائي أصول المهنة كتنفيذ عمله بشكل سطحي وعدم تنظيم اجتماعات الخبرة بشكل سليم وضعف صياغة تقرير الخبرة بالقصور أو التزويد وعدم احترامه هيبة المهنة وكرامتها.

العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧^(١)، المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٥^(٢)، والقانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٦م^(٣)، والمعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦^(٤)، ويخالف ما حلف الخبير اليمين عليه بأن يعمل بدقة وأمانة وإخلاص، وفقاً للمادتين (١/٦، ٢)، (١١ / ١) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، المذكور، والمادتين (١ / ٩، ٢)، (١٤ / ١) من لائحته التنفيذية المذكورة، والمادة (٣٠) مكرر بالفقرة (٢) الواردة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المذكور، كما تستخلص مخالفة القانون من نص المادة (٨ / ب، ج) من اللائحة التنفيذية المذكورة التي ألزمت الخبير بالتأمين ضد خيانة الأمانة والغش والتدليس.

وبهذا الصدد، يتناول الباحث بفرعين: عدم إخلاصه في عمله وتوكيل غيره فيه وإعطاء أو قبول الرشوة.

الفرع الأول

عدم الإخلاص في العمل

إن القيام بالعمل بدون إخلاص معاقب عليه بالمادة (٢٨) من قانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، ومما يتحقق فيه عدم الإخلاص وعدم الأمانة ما يلي:

(١) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، الجزء ١٤- العدد ١٨٢، السنة ١٧، بتاريخ: ١٩٨٧/١٢/٢٠م، ص: ١٧٣٦٥-١٧٥٧٥.

للمزيد حول شروط جريمة خيانة الأمانة وأركانها، انظر أ. د. غنام محمد غنام، والدكتورة فتيحة محمد قوراري، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص والجرائم الواقعة على الأموال وفقاً لآخر التعديلات بالقانون الاتحادي رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٥م، كلية القانون- جامعة الشارقة، النشر العلمي جامعة الشارقة، ٥١٤٢٧-٥١٤٢٨م، ص: ٢٧٣-٢٧٨، ٢٩٦، الدكتور جودة حسين جهاد، قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على الأموال، أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٦م، ص: ٢١٣، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩.

(٢) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية- العدد (٤٤١)- السنة ٣٥- بتاريخ: ٢٠٠٥/١٢/٣١، ص: ١٧-٢١.

(٣) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية- العدد ٤٥٩- السنة ٣٦- بتاريخ: ٢٠٠٦/١٢/٢٨م، ص: ١٧-٢١.

(٤) تم نشر القانون بالجريدة الرسمية، العدد (٦٠٤)، ملحق السنة ٤٦، بتاريخ: ٢٠١٦/٩/٢٩م، ص: ٩ وما يليها، موقع شبكة قوانين الشرق، منظمة التشريعات العربية، مرجع سابق، تاريخ الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م.

١- مخالفة الخبير القضائي برأيه أو تقريره مقتضى النزاهة^(١) بارتكابه الغش والتدليس، باعتماده على مراجع مضللة أو مستندات مزورة أو مقلدة أو مبالغ فيها بخلاف المادة (٣٢) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي، والمنافسة غير الشريفة وعدم الدقة في كتابة التقرير^(٢)، وإصراره على رأيه الخاطئ مع علمه بخطئه، والغش^(٣) والتدليس والخطأ المهني الجسيم، خلاف المادة (١ / ١٩٧) من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م، علاوة على توافر حالة يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي ويحكم عليه بالتعويضات^(٤) وفقاً للفقرة (٢) من المادة (١٩٧) ذاتها، التي تسري على الخبير القضائي مثل القاضي عملاً بالمادة (٣٠) مكرر، الفقرة (٣) من المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المنوه إليه^(٥)، ويخالف سلوكه المادة (٢٨ / ٢) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي، والمادة (٢٥٧) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المذكور.

(١) انظر في واجب الخبير بيان الحقائق والافتراضات التي يستند إليها برأيه.

"An expert witness should state the facts or assumptions on which his opinion is based", See; Susan CUNNINGHAM- HILL KAREN ELDER, Civil Litigation, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2016, Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom, Op. CIT, P; 368.

(٢) خالد جمال أحمد حسن، النظام القانوني للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية (دراسة مقارنة في ظل قانوني الإثبات البحريني والمصري)، مجلة الحقوق، مجلة دورية علمية متخصصة محكمة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق- جامعة البحرين، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، المجلد الثامن، العدد (١)، يناير، ٢٠١١م، ص: ٧٠، ٧١.

(٣) انظر في معنى الغش الحاصل من قبل الخصوم كما بينه الاجتهاد بقوله: "ويقصد بالغش كل أعمال التدليس والاحتيال المخالفة للنزاهة..."، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٨/١/٧م، الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٢٩ قضائية، طعن مدني، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، منظومة أحكام المحاكم العربية العليا، تاريخ الاسترجاع: ٢٠١٨/٤/١٣م-

<http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?I=323394&H=&HM=1#456048>

(٤) انظر في معنى التعويض بأنه دفع مبلغ يعوض خسارة أو ضرراً:

See the meaning of compensation, Oxford Dictionary of Law, New Edition, Edited by; Elizabeth A. Martin Oxford New York, Oxford University Press, p: 90.

(٥) الدكتور أمير فرج يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي علماً وعملاً وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية الجديدة وأحكام الفقه والقضاء، الجزء الثاني، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى: ٢٠١٤م، ص: ١٧٣ وما يليها.

ب- عدم محافظة الخبير على المستندات والأوراق التي تلقاها أو حصل عليها بمناسبة وبسبب تكليفه بالخبرة، أو عدم ردها وإعادتها أو إتلافها^(١)، مما لا يتفق وواجب الخبير المحافظة عليها كأمانة ومراعاة أصول مهنته^(٢).

ت- عدم انسحاب الخبير القضائي وتحميه وإيلاغ المحكمة عن خروج القضية أو المسألة عن نطاق خبرته^(٣)، في حال عدم قدرته على حسن تنفيذ المهمة خلاف المادة (١١) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي، مما يخالف الغاية من الاستعانة بالخبرة، ويؤخر نذب خبير مؤهل مما يلحق الضرر بصاحب الحق^(٤).

ث- عدم تحي الخبير القضائي في حالات وجوبه القائمة على وجود مصلحة أو علاقة قرى أو زوجية أو مصاهرة أو عمل أو خدمة أو وكالة أو خصومة أو صلة بالنزاع أو احتمال التأثير في الموضوعية وهيبة المهنة أو مظنة أي من ذلك، سواء تعلق بالخبير نفسه أم أقاربه أم زوجته أم أصهاره خلاف أحكام قانونية وردت في المواد (٢٨) و (١١ / الفقرات: ٤، ٥، ٦) من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ المذكور، والمادة (١٤ / الفقرات: ٥، ٦، ٧) من لائحته التنفيذية، والمادة (٢٤) بكل فقراتها (١، ٢، ٣، ٤، ٥) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي، والمادة (٧ / ١، ٢، ٣) من ميثاق عمل الخبراء الفنيين، والمادة (٢٥٧) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ المذكور، كذلك المادتين (١١٤) و (١١٥) من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م التي نصت الأولى منهما على حالات وجوب تحي القضاة لعدم الصلاحية ووجوب

(١) خالد جمال أحمد حسن، مرجع سابق، ص: ٧١.

(٢) انظر في إلزام الخبير بالتأمين ضد إتلاف المستندات بموجب المادة (٨ / ١ / أ) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، والمادة (٣ / ٨) من لائحته التنفيذية.

(٣) انظر في واجب الخبير الإبلاغ الصريح عن خروج القضية أو مسألة خاصة من نطاق خبرته:

“An expert should make it clear when a particular question or issue falls outside his expertise, See; Susan CUNNINGHAM, Op. CIT, P; 368

(٤) خالد جمال أحمد حسن، مرجع سابق، ص: ٦٨.

الرد^(١)، ونصت الثانية على أسباب يجوز لأجلها رد القاضي، وكلاهما يسريان على الخبراء القضائيين بموجب التعديل بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المنوه إليه، كما نصت على حالات رد الخبير المادة (٧٧) من قانون الإثبات، وتتعلق بسبب عدم استطاعة الخبير أداء مهمته بغير تحيز. وبذلك عاقبت المادة (٢٨) المذكورة كما سبق بيانه في حالة مخالفة أحد الالتزامات المنصوص عليها في البنود (١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦) من المادة (١١) من هذا القانون المذكور.

ج- عدم الالتزام بالحياد^(٢) والموضوعية خلاف المادة (٥/ ١) من ميثاق عمل الخبراء الفنيين المذكورة، والمادة (٤/ الفقرة: ١) من مدونة سلوك الخبراء في أوظيفي، وتأثره المسبق بتقييم تقريره وهو يعده مما يؤثر في استقلالية عمله^(٣)، ويبدو كأنه يتحدث باسم الخصم فيبرر رفض تقريره^(٤).

ح- عدم التزام الخبير مبدأ المواجهة والحضورية، بخلاف المادة (٢١) من مدونة سلوك الخبراء في أوظيفي، وتقتضي منه تمكين الأطراف من الحضور والدفاع وتجنبه تسلم مستندات في غياب الخصم المبلغ وإعلان

(١) المادة (٧٧) من قانون الإثبات، الدكتور أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، ص: ٣٤٤-٣٤٦.

(٢) انظر في التزام الخبير بالحياد، محمود السيد عمر التحيوي، أعوان القضاء في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مصر، الاسكندرية، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص: ٢٦٣، ٢٦٤.

(٣) انظر نص المادتين (٢٧) و (٤٠) من مدونة سلوك الخبراء في أوظيفي، وانظر في واجب الخبير إعداد تقريره مستقلاً وبدون تأثر بما ينسجم وضرورات التقاضي:

"Expert evidence presented to the court should be seen to be the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation", See; Susan CUNNINGHAM, Op. CIT, P; 368.

(٤) انظر في وقائع دعوى "فان اود" رفض القاضي "كولسون" بقراره لإثني عشر سبباً تقرير خبير في مطالبات لأن الخبير بشكل غير لائق سمح لنفسه أن يكون متحدثاً باسم المدعي، وكانت القضية على الإطلاق تحذير من استخدام خبير ليس لديه الخبرة أو ممثل قانوني فاشل في السيطرة والإشراف على القضية، وأوضح أن الدليل المتمثل بشاهد العيان ليس أدنى من دليل الخبير.

The court is not required to accept the evidence of the expert over the evidence of witnesses of fact (who are giving evidence of what they have actually perceived). See; Susan CUNNINGHAM, Op. CIT, P; 354.

الخصوم بشكل صحيح قبل الاجتماع في حالات الوجوب مثل: أعمال الخبرة الرئيسية بخلاف الأعمال الفرعية أو التكميلية^(١).

الفرع الثاني

توكيل الخبير القضائي الغير في أداء عمله والرشوة

يعتبر توكيل الغير من قبل الخبير القضائي والرشوة محظورين ويعتبران تجاوزاً للأمانة كما يلي:-

أولاً: توكيل الغير، ويتحقق كما يلي:-

- ا- عدم مراعاة الخبير القضائي الاعتبار الشخصي في تكليفه بمباشرة الخبرة بنفسه من خلال توكيل غيره بخلاف صراحة نص المادة (١١ / ٢) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، ويطابقها نص المادة (١٤ / ٢) من لائحته التنفيذية، ويخالف المادة (٦ / ٢) من ميثاق عمل الخبراء الفنيين، وتضمنت وجوب تنفيذه المهام الموكولة إليه بنفسه في حدود المهمة المكلف بها، كذلك الحظر الصريح بنص المادة (٤ / ٣) من مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي.
- ب- اجتماعات الخبرة وحضورها إلى أحد موظفيه وتوقيع المحاضر والمراسلات والمخاطبات من قبل أحدهم، مما يتنافى وواجبه بتنفيذ مهمة الخبرة بنفسه الذي يقتضي منه المتابعة والإشراف والمراقبة وتوقيع الأوراق وما يتطلبه إنجاز التقرير.

(١) بخلاف حالات لا يقتضي فيها الدفاع حضور الخصوم، لعدم توقف عمل الخبير على دور الخصوم، محمود السيد عمر التحوي، مرجع سابق، ص: ٢٦١، ولقد قننتها مدونة سلوك الخبراء في أبوظبي بالمادة (٢٣)، كما أنه تقنين ما قضى به اجتهاد المحاكم العليا الإماراتية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة الثلاثاء الموافق ٢٩ من نوفمبر سنة ٢٠١١، طعن رقم ٤٦٣ و ٤٦٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا، من أول يناير حتى ديسمبر ٢٠١١م، ص: ٣٧٢، كما أيده القضاء الفرنسي بعدة أحكام، عن عبد الله حسين عبد الله العزة، دور الخبرة الكتابية في الإثبات في قانون البيئات الفلسطينية، دراسة مقارنة، قدمت هذه الرسالة استكمالاً للحصول على متطلبات درجة الماجستير في القانون من كلية الدراسات العليا في جامعة بيرزيت- فلسطين، إشراف د يوسف شندي، آب عام ٢٠١٠م، ص: ٨٩، موقع الانترنت- الفهرس الألي لمكتبة جامعة بيرزيت، تاريخ الزيارة: ٢٠١٧/٩/١٥م- فلسطين.

ثانياً: الرشوة:

لا يجوز للخبير القضائي طلب مقابل أو قبوله أو الحصول عليه عدا أمانة الخبرة، وحظرته تحت طائلة العقاب مدونة سلوك الخبراء في أوظيفي بالمادة (٣) منها، ويستند تطبيق حكم الرشوة على الخبير القضائي إلى توافر شروطها، واعتبار الخبير القضائي شخصاً مكلفاً بخدمة عامة في حكم قانون العقوبات وفقاً للمادة (٥) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليه، والفقرة (٢) من المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧^(١)، بدليل المادة (٥) المنوه إليها، ويسري على تصرف الخبير حكم الرشوة وعقوبتها بموجب المواد (٢٣٤)، (٢٣٦ مكرر، ٢٣٧، ٢٣٧ مكرر، ٢٣٨) من المرسوم ذاته، والمادة (٢٣٥) النافذة من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧^(٢)، ومثال الرشوة: عرض الخبير القضائي على وكيل الخصم بأن يعينه المدعى عليه مدير مشاريعه^(٣).

المطلب الثاني

تحريف الخبير الحقيقة وتعطيله الإجراءات القضائية وممارسته الخبرة بدون قيد وتكرار مخالفاته الجرمية

يتناول الباحث تباعاً تحريف الخبير القضائي الحقيقة وتعطيله الإجراءات القضائية وممارسته الخبرة بدون قيد وتكرار مخالفاته الجرمية.

الفرع الأول

تحريف الحقيقة

(الإدلاء بكلام أو إفشاء معلومات أو كتمانها بدون حق أو تزوير المحررات أو استعمالها)

قد تتجلى عدم أمانة الخبير القضائي بتحريفه الحقيقة بالإدلاء بكلام لا حق له فيه لمخالفته الحقيقة أو الواقع، وإفشاءه معلومات لغرض يتعلق بمهمته وكتمانها أو

(١) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي في ضوء آراء الفقه وأحدث أحكام القضاء، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ١٩٩٨، ص: ٨٠، ٨١.

(٢) الدكتور شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص: ٢٨٠-٢٨٥.

(٣) ينوه الباحث إلى وقائع الخبرة في دعوى ٢٠١٦/١٢٠ نزاع تعيين خبرة تجاري محكمة دبي، والتي كان فيها الباحث وكيلًا عن المتنازع ضدهما، وأصر الخبير على نتيجة تقريره الأصلي بتقريره التكميلي.

إخفاؤه معلومات يؤثر في توجه المحكمة في الحالتين، كذلك تزويره في المحرر الرسمي أو غير الرسمي أو استعمال المزور .

وعليه يتناول الباحث الإدلاء بكلام وإفشاء المعلومات وكتمانها بدون حق وتزوير المحررات واستعمال المزور منها:-

أولاً: إدلاء الخبير القضائي بكلام غير محق:

يتحقق الإدلاء بكلام له حق فيه بالإدلاء بمعلومات كاذبة يعلم الخبير القضائي بعدم صحتها وإدلاؤه بشهادة زور خلاف المادة (٢٦٦) المذكورة من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، وخلاف مقتضى حلفه اليمين المبين سنده القانوني سابقاً، ومقتضى التزامه بالدقة والبساطة والوضوح والصدق والإجابة الكافية على أسئلة المحكمة، خلاف المادة (٤ / ٢) من مدونة سلوك الخبراء القضائيين في أوظيفي والمادة (١٢) من المدونة المذكورة، وخلاف ما وجب مراعاته وفقاً للمادة (٢٥ / ٢، ٣، ٤، ٥) والمادة (٢٨ / ١) من المدونة المذكورة، ويزيد تأثير الخبير القضائي في توجه المحكمة سوءاً إذا أرفق بتقريره مستندات توهم المحكمة بصحة كلامه، كذلك إذا شملت مستندات مزورة، وهي حالة مستقلة.

ومن الأمثلة قول الخبير كلاماً أو تقديم تقرير يثبت به واقعة لمصلحة طرف بدون حياد ونزاهة^(١)، وجزم الخبير بأمر مناف للحقيقة أو تأويله بشكل غير صحيح مع علمه بحقيقته^(٢)، وحمل الخبير غيره بالترغيب أو الترهيب على تحريف الحقيقة خلاف المادة (٢٥٩) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليه.

ثانياً: إفشاء المعلومات والأسرار وكتمان المعلومات بدون حق:-

فأما إفشاء المعلومات والأسرار، فهم سلوك يتجاوز به الخبير القضائي التزامه بعدم كشف وإذاعة المعلومات والأسرار التي اطلع عليها بحكم عمله كخبير، والتي يفترض فيه أن يحرص على عدم إفشائها أو استعمالها لمنفعته مخالفاً بذلك القانون سواء فعله بنفسه أم حمل الغير على فعله، وسواء لمصلحته أم مصلحة

(١) انظر نص المادة (٢٥٧) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليه.
(٢) هذا هو الحكم بنص المادة (٢٥٧) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديله، وانظر المادة (٢٥٩) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليه.

غيره^(١)، وبما يعرض نفسه للجزاء، إذ يخالف المادة (١١ / ٣) من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، وتطابقها المادة (١٤ / ٤) من لائحته التنفيذية، والمادة (٥ / ٧) من ميثاق عمل الخبراء الفنيين المنوه إليها، والمادة (٧ / ١، ٢) من مدونة سلوك الخبراء في أوظيفي، وتستخلص مخالفة إقضاء المعلومات أحكام القانون من المادة (٨ / ١ / د) من اللائحة التنفيذية المذكورة، المتعلقة بالتأمين الواجب على الخبير كما سبق ذكره، ونصت على العقوبة المادة (٢٨) الواردة سابقاً من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ المذكور والمادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧^(٢)، بدليل المادة (٥) المشار إليها من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليه .

وأما كتمان الخبير المعلومات أو حمل الغير على كتمانها، فهو مخالف للقانون ومعاقب عليه، إذ يخالف ما فرضته المادة (٤) المنوه إليها من مدونة الخبراء في أوظيفي بشأن إخطاره الجهة القضائية بجميع المعلومات التي من شأنها حل النزاع، وفقاً لما جاء في الفقرة (٤) منها، كما يخالف المادة (١٢) من المدونة المذكورة، والمنوه إليها، ويخالف قانون العقوبات بموجب المادة (٢٥٩) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦، والتي عاقبت اللجوء على الترغيب أو التهيب لحمل شخص على كتمان أمر أو إخفاء أي دليل عن أية جهة قضائية.

ثالثاً: تزوير المحررات الرسمية وغير الرسمية واستعمالها:-

إن تزوير المحررات واستعمال المزور منها^(٣) في حكم قانون العقوبات محظور ويعاقب الخبير القضائي على فعله وفقاً للمادة (٢١٦) من مرسوم بقانون

(١) انظر فيما هو بحكم السر لغايات تطبيق قانون العقوبات، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠/٥/٢٠١٤م، الطعن رقم ٩١ لسنة ٢٠١٤ قضائية، طعن جزائي، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٢) مصطفى حجازي، مرجع سابق، ص: ٨٠، ٨١، محكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٣/١١/٢٠١٤م، الطعن رقم ١٩١ لسنة ٢٠١٤ قضائية، طعن جزائي، محكمة تمييز دبي، جلسة: ٢/٤/٢٠٠٥م، الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٥ قضائية، طعن جزائي، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٣) انظر في المادة (٧ / ١) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية المنوه إليه، والمادة (٢١٨) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، القاضي ماهر سلامة العوفي، أحكام جرائم التزوير التقليدي والالكتروني دراسة تأصيلية لجرائم التزوير في قانون العقوبات والقوانين الخاصة والتزوير الالكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة، محاكم دبي، معهد دبي القضائي، ص: ٥٩، ٦٤، ٦٥.

اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧^(١)، ويتحقق التزوير بتغيير الخبير فيما هو مكتوب بالمحرر بالإضافة أو الحذف وفقاً للفقرة (١) من المادة (٢١٦) المذكورة، وتغييره مضمون السند أو جزء منه ويضلل المحكمة^(٢)، وتتحقق مسؤولية الخبير ويعاقب إذا زور صورة محرر رسمي تم استعمال صورته أو استعمل الخبير صورة محرر زوره غيره وهو يعلم وفقاً للمواد (٢١٦، ٢١٧ مكرر، ٢٢٢) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المذكور.

الفرع الثاني

تعطيل الخبير الإجراءات القضائية وممارسته الخبرة بدون قيد وتكراره المخالفات الجرمية

إن اعتبار تعديل الإجراءات القضائية من قبيل السلوك المخالف للأمانة والإخلاص بناء على أن للخبير القضائي مركز مهم في عملية التقاضي مقارنة بغيره ممن ليس هو في المركز المذكور، فيكون تعطيله ذا أثر سلبي على تحقيق العدالة وكشف الحقيقة للمحكمة مما يتنافى وأمانته، بينما يعد تعطيل غيره مجرد مخالفة قانونية، وأما ممارسة الخبرة بدون قيد فهي مخالفة لضوابط العمل التي سنها المشرع.

لذلك يتناول الباحث تباعاً تعطيل الخبير القضائي الإجراءات القضائية وممارسته الخبرة بدون قيد وتكراره مخالفاته الجرمية.
أولاً: تعطيل الإجراءات القضائية ومثاله ما يلي:-

١- "إتلاف معنوي يطمس دلالة مستند أو محرر": وينصب على معنى المستند وحجبه، ويتحقق بتأويل الخبير وتفسيره مستندات من مستندات النزاع الذي تم انتدابه فيه خبيراً بشكل يحرف الحقيقة ويضلل المحكمة من تلاعبه في المستند أو المحرر أو ما تم تقديمه له أو للمحكمة، ويسري عليه حكم

(١) د. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص: ٣٣٣، ٣٣٥، وانظر تمييز دبي، جلسة: ١٢/٢١/١٩٩٦م، مجلة القضاء والتشريع، العدد السابع، يوليو، ١٩٩٨م، رقم ٥٠، ص: ٩٢٧، المرجع ذاته، هامش ١، ص: ٣٣٣.

(٢) د. شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص: ٣٣٤، ٣٣٨.

تحريف الحقيقة، وهو يخالف المادة (٢٦٧) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦، بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧.

ب- "إتلاف مادي يزيل مستند أو محرر": وينصب على أصل المستند مادياً مثل إتلاف الخبير مستنداً أو محرراً أو استيلاؤه عليه أو اختلاسه والتخلص منه أو إتلافه أو تعديله بأساليب احتيالية مما يؤثر في معرفة الحقيقة ويضلل المحكمة خلاف المواد (٨ / ١ / أ) من اللائحة التنفيذية رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ المذكور، والمادة (٢٦٧) المذكورة من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦، المنوه إليه، والمادة (٢٥٩) من المرسوم ذاته المعدلة للمادة المقابلة من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، بإضافة إلى عجزها عبارة: "...أو إخفاء أية أدلة أمام أية جهة قضائية"، وخلاف المواد (٣٩٩)، (٤٠٤)، (٢٦٦) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ م.

ت- منع تأدية الموظفين الفنيين المختصين المتمتعين بصفة مأموري الضبط القضائي أعمالهم خلاف المادة (٢٦) من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، ذلك بالإشارة إلى المادة السابقة (٢٥) من القانون ذاته.

ث- إخفاء الخبير تزوير مستند تسلمه بصفته في الدعوى وهو يعلم به من دون أن يبلغ عن التزوير خلاف المادة (٢٧٤) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦، المنوه إليه، أو تقديمه بلاغاً كاذباً بافترائه ارتكاب شخص سلوكاً مجرمًا بخلاف الحقيقة خلاف المادة (٢٧٥) من المرسوم المذكور^(١).

ج- اختلاق دليل مادي خلاف الواقع ضد طرف معين وتعرضه لإجراءات قضائية وهو يعلم براءته سواء نتج عنه حكم أم لا وفقاً للمادة (٢٧٦) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ذاته.

(١) يرى الباحث أن حمل الخبير موظفيه على كتابة عبارات في التقرير تضلل المحكمة وعدم ذكر معلومات يفترض أن لها تأثير في بيان الحقيقة للمحكمة هو بمنزلة سلوك من الخبير نفسه لأن التقرير يوقع منه ويعد باسمه وفقاً للقانون، فلا تعتبر حالة مستقلة عن قيام الخبير بالسلوك المذكور.

ج- امتناع الخبير عن إرفاق مستند منتج بتقريره يساعد في فصل المحكمة في النزاع، خلاف المادة (٢٦٨) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ذاته، ويعد هذا الامتناع إخفاء دليل عن جهة قضائية وفقاً للمادة (٢٦٦) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، والمادة (٢٥٩) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦ المنوه إليهما.

ثانياً: ممارسة الخبير الخبرة بدون قيد أو بدون تجديده:

إن مباشرة الخبير القضائي الخبرة بدون قيد بجدول الخبراء أو عدم تقيده بشروط قيده يخالف المادة (٢٧) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، وعاقبته على ممارسة الخبرة بدون قيد، كما يخالف المادة (٢) من لائحته التنفيذية، ويتحقق التجاوز في حال تأخره في تجديد القيد خلاف المادة (٨) من القانون المذكور، وعدم تقيده بشروط قيده وفقاً للضوابط والشروط المحددة من قبل الجهات القضائية المحلية عملاً بالمادتين (٢، ٣) من القانون المذكور.

ثالثاً: تكرار الخبير القضائي ممارساته الجرمية:

إن تكرار الخبير إحدى ممارساته الجرمية كاحتياله أو خيانتة الأمانة أو تزويره يعرضه للعقوبة وفقاً للمادتين (١٠٧، ٣٩٩) من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، مما يفترض متابعته التي هيأ إليها المشرع بنصه على أحكام تمكن من التحقق من ممارسات الخبير وسجله الجرمي إن وجد، كارتكابه جرماً يبرر الشطب، ومثالها وجوب احتفاظ وزارة العدل بملف لكل خبير يودع فيه كل ما يتعلق بشؤون ممارسته الخبرة^(١).

ويلاحظ الباحث أن تحريف الحقيقة وتعطيل الإجراءات القضائية من قبل الخبير القضائي يجمعهما علاقتهما بأمانته، بينما تكون ممارسته المهنة بدون قيد أو

(١) المادة (٣١) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، والمادة (١٤ / ١١، ١٢)، من اللائحة التنفيذية رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ للقانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، كذلك المادة (٣ / ١)، من القانون المذكور، ويقابلها المادة (٣ / ١) من لائحته التنفيذية، والمادة (٢٣ / ١، ٢) من القانون ذاته، ويقابلها المادة (٢٦ / ١، ٢) من لائحته التنفيذية.

بدون تجديده مخالفة ضوابط ممارسة المهنة، كما يتعلق تكراره مخالفاته الجرمية بجرأته في تجاوز القانون على الرغم من عقابه.

المبحث الثاني

إجراءات الشكوى ضد الخبير القضائي وتأثيرها في استصدار حكم مدني يلزمه

بالتعويض عن الضرر

نظراً لأهمية تناول إجراءات الشكوى ضد الخبير القضائي قبل رفع المسؤولية المدنية ضده كما سبقت الإشارة إليها على غرار أهمية أسباب الشكوى والوقائع التي تستند إليها، ولأهميتها في حال تقديم الادعاء المدني من خلال الدعوى الجزائية وبالتبعية لها وليس بوقت لاحق ومستقل عنها، خاصة من ناحية التمهيد لبيان تأثير الحكم الصادر عقب الدعوى الجزائية في دعوى المسؤولية المدنية التالية، وبيان مدى تأثير القاضي الجزائي وهو ينظر في الادعاء المدني الذي تحكمه شروط مختلفة، ومن ناحية التحقق من مدى سلامة الإجراءات وانسجامها مع ما رسمه القانون، ومدى تطبيق الأحكام القانونية الأولى بالتطبيق بشأن مساءلة الخبراء وإجراءاتها وفقاً لمسؤولية القضاة بموجب المادة (٣٠) مكرر، الفقرة (٣) من المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧ المنوه إليه، واستبعاد بعض أحكام الخبرة لأولوية الأحكام المعدلة المذكورة، مما قد يؤثر في سلامة القرار الجزائي ومدى استنفاد طرق الطعن فيه، فإن الباحث يوجز بالمطلب الأول إجراءات تسجيل الشكوى والدعوى الجزائية شاملة ما تم وصادر فيها من قرار ضد الخبير القضائي وتأثيره في مدى مسؤوليته المدنية في حالتي الدعوى الجزائية المقتصرة على الجزاء والدعوى الجزائية المشتملة على الادعاء المدني (طلب التعويض عن الضرر) في ضوء سلطة القاضي الجزائي في الحكم في الشق المدني، ثم يبين الباحث بالمطلب الثاني شروط توافر حجية الأمر المقضي للحكم الجزائي الصادر بحق الخبير القضائي تجاه القاضي المدني ونطاق وحكم تحققها.

المطلب الأول

إجراءات الشكوى ضد الخبير القضائي وعامل تأثيرها في مسؤوليته المدنية عن الضرر

تتعلق إجراءات الشكوى ضد الخبير القضائي بتسجيل المتضرر منه الشكوى ضده لدى الجهة المختصة التي تقوم بإعلانها للخبير القضائي ودراستها ثم إصدار القرار فيها الذي هو موضوع البحث من ناحية تأثيره في المسؤولية المدنية، مما يتطلب من الباحث بيان إجراءات تسجيل الشكوى شاملة إصدار القرار فيها مع الإشارة إلى الدعوى الجزائية في حال عدم حفظ الأوراق، كذلك بيان عامل تأثير القرار في مدى قيام المسؤولية المدنية في حالة رفع دعوى المسؤولية المدنية مستقلة ولاحقة للدعوى الجزائية، ويبينه الباحث تباعاً بفرعين كما يلي:-

الفرع الأول

إجراءات تسجيل الشكوى والدعوى الجزائية ودراستها وإصدار القرار والطعن فيه

يتناول الباحث تباعاً إجراءات تسجيل الشكوى ومتابعة الدعوى الجزائية ضد الخبير القضائي والقرار الصادر فيها وسبل الطعن فيه ذلك بالقدر المطلوب لبيان أوجه تأثير الحكم الجزائي في المسؤولية المدنية.
أولاً: إجراءات تسجيل الشكوى ودراستها:

يعتبر الإجراء الأول الواجب اتباعه ضد الخبير القضائي هو تسجيل الشكوى ضد الخبير القضائي وإخطاره بها للرد عليها خلال مهلة محددة، ويتم تسجيل الشكوى لدى وزارة العدل أو شكوى جزائية لدى النيابة العامة، وفي حال توافر حالة من حالات مخاصمة القضاة التي تسري على الخبير فإنه تتبع الإجراءات القانونية ومنها إجراءات المخاصمة المتعلقة بالقضاة بناء على توافر مبرراتها وفقاً للمادتين (١١٤) و (١١٥) من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م اللتين تسريان على الخبراء القضائيين بموجب المادة (٣٠) مكرر، الفقرة (٣) من المرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م المنوه إليهما^(١).

(١) ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي على الرغم من اعترافها بخضوع الخبير للمبادئ العامة في المسؤولية، إلى خضوع الخبير القضائي إلى أحكام مسؤولية القضاة مما يوجب اتباع طرق مخاصمة القضاة في حال الغش والتدليس أو الضرر أو الخطأ المهني الجسيم وفقاً للمادة (٤٩٤) من قانون المرافعات الفرنسي، لأن الخبير يتمتع بحصانة القاضي خاصة في حال اعتماد تقرير الخبرة بحكم نهائي فيصير التقرير جزءاً من

فأما الشكوى لدى وزارة العدل، فتتضمن الأسباب والأدلة ومنها إبراز تقرير الخيرة ومواطن الخطأ ومصدر الضرر الواقع بالمدعي المتضرر، خاصة الذي يحضر لمقاضاة الخبير القضائي مدنياً بدعوى المسؤولية المدنية عن الضرر الذي أوقعه للحكم له بتعويض، كذلك في حال تضمنت الشكوى طلب التعويض عن الضرر المباشر عن السلوك المجرم الذي قام به الخبير القضائي والمعاقب عليه أو طلب المضرور من خلال الدعوى الجزائية أمام القاضي الجزائي وفقاً للمادة (٢٢) من القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٥، والقانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦، وتقدم الشكوى لتعرض على لجنة شؤون الخبراء المشكلة وفقاً للمادة (١٢) من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخيرة أمام الجهات القضائية، والمادة (١٥) من لائحته التنفيذية، وتقوم اللجنة بإخطار الخبير والجهة التي يتبعها بالشكوى وتمنحه مهلة للرد مقدارها ١٥ يوماً، عملاً بالمادة (١٥) من القانون المذكور، والمادة (١٨ / ١) من لائحته التنفيذية، وفي حال عدم الرد تنظر اللجنة في الشكوى وفقاً للمادة (١٨ / ٤) من لائحته التنفيذية المذكورة.

وأما تسجيل الشكوى الجزائية ضد الخبير القضائي، فيخضع لتوافر السبب، وتقوم النيابة العامة بإخطار لجنة شؤون الخبراء بالقضية الجزائية ضد الخبير القضائي وما يصدر من قرارات ضده عملاً بالمادة (١٤) من القانون المذكور، والمادة (١٧) من لائحته التنفيذية.

وأما الإجراء الثاني، فهو دراسة الشكوى والتدقيق فيها لإصدار القرار بالحفظ أو الإحالة إلى التحقيق، وتتم من خلال لجنة شؤون الخبراء والمفتش الفني المختص بموضوع الشكوى، فيعد المفتش الفني تقريره إلى اللجنة منصباً على الشكوى ضد الخبير ورد الخبير عليها، وفقاً للمادة (١٨ / ٢) من اللائحة التنفيذية

الحكم فيناى عن الطعن، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن صدور حكم له قوة الأمر المقضي لا يسمح بتقرير مسؤولية الخبير ما دام لم يرتكب غشاً ولا تدليساً، وفي حدود مسؤولية القضاة، دكتور مصطفى حجازي، مرجع سابق، ص: ٣٠، هامش رقم ١، وأشار إلى الحكم:

Dijon; 25-7- 1854 – D- 1854-2- P. 249, Pau; 30- 12- 1863- D. 1864- 2- P. 63.

المذكورة، ثم تعرض الشكوى على اللجنة فتتظر فيها ورد الخبير عليها وتقرير المفتش الفني، لتصدر قرارها بالحفظ أو الإحالة إلى التحقيق، عملاً بالمادة (١٥) من القانون المذكور، والمادة (٣ / ١٨) من لائحته التنفيذية، وفي حال إحالته للتحقيق بمعرفة أحد أعضاء النيابة العامة بناء على طلب رئيس لجنة شؤون الخبراء وفقاً للمادة (٢ / ١٦) من القانون المذكور، والمادة (٢ / ١٩) من لائحته التنفيذية.

ثانياً: إصدار القرار في الشكوى والطعن فيه:

بعد دراسة الشكوى يصدر القرار فيها مراعيًا الأصول كحق الحضور والدفاع والتوثيق وتسبب القرار، ومراعاة ما تعلق بالمخاصمة، ففي حال الإدانة يجوز فرض جزاء تأديبي، ويتمثل بالإنذار أو وقف قيد الخبير مؤقتاً مدة لا تتجاوز سنة أو وقفه وشطبه نهائياً عملاً بالمادة (٣ ، ٢ ، ١ / ١٨) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، والمادة (٢١) من لائحته التنفيذية، وحددت المادة (٣ ، ٢ ، ١ / ٢٣) من القانون المذكور، والمادة (٢٦) من لائحته التنفيذية حالات الوقف والشطب.

وأما تأديب الخبراء فيتم وفقاً لشروط وإجراءات معينة من خلال مجلس تأديب وفقاً للمادة (١٧) من القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ المذكور، والمادة (٢٠) من لائحته التنفيذية، ويمكن إيجاز شروط التأديب أو الإدانة بإقامة دعوى تأديبية من النيابة العامة أمام مجلس تأديب مشكل بقرار من وزير العدل حسب المادة (١٧) من القانون ذاته والمادة (٢٠) من لائحته التنفيذية، وتكون الدعوى التأديبية بعريضة تتضمن التهمة والأدلة عملاً بالمادة (١ / ١٩) من القانون ذاته، المادة (٢٢) / ١ من لائحته التنفيذية، وتكلف النيابة العامة الخبير بالحضور لدى مجلس التأديب وتتابع الدعوى حتى الفصل فيها، وفقاً للمادة (٢ / ١٩) من القانون المذكور، والمادة (٢ / ٢٢) من لائحته التنفيذية، كما يجري مجلس التأديب أو أحد أعضائه المنتدبين التحقيقات وما ينبغي، وله وقف الخبير عن العمل حتى الفصل النهائي في الشكوى، وفقاً للمادة (٢٠) من القانون ذاته، والمادة (٢٣) من لائحته التنفيذية، كما يشترط صدور قرار من مجلس تأديب بجلسة سرية ويكون مسبباً ويخطر به الخبير خلال

١٥ يوماً من صدوره وفقاً للمادة (٢١) منه، والمادة (٢٤) من لائحته التنفيذية، وأن يسبقه تحقيق كتابي مع الخبير يمنحه ممارسة حق الدفاع وذكر أقواله وفقاً للمادة (١/١٦) من القانون ذاته والمادة (١/١٩) من لائحته التنفيذية.

وبالنسبة للإجراءات المتعلقة بالشكوى والدعوى الجزائية المشتملة على الادعاء المدني، فإن طلب التعويض عن الضرر مقبول أثناء جمع الاستدلالات أو مباشرة التحقيق وأمام المحكمة الجزائية في أية حالة كانت عليها الدعوى، وإلى حين وقف باب المرافعة فيها، ولا يقبل ذلك أمام المحكمة الاستئنافية^(١)، ومما يشترط لقبوله أن يكون الضرر قد نشأ عن الجريمة أو السلوك المجرم والمعاقب عليه وبعد حصوله، وأن يصرح المضرور بادعائه بالحق المدني بطلب التعويض، ولا يكفي باحتفاظه بحقه في الادعاء، كما تراعى أحكام الترابط أو الفصل بين الشق الجزائي والشق المدني من خلال توافر مبرر إحالة الدعوى المدنية التي تنظرها المحكمة الجزائية إلى المحكمة المدنية المختصة في حال إرجاء الفصل في الدعوى الجزائية على الفصل في التعويض من قبل القاضي الجزائي، ومن خلال العدول عن الادعاء المدني المقدم ضمن الدعوى الجزائية إلى الادعاء المدني المستقل، ويبرر ترك المضرور دعواه الجزائية ليرفعها أمام المحكمة المدنية، ومن خلال إحالة الدعوى المدنية أو الادعاء المدني المنظور أمام المحكمة الجزائية إلى المحكمة المدنية في حال انقضاء الدعوى الجزائية بعد رفعها ما لم تنتهياً للحكم في موضوعها وفقاً للمواد (٢٦، ٢٧، ٢٩) من القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية^(٢).

وأما الطعن في القرار الصادر عن مجلس التأديب والواجب إخطار الخبير به، والقرار الصادر بالشطب، فيجوز بالاستئناف وفقاً للمادة (٢٢) من القانون

(١) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص: ٣٧٩-٣٨٣، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٤/١٠/٢م، طعن جزائي، الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٥ قضائية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٢/٣/٢٥م، طعن جزائي، الطعن رقم ٥٧ لسنة ٢٣ قضائية، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(٢) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، المرجع السابق، ص: ٣٨٤.

الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢. المذكور، والمادة (٢٥) من لائحته التنفيذية، والمادة (٢٤) من القانون ذاته، والمادة (٢٧) من لائحته التنفيذية.

وبهذا الصدد، يفيد المشتكي المضرور من الخبير القضائي من سلامة إجراءات الشكوى وتمكين الخبير من حق الدفاع والطعن في القرار لتجنب البطلان الذي يعيق مقاضاته بدعوى المسؤولية المدنية.

الفرع الثاني

عامل تأثير القرار الصادر في الشكوى ضد الخبير القضائي في مسؤوليته المدنية عن الضرر

لا بد من بيان عامل تأثير القرار الجزائي بحق الخبير القضائي في مدى مسؤوليته المدنية عن الضرر، على نحو يجعل من التأثير والتأثر مفهوماً في حالتها مقاضاة الخبير القضائي بدعوى جزائية تتبعها دعوى مدنية، ومقاضاته جزائياً ومدنياً بدعوى جزائية تتضمن الادعاء المدني، وهو يمهد لبيان شروط اكتساب الحكم الجزائي الحجية لدى القاضي المدني الذي ينظر في دعوى المسؤولية المدنية، وحالات تأثر القاضي الجزائي وهو ينظر في الشق المدني بما آلت إليه الشكوى الجزائية بالحكم الصادر فيها.

ويمكن فهم التأثير المذكور بالنظر في تحديد المشرع إجراءات الشكوى ومقاضاة الخبير القضائي جزائياً وسبل مقاضاته مدنياً بالتبعية للدعوى الجزائية وفقاً لشروط تختلف عن مقاضاته مدنياً بدعوى لاحقة ومستقلة، واعتبار أن معرفة مآل الشكوى والدعوى الجزائية والحكم الجزائي الصادر فيها أمر مهم لتأثيره في مصير تقرير المسؤولية المدنية عن الضرر سواء تم الفصل في مسؤوليته المدنية من قبل القضاء الجزائي أم القضاء المدني، ومما يتجلى فيه تأثيره فيها إفادة الشاكي المضرور من حصوله على موافقة رسمية بناء على إدانة الخبير القضائي وتقرير مسؤوليته بموجب تحقيقات وتقارير رسمية تسبق اتخاذ القرار بأنه مسؤول كما نص عليه تشريع الخبرة، ومن ثم السماح بمقاضاته بدعوى مدنية، علاوة على إفادته من حصوله على قرار إدانته بموجب رفع دعوى جزائية ضده على نحو يمكنه من

الاستناد إليه في دعواه المدنية المنتظرة، ويعني أنه في الحالات السابقة تظهر بوضوح العلاقة بين القضاء الجزائي والقضاء المدني.

وبالتدقيق في الترابط بين القضائين الجزائي والمدني، لاحظ الباحث أنه يقوم على حجية الحكم القضائي الجزائي حيال القاضي المدني، وأن هذه الحجية تتمحور حول كل من حجية الحكم القضائي والضرر والسببية من ناحية مدى اكتساب الحكم القضائي حجية الحكم المقضي، والذي يتوقف على شروط اكتساب الحكم الحجية ونطاق ما تشمله الحجية فيما إذا اتسع لأسباب وحيثيات الحكم وما صدر بناء عليه مما اطلعت عليه المحكمة في الملف كمستندات وتقارير خبرة، ومن ناحية الضرر الواقع وفاعله وقيام السببية، وهو يتوقف على ثبوت تعرض المدعي للضرر الموجب للضمان في ضوء وضوح مظاهره وتحقق شروطه، وثبوت أن المدعى عليه الخبير القضائي هو الذي صدر عنه السلوك الضار أو صدر عن يسأل الخبير عنهم كأتباعه ومن يرتبط وظيفياً به.

فأما حجية الحكم المقضي وتقابلها قوة الأمر المقضي^(١)، فهي تعني نوعاً من حرمة يتمتع بها الحكم القضائي على نحو يفترض فيه قضاؤه بالحق من ناحية الموضوع إلى حد وجوب مراعاة ما تضمنه الحكم^(٢) ووجوب تنفيذه لوضع حد للنزاعات ومنع تجديدها ومنع تضارب الأحكام^(٣)، وأن ما يجدر التركيز عليه هو شروط توافر حجية الأمر المقضي للحكم الجزائي الصادر بحق الخبير القضائي تجاه

(١) يوضح الباحث أن ما يهم في البحث هو إدراك الحكم الذي يكتسب حجية الأمر المقضي، وهو الحكم القضائي الفاصل في الموضوع أو النزاع أو شق منه، ويكون حكماً قطعياً بمجرد صدوره بمعنى قطع النزاع والخلاف، لكنه يبقى قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن، وإدراك الحكم الذي يتمتع بقوة الأمر المقضي، وهو الحكم القضائي النهائي، وهو حكم ارتقى إلى درجة تحصنه من بعض طرق الطعن، والحكم البات، وهو حكم فاصل في النزاع لا يقبل الطعن بأي طريق، ويطلق أحياناً على الحكم ليراد به حكماً فاصلاً بدون وقوف على درجته الأعلى من ناحية النهائية والحجية، وهذا هو الحكم المقصود للتصدي للمسألة المثارة أعلاه.

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، التعريف بها، وتحديد أركانها، وتكييفها، وتنظيمها، وأثارها، الأحكام الصادرة قبل الحكم الختامي المنهي للخصومة والأحكام الصادرة بعده، والقواعد العامة في الطعن فيها، والشروط الواجب توافرها في كل من الطاعن والمطعون عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص: ٢٧.

(٣) د. أحمد صدقي محمود: قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة تحليلية وتطبيقية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ معدلاً بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، ط (٢)، مكتبة الجامعة، الشارقة، وإثرار للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨م، ص: ٣٥٩.

القاضي المدني ونطاق تحققها وحكم تحققها، وهو الذي يبينه الباحث بالمطلب الثاني ببيانه حجية الحكم الجزائي لدى القاضي المدني، وحالات تقييد القاضي الجزائي بحكمه في الادعاء المدني بحكمه المسبق في الشق الجزائي بالنسبة للدعوى الجزائية المشتملة على الادعاء المدني، وصولاً إلى أثر الشكوى والدعوى الجزائية والحكم الصادر فيها في المسؤولية المدنية بموجب دعوى المسؤولية المدنية المستقلة أو بموجب الدعوى الجزائية المشتملة على الادعاء بالحق المدني.

المطلب الثاني

شروط حجية الحكم الجزائي تجاه القاضي المدني ونطاقها وحكمها

نظراً لأن توافر الحجية للحكم الجزائي على القاضي المدني معيار حاسم يتوقف عليه تأثير الحكم الجزائي في دعوى المسؤولية المدنية أو الادعاء المدني التابع للدعوى الجزائية، لذلك يفيد تناول النطاق الذي تتحقق فيه الحجية فيما إذا كانت تتحقق في الحاليتين، ويعتمد على شروط اكتساب الحكم الجزائي الحجية بالنسبة للدعوى المدنية المستقلة وبالنسبة للدعوى الجزائية التي تتضمن الادعاء بالحق المدني.

وعليه، يتناول الباحث في الفرع الأول، شروط حجية الحكم الجزائي على القضاء المدني ونطاق تحقق الحجية وحالاتها، وتأثر القاضي الجزائي وهو يقرر في الادعاء المدني، ثم يتناول في الفرع الثاني حكم تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الحاصل منه.

الفرع الأول

شروط اكتساب الحكم الجزائي الحجية تجاه القاضي المدني ونطاقها وحالاتها

بالنظر في شروط حجية الحكم القضائي، فإن الباحث ينشغل بما يفيد بحث الموضوع وهو توافر الشرطين التاليين^(١):

(١) من الشروط الأخرى: صدور الحكم القضائي عن جهة قضائية مختصة أو محكمة في حدود وظيفتها القضائية، ومشكلة تشكيلاً صحيحاً، الدكتور أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: ٥٣، وفصل المحكمة في حق من الحقوق فضلاً كلياً أو جزئياً فضلاً جازماً غير معلق على احتمال ثبوت أمر آخر بحكم ملزم في منطوقه وليس في أسبابه، المستشار مصطفى مجدي هرجه: دفرع وأحكام في قانون الإثبات في المواد المدنية، ص: ٢٦٤.

الشرط الأول: اتحاد ووحدة الخصوم والموضوع والسبب^(١)، بين الدعوى الأولى والدعوى الثانية التي تثار فيها الحجية^(٢) التي تقتصر على الخصوم، ويحال إلى المراجع لتجنب الخروج على الموضوع^(٣).

الشرط الثاني: صدور الحكم الجزائي في دعوى جزائية لا تشمل الادعاء بالحق المدني، والنظر في المسؤولية المدنية بموجب دعوى مدنية مستقلة عن الدعوى الجزائية وليس بالتبعية لها^(٤)، فلا يحوز الحكم الجزائي حجية في حال رفع دعوى المسؤولية المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية^(٥)، لأن الحجية التي تثار هي حجية حكم جزائي صدر قبل الحكم في الدعوى الثانية وقبل تسجيلها، وهي التي تثار فيها الحجية^(٦).

ولقد لاحظ الباحث أن دعوى مقاضاة الخبير القضائي على أساس مسؤوليته المدنية عن الضرر الحاصل منه والواقع بالمدعي الذي كان خصماً في الدعوى التي كان الخبير منتدباً فيها تكون دعوى بين خصوم مختلفين وذات موضوع أو محل

(١) محكمة تمييز دبي، جلسة الثلاثاء: ٢٠ ابريل - ٢٠١٠، الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢٠٠٩ تجاري، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، تاريخ الاسترجاع ٢٠١٨/٤/٣٠م.

(٢) المستشار سعيد أحمد شعلة: نائب رئيس محكمة النقض، قضاء النقض المدني في حجية الأحكام، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعة وستين عاماً ١٩٣١-١٩٩٧، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٨م، ص: ٦٩.

(٣) الدكتور عبد الحميد الشواربي: القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص: ٦٣، ٦٤، د. سليمان مرقس: طرق الإثبات، الجزء (٣)، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم فيه والمعاينة والخبرة في تقنينات البلاد العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤، ص: ١٣٦، ١٣٧، إبراهيم سيد أحمد: حجية الأحكام فقهاً وقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٠١م، ص: ١٤.

(٤) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٥/١٠/١٥م، الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٢٦ قضائية، شرعي جزائي، العدد ٦١، السنة ٢٧، سنة ٢٠٠٥م، ص: ٦١٦، والدكتور خالد حامد مصطفى والدكتور عادل عبد الله خميس، الدعوى الجزائية والإجراءات السابقة عليها في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة معلقاً عليها في ضوء أحدث أحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، المكتبة العلمية، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١١م، ص: ١٢١، هامش ١.

(٥) لا يمنع المحكمة الجزائية وهي تنظر في الادعاء المدني من التعرض لوقائع الدعوى الجزائية لا للفصل فيها إنما لإمكانية الحكم في الادعاء المدني بغض النظر عما إذا حاز الحكم الجزائي قوة الشيء المحكوم فيه، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٣/٤/١٤، جزائي، الطعن رقم ١٦١ لسنة ١٣ قضائية، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٦) قررت المحكمة الاتحادية العليا بأن مناط حجية الحكم القضائي هو أن يصدر حكم قطعي في دعوى تتبعها دعوى أخرى بين الخصوم أنفسهم مع اتحاد الدعويين موضوعاً وسبباً، الدكتور أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: ٣٥٩.

وسبب مختلف يحول دون توافر شروط حجية الحكم القضائي الجزائري، مما يعني أن إثارة النزاع بين المدعي في الدعوى السابقة والخبير المنتدب فيها بدعوى المسؤولية المدنية التالية لا يعتبر من قبيل إثارة نزاع سبق الفصل فيه، لاختلاف الخصوم وعدم الاتحاد في الموضوع والمحل والاختلاف في السبب، مما لا يحول دون المحاكمة المدنية^(١)، وبالتالي تكون مقاضاة الخبير القضائي بدعوى مستقلة هي دعوى المسؤولية المدنية دعوى جائزة ومقبولة قانوناً.

ويترتب عليه أن القاضي الجزائري يكون في حل من قيود الحجية للحكم الجزائري، فلا يتأثر بحكمه الجزائري وهو ينظر في مدى استحقاق المشتكي المدعي بالحقوق المدنية التعويض عن الضرر، وبالتالي يكون الحكم الابتدائي الصادر عن القاضي الجزائري قابلاً للطعن بالاستئناف إذا أضرّ بحق المدعي بالحق المدني سواء قضى بالإدانة أم البراءة، أو إذا لم يفصل بمنطوقه في الحق المدني أو قضى بحكم تضمن غير قبول الحق المدني أو رفضه أو الإحالة إلى المحكمة المدنية المختصة كأن يقضي بالبراءة، لأن من الواجب على المحكمة الجزائرية التي تنتظر في الادعاء المدني أن تحكم في الحق المدني بحكم يشتمل منطوقه على قبول الحق المدني أو رفضه. أو الإحالة إلى المحكمة المدنية المختصة، وهذا القضاء يعني مساساً بالحق المدني بيبّر الطعن، وأما الشق الجزائري فلا شأن للمدعي بالحق المدني فيه، لأنه ليس طرفاً ولا خصماً في الدعوى الجزائرية، ويملك التحدث في الادعاء المدني ولا شأن له في الدعوى الجزائرية، كما تملك المحكمة الجزائرية وهي تنتظر في الادعاء المدني التطرق إلى وقائع الدعوى الجزائرية لإمكان الحكم في المسؤولية المدنية والادعاء المدني بغض النظر عما إذا حاز الحكم الجزائري قوة الشيء المحكوم فيه.^(٢)

ونظراً لأن عدم توافر الحجية للحكم الجزائري يجيز للقاضي المدني نظر دعوى المسؤولية المدنية المسجلة مستقلة عن الدعوى الجزائرية، فإن مدى أحقية

(١) خالد حامد مصطفى وآخر، مرجع سابق، ص: ١٢٠.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٤/٤/١٩٩٣، جزائي، الطعن رقم ١٦١ لسنة ١٣ قضائية، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق، تاريخ الاسترجاع في ٢٧/٤/٢٠١٨م.

المدعي بدعوى المسؤولية المدنية المقامة ضد الخبير القضائي الذي كان منتدباً في دعوى سابقة كان المدعي خصماً فيها وتعرض لضرر ألحقه به الخبير خلال انتدابه فيها، هي محكمة بأحكام مختلفة عن أحكام الحجية، والأحكام التي تخضع لها هي الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية للخبير القضائي، فإذا توافرت شروط مسؤوليته خاصة ما تعلق بتوافر علاقة السببية بين الضرر الثابت وسلوك الخبير المدعى عليه حكمت المحكمة عليه بالضمان مع مراعاة حالات افتراض السببية^(١).

وأما بالنسبة لنطاق الحجية، فإنه يتعلق بما يجوز أن يتمتع بالحجية مما هو من مشتملات الحكم القضائي كمنطوقه وأسبابه الضرورية للفصل في الدعوى.

وأما الضرر وعلاقة السببية، فإنه يحال إلى أحكامهما العامة لتجنب الخروج على الموضوع. وبهذا الصدد أشار الباحث إلى وقائع نزاع بينه وشركة مقاولات كبرى أعادت محكمة الاستئناف المأمورية إلى الخبير المنتدب من محكمة أول درجة، وجاء في الحكم: "وكان خبير الدعوى قد حصل ما قام به المدعي من أعمال قانونية بناء على أبحاث كافية وقواعد علمية سليمة تظمن معه المحكمة لتلك الأبحاث إلا أنها لا تسائر الخبير فيما خلص إليه من مقدار المبلغ المستحق للمدعي..."، ثم تم تسجيل طعن من الطرفين للمرة الثانية فرفضت المحكمة العليا الطعنين^(٢)، وتم تنفيذ حكم الاستئناف المنوه إليه.

وبالنظر في الوقائع، يتضح أن الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف الشارقة كمحكمة إحالة أورد في حيثياته عمل الخبير ومهامه من ناحية مدى سلامتها، فيكون صيرورة الحكم باتاً غير قابل للطعن تحصيماً للحكم يمنع التطرق إلى منطوقه وحيثياته، علاوة على تنفيذ الحكم المذكور يكون قبولاً بحول دون التطرق إليه بالنسبة لما فصل فيه من مسائل، ويكون الادعاء ضد الخبير القضائي

(١) الدكتور عدنان سرحان، المصادر غير الإرادية للالتزام (الحق الشخصي)، الفعل الضار- الفعل النافع- القانون، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي، دراسة معززة بأحدث توجهات القضاء الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص: ٩٥، ٩٦، ٩٨، ١٠٠.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا برقم ٢٠١٦/٥٠٦ تجاري، وهو مقدم من الباحث بصفته مدعياً في الدعوى الابتدائية ٢٠١٣/٥٠٥ مدني كلي بمحكمة الشارقة، ثم صار مستأنفاً ومستأنفاً عليه بعد تسجيل استئنافين من الطرفين، كما قدمت المدعى عليها الطعن رقم ٢٠١٦/٤٢١ تجاري.

استناداً إلى قيامه بسلوك أو فعل أو امتناعه عنه ألحق ضرراً بالمدعي الخصم في الدعوى التي انتدب فيها الخبير بلا سند من القانون أو يخالف بينة خطية تعتبر مستنداً رسمياً يتمثل بحكم قضائي بات تضمن أن عمل الخبير سليم، ذلك ما لم يك استناد الادعاء بالمسؤولية المدنية إلى سلوك ضار قام به الخبير مما لم يتناوله الحكم القضائي البات، ولم يتوافر دليل على عدم صحته أو دليل على خلافه يكون أقوى حجية، أو كان استناد المضرور إلى مستندات تتضمن قيام سبب لمسؤولية الخبير المدنية عن الضرر محل دعوى المسؤولية المدنية، ومثالها إبراز المضرور مستندات مستقلة عن المستندات موضوع اتهام الخبير الذي صدر الحكم الجزائي ببراءته منه، لأن التهمة لو صحت وثبتت بحقه لما نفت وجود الحق المدعى به بذمة الخبير القضائي لمصلحة المضرور لثبوت الحق بالمستندات المبرزة بدعواه المدنية المستقلة عما أبرزه للقضاء الجزائي الذي أصدر الحكم ببراءته، وهنا لا يحول دون مسؤوليته المدنية عن ضرر ألحقه بالمشتكى المضرور، ومثاله أيضاً حكم جزائي صدر ببراءة الخبير القضائي من تهمة تزوير مستند معين، فيكون إثبات المدعي المضرور صحة الواقعة المنسوبة للخبير القضائي وهي التزوير، بإبرازه مستندات أخرى مبرراً للحكم بمسؤولية الخبير القضائي، لأن نفي تزوير مستند معين لا ينفي صحة الحق المدعى به لو ثبت بمستندات أخرى وفقاً لاجتهاد المحكمة العليا^(١)، وبالتالي يسترجع القاضي المدني سلطته في إصدار حكم بدون التقيد بالحكم الجزائي في حال ظهرت عناصر وظروف جديدة لم يأخذها القاضي الجزائي في الحسبان عند إصدار الحكم الجزائي^(٢)، وبالتالي يكون للقاضي المدني الحكم في إلزام الخبير القضائي بالتعويض

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٤/١٣/٢٠٠٤م، الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٣ قضائية، طعن مدني، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق، تاريخ الاسترجاع في ٢٧/٤/٢٠١٨م.
(٢) انظر في سلطة المحكمة المدنية وفقاً لقرار محكمة النقض الفرنسية:

The civil court recovered its freedom of decision if new elements or particular circumstances not taken into account by the criminal courts are brought to light, See: DP 1930. 1. 41 Case Ollagnier v. Bourbon and Malecot
Subsequent developments, Date: 30 December 1929, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/French/case.php?id=1210>

بمعزل عن الحكم الجزائي ببراءة الخبير القضائي من التزوير^(١)، وبذلك يكون حكم البراءة لعدم الدليل على الاتهام بالتزوير، ويكون الادعاء المدني لوجود دليل آخر على تعرض المضرور للضرر من سلوك الخبير القضائي، كذلك في حال خطأ الخبير في الإجراءات أو ارتكابه مخالفة جزائية كغش وخيانة أمانة وعدم حياد، وهنا لا يتضارب مع حجية الحكم الجزائي البات على نحو يصح فيه الادعاء بالمسؤولية عن الضرر بدون تعرض لحجبة حكم قضائي جزائي صار باتاً، مع مراعاة توافر السببية للربط بين الضرر الذي قام عليه الادعاء وسلوك الخبير، وبما يميزه عن سلوك غيره ممن لا يسأل الخبير عنه.

الفرع الثاني

حكم تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الحاصل منه

بناء على ما سبق بيانه بشأن احتمال صدور حكم جزائي ضد الخبير القضائي يفصل في مسألة قد تتعلق بها دعوى المسؤولية المدنية التي يقيمها المضرور ضده من ناحية السبب وغيره، مما يجلي الترابط بين الاتهام الجزائي والادعاء المدني على نحو يجعل لأول تأثيراً في الثاني يتمثل بوجود وقف المحكمة المدنية سير الدعوى ضد الخبير القضائي حتى الفصل في الدعوى الجزائية ضده بحكم بات في حال تسجيل الدعوى الجزائية ضده قبل الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها عملاً بالمادة (٢٨ / ١) من القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية، ووجوب تعليق المحكمة المدنية الدعوى المدنية حتى الفصل في مسألة يتوقف عليها الحكم سناً للمادة (١٠٢) من القانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية، المعدل بالقانون الاتحادي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م، والقانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤، والمرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧، وبالتالي فإن رفع الدعوى المدنية مستقلة للمطالبة بالتعويض

(١) إن تسجيل بلاغ ومن ثم دعوى جزائية ثم صدور حكم جزائي بالبراءة لا يمنع المضرور (المشتكي) من رفع دعوى مدنية بالتعويض بدون تقيد القاضي المدني بحجبة الحكم الجزائي، الدكتور خالد حامد مصطفى وآخر، مرجع سابق، ص: ١٧٥، ١٧٦.

تحكمه قاعدتان هما: الجزائي حجة على المدني والجزائي يوقف المدني^(١)، مما يثير مسألة مدى التزام القاضي المدني بالحكم الجزائي، وبالتالي مدى تأثر مسؤولية الخبير القضائي عن سداد الضمان أو التعويض في حال براءته أو حفظ الملف. وبهذا الصدد، يبين الباحث شروط تأثر القاضي الذي ينظر في المسؤولية المدنية للخبير القضائي بما سبق من إجراءات جزائية في شأنه تُوجِّت بحكم جزائي، وهي تعتمد على حجية الحكم الجزائي بناء على مدى توافر شروطها، ثم يبين حكم تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في مسؤوليته المدنية. أولاً: شروط تأثر القاضي المدني بالحكم الجزائي الصادر في الدعوى الجزائية (حجية الحكم الجزائي بشروط معينة):-

١- صدور حكم قضائي جزائي بات وليس مجرد قرار تأديب فقط^(٢) في دعوى جزائية ضد الخبير القضائي قبل صدور الحكم في دعوى المسؤولية المدنية المقامة ضده بشكل مستقل، ويتضمن الإدانة أو البراءة أو انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة، وتتحصر الحجية فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها وفقاً للمادة (٢٦٩) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢^(٣).

(١) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص: ٣٨٦-٣٩٠.
(٢) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٧/١/٢٦م، الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ١٨ قضائية، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.
(٣) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص: ٣٨٧، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠١٦/٦/٢٩، الطعن رقم ٦٤٢ لسنة ٢٠١٤ قضائية، طعن مدني، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.
وانظر في قرار محكمة النقض الفرنسية الذي تضمن بأنه في حال إطلاق سراح شخص لسبب غياب الخطأ من قبله كمتهم لا يجوز قبول الادعاء بالتعويض ضد الشخص نفسه على أساس المادة ١٣٨٢، ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي.

A court can not , in a case of release by reason of absence of fault held against the accused, accept a claim for damages against that same person based on Articles 1382 and 1383 of the Civil Code. See: DP 1930. 1. 41 Case Ollagnier v. Bourbon and Malecot, Subsequent developments, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/French/table.php?id=71>,

ومن الأمثلة العملية على قيام الحجية للحكم الجزائي على أساس فصله في عناصر تشكل نطاق الحجية متمثلة بوقوع الجريمة وارتكابها من قبل الخبير القضائي ووصفها القانوني ونسبتها إليه: القضاء بقبول دعوى المسؤولية المدنية وإلزام المدعى عليه الخبير القضائي بالتعويض عن الضرر من جراء خيانتة الأمانة التي أدانته بها المحكمة الجزائية بحكم بات وتلتزم بها المحكمة المدنية، ولا يجوز للمحكمة المدنية إعادة البحث فيما فصل فيه الحكم الجزائي البات^(١)، ولا يجوز لها تجاهل ما قضت به المحكمة الجزائية^(٢).

وأما عدم تحقق نطاق الحجية كأن يصدر حكم بناء على أن الواقعة المسندة للخبير القضائي ليس معاقباً عليها، فإنه لا يكتسب حجية لدى القاضي المدني عملاً بالمادة (٢٦٩) من قانون الإجراءات الجزائية المذكور، ومثاله قضاء المحكمة الجزائية ببراءة الخبير من تهمة إفشاء السر لأن السلوك ليس إفشاء سر معاقب عليه وفقاً للمادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الاتحادي، فإذا ثبت الضرر من سلوك الخبير قضت المحكمة المدنية بالتعويض وهي في حل من الحكم الجزائي المتضمن البراءة لعدم حجبيته تجاه القاضي المدني.

ب- أن يكون الحكم الجزائي قد فصل في المسألة أو في وقوع الفعل فصلاً ضرورياً لازماً للفصل في الدعوى الجزائية، وفقاً للمادة (٥٠) من قانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون الإثبات في المعاملات

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠١٦/٣/٣٠م، قضائية، الطعن رقم ٥٣٤ لسنة ٢٠١٥ تجاري، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٢) انظر في قرار محكمة النقض الفرنسية عدم جواز تجاهل المحكمة المدنية ما تقرره المحكمة الجزائية عملاً بحجية الأحكام الجزائية على المرافعات المدنية ما دام اشتمل الخطأ الجنائي على كل عناصر الخطأ المدني، ذلك وفقاً للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي:

A civil court cannot ignore what has been held in a criminal court (authority of penal judgements over civil proceedings) Since a penal fault contains all the elements of a civil fault, based on Articles 1382 and 1383 of the Civil Code. See: DP 1930. 1. 41 Case Ollagnier v. Bourbon and Malecot, Subsequent developments, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/French/table.php?id=71>,

المدنية والتجارية، والمادة (٢٦٩) من قانون الإجراءات الجزائية^(١)، بينما لا تقوم الحجية في حال عدم الفصل في المسألة أو فصله فيها فصلاً لم يك لازماً ولا ضرورياً للفصل في الدعوى الجزائية.

ومن التطبيقات القضائية على الفصل الضروري واللازم للفصل في الدعوى الجزائية بما يلزم القاضي المدني بالتقيد بالحكم الجزائي: محاكمة الخبير الذي قدم دعواً بتوافر علاقة السببية بين تصرف المجني عليه أو المضرور والضرر، فهو حكم يلزم القاضي المدني، لأنه فصل فيما يلزم للفصل في الدعوى الجزائية^(٢)، بخلاف الحكم الجزائي الذي بحث في مشاركة المضرور في إحداث الضرر، فهو حكم لا يلزم المحكمة المدنية لأنه فصل فيما ليس ضرورياً ولا لازماً للفصل في الدعوى الجزائية، وهو الذي استقر عليه اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا^(٣)، والحكم الجزائي المتضمن إدانة الخبير بتهمة على الرغم من دفعه بدور المشتكي في حصول الواقعة محل الاتهام وما نتج عنها من ضرر، فيكون حكم الإدانة بلا حجية مما تقبل معه المحكمة المدنية الدفع من المدعى عليه الخبير القضائي بأن المدعي المضرور شارك في الواقعة والضرر الناتج عنها، أو زاد فيه، سواء أثار دفعه أمام المحكمة الجزائية أم لا، لأن إثارته وفصلها فيه يجعل من الحكم فاصلاً في مسألة غير لازم الفصل فيها للفصل في النزاع، لعدم توقف الإدانة على عدم مشاركة المشتكي في الضرر، إنما يكفي ارتكاب الواقعة محل الاتهام، وأن عدم إثارته أمام المحكمة الجزائية يعني عدم فصل المحكمة الجزائية فيه، وفي حالتها إثارة الدفع وعدم إثارته لا تتوافر شروط الحجية للحكم الجزائي المتمثلة بفصله في مسألة فصلاً ضرورياً للفصل في النزاع عملاً بالمادة (٥٠) من قانون الإثبات الاتحادي المنوه إليه^(٤)، ويكون الحكم الجزائي بدون حجية تجاه القاضي المدني في حال لم يفصل في مسألة يلزم البحث

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٢/٥/٢١، الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٢ قضائية، طعن مدني، حسن بن أحمد الحمادي، مرجع سابق، ص: ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) حسن بن أحمد الحمادي، المرجع السابق، ص: ٣٧٧، هامش ١.

(٣) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٣/١١/٢م، الطعن رقم ١٨٤ لسنة ١٤ مدني، (مجموعة الأحكام، السنة الخامسة عشرة، ص ١٣٣٦)، حسن بن أحمد الحمادي، المرجع السابق، ص: ٣٧٧، هامش ١.

(٤) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٦/٦/٤م، الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٢٦ قضائية، طعن مدني، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

فيها للفصل في الدعوى الجزائية أو مسألة صارت موضوع الدعوى المدنية مثل مشاركة المضرور في الضرر أو زيادته فيه^(١).

ت- أن تكون هناك وحدة المسألة المقضي فيها بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية بأن يكون الفصل في الأساس المشترك والوقائع المشتركة لكل منهما^(٢)، ويتحقق في حال بتّ الحكم الجزائي في واقعة هي السبب الذي قامت عليه دعوى المسؤولية المدنية أو الواقعة التي استند إليها المضرور بدعواه المدنية، ومثاله: القضاء برد دعوى المسؤولية المدنية عن الخبير القضائي المقامة على أساس الضرر من واقعة خيانة الأمانة، استناداً إلى سبق الفصل في النزاع بحكم جزائي بات قضى ببراءة الخبير من التهمة ذاتها التي تشكل واقعة مشتركة للدعويين الجزائية والمدنية^(٣)، فيلتزم القاضي المدني بحجية الحكم الجزائي المتضمن براءة الخبير القضائي من تهمة خيانة الأمانة، ويشترط لحجية حكم البراءة نفي نسبة الواقعة إلى المتهم الخبير القضائي^(٤)، فيرد القاضي دعوى المسؤولية المدنية من تلقاء نفسه من دون أن يخوض في التعويض.

وأما الاختلاف في الأساس المشترك بين الدعويين، كأن تقام الدعوى الجزائية بناء على الغش وخيانة الأمانة تتبعها الدعوى المدنية بناء على الضرر، فإن الحكم الجزائي ببراءة الخبير القضائي لا يكتسب حجية في الدعوى المدنية،

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١ فبراير ١٩٩٤م، الطعن رقم ١٣٠ و ١٤٥ لسنة ١٥ مدني، (مجموعة الأحكام، السنة الرابعة، ص ١٥٥)، حسن بن أحمد الحمادي، مرجع سابق، ص: ٣٧٧، هامش ١.

(٢) حسن بن أحمد الحمادي، المرجع السابق، ص: ٣٧١-٣٨١، محكمة تمييز دبي، جلسة: ٢٠٠٦/١٢/١٧م، قضائية، الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٢٠٠٦، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٣) كذلك إدانة الخبير القضائي بالغش والتزوير وتعرض المشتكي للضرر منهما، فيلزم القاضي المدني بالحكم الجزائي ويلزم الخبير بالتعويض لأن الحكم الجزائي فصل في أساس مشترك للدعوى الجزائية والمدنية وفي الوصف القانوني للفعل ونسبته إلى فاعله، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٢/١١/١٢، قضائية، الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٢٢ قضائية، طعن مدني، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٢/٩/٢٦، الطعن رقم ٤٥ لسنة ١٤ قضائية، طعن مدني، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٤) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠٠٥/١٠/١١، قضائية، الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٢٤ قضائية، طعن مدني، المرجع السابق.

فلا يحول دون الحكم عليه بالضمان عن فعله الضار، لاختلاف أساس الدعويين ولأن الواقعة ليست مشتركة بينهما^(١).

ومما سبق يتبين عدم التلازم بين الإدانة أو البراءة والحكم بالضمان أو التعويض، أي عدم التلازم بين المسؤولية الجنائية للأشخاص والمسؤولية المدنية عن الضرر الحاصل منهم^(٢).

ويرى الباحث أن الحكم بالضمان على الخبير القضائي الذي صدر حكم جزائي ببراءته أو نفي ارتكاب الخطأ أمر بديهي إذا ثبت الضرر، لأنه لا يشترط الخطأ والالتهام والإدانة الجزائية لتحقيق المسؤولية المدنية أو الضمان^(٣)، في ظل القانون الإماراتي الذي تأثر بالفقه الإسلامي فاعتمد معيار الضرر لتحقيق المسؤولية المدنية عملاً بالمادة (٢٨٢) من قانون اتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^(٤)، المعدل بقانون اتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧، كما أن نفي الخطأ لا ينفي الضرر المفترض في بعض الحالات^(٥)، كذلك فإن موضوع الدعوى الجزائية هو توقيع العقاب على المتهم بارتكاب جريمة بينما موضوع الدعوى المدنية هو فرض تعويض عن الضرر الحاصل سواء وقعت جريمة أم لم تقع، وأن عدم ثبوت الجريمة الحائل دون الإدانة والعقاب لا يعني عدم

(١) إن الحكم الجزائي الصادر بالبراءة لا أثر له على الدعوى المدنية ما دامت أقيمت على واقعة أخرى ثابتة لم ينفيها الحكم الجزائي، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٩/٧/٣، الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠ قضائية، طعن مدني، المرجع السابق.

(٢) ومثاله مسؤولية رجال الشرطة عن الضرر الحاصل منهم بدون تأثير لعدم مساءلتهم جنائياً، محكمة تمييز دبي، جلسة: ٢٠٠٢/١/٢٠، طعن رقم ٢٦٥ لسنة ٢٠٠١ قضائية، طعن مدني، المرجع السابق.

(٣) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠١٠/١٢/٢٢، طعن رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ قضائية، طعن مدني، المرجع السابق.

(٤) نصت المادة (٢٨٢) المذكورة على: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، كما اعتبرت المادة (١٢٤) من القانون المذكور أن السلوك أو الفعل الضار من مصادر المسؤولية المدنية أو الالتزام، وتم نشر القانون بالجريدة الرسمية رقم المجلد ١٢، العدد (١٥٨)، السنة ١٥، تاريخ: ١٩٨٥/١٢/٢٩م، مجموعة الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٨٥، الجزء الثاني عشر.

(٥) تنص المادتان (٥٠) من قانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ والمادة 269 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ على عدم ارتباط القاضي المدني بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا قام على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم، أو إذا كان مبنياً على أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون، أي أنه إذا نفي الحكم الجنائي الخطأ قبل المتهم فإن ذلك لا ينفي عنه الخطأ المفترض الوارد في المادة 316 معاملات مدنية...، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٩/٧/٣م، الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠ قضائية، طعن مدني، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

مسؤولية المدعى عليه المدنية وعدم فرض الضمان عليه، لتأسيسه على ضرر حاصل وثابت بناء على أمر مفترض لا يجب إثباته بخلاف الجريمة أو أمر واجب الإثبات وتحقق إثباته^(١).

ثانياً: شروط تأثر القاضي الجزائي بحكمه في الشق الجزائي وهو يحكم في الادعاء بالحق المدني ضد الخبير القضائي من ناحية استحقاق التعويض (انعدام الحجية):

إن قاعدة الجزائي يعقل المدني تلزم القاضي المدني بالتقيد بالحكم الجزائي إذا توافرت شروط معينة في حال صدور الحكم الجزائي في دعوى جزائية مستقلة عن الدعوى المدنية التي لم تسجل بالتبعية للدعوى الجزائية، وبالتالي فإن الحكم الجزائي الصادر في دعوى جزائية مشتملة على الادعاء بالحق المدني لا يتمتع بحجية على القاضي وهو ينظر في التعويض، سواء كان هو القاضي الجزائي نفسه الذي حكم في الدعوى الجزائية أم قاضي الاستئناف الذي ينظر في استئناف الحكم الابتدائي الأول، كما تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجزائية في حال طلب التعويض من خلالها.

ويمكن تمتع الحكم الجزائي الصادر في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية بحجية تجاه القاضي المدني، في حال توافرت شروط فتتمثل بأن يكون الحكم الجزائي الصادر صحيحاً في دعوى جزائية مقبولة من محكمة جزائية مختصة بالنظر في التعويض، وأن يتضمن الحكم الجزائي فصلاً في الادعاء المدني أو الدعوى المدنية المقامة من المشتكي (المضروب) ولا يكفي بإحالة النظر فيه للمحكمة المدنية^(٢).

ويمكن إيجاز حالات تأثر القاضي الجزائي في الشق الجزائي وهو يقضي في الدعوى المدنية من ناحية مدى استحقاق التعويض بناء على قاعدتي الجزائي يعقل المدني والمدني يتبع الجزائي ومدى اشتمال منطوق الحكم الجزائي على ما وجب كما يلي:-

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٠١٦/٦/٢٩، الطعن رقم ٦٤٢ لسنة ٢٠١٤ قضائية، طعن مدني، المرجع السابق.

(٢) الدكتورة فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص: ٣٩٠-٣٩٣، ٤٩٩.

ا- تحقق القاضي الجزائي من حصول الجريمة وثبوت الإدانة كخيانة الأمانة فيلزمه بالحكم بالتعويض في الشق المدني^(١).

ب- تحقق القاضي الجزائي من براءة الخبير القضائي من التهمة لانتفاء التهمة وأن الفعل ليس جريمة، فتحكم المحكمة الجزائية بعدم اختصاصها في الدعوى المدنية^(٢)، فإذا استأنف المشتكي المضرور الشق المدني من دون النيابة العامة، يصير الحكم نهائياً في شقه الجزائي، ويطرح الادعاء بالحق المدني على محكمة الاستئناف في حدود الاستئناف المقدم^(٣)، ولها مناقشة التهمة وارتكاب الجريمة من عدمه، فإذا ثبت ارتكابها قضت في الادعاء المدني بمعزل عن الحكم الجزائي الصادر بالبراءة من دون تقييد بحجيته^(٤).

ت- تحقق القاضي الجزائي من انتفاء الجريمة والبراءة لعدم كفاية الدليل أو لعدم ثبوت التهمة يلزمه برفض الادعاء بالحق المدني، ولا يجوز له إحالته إلى المحكمة المدنية المختصة وفقاً للمادة (٢٦) من قانون الإجراءات الجزائية^(٥).

ث- إذا قضت المحكمة الجزائية بالإدانة وإحالة الدعوى المدنية للمحكمة المدنية المختصة، جاز للمتهم الطعن في الدعوى الجزائية، فتطرح هذه الدعوى على محكمة الاستئناف من دون الدعوى المدنية التي لا يجوز استئنافها في هذه الحالة، ولو ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي وقضت ببراءة المتهم فلا يجوز لها التعرض للدعوى المدنية التي لم تطرح أمامها، وهي حالة من حالتي الخروج عن قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية^(٦).

ج- في حال الطعن في الحكم الابتدائي في الشق المدني من قبل المدعي بالحق المدني المضرور أو المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية إن وجد، تطرح

(١) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المرجع السابق، ص: ٣٩٢.

(٢) المرجع السابق، ص: ٣٩٠، ٣٩١.

(٣) المرجع السابق، ص: ٥١٤، ٥١٧.

(٤) الدكتور خالد حامد مصطفى وآخر، مرجع سابق، ص: ١٧٤، ١٧٥.

(٥) محكمة تمييز دبي، جلسة: ٢٤/١١/٢٠٠١م، الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٢٠٠١، مجموعة أحكام المحكمة العدد ١٢ ص ١٢٤٩ رقم ٥٣، الدكتور خالد حامد مصطفى وآخر، المرجع السابق، ص: ١٧٥.

(٦) الدكتور فتيحة قوراري وآخر، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص: ٣٩٢.

الدعوى المدنية على محكمة الاستئناف من دون الدعوى الجزائية، وهو خروج عن قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية^(١).

ح- إن الحكم الجزائي الذي لم يصح منطوقه لاشتماله على ما يخالف ما وجب اشتماله عليه بالنسبة للدعوى الجزائية المتضمنة الادعاء بالحق المدني، ويتمثل بالحكم بقبول الادعاء المدني أو رفضه أو إحالة الادعاء إلى المحكمة المدنية المختصة، فإنه لا يتمتع بالحجية ولو صار نهائياً، ومثاله الحكم القاضي بالبراءة لا يحول دون الطعن في الحكم في الشق المدني من قبل المدعي والحكم في الدعوى المدنية بدون تقيد بالحكم الجزائي مهما صار نهائياً، استناداً إلى أن الحكم أضر به وفقاً للمادة (٢٠ / ٣) من قانون الطعن بالنقض^(٢).

ثالثاً: حكم تأثير الشكوى ضد الخبير القضائي في مسؤوليته المدنية:

بناء على ما سبق، يمكن بيان حكم الشكوى وتأثيرها في تقرير المسؤولية المدنية للخبير القضائي بناء على دعوى تابعة للدعوى الجزائية أو بموجب دعوى لاحقة ومستقلة كما يلي:-

١- بالنسبة للدعوى الجزائية المشتملة على الادعاء بالحق المدني (دعوى مدنية بالتبعية للدعوى الجزائية):

ينظر القاضي الجزائي في الشق الجزائي من ناحية صحة الاتهام وارتكاب المتهم الخبير القضائي ما نسب إليه من عدمه، مطبقاً نصوص القانون ذات الصلة، فإذا ثبت له صحة الاتهام وارتكاب الجرم قضى بالتعويض، لكن يشترط تدقيق القاضي الجزائي في الدفوع المقدمة والمسائل المثارة التي تؤثر في نطاق مسؤولية الخبير القضائي مما يمكن أن يؤثر في تقرير مسؤوليته لوحده أم مع الغير، تحت

(١) يشترط لاستئناف الحكم المدني الصادر في دعوى جزائية اشتملت على ادعاء بالحق المدني أن يكون الحكم الابتدائي فاصلاً في الدعوى المدنية وليس في الدعوى الجزائية فقط، وأن يكون المستأنف طرفاً في الدعوى المدنية التي صدر الحكم فيها، وأن يزيد التعويض المطالب عليه عن نصاب محكمة أول درجة أو إذا وقع بطلان في الحكم أو الإجراءات أثر في الحكم، وفقاً للمادة (٢٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية، دكتورة فتيحة وأخر، المبادئ العامة...، المرجع السابق، ص: ٤٩٩.

(٢) انظر الطعن المنوه إليه، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٤/٤/١٩٩٣، جزائي، الطعن رقم ١٦١ لسنة ١٣ قضائية.

طائلة تعرض حكمه بشقه المدني للنقض، لقضائه بالتعويض في وقائع تمنع قيام مسؤولية الخبير القضائي كأن يثبت ارتكاب المضرور الفعل الضار بمساهمة كبيرة ومؤثرة. وأما في حال انتفاء ارتكاب الجرم من قبل الخبير القضائي، فإن القاضي الجزائي يرفض الادعاء المدني لعدم توافر شروطه ومنها حصول جريمة.

وعليه، يكون فهم القاضي الجزائي الشق الجزائي مؤثراً في حكمه في الشق المدني ما دام أنه لم يغفل عن التدقيق في شروط المسؤولية المدنية، وتحقق من انعقاد الاختصاص للمحكمة كشرط للحجية^(١).

ب- بالنسبة للدعوى المدنية المستقلة عن الدعوى الجزائية:

يلتزم القاضي المدني من ناحية الأصل بأحكام حجية الحكم الجزائي ويتقيد بقضاء المحكمة الجزائية إذا تحققت شروط الحجية المبينة سابقاً، ويحكم بمعزل عن قضاء المحكمة الجزائية في حال عدم تحقق شروطها.

فإذا كان الحكم الجزائي ببراءة الخبير القضائي مثلاً استناداً إلى سبب يحول دون نشوء مسؤوليته المدنية عن الضرر، بل يمنع التحقيق في نشوئها، فقد ثبتت الحجية ولم تتحقق المسؤولية المدنية عن الضرر، وعلى القاضي المدني رد الدعوى المدنية عن الخبير القضائي من تلقاء نفسه، لسبق الفصل في النزاع بحكم جزائي عملاً بالمادة (٢/٤٩) من قانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية^(٢)، ويكون وجوب أعمال القاضي المدني حجية الحكم الجزائي من تلقاء نفسه من النظام العام وفقاً لنص المادة (٢٨/١) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢^(٣)، ويتطلب أعمال حجية الحكم الجزائي انتظار القاضي المدني صدور الحكم الجزائي، من خلال وقفه

(١) نقض مصري، ١٩٥٠/٢/٢٢ طعن رقم ١٤٢ و ١٣٨ سنة ١٦ ق، المستشار عبد الحميد المنشاوي، القرانن وحجية الأحكام، يتضمن القرانن القانونية والقضائية وحجية الأحكام القضائية وشروطها ومداهها في ضوء أحكام النقض، الناشر المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٧م، ص: ٤٤.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ٢٢ من يناير سنة ٢٠١٤، الطعن رقم ١ لسنة ٢٠١٣ تجاري، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٣) نقض مصري، الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة- ١٠/٣١/١٩٩١، المستشار عبد الحميد المنشاوي، مرجع سابق، ص: ٦١.

النظر في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية، ويتحقق في حال النظر في الدعوى الجزائية أثناء النظر في دعوى المسؤولية المدنية أو قبل تسجيلها^(١)، وتطبيقاً لذلك، على القاضي المدني رد دعوى المسؤولية المدنية عن الخبير القضائي المقامة ضده للتعويض عن الضرر الحاصل بسبب تزويره مستنداً كان أن صدر حكم جزائي ببراءته منه لعدم كفاية الدليل لحجية الحكم الجزائي في الحالة المذكورة، أو براءته من جزمه بخلاف الحقيقة سنداً للمادة (٢٥٧) من قانون العقوبات الاتحادي، وتعطيل الإجراءات القضائية، وإذا استندت البراءة إلى ما لا يمنع من مسؤوليته عن الضرر، كأن تصدر البراءة استناداً إلى أن الواقعة غير معاقب عليها، ويعني عدم ثبوت الخطأ بحق الخبير القضائي، فلا حجية تقيد القاضي المدني عملاً بالمادة (٢٦٩) من قانون الإجراءات الجزائية المذكور، وللقاضي المدني الحكم بمعزل عما سبق من شكاوى وإجراءات جزائية وحكم، كذلك اعتبار الفعل موضوع الاتهام غير معاقب عليه لانتهاء القصد الجرمي أو لسبب آخر، فإن على القاضي المدني التحقق من صلاحية الفعل المجرى من صفة الجرمية ليكون أساساً للتعويض من عدمه، مما يعني عدم تقيدته بالحكم الجزائي لغايات الحكم بالتعويض عنه^(٢).

وفي حال عدم ثبوت الحجية بغض النظر عن السبب، فللقاضي المدني الحكم بناء على الأدلة المتوافرة لديه بمعزل عما سبق من شكاوى وإجراءات وحكم جزائي، فإذا توافرت أدلة أخرى ضد الخبير القضائي تكفي للحكم عليه بالمسؤولية المدنية بمعزل عن حكم البراءة ذي الحجية، كأن يستند المضرور إلى واقعة مختلفة عن الواقعة محل الشكاوى الجزائية وما صدر فيه حكم البراءة، وعدم ثبوت خطأ الخبير لا يستبعد مسؤوليته عن الضرر المفترض، أو ثبوت واقعة مختلفة يسأل عنها، يكون على القاضي إلزام الخبير القضائي بالتعويض عن الضرر، لأن

(١) المحكمة الاتحادية العليا، جلسة: ١٩٩٧/١/٢٦، الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ١٨ قضائية، موقع شبكة قوانين الشرق، منظومة الأحكام العربية، مرجع سابق.

(٢) نقض مصري، الطعن رقم ١١٩ لسنة ٣٩ ق- جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠- س ٢٥ ص ٧٧٩، المستشار عبد الحميد المنشاوي، القرائن وحجية الأحكام، مرجع سابق، ص: ٦٠٠، ٦٠١.

الحكم الذي يحقق مانع المسؤولية المدنية هو الحكم الجزائي الذي يكتسب حجية لدى القاضي المدني وليس مجرد حكم بالبراءة في ضوء اعتماد المضرور في دعواه المدنية على واقعة تختلف عن الواقعة التي كانت محل نظر القاضي الجزائي وقضى ببراءة المتهم منها، وهو الخبير القضائي، بمعنى وجوب الأخذ بالاعتبار سبب الحكم بالبراءة، لمعرفة مدى تأثيره في قيام الحجية، لاحتمال التأثير في حالات من دون غيرها، كذلك عدم توافر الأدلة على المسؤولية المدنية للخبير القضائي مع عدم حجية الحكم الجزائي يبرر رد دعوى المسؤولية المدنية، كأن يثبت حصول السلوك المعاقب عليه مع تبرير القانون إياه، فيرد القاضي المدني دعوى المسؤولية المدنية لأن السلوك الضار مآذون فيه ومشروع لا مساءلة عليه، وعدم وجود حكم جزائي ضده يلتزم به القاضي المدني مما لا يبرر الحكم بالمسؤولية المدنية.

وبرى الباحث أن حجية الحكم الجزائي بالبراءة القائم على عدم ارتكاب الواقعة تجاه القاضي المدني كحائل دون الحكم على الخبير القضائي بالتعويض، هي تطبيق حكم انقطاع علاقة السببية بين الخبير القضائي كمدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية والضرر الذي زعمه المضرور.

وبذلك تختلف صلاحيات القاضي المدني عن القاضي الجزائي بقضائه بالتعويض استناداً إلى الضرر بدون حجية الحكم الجزائي المبرئ لذمة الخبير لعدم ارتكابه الجرم، لاحتمال حصول ضرر يبرر المسؤولية المدنية مع غياب المسؤولية الجزائية لانتفاء الجرم، والتي تلزم القاضي الجزائي برد الادعاء المدني وعدم الخوض في الموضوع، كذلك على القاضي الجزائي مراعاة توافر شروط المسؤولية المدنية، وهو واجب على المحكمة المدنية علاوة على مراعاتها حكم حجية الحكم الجزائي.

الخاتمة:

تناولت بالبحث مسألة الترابط بين الحكم الجزائي الصادر بحق الخبير القضائي وفي شأنه ودعوى المسؤولية المدنية المقامة ضده من قبل المضرور منه والحكم المنتظر صدوره فيها، سواء أقيمت الدعوى المدنية مستقلة عن الدعوى الجزائية أم بالتبعية لها، ذلك من خلال بيان مدى حجية الحكم الجزائي الصادر في الشكوى أو الدعوى الجزائية ضد الخبير القضائي لدى القاضي المدني الذي ينظر في دعوى المسؤولية المدنية عن الضرر الذي أوقعه بالمضرور، وهو المشتكي (المدعي)، وبينت العناصر التي تحدد مدى توافر الحجية وشروطها وحكمها مشيراً إلى أن الحجية تكون للحكم الجزائي الصادر في دعوى جزائية تجاه المحكمة المدنية التي تنظر في المسؤولية المدنية بشكل مستقل عن الدعوى الجزائية ولا تثار الحجية للحكم الجزائي الصادر في دعوى جزائية ودعوى مدنية بالتبعية للدعوى الأولى، وأن تقرير توافر حجية الحكم الجزائي الموصوف يتوقف على معرفة الواقعة أو الوقائع التي صدر فيها والتهمة المسندة للخبير القضائي ومنطوق الحكم وأسبابه وحيثياته من ناحية، ومن ناحية ثانية معرفة موضوع دعوى المسؤولية المدنية المقامة بشكل مستقل عن الدعوى الجزائية وما يركز عليه المدعي المضرور ومقارنتها بما قامت عليه الشكوى والدعوى الجزائية والحكم الصادر فيها، كما بينت النصوص القانونية المنظمة للخبرة ومسؤولية الخبير القضائي وتابعت التعديل الحاصل فيها من ناحية، والممارسات التي إن قام الخبير القضائي بها فإنها تصلح أسباباً للشكوى والادعاء ضده من ناحية ثانية، مركزاً على النص القانوني كإطار تشريعي للواقع والتطبيقات العملية المتعلقة بالمحل الذي نظمه المشرع لإخراج البحث بمستوى عملي يساعد في توضيح رؤية الباحث تجاه المسألة موضوع البحث. وفيما يلي بعض النتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي أرى فائدة منها في سبيل حسن تطبيق نصوص القانون على نحو ينسجم وإرادة المشرع بناء على امثال المحاكم لأحكامه بما يضمن أداء الخبراء مهامهم بشكل يمكن المحاكم من استخلاص ما تحتاج إليه كما يلي:-

بناء على الدراسة الماثلة، خلص الباحث إلى ما يلي:-

١- إن واقع الخبرة القضائية زاخر بالسلبيات، لفجوة بين المشرع والواقع تُجَلِّي ثغرات بين ما أراده المشرع وما هو على أرض الواقع في ضوء تطبيق نصوصه من قبل المحاكم على نحو لا يتفق وأحكامه، فتبدو نصوص القانون المتضمنة حدود عمل الخبراء والمفصلة للالتزاماتهم وواجباتهم ليست محترمة بشكل واضح أو كامل من خلال شيوع ممارسات غير صحيحة يقوم بها خبراء قضائيون يعدون تقارير معيبة وباطلة تقبل بها المحاكم في أغلب الحالات، بما يؤدي إلى ضرر واضح، وهي ممارسات علنية لا تصعب ملاحظتها، مما تدفع المتضررين منهم إلى الشكوى ضدّهم والعمل على مقاضاتهم.

٢- فطنة المشرع الإماراتي إلى واقع الخبرة وحاجته للمتابعة والتصحيح بإجراء تعديل تشريعي تضمن استحداث بعض الأحكام ووضع ضوابط للرقابة والمتابعة وتحديد آلية لمعاقبة المخالفين من الخبراء القضائيين من دون الانتقاص من الضمانات التي تكفل للخبراء القضائيين حقهم في الدفاع والرد على الخصم وسرية التأديب، ومن دون تقليل أهمية التتّيف والتوضيح ليقف الخبراء على حدود واجباتهم.

٣- اختلاف أحكام التقاضي جزائياً عن التقاضي مدنياً بما يقتضي الإمام بإجراءات التقاضي أمام القضاء الجزائي والمتابعة مع الجهات المختصة كوزارة العدل وصولاً إلى إصدار القرار في الشكوى والدعوى الجزائية وسبل الطعن فيه، ومعرفة الاختلاف بين التقاضي الجزائي والتقاضي المدني من ناحية حالات انعقاد الاختصاص وشروطه وشروط الحكم في الدعوى، ومن ثم تحديد طريق التقاضي فيما إذا كانت دعوى جزائية ثم دعوى مدنية أم دعوى جزائية مشتملة على الدعوى المدنية التي تتبع الأولى، بما يساعد في التقيد بالأسس السليمة وفقاً لما رسمه المشرع.

٤- عدم وضوح صورة وواقع متابعة سلوك الخبراء وضبط مخالفاتهم، وخصوصية بحث الموضوع ووعورة الطريق، في ضوء دور القاضي في مدى قبول أو رفض تقرير الخبرة القائم على تجاوزات الخبير الذي أعده، مما صعب من الحصول على المعلومات المطلوبة خاصة الحصول على نسخ من السوابق القضائية من خلال بعض المحاكم.

٥- تسجيل شكاوى ضد بعض الخبراء القضائيين من دون إمكانية معرفة فيما إذا صدرت أحكام قضائية بحقهم بما حال دون معرفة أسباب الادعاء وأدلته وأوجه الدفاع والرد وأدلته وما قضت به المحاكم وعلى رأسها المحاكم العليا، وهو واضح من خلال مقابلة الباحث أحد المسؤولين لدى وزارة العدل.

التوصيات:

في ضوء دراسة الباحث الموضوع فإنه يوصي بما يلي:-

١- معالجة القصور التشريعي المتمثل بعدم تنظيم المشرع حالة تقرير الخبرة المتضمن خطأ مهنيًا جسيمًا بيناً أو جريمة ثابتة يعاقب عليها القانون من ناحية تحديد دور المحكمة بدءاً من القاضي الذي ينظر في التقرير والاعتراضات المقدمة عليه، كذلك الموظفين في المحكمة كل حسب اختصاصه ودوره المهني، ويساعد في ذلك تعيين موظف مختص أو إسناد المهمة لموظف معين قادر على النجاح فيها، فيتابع تقرير القاضي أو تأشيرته الدال على مخاطبة لجنة شؤون الخبراء لدى وزارة العدل أو تحويل ملف الخبير القضائي إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق واتخاذ الإجراء المناسب وإخطار لجنة شؤون الخبراء وصولاً إلى التأديب، في ضوء حدود عمل القاضي الفصل في النزاع بناء على قبول تقرير الخبرة من عدمه، وفي حدود صلاحياته بالإبلاغ عن الجرم ومخالفة القانون، من دون تجاوزها إلى عقاب الخبير القضائي، وتتضمن مخاطبة أي من الجهتين بيان تجاوز الخبير مشتتلاً على التفاصيل من اسم الخبير ورقم قيده ورقم الدعوى وموضوعها

والخصوم فيها، وهو يساعد في أداء وزارة العدل والنيابة العامة دورهما المنوط بهما بموجب تشريع الخبرة وقانون العقوبات والإجراءات الجزائية وغيرها من خلال نظرها في رسالة المحكمة أو التقرير الوارد منها بموضوع خطأ الخبير القضائي وجريمته، فتقوم وزارة العدل بواجبها من خلال موظفيها كل حسب اختصاصاته كأن لجنة شؤون الخبراء تلقت شكوى من المضرور ضد ممارسات الخبير القضائي، وتقوم النيابة العامة بالتحقيق كما تفعله في الشكاوى والبلاغات لاتخاذ القرار المناسب، وهنا يتجلى دور القاضي والمحكمة في كشف ممارسات الخبير القضائي غير القانونية جنباً إلى جنب مع المضرور من الخبير، ويتجلى دور النيابة العامة في التحقيق المتعمق وكشف الحقيقة معززة بالدليل المقبول أمام القضاء، بما يميز الاتهام الصحيح عن الاتهام بدون دليل أو الاتهام بدون دليل مقبول، وهو دور تقوم به المحكمة والنيابة العامة يمكن جهات التحقيق والرقابة لدى وزارة العدل والمحاكم الجزائية من التدقيق فيها وفرض العقاب المنصوص عليه في القانون، وبه يتحقق التوافق بين إرادة المشرع والواقع بامتنال المحاكم والنيابة العامة لإرادة المشرع، فيعاقب الخبير القضائي الذي تثبت إدانته وبه يتم ردع غيره، ويسهل اقتضاء المضرور حقه بحيازته الدليل على هوية المذنب والواقعة مصدر المطالبة المدنية، ولا تترك المضرور لوحده يعاني مشكلة جمع الأدلة بعد معاناته من تجاوز الخبير، وفي حال عدم ثبوت التهمة أو عدم صحتها يستمر الخبير في مهامه، لتبقى فائدة التحقيق بتحذير الخبراء القضائيين وردع المخالفين مع انسجام الجهات المختصة وهي تمارس مهامها وفقاً لما رسمه المشرع.

ب- أهمية متابعة عمل الخبراء القضائيين والتدقيق في سجلاتهم وتفعيل ما نص عليه تشريع الخبرة من أحكام تتعلق بسجلات وملفات الخبراء وممارساتهم والشكاوى ضدهم والعود والتكرار، ويمكن بمتابعة لجنة شؤون الخبراء القرارات الصادرة في الدعاوى التي تم نديهم فيها لمعرفة مصير الدعاوى

ومدى تسجيل الطعون فيها وأسبابها وما تقرره المحاكم العليا للوقوف على دور الخبراء في بطلان الأحكام ونقضها، ثم التدقيق والتحقيق في دوافع وظروف إعداد التقارير التي تثبت بها تجاوزات الخبراء على نحو أدى إلى بطلان الأحكام التي صدرت بناء عليها، وإجراء الدراسة من قبل لجنة شؤون الخبراء لتحديد سبب التجاوز والخطأ ودرجته من ناحية الجسامة وفيما إذا كان خطأهم بسيط أو جسيم، واستعانة اللجنة بالمحكمة المختصة وذات العلاقة إضافة إلى الخصوم في الدعوى من خلال ممثليهم لدى الخبير المشكو بحقه أو المراد اتخاذ إجراء ضده، للاطلاع على ما لديهم أو الاستماع إليهم لمعرفة ما يفيد في هذا المجال، واقتراح الحل والعلاج المناسب من قبل لجنة شؤون الخبراء بما فيها العقوبات المناسبة والرادعة بناء على حالة وظروف كل خبير على حدا مع الإفادة مما تحتويه سجلاتهم وملفاتهم من ممارسات سلبية والتحقيق الحاصل فيها إن وجد والعقوبات التي فرضت عليهم إن وجدت، وبذلك يسهل انتقاء وسيلة العلاج إن كانت الفصل النهائي بالشطب من قيد الخبراء أم التوقيف المؤقت أم يكفي الإنذار وبه يمكن تطبيق أحكام تأديب الخبراء القضائيين بشكل أنسب يحقق ميزة الردع، وهو تحقيق انسجام بين إرادة المشرع والواقع بتفعيل تطبيق نصوص القانون المنظمة لتأديب الخبراء.

ت- اتباع نهج الاستقلالية والفصل بين الخبراء محل الدراسة والمعرضين للرقابة والمتابعة، للوقوف على الثغرات المتعلقة بكل واحد منهم والبحث عن حل يناسب كل واحد منهم، ويمكن بتجنب الدمج بين الخبراء بناء على تخصصهم أو جنسياتهم أو لغاتهم، وبفقد اعتماد قابلية الخبير للانحراف والتجاوز ومدى جرأته وسجله الحافل بالأخطاء أو الخالي منها.

ث- الربط بين سجلات الخبراء في كل محكمة وإمارة لرصد حالات تجاوز كل خبير وظروفه ورصد التكرار والعود، وعدم التردد في تفعيل العقوبات وتطبيقها بشكل رادع على نحو تحقق فيه حالة عقاب واحد نتائج إيجابية قد

تغني عن تكرارها من خلال تحقيق الردع خاصة مع اتخاذ قرار بالنشر للتعميم وتوزيع قرار العقوبة أو التأديب على المحاكم والنيابة والشرطة في الدولة، لتصل إلى علمها صورة الخبير الحقيقية، ذلك إمعاناً في حث الخبير على التقيد بالقانون تجنباً للتشهير به.

ج- أهمية مراعاة العدل والردع ومنع التعسف بالتحقيق مع الخبراء القضائيين على نحو يكشف الحقيقة ويجلي الدليل بدون استهتار بمركز الخبير القضائي ومنع النيل منه بدون مبرر وبما يخالف القانون، ويمكن بأن تبدي الجهات المختصة بالنظر ومتابعة البلاغات والشكاوى ضد الخبراء القضائيين التعاون والتقدير وهي بصدد تلقي شكاوى المضرورين من ممارسات الخبراء بدون ترجيح كفة الخبراء القضائيين، وتسريع إجراءات تسجيلها والنظر فيها وتدقيقها وما يتطلبه من دراسة وإعلان واستماع إلى الحجج والدفع والدفاع، ومساعدة الطرف المحتاج للمستندات للإثبات بتزويده بكتب تساعده في مخاطبة الجهات ذات العلاقة وتسلم الردود المناسبة بوقت مناسب، ومن ناحية الأخرى عدم التعجل في إجراء يمس الخبير ومنع إشاعة الشكاوى أو أي إجراء ضده قبل الوقوف على الدليل وكفايته، وعقاب من يوجه الاتهام المباشر له بدون اتباع الإجراءات القانونية، وإرجاء فرض الجزاء إلى التحقق من ارتكابه الجريمة والمخالفة المعاقب عليها.

ح- أهمية مراعاة الموضوعية بتتبع الخبراء القضائيين بدون مغالاة إلى حد قتل أصحاب المهنة الذين يُعينون المحاكم في أداء رسالة العدل، من خلال تمحيص الاتهام لتحديد الاتهام الموضوعي وتمييزه عما لا يبرر الإجراء ضد الخبير القضائي، بما يضمن تجنب الاقتراءات والظنون والكيد والانتقام، والتزام الدليل الكافي على الاتهام، ورفض الشكاوى غير المقنعة، ومنح فرصة الدفاع الكافي، مع مراعاة السوابق وما صدر عن الخبير وما فرض عليه من عقاب، ويمكن تفعيل دور السجلات والملفات لدى وزارة العدل، للوقوف على ما إذا كان الخبير المشكو بحقه من العائدين إلى ممارساتهم

الضارة، والتميز بين ممارساتهم من ناحية درجة الجسامة والعود والضرر الحاصل لغايات تحديد أو انتقاء الجزء الأنسب، والتدرج في فرض الجزاءات من أدنى إلى أعلى لتحقيق التقويم والردع بنشر القرارات والأحكام التي تدين الخبراء لتوجيه الناس وردع الخبراء المعاقبين.

خ- التركيز على توضيح رسالة الدولة بأنها جادة في عملها إحقاق الحق وتحقيق العدالة مع التسليم باحتمال أخطاء والقابلية للتجاوزات التي ينبغي أن تكون دافعاً لتحرك الجميع لتحقيق الأفضل بدون تهاون أو عدم اكتراث، ويتحقق بأداء أصحاب العلاقة دورهم في الإبلاغ عن الجرائم وتقديم الأدلة التي تكشف الحقيقة، ويفيد عقد الندوات والإشراف على الدورات.

د- القيام بالتنقيف والتوعية تجاه دور الخبراء القضائيين والقضاة والوكلاء من محامين ومستشارين وغيرهم لبيان حدود واجبات كل منهم، وتوضيح أن المفترض هو أن تصب جهود الجميع في تحقيق إرادة المشرع متمثلة بحسن تطبيق أحكام القانون من قبل كل طرف ذي علاقة على نحو يحول دون التضارب والتعارض، ويفيد إشراك الإعلام البناء وأصحاب الاختصاص والخبراء لدى وزارة العدل وأساتذة الجامعات من ناحية، والاستماع إلى إفادات الخصوم أو ممثليهم في اجتماعات الخبرة حول ممارسات الخبراء وأثرها، وتوظيفها في التوضيح للوزارة حجم المشكلة بما يحقق الدافع للتحرك لحل المشكلة.

ذ- التركيز على أداء المحاكم وإجلاء دور القاضي وبيان مسؤوليته عن حكم ضار لاعتماده التقرير الباطل، ويفيد تواصل وزارة العدل مع إدارة المحاكم.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر (الجريدة الرسمية):

الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وتصدر عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء.

الجريدة الرسمية- العدد (١٢٦) - السنة ١٣.

الجريدة الرسمية- الجزء ١٤، العدد (١٨٢)- السنة ١٧، تاريخ: ٢٠/١٢/١٩٨٧م.

الجريدة الرسمية- العدد (٢٣٣) مكرر- السنة ٢٢، تاريخ: ٢٥/١/١٩٩٢م.

الجريدة الرسمية- العدد (٢٣٥) - عدد خاص- مكرر السنة ٢٢، تاريخ: ٨/٣/١٩٩٢م.

الجريدة الرسمية، العدد رقم (٢٣٩)، عدد خاص، السنة ٢٢، بتاريخ: ٢٩/٦/١٩٩٢م.

الجريدة الرسمية العدد (٤٤٠)، السنة ٣٥، تاريخ: ١٤/١٢/٢٠٠٥م.

الجريدة الرسمية- العدد (٤٤٠)- السنة ٣٥، تاريخ: ١٤/١٢/٢٠٠٥م.

الجريدة الرسمية- العدد (٤٤١)- السنة ٣٥، تاريخ: ٣١/١٢/٢٠٠٥م.

الجريدة الرسمية- العدد (٤٥٥)- السنة ٣٦، تاريخ: ١٢/١٠/٢٠٠٦م.

الجريدة الرسمية- العدد (٤٥٩)، السنة ٣٦، بتاريخ: ٢٨/١٢/٢٠٠٦م.

الجريدة الرسمية- العدد (٥٤٢)- السنة ٤٢.

الجريدة الرسمية- العدد (٥٥٩)- السنة ٤٤، تاريخ: ٣٠/١/٢٠١٤م.

الجريدة الرسمية- العدد (٥٧٢)- السنة ٤٤، تاريخ: ٣٠/١١/٢٠١٤م.

الجريدة الرسمية- العدد (٥٧٨).

الجريدة الرسمية- العدد (٦٠٤) - السنة ٤٦، تاريخ: ٢٩/٩/٢٠١٦م.

ملحق من الجريدة الرسمية - وزارة العدل، العدد رقم (٦٢٢)، تاريخ النشر: ٢٨-٢٨

٠٩-٢٠١٧، التاريخ الفعلي: ٢٨-٠٣-٢٠١٨.

الجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة للمجلس التنفيذي لإمارة أبوظبي- العدد

(٣)- السنة الرابعة والأربعون، في ٣١ مارس عام ٢٠١٥م.

ثانياً: القوانين والتشريعات

القانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية.

اللائحة التنفيذية رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ للقانون الاتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية.

القرار الوزاري رقم ١١٦ صادر بتاريخ: ٢٠١٥/٣/٣٠م بشأن ميثاق عمل الخبراء الفنيين.

قرار رئيس دائرة القضاء في أبوظبي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٥م بشأن مدونة سلوك الخبراء.

القرار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٨م بشأن إنشاء إدارة شؤون الخبراء في دائرة القضاء في أبوظبي واللائحة المنظمة لعملها وتشكيل لجنة شؤون الخبراء.

مرسوم بقانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

مرسوم قانون اتحادي ١١ لسنة ٢٠١٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية.

قانون اتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية.

قانون اتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٥م، والقانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦م.

قانون اتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.

قانون اتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ بتعديل القانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٥،
والقانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٦، والمعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة
٢٠١٦م.

ثالثاً: المراجع الخاصة

الخبرة في ضوء أحكام النقض الجزء الأول، صادرة عن دائرة القضاء في أبوظبي،
الطبعة الأولى، ٢٠١١م.

د. خالد حامد مصطفى والدكتور عادل عبد الله خميس، الدعوى الجزائية
والإجراءات السابقة عليها في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية
المتحدة معلقاً عليها في ضوء أحدث أحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز
دبي، المكتبة العلمية، مكتبة الجامعة، إترار للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية،
٢٠١١م.

خالد جمال أحمد حسن، النظام القانوني للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية
(دراسة مقارنة في ظل قانوني الإثبات البحريني والمصري).

المحامي راني صادر والمحامي نجيب عبد النور، صادر من التشريع والاجتهاد في
الإمارات العربية المتحدة، الإثبات، المنشورات الحقوقية صادر، الناشر صادر ليغال
ببليشنغ ش ذ م م، دبي، طبعة أولى ٢٠١٧م.

د. سليمان مرقس: طرق الإثبات، الجزء (٣)، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء
المحكوم فيه والمعينة والخبرة في تقنيات البلاد العربية، المنظمة العربية للتربية
والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤.

المستشار عبد الحميد المنشاوي، القرائن وحجية الأحكام، يتضمن القرائن القانونية
والقضائية وحجية الأحكام القضائية وشروطها ومداهها في ضوء أحكام النقض،
الناشر المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٧م.

عبد الله حسين عبد الله العزة، دور الخبرة الكتابية في الإثبات في قانون البيئات
الفلسطيني، دراسة مقارنة، قدمت هذه الرسالة استكمالاً للحصول على متطلبات

درجة الماجستير في القانون من كلية الدراسات العليا في جامعة بيرزيت- فلسطين،
إشراف د يوسف شندي، آب عام ٢٠١٠م.

مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة
مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي في ضوء آراء الفقه وأحدث أحكام
القضاء، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ١٩٩٨م.

رابعاً: المراجع العامة

إبراهيم سيد أحمد: حجية الأحكام فقهاً وقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط
١، ٢٠٠١م، ص: ١٤.

الدكتور أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، التعريف بها، وتحديد
أركانها، وتكييفها، وتقسيمها، وآثارها، الأحكام الصادرة قبل الحكم الختامي المنهي
للخصومة والأحكام الصادرة بعده، والقواعد العامة في الطعن فيها، والشروط
الواجب توافرها في كل من الطاعن والمطعون عليه، دار المطبوعات الجامعية،
الاسكندرية، ٢٠٠٧م.

د. أحمد صدقي محمود: قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة
تحليلية وتطبيقية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي رقم (١١) لسنة
١٩٩٢ معدلاً بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، ط (٢)، مكتبة الجامعة، الشارقة،
وإثرار للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨م.

الدكتور أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني
الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.

الدكتور أمير فرج يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي
علماء وعملاً وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية الجديدة وأحكام الفقه والقضاء، الجزء
الثاني، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى: ٢٠١٤م.

د. جودة حسين جهاد، قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم
الاعتداء على الأموال، أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٦م.

- المستشار سعيد أحمد شعلة: نائب رئيس محكمة النقض، قضاء النقض المدني في حجية الأحكام، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعة وستين عاماً ١٩٣١-١٩٩٧، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٨م.
- د. شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص، طبعة ٢٠١٠.
- د. عبد الحميد الشواربي: الفرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٥.
- د. عدنان سرحان، المصادر غير الإرادية للالتزام (الحق الشخصي)، الفعل الضار- الفعل النافع-القانون، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي، دراسة معززة بأحدث توجهات القضاء الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- أ. د. غنام محمد غنام، والدكتورة فتيحة محمد قوراري، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص والجرائم الواقعة على الأموال وفقاً لآخر التعديلات بالقانون الاتحادي رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٥م، كلية القانون- جامعة الشارقة، النشر العلمي جامعة الشارقة، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- الدكتورة فتيحة محمد قوراري والدكتور غنام محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (معلقاً عليه بأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي)، وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٥، الأردن، الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الثانية، ٢٠١١م.
- القاضي ماهر سلامة العوفي، أحكام جرائم التزوير التقليدي والالكتروني دراسة تأصيلية لجرائم التزوير في قانون العقوبات والقوانين الخاصة والتزوير الالكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة، محاكم دبي، معهد دبي القضائي.
- محمود السيد عمر التحيوي، أعوان القضاء في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مصر، الاسكندرية، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- المستشار مصطفى مجدي هرجه: دفع وأحكام في قانون الإثبات في المواد المدنية.

خامساً: الدوريات

مجلة شؤون قضائية، مجلة فصلية تصدر عن دائرة القضاء - أبوظبي، العدد (٨) أبريل عام ٢٠١٥م.

مجلة الحقوق، مجلة دورية علمية متخصصة محكمة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق - جامعة البحرين، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، المجلد الثامن، العدد (١)، يناير، ٢٠١١م.

مجلة القضاء والتشريع، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، العدد السابع، يوليو، ١٩٩٨م، رقم ٥٠.

سادساً: الأحكام القضائية

مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا، من أول يناير حتى ديسمبر ٢٠١١م.

سابعاً: المواقع على شبكة الإنترنت

موقع محاكم دبي

<https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.jsf?ItemKey=0&>

موقع وزارة العدل الإماراتية - بوابة التشريعات

<http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx>

موقع صحيفة البيان

<http://www.albayan.ae/across-the-uae/1998-11-20->

1.1029841

موقع وكالة أنباء الإمارات - <http://wam.ae/ar/print/1395237757583>

موقع شبكة قوانين الشرق - منظومة التشريعات العربية -

<http://www.eastlaws.com/TashSearch.aspx?tab=divSearchCustom>

موقع شبكة قوانين الشرق - منظومة أحكام المحاكم العربية العليا.

<http://www.eastlaws.com/AhkamSearch.aspx?tab=divSearchCustom>

موقع الفهرس الآلي لمكتبة جامعة بيرزيت - فلسطين.

[libserver.birzeit.edu/scripts/minisa.dll/144/\\$DEFAULT?LOGONFORM](http://libserver.birzeit.edu/scripts/minisa.dll/144/$DEFAULT?LOGONFORM)

[https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translation/French/case.php?id=1210.](https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translation/French/case.php?id=1210)

[https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/French/table.php?id=71,](https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/French/table.php?id=71)

ثامناً: المراجع الأجنبية

Oxford Dictionary of Law, New Edition, Edited by; Elizabeth A. Martin
Oxford New York, Oxford University Press.

Susan CUNNINGHAM- HILL KAREN ELDER, Civil Litigation, OXFORD
UNIVERSITY PRESS, 2016, Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP,
United Kingdom.

GERARD McMEEL, Barrister, Guildball Chambers, Bristol and Render in
Commercial Law, University of, Bristol, JOHN VIR GO, Barrister, Guildball
Chambers, Bristol Oxford UNIVERSITY PRESS, PART X, PRACTICAL
MATTERS, Financial Advice And Financial Products Law And Liability, 26,
26.01, 26.02 ,

**التنظيم القانونى لإعادة هيكلة الشركات التجارية
لإنقاذها من الإفلاس
(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)**

الدكتور

علاء التميمى

الأستاذ المساعد بقسم القانون التجارى

كلية الحقوق جامعة المنصورة

١- شغل الحديث عن إفلاس الشركات التجارية^(١) حيزًا كبيرًا من اهتمام الأبيات القانونية والسياسية في الآونة الأخيرة، خاصة بعد توالى الأزمات المالية العالمية، وتعاقب آثارها على الاقتصاديات المختلفة^(٢)، والتي كشفت عن مفهوم جديد للإفلاس^(٣)، كان من أهم معطياته أن توقف الشركة عن دفع ديونها التجارية المستحقة عسرًا وضعف ائتمائها، لم يعد نتيجة تقصيرها فقط، وإنما أيضًا رغمًا عنها بفعل التقلبات الاقتصادية المفاجئة وغير المتوقعة محليًا ودوليًا^(٤) (كحدوث

(١) يعد نظام الإفلاس من أهم الموضوعات التي تتناولها قوانين التجارة؛ لكونه يمثل آلية يمكن من خلالها للدائن أن يستوفي حقه عن طريق التنفيذ على أموال المدين. ومن المعلوم أن النظم العالمية تتبنى اتجاهين رئيسيين في هذا الصدد؛ الأول وتتبناه النظم اللاتينية والأنجلوسكسونية، ويتعلق بنظام التصفية الجماعية الذي يضمن المساواة بين الدائنين في استيفاء ديونهم عن طريق الحجز على أموال المدين بصورة جماعية، وتوزيع ناتج الحجز بالمساواة بين الدائنين بحسب نسبة كل منهم في مجموع الديون. والثاني وتتبناه النظم الجرمانية، المؤسس على نظام الحجز الفردي، الذي يعطى للدائن الحق في التنفيذ على أموال المدين بالأولوية على سائر الدائنين. ومن ناحية أخرى، تباينت مواقف التشريعات القانونية في نطاق سريان نظام الإفلاس؛ حيث توجد بعض الأنظمة تقر سريانه على التجار فقط (مثل مصر)، في حين أن هناك أنظمة أخرى تطبقه على جميع المدينين، سواء أكانوا تجارًا أم غير تجار (مثل ألمانيا وسويسرا). وأيًا ما كان فلسفة النظام التجاري بخصوص الإفلاس، فقد اقترن بنظام الائتمان، المرتبط بالثقة لحماية هذه الديون وإمكانية تحصيلها. راجع: تحديث نظام الإفلاس (مصر والأردن)، تقرير صادر عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، لبنان - بيروت، ٢٠١٤، ص ١٦.

(٢) ماهر الخزاعي، إدارة السيولة والربحية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد - جامعة دمشق، ٢٠٠٩،

ص ٣.

(٣) ويشير مصطلح "Bankruptcy" بشكل عام إلى إجراءات الإعسار العامة، وهو يشير إلى مجموعة إجراءات الإعسار الجماعية "collective insolvency proceedings"، وهو المصطلح المستخدم لوصف إجراءات الإعسار الفرنسية. ويشير المعنى الفني لمصطلح الإفلاس إلى مجموعة العقوبات التي توقع على صاحب المشروع الذي يجد نفسه خاضعًا لإجراءات الإعسار.

وتشير عبارة إجراءات الإعسار الجماعية "Collective insolvency proceedings" في الفكر اللاتيني إلى الحالة التي يكون فيها المدين في حالة توقف عن الدفع. أما عبارة إجراءات الحماية "Safeguard proceedings" فهي تعد أيضًا من قبيل إجراءات الإعسار الجماعية لكن لا يشترط بشأنها أن يكون المدين في حالة توقف عن الدفع. وعلى العكس من ذلك، التوفيق لا يصنف ضمن إجراءات الإعسار الجماعية، ولا يصنف كإجراء إعسار داخل الاتحاد الأوروبي، ولكن فقط كإجراء وقائي. وقد استوحى القانون الفرنسي إجراءات الحماية من الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي، وهو نظام يختلف عن إعادة التنظيم القضائي، التي يمكن أن يستفيد منها المدين حتى ولو لم يكن قد وصل إلى مرحلة التوقف عن دفع ديونه. والهدف الرئيسي للمدين من وراء نظام الحماية هو وقف مطالبات الدائنين خلال فترة المراقبة.

راجع:

TETLEY, Andrew and BAYLE, Marcel, "Insolvency Law in France" in Otto Eduardo Fonseca Lobo, World Insolvency Systems: A Comparative Study (Toronto, Carswell Company Ltd, 2009), p195.

(٤) وقد شهدت الأسواق العالمية ما بين يناير ٢٠٠٧ وحتى نوفمبر ٢٠٠٨ مخاطر لم تكن متوقعة، نتيجة مخاطر نقص السيولة التي حدثت بسبب نقص توافر الأموال لدى البنوك لوفاء بالتزاماتها، رغم قيامها ببيع أصولها لتجنب الإفلاس. وعلى الرغم من ذلك، أفلس العديد من الشركات، خاصة في قطاع البنوك، حيث وصل عدد البنوك المغلقة إلى ٨٤ بنكا مقلما. وقد كانت البداية لدى بنك ليمن برازرز الذي يفوق رأسماله ٦٤٠ مليار دولار، وبنك سيتي جروب الذي كُفرت خسائره بمبلغ ٥ مليارات دولار، وبنك ميريل التي وصلت ديونها لمبلغ ٨٥ مليار دولار، وشركة جنرال موتورز بخسائر قدرت بـ ١٠٠ مليار دولار، وشركة التامين

تقلبات شديدة في أسعار الصرف العالمية أو أسعار المواد الخام أو نتيجة تعرضه لمنافسة غير مشروعة من قبل بعض المضاربين^(١). وهذا ما أكده القضاء الأمريكي في قضية TEXACO^(٢).

وقد فطنت التشريعات القانونية^(٣) إلى أنه لم يعد يستقيم التعامل مع تعسر المشروع التجاري من خلال إقصائه وتصفيته (خاصة مع فداحة الآثار المترتبة على ذلك، ليس فقط على التاجر، ولكن على الاقتصاد القومي في مجموعه^(٤))، ولكن بمحاولة مد يد العون له لإنقاذه وإعادة هيكلته^(٥)، ليس فقط ليتمكن من تخطي كبوته ومواصلة نشاطه، ولكن أيضًا لسداد الديون المستحقة لدائنيه^(٦).

وقد اندفعت التشريعات القانونية صوب العدول عن الأسلوب الإقصائي في التعامل مع المشروعات التجارية مدفوعة بأهداف تتجاوز حدود الرغبة في حماية الشركة المدينة من السقوط في هاوية الإفلاس^(٧)، إلى آفاق أوسع وأرحب تمس

٦,٣٨ مليار دولار. راجع: عصماتي عبد القادر، أهمية بناء أنظمة إدارة المخاطر لمواجهة الأزمات في المؤسسات المالية، ورقة عمل مقدمة للملتقى العلمي الدولي حول "الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحكمة العالمية"، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، بتاريخ ٢٠ - ٢١ أكتوبر ٢٠٠٩، ص ١٨.

(١) راجع:

J Weiner, "Corporate Reorganization: Section 77B of the Bankruptcy Act 1934" (1934) 34 Colum L Rev. 1173.

(٢) راجع:

United States District Court, in re: TEXACO INC., Texaco Capital Inc., Texaco Capital N.V., Debtors. Bankruptcy Nos. 87 B 20142-87 B 20144. S.D. New York. April 5, 1988.

(٣) راجع:

Code de commerce, Livre v: les mesures de prevention et de traitement des difficultes de l'entreprise, version consolidée en date du 06 October 2016.

(٤) فإقصاء الشركة على أثر إفلاسها يؤثر على المصلحة العامة للدولة؛ نتيجة حرمان السوق من السلع أو الخدمات التي كان تقدمها هذه الشركات (خاصة الشركات التجارية الكبرى)، مما يؤثر على اشباع حاجات المستهلكين. ليس هذا فحسب، ولكن يؤثر على قدرة هذه الشركات على التصدير للخارج مما يحرم خزينة الدولة من مصادر النقد الأجنبي. من ناحية أخرى هناك ضرر كبير يلحق العاملين بالشركة، في عدم حصولهم على مرتباتهم، مما يقلق حجم البطالة ويزيد من الأزمة الاقتصادية. والأمر لا يختلف كثيرًا في حالة الشركات الصغيرة التي تلعب دورًا كبيرًا في تنفيذ خطة التنمية. راجع: د. عبد الرحمن السيد قرمان، الجوانب القانونية لتشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية - القاهرة، (بدون تاريخ نشر)، ص ٦٦.

(٥) راجع: د. حسين فتحى عثمان، دور المصفي في انهاض وتصفية المشروعات، (بدون دار نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص ٥٨.

(٦) راجع:

S Frisby, In Search of a Rescue Regime: The Enterprise Act 2002" (2004) 67 MLR 247, 249-251

(٧) وتعد قضية شركة السكك الحديدية في الولايات المتحدة الأمريكية التي أثبتت في عام ١٨٧٠ من أكثر القضايا التي دعت المشرع الأمريكي إلى إعادة النظر في قوانين الإفلاس، حيث تسبب إفلاس هذه الشركة في مشكلة خطيرة بالنسبة للاقتصاد الأمريكي. وكانت جميع الأصول المملوكة للشركة عبارة عن خردة لا قيمة لها، يأتي هذا في ظل الأهمية الحيوية للسكك الحديدية في الولايات المتحدة الأمريكية للتجارة المحلية، وفي ظل هذا الوضع المعقد لم يكن هناك نظامًا قانونيًا فعالًا يقدم حلولًا ناجحة. وقد كان التشريع الفيدرالي في حالة سيئة ولم تكن وسائل الإنقاذ كافية، وهو ما دعا إلى ضرورة البحث عن آليات جديدة لإنقاذ الشركات المعسرة.

حماية الاقتصاد القومي في مجموعه^(١)، وحماية مصالح الدائنين، من خلال توفير نظام جماعي (كما هو مقرر في إجراءات الإفلاس) يكفل المساواة بينهم في استيفاء ديونهم^(٢) بعيدًا عن تصفية الشركة^(٣).

وتدور فكرة الإنقاذ من الإفلاس حول الحيلولة دون تصفية الشركة، من خلال تعظيم أصولها لتتمكن من سداد ديونها، ومواصلة نشاطها، إذا كان وضعها يسمح بذلك (أى لا يكون وضعها ميئوسًا منه)^(٤). فالاستفادة من معطيات الإنقاذ مشروط

Stephen J. Lubben, Railroad Receiverships and Modern Bankruptcy Theory, 89 CORNELL L. REV 1420, (Sept. 2004), p1.

(١) خاصة وأن خروج الشركات التجارية من الحياة الاقتصادية يتسبب في العديد من أشكال الضرر، سواء على صعيد تسريح العمالة أم على صعيد ضياع حقوق الدائنين وغيرها من الآثار الخطيرة. د. عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠١، ص٣.

(٢) راجع: د. شريف مكرم، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٧.

(٣) ويعد الطابع الجماعي من أهم ما يميز نظام الإفلاس، والذي يجد تبريره في أن اقتصاديات السوق تقوم على تعظيم فكرة حرية التعاقد، اعترافًا بأن دعم الأفراد في تحقيق مصالحهم الفردية سوف يؤدي إلى تحقيق نتائج مثالية، ومن ثم تكوين الثروة. وتدعم نظم القانون الخاص مثل هذه الترتيبات العقدية، وتوفر نظم خاصة لفض المنازعات وغيرها من الوسائل لإنفاذ هذه الحقوق الخاصة. لكن إذا تبين أن الفرد لم يعد يمتلك القدرة على تنفيذ التزاماته العقدية والقانونية، فمواصلته لنشاطه مدفوعًا بالسعي لتحقيق مصالحه الخاصة من المرجح أن يؤدي إلى عدم تعظيم أصوله، ومن ثم التوزيع غير العادل على الدائنين. لذلك، السمة الرئيسية لقانون الإفلاس هو فرض النهج الجماعي في التنفيذ على أصول المدين، لكفالة المساواة بين الدائنين، بحيث لا يكون هناك تفضيل لأحد الدائنين عند التنفيذ، ليعكس هذا النظام طابعًا اجتماعيًا. من ناحية أخرى، قيل بأن الإجراءات الجماعية التي تبدأ باتحاد الدائنين يجب ألا توجه لتصفية أموال المدين، ولكن للوقوف بجواره لإنقاذه. أو اعتماد الإدارة الاستثنائية؛ من خلال إسناد إدارة الشركة أو المؤسسة إلى الدولة. أو إسناد الأمر إلى القضاء ليقوم بوضع الإجراءات والترتيبات اللازمة التي يجب على الشركة القيام بها من أجل تخطي كيوتهما، دون إقصائها.

- وقد كان الاتجاه العام على الصعيد الدولي هو تشجيع النهج الجماعي أيضًا بخصوص إجراءات إنقاذ الشركات. فعلى سبيل المثال؛ في السويد عام ١٩٩٦ أدخلت هذه الدولة نظامًا يسمح بإعادة الهيكلة، والذي جاء متأثرًا إلى حد كبير بأحكام المادة (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي. وقد كان الأساس الذي بنى عليه هذا القانون هو أن العوائد التي سيحصل عليها الدائنون من الاتفاقات الجماعية بمناسبة مباشرة إجراءات إنقاذ الشركة أعلى من تلك التي سوف يحصلون عليها من إذا قام الدائنون بتنفيذ على أموال المدين بشكل فردي. ومع ذلك، هناك بعض النظم القانونية التي لم تأخذ بهذا الاتجاه؛ كان أبرزها القانون الإنجليزي؛ الذي حالت مجموعة من الأسباب دون تبنيه الإجراءات الجماعية بخصوص الإنقاذ، أهمها: أن التحكم في الإجراءات الجماعية يتم من قبل طرف واحد؛ وهو الدائن المرتهن. أيضًا هناك تعقيد ظاهري للإجراءات الجماعية في بريطانيا، وعدم وجود آليات لتمويل إجراءات الإنقاذ الجماعية، والتي تسمح للمقرض الاعتراض على أي عملية إنقاذ.

Salerno, Kroop & Hansen, The Executive Guide To Corporate Bankruptcy Second Edition (Beard Books 2010); Salerno, "Reorganisation Of The Financially Distressed Business Enterprise In The US – Just How Far Afield Is It From The Rest Of The World?", Global Insolvency & Restructuring Review, 2008/09, p13.

(٤) راجع:

بالجدية، فهو غير متاح لجميع الشركات المعسرة، وإنما فقط عندما تكون هناك جدوى اقتصادية سوف تتحقق من وراء ذلك^(١). أما عدم وجود الجدوى فيجعل الإفلاس هو الأنسب^(٢).

وقد تعددت الصيغ التي تبنتها النظم القانونية المختلفة في تعبيرها عن نظام إنقاذ الشركات من الإفلاس؛ فقد عبر عنه القانون الأمريكي بعبارة إعادة التنظيم "Reorganization"^(٣) وسماه القانون الإنجليزي بنظام الإدارة في المملكة المتحدة The System of Administration in the United Kingdom^(٤)، وعرف في فرنسا بإجراءات الإنقاذ Sauvegarde des entreprises^(٥)، وعرف في ألمانيا باسم إجراءات الإعسار في ألمانيا

A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms, Report by the Review Group, Department of Trade and Industry and HM Treasury, The Insolvency Service May 2000, p10.

ibid(١) راجع: p24.

(٢) راجع:

Riz Mokal, Administrative Receivership and Administration -An Analysis, Faculty of Laws, UCL; Centre for Business Research, Cambridge University; 3-4 South Square Chambers, ExpressO Preprint Series, paper 1372, p. 358. وقد ظهرت جدوى فكرة الإنقاذ من زاوية أخرى، تتعلق بالتكلفة التي يمكن أن تتحملها الشركة على أثر تطبيق إجراءات الإنقاذ. وقد كان من أبرز القضايا التي أظهرت هذا الأمر ما عرض على القضاء الأمريكي من طلبات لإعادة الهيكلة طبقاً للمادة (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي من قبل شركة Trans World Airlines وشركة Midway Airlines وشركة R.H. Macy Company بالإضافة إلى حوالي ٤٦٠٠٠ شركة أخرى. حيث تبين أن أكثر من ٨٠% من حالات الإنقاذ لم تتم بنجاح ولم تتجنب العودة إلى إجراءات ما قبل إعادة التنظيم. وقد دعا هذا الأمر إلى إلغاء الفصل الثاني من المادة (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي، بينما دعا آخرون إلى إعادة النظر في هذه المادة مع الإبقاء عليها، بينما لا يزال البعض الآخر يدافع عن المادة (١١) ويتمسك بتطبيقها. ويدعى البعض بأن خفض تكاليف المادة (١١) يتطلب تعديل المادة (١١). وتنص هذه المادة على أمرين: ١/ الاستعاضة عن مديري الشركة المدينة بأشخاص أمناء ومحل ثقة يتولون إدارة الشركة خلال فترة الإنقاذ. ٢/ وضع منهجية قوية تمكن المحكمة من التأكد بقوة من الاختيار بين ما إذا كان إعادة الهيكلة أم التصفية هي المسار الصحيح في حالة معينة. راجع:

Thomas H. Jackson, Logic and the Limits of Bankruptcy Law, Harvard university press, ISBN (9780674537453), November 1986, p210-11; **The Bankruptcy Reform Act of 1978** (Bankruptcy Code), 11 U.S.C. §§ 101-1330 (1988 & Supp. IV 1992). Chapter 11 - US Bankruptcy Code. (٣) راجع:

(٤) راجع:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012.

(٥) راجع:

"(Insolvenzordnung "InsO")^(١) وعرف في إيطاليا باسم الإدارة غير العادية للشركات المعسرة Marzano Law^(٢)).

وجدير بالذكر أن التشريعات السابقة رغم تبنيها نظام الإنقاذ، إلا أنها قد تباينت فيما بينها في طريقة تطبيقه؛ ففي النظم الأنجلوسكسونية يتم مد يد العون للشركات قبل دخولها في مرحلة التعثر، أي إن الإنقاذ قبل التعثر الفعلي، لمجرد ظهور مؤشرات أولية توحى بأن هناك خطراً يقترب من الشركة المعسرة، سواء لظروف ذاتية أم لظروف خارجية. أما النظم اللاتينية فمحاولات الإنقاذ لا تبدأ إلا بعد أن تكون الشركة قد دخلت بالفعل في مرحلة التعثر، بحدوث انخفاض في السيولة أو الملاءة^(٣).

وقد حرصت العديد من التشريعات العربية على أن تلحق بركب التشريعات الأمريكية والأوروبية التي تبنت نظم الإنقاذ، وكان في مقدمتها تونس، التي سعت منذ عام ١٩٩٥ إلى وضع تشريع متكامل لإنقاذ المشروعات التي تمر بصعوبات

LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises,
Disponible sur le site suivant:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645&categorieLien=id>

(١) راجع:

"Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist"

(٢) راجع:

Gabriella Covino and Rita Gismondi – Gianni, Origoni, Grippo, The New Extraordinary Administration Proceedings for Large Insolvent Companies in Italy, May 2009, p1.

(٣) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom The Rescue Procedure in France - Insolvency Proceedings in Germany and The Extraordinary Administration for Large Insolvent Companies in Italy, Jones Day, one firm, (n.d) p7, available at:

[http://www.jonesday.com/files/Publication/1ec093d4-66fb-42a6-8115-be0694c59443/Presentation/PublicationAttachment/e5b46572-7aeb-4c34-ab2e-bee2f8f3d3c2/Comparison%20of%20Chapter%2011%20\(A4\).pdf](http://www.jonesday.com/files/Publication/1ec093d4-66fb-42a6-8115-be0694c59443/Presentation/PublicationAttachment/e5b46572-7aeb-4c34-ab2e-bee2f8f3d3c2/Comparison%20of%20Chapter%2011%20(A4).pdf)

اقتصادية^(١)، والذي شهد عددا من التعديلات في عام ١٩٩٩^(٢) و عام ٢٠٠٣^(٣) و عام ٢٠١١^(٤) و عام ٢٠١٦^(٥). وكذلك المشرع المغربي^(٦)، الذي سار على ذات خطى المشرع الفرنسي في التخلي عن نظرية الإفلاس التقليدية منذ عام ١٩٦٧، و عدل قانون التجارة ليمح بإنقاذ المشروعات المعسرة اقتصاديا^(٧). ثم حرص في مرحلة لاحقة على تنظيم الإنقاذ بتشريع خاص ومستقل؛ وهو القانون الصادر في ١ مارس ١٩٨٤ الخاص بالوقاية من الصعوبات المالية للشركات التجارية^(٨). ثم قام في ٢٥ يناير ١٩٨٥ بإصدار قانون خاص بالتسوية القضائية والتصفية القضائية^(٩)،

(١) راجع: القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ بتاريخ ١٧ إبريل لسنة ١٩٩٥ الخاص بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، الرائد الرسمي، العدد (٣٣)، السنة ١٣٨، الثلاثاء ٢٥ ذو القعدة ١٤١٥ - ٢٥ أبريل ١٩٩٥.

(٢) راجع: القانون العدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٩٩ الخاص بتفقيح القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ إبريل ١٩٩٥ والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد (٥٧)، السنة ١٤٢، الجمعة ٣ ربيع الثاني ١٤٢٠ - ١٦ يوليو ١٩٩٩.

(٣) راجع: القانون عدد ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٣ يتعلق بتفقيح القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ إبريل ١٩٩٥ المنفح بالقانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ المؤرخ في ١٥ يونيو ١٩٩٩ المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإتمامه، العدد (١٠٤)، السنة ١٤٦، الثلاثاء ٧ ذو القعدة ١٤٢٤ - ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٣.

(٤) راجع: الأمر رقم ٣٠١ لسنة ٢٠١١ بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١١ الخاص بضبط صيغ وإجراءات وشروط تطبيق أحكام المرسوم عدد ٩ لسنة ٢٠١١ المؤرخ في ٢٨ فبراير ٢٠١١ المتعلق بإجراءات ظرفية لمساندة المؤسسات الاقتصادية لمواصلة نشاطها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد (١٧)، السنة ١٥٤، الثلاثاء ١٠ ربيع الثاني ١٤٣٢ - ١٥ مارس ٢٠١١.

(٥) راجع: القانون عدد ٣٦ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٩ إبريل لسنة ٢٠١٦ الخاص بالإجراءات الجماعية، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد (٣٨)، سنة (١٥٩)، الثلاثاء ٣ شعبان ١٤٣٧ هـ - ١٠ مايو ٢٠١٦.

(٦) راجع: تعديل الكتاب الخامس من مدونة التجارة، تحت عنوان " إجراءات وقاية وإنقاذ المقاول ومعالجة صعوباتها"، المغرب بالصادر بتنفيذها الظهير الشريف 1.96.83 بتاريخ ١٥ ربيع الأول لسنة ١٤١٧.

(٧) راجع:

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, disponible sur:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000878028>

(٨) راجع:

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, disponible sur:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068829>

(٩) راجع:

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, disponible sur:

الذين تم تعديلها بموجب القانون ١٠ يونيو ١٩٩٤ ليتبنى من خلالهما عددا من التعديلات التي نص عليها الكتاب السادس من قانون التجارة الفرنسي في تعديله الصادر في سنة ٢٠٠٠^(١).

ويبدو لنا أن مصطلح الإنقاذ المستعمل من قبل القانون الفرنسي ومن بعده القانون التونسي هو الأكثر دقة، بكونه الأكثر ارتباطاً بالهدف من هذا النظام القانوني، بالنظر إلى أن باقى المصطلحات (كإعادة الهيكلة أو إعادة التدوير) تصف الإجراءات المتبعة ولا تصف الهدف المقصود من ورائها.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693911>

(١) راجع:

Code de commerce, Dernière modification: 01/10/2017, Edition : 12/10/2017.

٢- تقييم نظام الإفلاس والصلح الواقى منه فى قانون التجارة المصرى فى ضوء أحكام الإنقاذ المقررة فى التشريعات الحديثة:

نظم المشرع المصرى أحكام إفلاس الشركات فى ١٤ مادة فقط (المواد من ٦٩٨ إلى ٧١١) من مجموع ٢٢٣ مادة تنظم أحكام الإفلاس فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩^(١).

وباستقراء هذه المواد نصًا ومضمونًا ومقارنتها بواقع قوانين الإفلاس المقارنة، يلاحظ ما يلى:

١/ أنه ترك مصير الشركة المفلسة فى يد مجموعة من الدائنين، دون مراعاة للأسباب القهرية التى تكون قد دفعتها للإفلاس، وما يترتب عليه من آثار سلبية تطل المجتمع بأسره، وهو ما حرصت عديد من التشريعات على تفاديه^(٢).

٢/ أنه وضع تنظيمًا قانونيًا موحدًا لشهر الإفلاس وقرر سريانه على جميع الأشخاص سواء الطبيعية أم المعنوية. بل إنه جعل الأحكام الخاصة بإفلاس الشخص الطبيعي تسرى على الأشخاص الاعتبارية فيما عدا الأحكام الخاصة بوصف الشخص الطبيعي، غير مجال بطبيعة الاختلافات فيما بينهما، وأن الأحكام التى تسرى على الشخص الطبيعي قد لا تلائم خصوصية الشركات. فالأصل هو تبعية إفلاس الأشخاص الطبيعية لإفلاس الشركات وليس العكس. فالمطالع لقانون الإفلاس الانجليزى مثلاً، يلاحظ أنه وضع أحكامًا خاصة بإفلاس الشركات مختلفة عن تلك المقررة للأشخاص الطبيعية^(٣).

(١) راجع: قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرراً فى ١٧/٥/١٩٩٩.

(٢) راجع:

The Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012; FEDERAL RULES OF BANKRUPTCY PROCEDURE, DECEMBER 1, 2014 UNUM E PLURIBUS, 113TH CONGRESS, "COMMITTEE PRINT No. 7, 2nd Session.

The Insolvency Act 1986, the Act is applied Regulations

(٣) راجع:

2012.

٣/ يخلو هذا القانون من نصوص خاصة تراعى حقوق العمال والموظفين بالشركة، سواء من حيث محاولة إنقاذ الشركة بهدف الحفاظ على عقود عملهم، أو من حيث إنهائها بطريقة تضمن حقوقهم وتصونها في حالة تصفية الشركة. يأتي هذا في ظل أن هناك كثيرًا من التشريعات باتت تولى أهمية خاصة لهذا الأمر.

٤/ لم يسند قانون الإفلاس المصري لأي جهة (مثل هيئة الاستثمار والمناطق الحرة - اتحاد الصناعات - الغرف التجارية والصناعية) مهمة تجنيب الشركات التجارية شهر الإفلاس، أو حتى إنشاء صندوق للتأمين ضد مخاطر تعثر هذه الشركات، مع وضع لائحة تنظم شروط استحقاق الصرف منه، والجهات التي سوف يسند إليها مهمة تمويل هذا الصندوق، وطبيعة الدور المنوط للغرف التجارية في هذا الصدد.

٥/ أثبتت الدراسات البحثية أن نظام المعلومات الائتمانية في مصر غير كاف لتوفير المعطيات التي تسمح للدائنين بالاستعلام عن الوضع المالي للشركة ومدبونياتها قبل منحها ائتمانًا معينًا (كبيع أجل أو قرض)، وأن الأمر يحتاج إلى إنشاء شركات خاصة أو مؤسسات عامة لتوفير مثل هذه المعلومات، وهذا ما تأخذ به التشريعات الحديثة، خاصة بعد أن صدرت المعايير الدولية الحديثة؛ مثل: مبادئ البنك الدولي لنظام الإعسار، وإرشادات الأونسترال (الدليل التشريعي لقانون الإعسار)^(١).

٦/ ثبت أن دعاوى شهر الإفلاس تستغرق وقتًا طويلًا، وتتسبب في تدنى نسبة سداد الديون، وتزيد من الكلفة، والتي قد تؤدي إلى استهلاك جزء كبير من موجودات الشركة المعسرة^(٢).

(١) راجع: قانون الأونسترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منظمة الأمم المتحدة - نيويورك، ٢٠١٢.

(٢) وقد كشفت الإحصاءات الصادرة عن البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية أن مصر وفق مؤشرات قياس حسن ممارسة أنشطة (احتلت مركزًا متأخرًا جدًا، حيث جاءت في المركز ١٤٦ من أصل ١٨٥ في عام ٢٠١٤. كما Doing Businesses الأعمال) كشفت الإحصائيات أيضًا عن أن ترتيب مصر في حماية المستثمرين جاء متدنيًا للغاية؛ حيث وصل إلى المركز ١٤٧ من أصل ١٨٥. كما كشفت ذات الدراسة أن المدة اللازمة لدعاوى شهر الإفلاس أمام المحاكم تستغرق ما بين ٢-٤ سنوات، ورغم طول هذه المدة فإن ما تم تحصيله من هذه الديون لم يتجاوز ٣٠%، بالإضافة إلى أن تكلفة تحصيل هذه الديون وصل إلى ٢٢% من قيمة موجودات وأصول المفلس. راجع: تحديث نظام الإفلاس (مصر والأردن)، تقرير صادر عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، لبنان - بيروت، ٢٠١٤، ص ١٦.

٧/ لم يستوعب هذا القانون كثيرًا من المستجدات التي شهدتها أساليب تقييم سلوكيات الشركات التجارية والتغيرات التي شهدتها سوق التجارة المصرى. فمن يحاول أن يحصى عدد الدعاوى الجنائية الخاصة بالشيكات بدون رصيد المتداولة فى مصر الآن، وعدد القروض البنكية التي يتهرب الحاصلون عليها من السداد، وحالات تعسف بعض البنوك فى فرض أسعار للفائدة بالمخالفة لحكم القانون، يدرك حكم التغير الذى شهدته السوق المصرية. وقد كشف هذا الوضع عن الطبيعة النظرية للكثير من قوانين التجارة والإفلاس. ناهيك عن الثغرات التي تمكن المتقاضين من استغلالها لإضاعة الحقوق وإطالة أمد المنازعات. وقد تسببت هذه العوامل وغيرها فى إحداث نوع من الصعوبة فى الخروج من الاستثمار، خاصة بعد ثورة يناير ٢٠١١، التي أحدثت هزة عنيفة لكثير من المشاريع الإستثمارية. الأمر الذى دعا عديدا من المستثمرين إلى التحسب قبل الاستثمار فى مصر، مما أسفر عن تأخر ترتيب مصر على مؤشر قياس حسن ممارسة أنشطة الأعمال (Doing Business) الصادر عن البنك الدولى^(١)، الذى كشف عن أن مصر تحتل مركزًا متأخرًا بين الدول التي تسهل الخروج من الاستثمار.

وعلى صعيد آخر، حرص المشرع المصرى فى قانون التجارة سابق الذكر على تنظيم قواعد الصلح الواقى من الإفلاس بشكل مفصل فى الباب الخامس، وذلك كأحد البدائل التي يمكن من خلالها تفادى شهر الإفلاس^(٢). وقد نصت المادة (٧٢٥) منه على "لكل تاجر يجوز شهر إفلاسه ولم يرتكب غشا أو خطأ لا يصدر عن التاجر

(١) راجع:

Doing Business, 2017 Egypt, Arab Rep, International Bank for Reconstruction and Development / the World Bank, available at: <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/egypt>

(٢) والملاحظ أن قانون التجارة المصرى الأول قد صدر عام ١٨٨٣ وقد جاء متأثرًا بالقانون الفرنسى الصادر عام ١٨٣٨ والمعدل ١٨٨٢، كما حرص هذا القانون على استطلاع موقف قانون التجارة الإنجليزى فى كثير من أحكامه، كما راعى أحكام الشريعة الإسلامية. وقد تضمن هذا القانون فى جزء منه أحكاما تتعلق بالإفلاس. وقد أدخل على هذا القانون تعديل بتضمينه أحكام الصلح الواقى من الإفلاس رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥. وقد استمر العمل بهذا القانون حتى صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

العادي أن يطلب الصلح الواقى من الإفلاس إذا اضطربت أعماله المالية اضطراباً من شأنه أن يؤدي إلى توقيفه عن الدفع^(١).

والملاحظ على هذا النص أنه لا يلبي الطموحات المرجوة منه في وقاية الشركات من الإفلاس، وذلك لإحاطته بعدد من القيود التي قلصت فرص الاستفادة منه، أهمها:

١/ أنه ربط الاستفادة من الصلح بوجود اضطراب في الأعمال المالية للشركة على نحو من شأنه أن يؤدي إلى توقيفها عن الدفع. ومن ثم استبعد تطبيقه على باقي صور المشاكل المالية والاقتصادية التي لا ترقى إلى حد اضطراب الأعمال المالية للشركة، رغم أنها الحالات الأغلب.

٢/ أنه قيد الاستفادة من نظام الصلح باشتراط إثبات الشركة حسن نيتها، وهو أمر يتسم بعدد من الصعوبات العملية^(٢).

٣/ أن المادة (٧٢٦) من قانون التجارة المصري اشترطت لتقديم طلب الصلح موافقة أغلبية الدائنين أو الجمعية العامة حسب الأحوال، وهو ما قد يتسبب في تعطيل الاستفادة من الصلح.

٤/ يؤكد الواقع العملي بجلاء قلة طلبات الصلح الواقى من الإفلاس التي تعرض على المحاكم المصرية، مما يؤكد عدم جدوى الاستفادة منه.

٥/ منح القانون للمحكمة والنيابة العامة الحق في تحريك دعوى شهر الإفلاس ولم يمنحهما ذات الحق بخصوص الصلح الواقى من الإفلاس.

وبهذا يفقد نظام الصلح الواقى من الإفلاس كثيراً من جدواه، ويظل الحل الأقرب لاضطراب الأوضاع المالية للشركة إقصاءها عن طريق شهر إفلاسها. ومما يخفف من غلواء هذا الوضع، ما قرره المادة (٧٠٢) من قانون التجارة، والتي نصت صراحة على "يجوز للمحكمة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب الشركة أن تؤجل النظر في شهر إفلاسها لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر إذا كان من المحتمل دعم مركزها

(١) وقد نصت أيضاً المادة (٣٠) من مشروع قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس على نظام الصلح الواقى بذات الصياغة.

(٢) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، بحث مقدم الدورة التدريبية بعنوان "إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية"، المعهد العالي للقضاء - وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤، للمعهد العالي للقضاء - وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤، ص ١.

المالى أو إذا اقتضت مصلحة الاقتصاد القومى ذلك، وللمحكمة أن تأمر باتخاذ ما تراه من تدابير للمحافظة على موجودات الشركة".

ويرى جانب من الفقه (١) بحق إلى أن هذا النص يتسم بعدم الوضوح، خاصة فيما يتعلق بالإجراءات واجبة الاتباع. كما أن النص قرر فقط تأجيل شهر الإفلاس ولم يتطرق لمسألة إعادة الهيكلة أو الإنقاذ. كما لم يوضح ما إذا كان سيتم تغيير إدارة الشركة أم سيتم الاحتفاظ بإدارتها القديمة، وكذلك الوضع القانونى للعاملين لديها. كما أنه لم يواكب المستجدات التى تبنتها التشريعات المناظرة له كالتشريع التونسى والمغربى فى تبنى نظام قانونى خاص فى مجال الإنقاذ وإعادة الهيكلة. كما غفل عن معالجة حالة التعثر التى تتعرض لها الشركة، والسابقة على إفلاسه، عن طريق جدولة ديونه أو منحها آجالاً للوفاء أو متابعة نشاطها ورقابته لبعض الوقت.

لكن لا يمكن القول بأن هذا القانون جاء خاليًا من كل فضيلة؛ ففي عام ٢٠٠٨ تم إدخال بعض التعديلات على قواعد الاختصاص القضائى للمحاكم المختصة بنظر دعوى شهر الإفلاس، حيث اسند الاختصاص بنظرها إلى المحاكم الاقتصادية، كشكل من أشكال القضاء المتخصص فى المسائل الاقتصادية والتجارية. لكن هذه المحاولات فى واقع الأمر لم تكن ذات تأثير واضح فى انتعاش المناخ القانونى لممارسة التجارة، ولم يحسن كثيرًا من أوضاع الدائنين أو التجار المتعثرين، ولم يسهم بشكل ملحوظ فى استقطاب الاستثمار الأجنبى، فالأمر فى مجموعه لم يتجاوز كونه مجرد تغيير فى تسمية المحكمة.

ويتضح من جملة ما سبق، أن نظام الصلح الواقى من الإفلاس فى القانون المصرى عديم الجدوى، ليس فقط لقصر الاستفادة منه فى حدود ضيقة، ولكن أيضًا لمحدودية الفائدة التى يمكن أن تعود على الشركة من تطبيقه، لافتقاره إلى فكرة الصعوبات الاقتصادية كمؤشر يستدعى تفعيل نظم الإنقاذ، وغيرها من الإجراءات التى تمكن الشركة من النهوض من كبوتها. وقد أكدت ذلك عديد من الدراسات

(١) د. بشار حكمت ملكاوى، إنقاذ المشروعات التجارية المعسرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة والإفلاس الاماراتى، بحث منشور بمجلة عجمان للدراسات والبحوث، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٥.

الإحصائية^(١) التي أجريت في هذا الصدد، والتي كشفت عن النتائج المهمة الخاصة بالإفلاس، والتي أكدت أهمية تبني قانون التجارة المصري لنظام خاص بإنفاذ الشركات التجارية من الإفلاس.

١/ ارتفاع حالات إفلاس الأفراد والشركات الصادرة عن الدوائر الابتدائية المحاكم الاقتصادية خلال شهر نوفمبر ٢٠١٣ بنسبة ٢٤% مقارنة بشهر نوفمبر ٢٠١٢، وعن الدوائر الاستئنافية كانت النسبة ٢٠% عن ذات الفترة.

٢/ ارتفاع معدل إفلاس الشركات بنسبة ٨٠% خلال فترة يناير ومارس ٢٠١٢ مقارنة بذات الفترة عام ٢٠١١. كما زاد عدد دعاوى الإفلاس المرفوعة خلال هذه الفترة بنسبة ٦٨% مقارنة بما كان عليه الحال خلال ذات الفترة.

٣/ ارتفاع تكلفة شهر الإفلاس في مصر، والتي قدرت بحوالي ١٨% من إجمالي قيمة أصول التقلية، وهذه النسبة مرتفعة إذا ما قورنت بدول أخرى^(٢).

وقد شعر المشرع المصري بعظم الأمر وأهميته لعدد من الشركات التجارية التي باتت مهددة بالإفلاس؛ خاصة بعد الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨، وما تبع ذلك من ثورات شعبية، أثرت بشكل واضح على التوازن المالي لعدد من الشركات التجارية، وباتت مهددة بالإفلاس. يضاف لذلك، استغراق دعاوى شهر الإفلاس وقتاً طويلاً، وتدنى نسبة سداد الديون، والكلفة العالية لشهر الإفلاس والتي قد تؤدي إلى استهلاك جزء كبير من موجودات الشركة. ومن ناحية أخرى، تسعى الدولة المصرية بكافة مؤسساتها في الآونة الأخيرة إلى جذب الاستثمارات المختلفة، وتوفير المناخ القانوني المناسب لذلك.

وقد دفعت هذه العوامل مجتمعة المشرع المصري إلى إصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس^(١)، والذي حرص من خلاله على وضع تنظيم قانوني مفصل ومستقل عن أحكام قانون التجارة، ومكمل لأحكامه في ذات الوقت.

(١) راجع: تحديث نظام الإفلاس (مصر والأردن)، تقرير صلاير عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) وقد كشفت الإحصائيات السابقة عن انخفاض كفاءة نظام الإفلاس في مصر، وعدم تشجع الدائنين على الإعتماد عليه كإطار رسمي للمطالبة بالحقوق، حيث باتوا يعتمدون على الوسائل غير الرسمية لاستجداء حقوقهم. وقد تسبب هذا الأمر في غياب فكرة الأمان القانوني التي من شأنها إهدار حقوق الدائنين وضياع حقوق ذوي المصلحة لغياب ضوابط عادلة. ومن ثم يبدو لنا في ضوء ما سبق، أن نظام الإفلاس في مصر ينقصه التوازن المنشود. فالإفلاس باعتباره وسيلة للخروج من الاستثمار، يجب أن ينظر إليه على أنه آلية محفزة ومدعمة للاستثمار.

وفى الواقع لم يكن هذا القانون مليئًا بالطموحات والآمال المتوقعة من ورائه، فقد غاب عنه الكثير من القواعد الإجمالية والتفصيلية، وذلك على النحو الذى سوف تظهره هذه الدراسة. ليس هذا فحسب، ولكنه أيضًا لم يميز بوضوح بين إجراءات إعادة الهيكلة المالية والصلح الواقى من الإفلاس وكيف يمكن للمدين أن يختار بين هذه البدائل. الأمر الذى تسبب فى الخلط بين هذه الخيارات، لأن هناك تشابها بين الشروط الموضوعية لهذه الخيارات، وهذا أمر يتسم بعدم المنطقية. ومن ثم المطالع لهذا القانون يبدو له أن الصلح الواقى من الإفلاس إجراء زائد ولا داعى له فى ظل ما تقدمه إجراءات إعادة الهيكلة من فرص للتسوية أفضل وأكثر إفادة.

٣- أهمية موضوع الدراسة:

تنطلق أهمية موضوع الدراسة من الهدف الذى تسعى إليه، وهو محاولة إعادة النظر فى كثير من ثوابت نظام شهر الإفلاس المصرى، الذى لم يعد ملائمًا لحال الشركات التجارية ومناخ الاستثمار المنشود. فعلى الرغم من مساعى المشرع المصرى الحميدة للأخذ ببعض التوجهات الإصلاحية فى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، فقد ظلت هذه المحاولات قاصرة عن بلوغ الهدف المنشود، خاصة بعد أن كشف الواقع العملى فى مصر أن هناك أزمة مالية تعاني منها المشروعات الصغيرة والقطاع العام، وأنه لولا أن الأخير مملوك للدولة لكان مصيره التصفية. فهذه المشروعات فى حالة إفلاس غير معلن. ولو تم اتباع نظم المحاسبة المالية بطريقة علمية صحيحة لكان الإفلاس مصير معظمها. كما تبين أن مواجهة هذه المشاكل لم يكن أبدًا بتحويله إلى قطاع خاص، ولكن الأمر يحتاج إلى إدارة ذات كفاءة. وأن السبب الوحيد وراء الإبقاء على هذه الشركات ليس ما تدره من ربح، ولكن الرغبة فى عدم تسريح العمالة^(١).

٤- إشكالية الدراسة:

تدور إشكالية الدراسة حول خلو قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس المصرى الجديد لسنة ٢٠١٨ من تنظيم قانونى متكامل خاص بإعادة هيكلة الشركات

(١) راجع: القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس، الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٧) مكرر (د)، ١٩ فبراير سنة ٢٠١٨.

(٢) د. عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين الإنهاء والتطوير، مرجع سابق، ص ٣.

التجارية لإنقاذها من الإفلاس، وهو ما كشفت عنه بجلاء المقارنة مع الأنظمة القانونية المختلفة التي تبنت فكر الإنقاذ وآلياته، سواء على صعيد الأنظمة اللاتينية أم الأنجلوسكسونية. فقد غاب عن القانون المصري المرتقب الكثير من العموميات والتفصيلات القانونية (كنظام الإشعار بالصعوبات الاقتصادية وتبنى نظام للتسوية الودية وحماية حقوق الدائنين ومصالح العمال وتنظيم طرق الطعن على الأحكام) التي يخشى معها أن تكون حلوله ومعطياته ذات طبيعة نظرية بحتة، تفتقر إلى الإدراك الحقيقي والواقعي لكثير من قضايا إعادة الهيكلة لإنقاذ الشركات من الإفلاس في مصر، وذلك على النحو الذي قد يتسبب في وجود فراغ تشريعي - رغم وجود القانون - لكثير من المسائل القانونية الهامة.

٥- مناهج البحث:

فرضت إشكالية الدراسة تبنى المنهج التحليلي؛ بهدف الوقوف على مدى قابلية نظريات وأحكام الإفلاس في مصر إلى استيعاب خصوصية أحكام الإنقاذ وإعادة الهيكلة، من خلال رد مقترحات الإنقاذ المستجدة إلى الأصول المستقرة في هذا القانون.

كما استدعت خصوصية الدراسة الاستعانة بالمنهج التأصيلي؛ بهدف استقراء النصوص والأحكام القضائية والآراء الفقهية التي تناولت فكر إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس وإعادة هيكلتها في مصر، بهدف التوصل إلى نظرية عامة أو تنظيم قانوني موحد يعالج الإنقاذ بما يتناسب مع واقع السوق التجارى المصري ومتطلبات الاستثمار فيه.

يضاف لكل ذلك، أن الأنظمة القانونية العربية والأمريكية والأوروبية بمختلف مشاربها وأيدولوجيتها قد تبارت فيما بينها في طرح تصورات لإنقاذ الشركات المعسرة، الأمر الذى يقتضى المقارنة فيما بينها وبين النظام القانونى المصرى، للوصول إلى أفضل الحلول فى هذا الصدد، بما يفرض الاستعانة بالمنهج المقارن.

٦- خطة الدراسة:

مبحث تمهيدي: ماهية إنقاذ الشركات التجارية المعسرة واستيعاب القانون المصرى لمقتضياته

المطلب الأول: مفهوم إنقاذ الشركات التجارية وخصائصه القانونية .
المطلب الثانى: التطور التاريخى لإنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس
المطلب الثالث:النطاق القانونى للإنقاذ وتطور معيار التوقف عن الدفع كأساس
قانونى للاستفادة منه.

الفصل الأول: تطور آليات الوقاية من الإفلاس وموقف القانون المصرى منها.

المبحث الأول: الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية

المطلب الأول: ماهية الصعوبات الاقتصادية المبررة للإنقاذ

المطلب الثانى: صاحب الصفة فى الإشعار بالصعوبات الاقتصادية.

المطلب الثالث: نتائج الإشعار بالصعوبات الاقتصادية.

المبحث الثانى: التسوية الودية لإنقاذ الشركة.

المطلب الأول: تعريف نظام التسوية الودية وتحديد أطرافها

المطلب الثانى: شروط التسوية الودية.

المطلب الثالث: صلاحيات القاضى بخصوص طلب التسوية الودية.

الفصل الثانى: التدابير القضائية لإنقاذ الشركات من الإفلاس وموقف القانون
المصرى منها (التسوية القضائية)

المبحث الأول: شروط فتح التسوية القضائية وصلاحيات رئيس المحكمة.

المطلب الأول: شروط فتح التسوية القضائية.

المطلب الثانى: صلاحيات رئيس المحكمة بخصوص طلب التسوية القضائية.

المبحث الثانى: فترة المراقبة وخطة الإنقاذ.

المطلب الأول: فترة المراقبة.

المطلب الثانى: خطة الإنقاذ.

الفصل الثالث: قصور القانون المصرى فى تنظيم ضمانات تنفيذ تدابير الإنقاذ.

المبحث الأول: المسؤولية عن عدم تنفيذ برامج الإنقاذ ودور النيابة العامة.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية عن عدم تنفيذ برنامج الإنقاذ.

المطلب الثانى: المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ برنامج الإنقاذ.

المطلب الثالث: دور النيابة العامة فى مجال الإنقاذ.

المبحث الثاني: آليات تحصيل الديون.

المطلب الأول: الآليات المترامنة مع سير إجراءات الإنقاذ.

المطلب الثاني: مسؤولية مدير الشركة عن ديونها وفق قانون الإنقاذ.

المطلب الثالث: شهر افلاس مدير الشركة.

الفصل الرابع: الطعن على أحكام التسوية وسلطة المحكمة فى إنهاء بعض العقود الجارية

المبحث الأول: الطعن على أحكام التسوية.

المطلب الأول: الطعن على حكم وقف إجراءات التقاضى والتنفيذ.

المطلب الثاني: الطعن على حكم المصادقة على برنامج الإنقاذ.

المطلب الثالث: الطعن على حكم المصادقة على التسوية الرضائية.

المبحث الثاني: سلطة المحكمة فى إنهاء بعض العقود الجارية لأسباب اقتصادية.

المطلب الأول: ضوابط الحكم بإنهاء عقود العمل

المطلب الثاني: دور المحكمة فى إنهاء عقود العمل.

المطلب الثالث : تنفيذ حكم إنهاء عقود العمل.

مبحث تمهيدى

ماهية إنقاذ الشركات التجارية المعسرة واستيعاب القانون المصرى لمقتضياته
٧- تستدعى حداثة فكرة الإنقاذ فى الفكر القانونى المصرى والعربى، التعرض
بشئ من التفصيل لإبراز مفهومه القانونى، وتسليط الضوء على أهم صور التطور
الذى شهدتها فكرة الإنقاذ فى التشريعات التجارية المختلفة، ونطاق تطبيقه، وذلك
على التفصيل التالى:

المطلب الأول

مفهوم إنقاذ الشركات التجارية وخصائصه القانونية

٨- يقتضى الحديث عن ماهية إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس الوقوف على
تعريف قانونى محدد له، وإبراز أهم خصائصه القانونية، بغية تمييزه من غيره من
النظم التى تتشابه معه، وذلك على التفصيل التالى:
أولاً/ المفهوم القانونى لنظام الإنقاذ من الإفلاس:

٩- تنطلق أهمية الوقوف على تعريف قانونى محدد لنظام الإنقاذ من الإفلاس ليس
فقط لحداثة الفكرة بالنسبة للقانون المصرى، ولكن أيضاً لعدم وضوحها بشكل كاف
واختلاطها بكثير من الأنظمة التى تتشابه معها، كنظام الصلح الواقعى من الإفلاس^(١).
فضلاً عن ذلك، غياب تحديد دقيق لأساس الإنقاذ، وهل يتعلق الأمر بضائقة مالية أم
بصعوبات اقتصادية، أم أن الأمر يرتبط بوجود توقف عن الدفع بمفهومه المستقر فى
نظام الإفلاس التقليدى.

فإعادة الهيكلة وفق ما ورد فى الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى عبارة
عن الإبقاء على إدارة الشركة بالاستعانة بأحد بدائل الإفلاس إما من خلال خطة
لإعادة الهيكلة أو سلسلة من المبيعات المستمرة أو خطة لتصفية الشركة إذا أخفقت
الحلول السابقة^(٢).

(١) لمزيد من التفصيل راجع: د. حسين الماحى، أحكام الإفلاس فى ظل قانون التجارة الجديد، دار النهضة
العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

أما القانون الإنجليزي فقد جعل من الإدارة وسيلة لضمان بقاء الشركة واستمرارها مع الاستفادة من نظام الوقف الاختياري للمطالبة بالديون، بهدف إعادة الهيكلة وإعطائها الوقت الكافي للترتيب المستقبلي بدلا من التصفية وبيع أصولها وفرض الحراسة الإدارية عليها^(١).

وفي فرنسا، عُرِف الإنقاذ بأنه عبارة عن نظام يهدف إلى مساعدة الشركات التي تمر بصعوبات اقتصادية عبر خضوعها للإشراف القضائي، بغية إعادة هيكلتها أو تصفيتها^(٢).

كما عرفه الدليل التشريعي لقانون الإعسار الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي (اليونستيرال) بأنه عبارة عن برنامج يهدف إلى توفير حلول للشركة بعيدًا عن تصفيتها، من خلال تجميد مطالبات الدائنين لفترة محدودة لتتعافى من ضعف التدفق النقدي^(٣).

عرف أيضًا بأنه عبارة عن محاولة تجديد وجود شركة بدلا من إنهاء وجودها عبر سلسلة من الإجراءات التي تهدف إلى الإبقاء على ملكية المشروع للمدين وتوفير الوسائل اللازمة لتشغيله والحفاظ على الوظائف، وتمكين الدائنين من استيفاء ديونهم^(٤).

وعبر عنه البعض^(٥) بمصطلح إعادة تدوير الشركة "corporate recycling" وعرفها بأنها عبارة عن إعادة إنقاذ الشركة المعسرة من خلال سداد

(١) راجع: UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986.

(٢) راجع: LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

(٣) راجع: United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Legislative Guide on Insolvency Law, 2004, p27.

(٤) راجع: S Frisby, "In Search of a Rescue Regime: the Enterprise Act 2002", op.cit, p247.

(٥) راجع: N Davis, "The Rescue Culture in the United Kingdom", (1997) 2 I. L. & P. pp. 3-4.

ديونها من أرباحها وتجنب تقسيم أصولها. كما عرفه آخرون بأنه عبارة عن تدخل رئيسى وضرورى لتجنيب الشركة الفشل والخسارة^(١).

والملاحظ على جملة التعريفات السابقة أنها اتحدت فى الهدف (وهو تجنيب الشركة الإفلاس)، واختلفت فيما بينها فى الوسيلة المتبعة؛ فبعضها يخضع الشركة للإشراف القضائى formal in-court والبعض الآخر يكتفى بمباشرة إجراءات الإنقاذ خارج المحكمة out-of-court procedures^(٢). وبعضها يبقى على إدارة الشركة لمديرها خلال فترة الإنقاذ، والبعض يسند الإدارة لخبراء ومختصين تعينهم المحكمة لهذا الغرض، وهى ما تعرف بالإجراءات المختلطة التى تجمع بين فوائد الإشراف القضائى وسهولة وقلة تكلفة الإشراف غير القضائى.

وعن موقف قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس المصرى من تعريف نظام الإنقاذ أو كما يطلق عليه إعادة الهيكلة، فقد عرفها فى المادة (١) من الفصل الأول من الباب الأول بأنها عبارة عن " الإجراءات التى تساعد التاجر على خروجه من مرحلة الاضطراب المالى"^(٣).

والملاحظ على هذا التعريف - مقارنة بما سبقه من تعريفات - أنه اتسم بالعمومية الشديدة التى أوقعته فى الغموض والإبهام؛ حيث لم يحدد إجراءات معينة تتم من خلالها إعادة الهيكلة؛ فمثلا لم يشترط أن تتم هذه الإجراءات تحت الإشراف القضائى أو بمعرفة مفوض عن المحكمة. كما لم يشترط للاستفادة من إعادة الهيكلة

(١) تفضل غالبية دول الاتحاد الأوربي اللجوء إلى الإجراءات الرسمية لإعادة الهيكلة والإنقاذ (فيما عدا بلغاريا). ونادراً ما يترتب على الإجراءات الرسمية أى مشكلة خاصة بالنسبة للشركات والمشروعات الصغيرة، لكون التكلفة المترتبة عليها قليلة وثابتة. وجدير بالذكر، أن الإطار القانونى غير الكامل لبرامج الإنقاذ التى تتم خارج المحكمة يمكن أن يودى ببعض الشركات التى تمر بصعوبات إلى الإفلاس الفعلى وإلى التصفية قبل الأوان. وهذا يودى إلى إغلاق الشركات التى يمكن لها أن تستمر وتبقى، حيث يودى ذلك إلى خسائر مالية يتبعها إنهاء وظائف وفرص عمل، بما يعود بالسلب على الدائنين والمجتمع بأسره.

A Belcher, Corporate Rescue: A Conceptual Approach to Insolvency Law (Sweet & Maxwell, London, 1997), p12.

(٢) راجع:

Mihaela Carpus Carcea and others, The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, septamper 2015, p3.

(٣) راجع: مشروع بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس، سابق الإشارة.

أن يكون الأمر قد وصل إلى حد التوقف عن الدفع عسراً (وفقاً لمفهومه التقليدي) (١)، وإنما استعمل عبارة " الاضطراب المالي " الأمر الذي زاد من الغموض. فضلا عن ذلك، هذا التعريف اتسم بالقصور الشديد، الذي تمثل في أنه قصر الهدف من وراء إعادة الهيكلة فقط على تجنب التاجر الاضطراب المالي، وهو ما لا يتوافق مع الهدف الشمولي للإنقاذ (٢)، والذي يهدف علاوة على إنقاذ الشركة، إلى تمكين الدائنين من استيفاء ديونهم، وهو ما لم يصرح به النص رغم أهميته.

ويبدو لنا في ضوء ما سبق تعريف نظام الإنقاذ بأنه عبارة عن مجموعة الوسائل والإجراءات الجماعية التي تهدف إلى تجنب الشركات التجارية الصعوبات المالية التي تواجهها، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد التوقف عن الدفع، سواء تحت إشراف المحكمة أو بعيداً عنها، وفق خطة إنقاذ تتسم بالمرونة الكافية، وتضمن تسوية عادلة لمستحقات الدائنين.

ثانياً/ الخصائص القانونية لإنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس:

١٠- ينفرد نظام الإنقاذ من الإفلاس بمجموعة من الخصائص القانونية التي تميزه من غيره من الأنظمة التي تتشابه معه، وتسهم في إبراز ماهيته، وتقسم هذه الخصائص إلى موضوعية وإجرائية، وذلك على التفضيل التالي:

١/ الخصائص الموضوعية لنظام الإنقاذ من الإفلاس:

١١- يتسم نظام الإنقاذ بمجموعة من الخصائص الموضوعية المتعلقة بطبيعة الهدف والغرض من ورائه، والتي تضمن أن يسير في اتجاه محدد، وهي:
أ/ انصراف الهدف من الإنقاذ إلى الشركة المدينة وليس إلى أعمالها وفق إجراءات جماعية من قبل الدائنين:

يأتي في مقدمة الخصائص القانونية لنظام الإنقاذ أن هدفه يجب أن ينصرف إلى الشركة وليس إلى أعمالها؛ فكثير من الفقه (٣) قد خلط بين مفهوم إنقاذ الشركة وإنقاذ

(١) راجع: د. صفوت بهنساوي، الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية - بنى سويف، ٢٠٠٣، ص ٢٥.

(٢) راجع: N Davis, "The Rescue Culture in the United Kingdom" op.cit, p34.

(٣) راجع: Ibid, p35.

الاعمال. والرأى الصحيح أن الإنقاذ ينصرف إلى الشركة ككل، من خلال تمكينها من المحافظة على أصولها وتمكينها من مواصلة نشاطها والحفاظ على عمالها، وفي ذات الوقت إرضاء الدائنين سواء من أصحاب الضمانات أو من غيرها.

وتأتى على رأس الضمانات التي من شأنها تحقيق التوازن فى علاقة الشركة المدينة ودائنيها بخصوص الإنقاذ، أن تتم إجراءاته بشكل جماعى من قبل الدائنين (كما هو الحال بالنسبة لإجراءات الإفلاس) وبعيداً عن الإجراءات الفردية التي يمكن أن تفتح باباً من المزايا الفردية لكل دائن على حساب باقى الدائنين^(١). وسيضمن هذا الأمر أن يأتى اتفاق الإنقاذ وإجراءاته ملبياً لمصالح جميع الأطراف^(٢).

ب/ ارتباط الإنقاذ بالضائقة المالية وليس بالضائقة الاقتصادية:

على الرغم من أن كليهما يعبر عن فشل الشركة، لكنهما مختلفات من حيث درجة الفشل، ومدى جدوى الإنقاذ بالنسبة لكل واحدة منهما؛ فالضائقة المالية تشير إلى أن الشركة تواجه مشكلة فى التدفق النقدى، بما يعنى عدم قدرتها على سداد ديونها فى مواعيد استحقاقها، وهذا ما يسمى بمعيار الإعسار "cashflow test" of insolvency، والذي يقاس فى ضوء ثلاثة عوامل^(٣)؛ وهى: الديون المستحقة، وعدم كفاية الأصول السائلة لا يعنى عدم القدرة على الدفع، والتخلف عن الدفع دليل كامل على عدم القدرة على الدفع.

ومن الجدير بالذكر أن فشل التدفق النقدى لا يعنى بالضرورة فشل الشركة بشكل لا رجعة فيه؛ فعدم توافر السيولة وحجم الديون الكبيرة فى الوقت القصير أمر معتاد فى المعاملات التجارية التقليدية، وتتسبب بطبيعتها فى عجز مؤقت للشركة عن سداد

(١) راجع:

S Frisby, "In Search of a Rescue Regime: the Enterprise Act 2002" op.cit,p 247.

(٢) راجع:

GD Pont and L Griggs, "A Principled Justification for Business Rescue Laws: A Comparative Perspective (Part II)" (1996) 5 *International Insolvency Review* 47, 51, p 61.

(٣) راجع:

R Goode, Principles of Corporate Insolvency Law (3 rd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005), paras.4.154.23.

ديونها. لذلك لوحظ أن الشركة المعسرة ماليًا قد يكون لديها القدرة على استعادة قواها، ومن المحتمل أن تحقق أصولها قيمة عالية. لذلك لا يجدى أمر إفلاس هذه الشركة، بل على العكس سوف يؤدي الإفلاس إلى حدوث أضرار؛ مثل تسريح العمالة وتصفية أصول الشركة^(١). ومثل هذه الحالة هي المناط الحقيقي والطبيعي للإنقاذ. أما المحنة الاقتصادية فتعرف بأنها الحالة التي تكون القيمة الصافية لأصول الشركة التي تمر بأوضاع مضطربة أقل من قيمة أصولها إذا ما بيعت بشكل منفصل ومجزأ^(٢). وهذا يعنى أن الشركة فاشلة تمامًا ولا يمكن إنقاذها، بل الأفضل تصفيتها من خلال شهر إفلاسها، بهدف تدارك ما بقى من الأصول لتوزيعه على الدائنين لتمكينهم من استيفاء حقوقهم وفق مبدأ المساواة مادام لا أمل فى إنقاذها. وهذا يعنى أن أصول الشركة سوف تنتقل إلى شركات ومؤسسات أخرى أقدر على استخدامها وتوظيفها^(٣)؛ فقوانين الإنقاذ غير ملائمة لهذه الشركات، وأن أى تأخير فى تصفية هذه الشركة من شأنه أن يزيد من عثرتها وتفاقم أزمته^(٤).

٢/ الخصائص الإجرائية لنظام الإنقاذ من الإفلاس:

١٢- يتسم نظام الإنقاذ بالطابع الإجرائي لكثير من جوانبه، وهو ما يفرض ضرورة إبرازها على النحو التالي:

أ/ تنوع أساليب الإنقاذ بما يتلاءم مع طبيعة المشاكل التي تواجه الشركة المدينة:

(١) راجع:

Riz Mokal, Administrative Receivership and Administration - An Analysis, op.cit, p358.

(٢) راجع:

E Ehlers, "Statutory Corporate Rescue Proceedings in Germany: The Insolvenzplan Procedure" in K Gromek Broc and R Parry (eds), *Corporate Rescue: An Overview of Recent Developments from Selected Countries*, (2nd edn, Kluwer Law International, 2006), p151.

(٣) راجع:

Vanessa Finch, *Corporate insolvency law Perspectives and Principles*, second edition, Cambridge University Press, 2009, p 121-122; G Lightman, "Voluntary Administration: The New Wave or the New Waif in Insolvency Law" 2 *Insolvency Law Journal* 59, 1994, p62.

(٤) راجع:

R Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (3rd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005), paras.10.16.

يجب أن يسمح النظام القانوني للإنقاذ بتنوع الوسائل والبدائل التي يمكن الاعتماد عليها لتجنب الشركة الإفلاس، فيمكن أن يتم بمعرفة المحكمة وتحت إشرافها؛ من خلال تعيين خبراء ومراقبين يسيطرون على أصول الشركة وإدارتها، أو بعيداً عنها بموجب الاتفاق الذي يتم بين الشركة المدينة ودائنيها بموجب أحكام التشريعات والقوانين الخاصة^(١). كما يمكن الإبقاء على إدارة الشركة كما هي^(٢)، أو تعيين طاقم إداري جديد. ويجب إقرار خطة للإنقاذ واقتراح تنفيذها خلال فترة زمنية محددة^(٣).

ومن الجدير بالذكر أن فاعلية نظام الإنقاذ مرتبط بشكل كبير بملاءمته لظروف كل شركة، بحيث يراعى نظام الإدارة فيها، وعدد الموظفين والعمال، وحجم الإنتاج، وعدد الدائنين. وعلى الرغم من أهمية هذا الاعتبار، فإن هناك عدداً من الأنظمة القانونية تقرر معاملة موحدة لإنقاذ جميع أنواع الشركات المعسرة، كما هو الحال في الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي، والفصل (٣/٥) من قانون الشركات والافلاس الكندي^(٤). وعلى العكس من ذلك، قامت المملكة المتحدة البريطانية بوضع عديد من نظم الإنقاذ التي تتناسب مع ظروف كل شركة. كما حرصت في عام ٢٠٠٦ أن تضيف نظام لإنقاذ الشركات العامة بموجب الفصل (٢٦) من قانون

(١) راجع:

The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems (Revised Draft 2005), p24.

(٢) يفضل دائماً الإبقاء على الإدارة القديمة، بالنظر إلى أن مثل هذا النهج من شأنه أن يمكن الموظفين من مواصلة نشاط المؤسسة بذات خط الإنتاج المعروف لهم مسبقاً تحت ذات الملكية. وأن هذا الاتجاه يشكل ميزة نفسية ومعنوية للعمال والموظفين، حتى لا يتأثروا بتغيير شكل الإدارة وطبيعتها. راجع:

PL Davies, Gower and Davies' the Principles of Modern Company Law (7th edn, Sweet & Maxwell, London, 2003), p33.

من أشهر النظم القانونية التي تحرص على الإبقاء على الإدارة أثناء الإنقاذ، قانون الإفلاس الأمريكي، الذي حرص في الفصل (١١) منه على الإبقاء على إدارة الشركة، وطرح عدداً من البدائل، إما من خلال خطة لإعادة الهيكلة أو سلسلة من المبيعات المستمرة أو خطة للتصفية. راجع:

Chapter 11 - US Bankruptcy Code.

(٣) راجع:

M Hunter, "The Nature and Functions of a Rescue Culture" [1999] J.B.L. 491.

(٤) راجع:

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, Last amended on February 26, 2015, Published by the Minister of Justice at the following address: <http://laws-lois.justice.gc.ca>

الشركات عرف باسم "arrangements and reconstructions" ^(١). كما خصصت نظام لإنقاذ شركات التأمين المعسرة، عرف باسم "a rescue vehicle" قبل أن يصير قانون الخدمات والأسواق المالية الإنجليزي لسنة ٢٠٠٠ نافذاً ^(٢). وجدير بالذكر أن هذا التنوع لا يجزىء نظام الإنقاذ فى القانون الانجلىزى، ودليل ذلك أن أى شركة تستفيد من أى شكل من أشكال الإنقاذ طبقاً لهذا القانون سوف يسمح لها بالاستفادة من نظام CVAs ^(٣).

ب/ جدوى خطة الإنقاذ من الناحية القانونية والواقعية:

حرصت التشريعات التجارية التى نظمت الإنقاذ من الإفلاس على إقرار ما يسمى بخطة الإنقاذ ^(٤) كوسيلة لتنظيم خطواته بشكل مرتب، وضمان تنفيذها خلال فترة زمنية محددة، وذلك بهدف ضمان جدية الإنقاذ. لكن لما كان الإنقاذ يرتب بعض الأمور التى تمثل انتقاصاً من حقوق الدائنين؛ مثل تجميد حقهم فى رفع أو مباشرة الدعاوى تجاه الشركة المدينة، وتمكين الأخيرة من إدارة ممتلكاتها والتصرف فيها بما قد يهدد الضمان العام للدائنين ^(٥). فإن هذه الأمور ليس من الملزم أن تستمر حتى نهاية مدة الخطة، ولكن يجب أن تكون هناك آلية تضمن التحول إلى طرق بديلة إذا ما ثبت أن ما تم الاتفاق عليه لا يتم تنفيذه، أو لم يعد هناك جدوى من تنفيذه. الأمر

(١) راجع:

Companies Act 2006 chapter 46, part 26 "arrangements and reconstructions", available at:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf

(٢) راجع:

D.Milman, "Schemes of Arrangement: Their Continuing Role" [2001] *Insolv.* L. 145.

(٣) هو اتفاق قانونى يلزم دائنى الشركة بالحصول على قيمة ديونهم بعد فترة من الزمن. ويعرف أيضاً بأنه عبارة عن نظام تكوين فردى يسمح للشركة التى لديها مشاكل فى ديونها أو التى فى حالة إعسار أن تتوصل لاتفاق مع دائنيها التجاريين بخصوص إعادة التسوية لكل ديون الشركة أو جزء منها بموجب اتفاق. راجع:

Keith Steven, *Expert Guide to The Company Voluntary Arrangement Process*, company rescue, available at: <http://www.companyrescue.co.uk/documents/company-voluntary-arrangement-CVA-guide-v2.pdf>

(٤) راجع:

U.S.A Bankruptcy Code paragraph 1121; also, French commercial law, article L626-29 and L626-30.

(٥) راجع:

S Frisby, "In Search of a Rescue Regime: the Enterprise Act 2002" *op.cit.*

الذى يحتم وجود بدائل يمكن اللجوء إليها حتى لا يكون الإنقاذ وسيلة لاستتفاذ ما تبقى من أصول الشركة المدينة، ومن ثم مزيد من الإضرار بحقوق الدائنين؛ فمثل خطة الإنقاذ يمكن أن يتسبب في خسائر تفوق ما يحدث في مرحلة التصفية الفورية. لذلك يجب أن تكون هناك حلول بديلة سريعة تضمن التدخل بشكل مناسب لاستبدال القائمين على إدارة الشركة بمراقب تعينه المحكمة ويعمل تحت إشرافها^(١) ليتولى الإشراف على أعمال الشركة بشكل كلى أو جزئي^(٢). كما أن هذا التدخل يمكن أن يتم بصورة تدريجية أو بشكل كامل لإحداث تغييرات جذرية من شأنها تغيير مسار الخطة بالكلية وتغيير سيناريوهات الإدارة والتشغيل (وهى ما يطلق عليه التحولات الهيكلية)^(٣)؛ مثل بيع جزء من أصول الشركة^(٤) لتوفير التمويل التى تحتاج إليه^(٥). أو تسريح عدد من العمال يشكلون عبئاً على الشركة، وعائفاً فى طريق إنقاذها^(٦).

(١) راجع:

J Westbrook, "The Control of Wealth in Bankruptcy" (2004) 82 Texas.L.R.795.

(٢) يحدث هذا غالباً في حالات الإبقاء على الإدارة القديمة في شركات المساهمة، حيث تسند الإدارة إلى الشركاء المساهمين خلال فترة الإنقاذ، ويكون لديهم ميل إلى القيام ببعض الأنشطة المتسمة بالخطورة الشديدة بغية تحويل مسار الشركة وسرعة تحقيق أهداف الإنقاذ غير مكثرئين لمسئوليتهم المحدودة بحدود حصتهم فى الشركة، الأمر الذى يزيد من خسائر الدائنين.

PL Davies, Gower and Davies' the Principles of Modern Company Law (7 th edn, Sweet & Maxwell, London, 2003), p33; TH Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law (BeardBooks, Washington, D.C.2001), p89.

(٣) راجع:

A Belcher, Corporate Rescue: A Conceptual Approach to Insolvency Law, op.cit, p12

(٤) يوجد فى الولايات المتحدة الأمريكية سوق قوية لتداول الأوراق المالية الصادرة عن الشركات المضطربة مالياً، وللدیون المصرفية للشركات المعسرة. وتلقى هذه الأسواق إقبالاً كبيراً من قبل العديد من المستثمرين النشطين فى مجال الديون والأوراق المالية للشركات المعسرة مالياً. وتلعب هذه الأسواق دوراً كبيراً فى توفير السيولة اللازمة للشركات المعسرة من خلال تحفيز راغبي الاستثمار فى الاكتتاب فى أسهم هذه الشركات، حيث يمكن الاستفادة من هذه الأموال فى إنهاء الشركة أو سداد ما عليها من ديون. كما يلجأ كثير من أصحاب الأسهم فى الشركة المعسرة إلى بيع هذه الأسهم حتى ولو فى حدود قيمتها الاسمية، وذلك لاستعادة الأموال التى سبق أن اكتتبوا بها فى رأس مال الشركة. ومن ثم تخلق هذه الأسواق فرصاً وحوافز لجميع الأطراف. حيث قد يبدو للمساهم فرصة فى الخروج من شركة متعثرة، ويجد المكتتب الجديد فرصة فى استعادة الشركة قواها، لقرض سوف تحصل عليه أو احتمال استمرار عملها.

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p16.

(٥) راجع:

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), op.cit, p27.

(٦) راجع:

Vanessa Finch, Corporate insolvency law Perspectives and Principles, op.cit, p188.

يضاف لكل ما سبق، أن فاعلية خطة الإنقاذ وجدواها ترتبط ارتباطاً وثيقاً الصلة بإنفاذها في الوقت المناسب، فمن شأن أى تأخير أن يخفض من فرص الإنقاذ وإعادة التأهيل. وإذا كانت الشركة المعسرة قد خضعت بالفعل لإجراءات الإفلاس، يجب تمكينها من الاستعانة ببرنامج الإنقاذ بشكل تدريجي^(١) بالنظر لحالة الضعف التي تنتابها. ويستدعي الحديث عن الوقت المناسب للتدخل بالإنقاذ، الوقوف على جدوى هذا التدخل؛ فقد تكون الشركة في حالة اضطراب اقتصادي شديد يجعلها في حالة فشل حقيقي، الأمر الذي لا يجدي معه الإنقاذ^(٢).

المطلب الثاني

التطور التاريخي لإنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس

١٣- عند استعراض التطور التاريخي لنظام الإنقاذ من الإفلاس، فإن أول ما يلاحظ ارتباطه الوثيق بتقدم اقتصاد السوق الأوربي والأمريكي وازدهاره. فمن المعروف أن آليات الرأسمالية تدفع المتعاملين فيها نحو المنافسة بشكل كبير، الأمر الذي من شأنه أن يزيد من فرص إفلاس الشركات وتصفيتها على أثر أن الضعف لن يجد لنفسه مكاناً إلا تحت أقدام الأقوياء، الأمر الذي يضعف بشكل كبير من عرى الإقتصاد القومي للدول. ولم تتمكن تشريعات الإفلاس التقليدية السائدة في منتصف القرن التاسع عشر من تقديم حل لإسراف الرأسمالية في دعم المنافسة على حساب اعتبارات حماية الشركات التي تمر بضائقة مالية لظروف تخرج عن إرادتها. ويقتضى الأمر التعرض لهذا التطور في النظم الأنجلوسكسونية والنظم اللاتينية، وذلك على النحو التالي:

(١) راجع:

Len Sealy-David Milman-Peter Bailey, Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2017, Sweet & Maxwell, 20th Edition, Volumes 1 & 2, 18 Apr 2017, p523.

(٢) راجع:

A Belcher, Corporate Rescue: A Conceptual Approach to Insolvency Law, op.cit, p12

أولاً/ تطور إنقاذ الشركات من الإفلاس فى النظم الأنجلوسكسونية:
١٤- يعد القانون الإنجليزى والأمريكى من أكثر الأنظمة الأنجلوسكسونية التى جسدت تطور فكرة إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس منذ بدايات ظهورها. ويفتضى الأمر تسليط الضوء عليهما، وذلك على النحو التالى:

١/ قانون الإفلاس البريطانى لسنة ١٩٨٦ Company Voluntary Arrangements (CVAs):

١٥- بدأ الحديث عن إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس فى بريطانيا منذ عام ١٩٨٦ مع إرهاصات صدور قانون الإفلاس، والذى تضمن نظاما مبتكرا للتعامل مع الشركات المعسرة بعيدا عن التصفية، عرف باسم Company Voluntary Arrangements^(١)، حيث سمح لهذه الشركات أن تتفاوض مع دائئها للتوصل إلى اتفاق يصاغ فى شكل خطة لإعادة هيكلة نشاطها وتسوية ديونها فى علاقتها مع دائئها^(٢).

وتعد شركة "Anglo Belgian" أولى الشركات الإنجليزية التى استفادت من هذا النظام، وترتب على استفادتها منه عديد من النتائج الايجابية، التى تمثلت فى أن الإتفاق الذى تم بين الشركة ودائئها تدارك كثيرا من الأمور التى غفل القانون عن تنظيمها، حيث تضمنت خطة الإنقاذ آليات مبتكرة لإعادة هيكلة ديون الشركة خارج نطاق الإجراءات التقليدية، وضمنت فى ذات الوقت تسوية ديون الدائئين. والغريب أن التطبيق العملى على شركة Anglo Belgian بكل ما له من مزايا وعيوب كان مرجعية لكثير من التعديلات التى شهدها قانون الإفلاس الإنجليزى فيما بعد، مثل التعديلات المدخلة بموجب نص المادة (٢٦) من قانون الشركات لعام ٢٠٠٦، والإصلاحات التى أدخلت على قانون الإفلاس الإيطالى لسنة ٢٠٠٥^(٣).

(١) راجع:

Company Voluntary Arrangement (CVA) Law, Section 1 of the Insolvency Act 1986.

(٢) راجع:

A Smith and M Neill, "The Insolvency Act 2000" (2001) 17 *Insolvency Law & Practice* 84; Cork Report, paras.428430.

(٣) راجع:

D Millman, "Schemes of Arrangement: Their Continuing Role", op.cit, p45.

وتجدر الإشارة إلى أن الفائدة الحقيقية في مجال الإنقاذ في ذلك الوقت ظهرت في الاتفاقات التي أبرمت بين الشركة والدائنين بمناسبة قضية شركة " Anglo Belgian"، وما تضمنته من ترتيبات خاصة بتسوية الديون، والتي تسببت في إظهار ضعف الإجراءات المقررة من قبل قانون Company Voluntary Arrangements لسنة ١٩٨٦. فالأخير لم يقدم المعنى الحقيقي للإنقاذ، ولكن لا يمكن إنكار أنه تسبب في إحداث نقلة نوعية في القانون الإنجليزي من ثقافة التصفية إلى ثقافة الإنقاذ^(١).

ويقترَب نظام (CVAs) إلى حد كبير من نظام الصلح الواقى من الإفلاس في القانون المصري، وقد كان من أهم ما تميز به هذا النظام الإنقاذ ما يلي:

١/ أنه نظام طوعى واختيارى بالنسبة للشركة المدينة، تتمكن من خلاله إقالة عثرتها المالية بشكل مبكر، خاصة وهي لا تزال تتمتع بقدرة على العمل وقدرة من الائتمان التجارى. كما يمكنها من تقليل مخاوف مديري الشركة بخصوص مسؤولياتهم عن الممارسات التجارية الخاطئة wrongful trading liabilities^(٢).

٢/ يستطيع مديرو الشركة بموجب هذا النظام أن يظلوا باقين في الإدارة تحت إشراف مراقب the proposed nominee تعيينه المحكمة بعد الموافقة على خطة الإنقاذ من قبل الدائنين^(٣).

(١) راجع:

Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, Thesis at School of Law - University of Leicester, September 2008, p 47.

(٢) راجع:

V Finch, "Reinvigorating Corporate Rescue" [2003] J.B.L.527, p333-334.

(٣) ويقترَب هذا النظام من نظام المدين الحائز "debtor-in-possession" المقرر في الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى. راجع:

IF Fletcher, "UK Corporate Rescue: Recent Developments—Changes to Administrative Receiverships, Administration, and Company Voluntary Arrangements—the Insolvency Act 2000, the White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002" (2004) 5 EBOR 119, 127.

٣/ يتسم هذا النظام بالبساطة والسرعة، خاصة فيما يتعلق بإجراءات التصويت التي يمارسها الدائنون أثناء اجتماعاتهم، حيث يجعل جميع الدائنين على درجة واحدة (صوت لكل دائن).

٤/ يغلب الطابع العقدى والاتفاقي على هذا النظام، حيث يتم بين الشركة المدينة ودائنيها خارج المحكمة، ولا يظهر للأخيرة دور إلا في حدود التأكد من موافقة الدائنين ومتابعة تنفيذ خطة الإنقاذ، ومواجهة صعوبات تطبيقها^(١).

وعلى الرغم من كل المزايا السابقة، فإن نظام (CVA) لم يرق بالدور المتوقع منه في إنقاذ الشركات من الصعوبات المالية. حيث إن الإحصائيات الرسمية أظهرت عدم الاعتماد عليه بشكل كبير من قبل الشركات المعسرة. كما أظهرت احتوائه على كثير من العراقيل التي تعيق استخدامه^(٢)، والتي كان أبرزها؛ عدم تنظيمه لفكرة الوقف الفوري للدعاوى، ومن ثم تظل الشركة عرضة للتنفيذ الجبري عليها من الدائنين. الأمر الذي يقلل من أهمية هذا النظام إلى حد كبير^(٣). وعلى الرغم من أن هذه العقبة كان من الممكن التغلب عليها عن طريق طلب خاص يقدم للمحكمة، فإن هذا الأمر مكلف، ولا تستطيع الشركات الصغيرة تحمل تبعاته^(٤).

(١) راجع:

K Gromek Broc, "England and Wales: The Impact of the Revised Company Voluntary Arrangement Procedure", in K Gromek Broc and R Parry (eds) *Corporate Rescue: an overview of recent developments from selected countries* (2 nd edn, Kluwer Law International, Hague, 2006), p989.

(٢) راجع:

Company Voluntary Arrangements and Administration Orders: A Consultative Document, the Insolvency Service, October 1993; **Paul Omar**, "Benchmarking Voluntary Administration on its 20-Year Anniversary" his paper is based on a presentation titled "Corporate Rescue in the UK: Ten Years after the Enterprise Act 2002 Reforms", organized by the Bankruptcy and Insolvency Law Scholarship Unit at the Adelaide Law School, Adelaide, Australia on 26 July 2013, p12.

(٣) راجع:

K Pranai and R Miller, "Company Voluntary Arrangements: the landlord position" op.cit, p 87.

(٤) راجع:

A Smith and M Neill, "The Insolvency Act 2000" (2001) 17 *Insolvency Law & Practice* 84, op. cit, p 428- 430.

وقد استمر العمل بنظام الإنقاذ (Cva) فترة طويلة من الزمن، إلى أن تم تعديل قانون الإفلاس سنة ٢٠٠٠^(١)، حيث قدمت هذه التعديلات ما طال انتظاره، بإدخال أحكام الوقف الفوري على نظام الإنقاذ، مما أضفى مزيدًا من الفعالية على هذا القانون، وجنب الشركة رجوع الدائنين عليها خلال فترة الإنقاذ. وقد ساعد هذا التعديل بشكل كبير في نجاح نظام الإنقاذ لأنه أسهم بشكل كبير في تخفيف أعباء الشركة المدينة، وقلل من إرهاقها ركضًا خلف الدعاوى الفردية للدائنين، كي تتفرغ لاستعادة قواها.

ورغم التسليم المطلق بالفائدة التي عادت على الشركة الخاضعة للإنقاذ من هذا التعديل، فإنه لا يمكن تجاهل الأثر السلبي لذلك على الدائنين، باعتبار أن تجميد حقهم في رفع أو مباشرة الدعاوى ضد الشركة المدينة من شأنه أن يزيد من مخاطر حصولهم على ديونهم، سواء من حيث عدم السداد أو من السداد الناقص لقلة المبالغ المتاحة للتنفيذ عليها، خاصة إذا ما فشلت خطة الإنقاذ. وقد كان جديرًا بهذا القانون أن يضع آلية للتخفيف من قلق الدائنين من الاستغلال السيء لوقف الدعاوى من قبل الشركة المدينة^(٢).

وقد فرض هذا الوضع على المراقب المقترح the proposed nominee التأكد من حجم أصول الشركة ومديونياتها والعمالة لديها بناء على المعلومات المقدمة من مجلس الإدارة، وتقييم ذلك بشكل دقيق، للتأكد من جدوى الإنقاذ قبل الموافقة على الخطة، خاصة ما يتعلق بمدى إمكانية حصول الشركة على الأموال خلال فترة التوقف لتسيير نشاطها. أيضًا لا يسمح للشركة أن تقوم ببيع أصولها خلال فترة الإنقاذ إلا لخدمة أغراض الإنقاذ. كما فرضت هذه التعديلات على المرشح أن يتواصل بشكل مستمر مع أعضاء مجلس إدارة الشركة خلال فترة الإنقاذ.

Company voluntary arrangements, April 2004, available

(١) راجع:
at:

https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch13-24/Chapter20/part2/part_2.htm

V Finch, "The Recasting of Insolvency Law", op.cit,p 727-

(٢) راجع:
728.

وقد تأثرت التعديلات التي أدخلت على هذا القانون بالتوصيات التي جاءت في تقرير "Cork Report" ^(١)، الذي عكف على دراسة سلبيات نظام الإنقاذ المقررة في القانون القديم، وحرص على تقديم عديد من المقترحات (تضمنها القسم الثاني من قانون الإفلاس لسنة ١٩٨٦)، كان أهمها، أنه أوصى بتبني أحكام الحراسة الإدارية في مجال الإنقاذ، التي تنظم حق الدائنين في تعيين شخص يسمى الحارس الإداري administrative receiver يعمل على ضمان الحفاظ على حقوقهم أثناء عملية الإنقاذ. من ناحية أخرى، عالج هذا القانون مشكلة الأجرة المستحقة لهذا الحارس الإداري، التي رأى كثير من الدائنين أنها كانت تشكل إرهاقاً شديداً عليهم في ظل القانون القديم، خاصة إذا استغرق برنامج الإنقاذ وقتاً طويلاً، وكانوا على أثرها يفضلون طلب شهر إفلاس الشركة هروباً من هذه النفقات ^(٢). لذلك حرص تقرير "Cork Report" على تلافى هذه المشكلة بتقرير أولوية لسداد هذه الرسوم من أموال الشركة، مثل تلك المقررة للرسوم القضائية في حالة الإفلاس.

أيضاً من المشاكل التي حرص هذا القانون على مواجهتها، السماح للدائنين بالاعتراض على طلب الإنقاذ المقدم من الشركة المدينة، وهو ما يفرض على الأخيرة أن تثبت أنها معسرة أو على وشك الإعسار، وأن هناك احتمالاً كبيراً لإنقاذها إذا تم التدخل في الوقت المناسب. وهو ما يستدعي تخصيص جلسات استماع وتعيين مستشارين متخصصين للتأكد من إعسار الشركة. يضاف لذلك، المحكمة ستكون حذرة جداً، وستحتاج إلى تحقيق عميق للتأكد من جدية الاعتراض المقدم من الدائنين. وقد حاول تقرير "Cork Report" أن يرصد هذه السلبيات ويقترح لها حلولاً، كان أهمها تعيين مدراء جدد للشركة أثناء الإنقاذ، وتمكينهم من تجنب المسؤولية الناشئة عن الالتزامات غير المشروعة (كالالتزامات الناشئة عن

(١) راجع:

Report of the insolvency law review committee, final report, 2013, p53, available at:

<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/ipto/assets/documents/Report%20of%20the%20Insolvency%20Law%20Review%20Committee.pdf>

(٢) راجع:

White Paper issued by the UK Department of Trade and Industry entitled "Insolvency – A Second Chance", 2001 (Cm. 5234) at p10

تجاوز حدود الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة) للمدراء السابقين من خلال استصدار أوامر إدارية من المحكمة بذلك إذا كانت الشركة في وضع مالي سيء. كما اقترح أن يمكن المشرف الخارجي على الإنقاذ المعين من قبل المحكمة أن يتدخل للتعاون مع إدارة الشركة في الوقت المناسب من أجل اقتراح الحلول المناسبة. علاوة على ذلك، يمكن لهذا المشرف أن يطالب باقالة المديرين وتعيين أى شخص جديد ليكون مديراً للشركة^(١). وقد حققت هذه المقترحات نجاحًا كبيرًا في إنقاذ العديد من الشركات المعسرة^(٢).

وقد أعيد تحديث نظام الإنقاذ سابق الذكر مرة أخرى في عام ٢٠٠٢؛ حيث حل القسم (٢٤٨) منه محل الجزء الثانى من القانون القديم، ووضع نظامًا جديدًا لإدارة الشركات المعسرة، والتي هدفت إلى توفير نظام إنقاذ حقيقي وفعال، تجنبًا للآثار الضارة للإفلاس. والجدير بالملاحظة أن التعديلات الجديدة لم تكتف بمجرد تعديل القواعد الموضوعية والإجرائية، ولكنها تطرقت أيضًا إلى إعادة هيكلة حقوق الملكية والتفاوض^(٣) بين جميع الجهات الفاعلة في عملية الإنقاذ^(٤). كما نجحت فى تبسيط عديد من الإجراءات المتبعة لتقديم طلب الإنقاذ من الشركة المدينة. فضلًا عن ذلك، سمحت هذه التعديلات بإمكانية إلغاء تقرير مزايا تفضيلية للدائنين، وإنشاء صندوق لتمويل استحقاقاتهم، خاصة للدائنين من غير أصحاب الضمانات لتحسين وضعهم الضعيف^(٥).

٢/ الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي:

Insolvency Act 1986, s 14 (2).

(١) راجع:

(٢) راجع:

BG Carruthers and TC Halliday, *Rescuing Business: The Making of Corporate bankruptcy Law in England and the United States* (Clarendon Press, Oxford, 1998), p286.

(٣) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom The Rescue Procedure in France - Insolvency Proceedings in Germany and The Extraordinary Administration for Large Insolvent Companies in Italy, op.cit, p7

V Finch, "Reinvigorating Corporate Rescue" op.cit,p 527, 529.

(٤) راجع:

Enterprise Act 2002, s 251 (1); the EA 2002, s 252.

(٥) راجع:

١٦- بداية تجدر الإشارة إلى أن نظام الإنقاذ أو ما يعرف بإعادة الهيكلة في قانون الإفلاس الأمريكي لم يشهد تعديلات كثيرة كما حدث في القانون الإنجليزي، وذلك لحرص المشرع الأمريكي منذ تبنيه لثقافة الإنقاذ أن يقيهما على أسس قوية، تلبى طموحات الشركات التجارية، وتضمن تسوية عادلة لمستحقات الدائنين، وهو ما جعل أحكامه مرجعية لكثير من التشريعات التي تبنت الإنقاذ فيما بعد.

وقد بدأ تبني نظام الإنقاذ في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أن عانت من عديد من الأزمات المالية، خاصة تلك التي وقعت عام ١٩٢٩ واجتاحت العالم الرأسمالي بأسره. وقد أظهرت هذه الأزمة بجلاء وما صاحبها من ركود طويل، وهن أنظمة الإنقاذ في قانون الإفلاس، ودعا إلى ضرورة إدخال إصلاحات على هذا القانون. وفي هذا السياق، صدر قانون جديد للإفلاس عام ١٩٣٤^(١). ثم حرص المشرع الأمريكي بعد أزمة البترول التي وقعت عام ١٩٧٠ على اقتراح عدة إصلاحات والتي صاغها بالتعديلات التي أضيفت بموجب أحكام الفصل (١١) من قانون الإفلاس لسنة ١٩٧٨.

وفي هذا السياق قام الفصل (١١) سابق الذكر بإرساء فكرة إعادة هيكلة الشركات "Reorganization" بشكل غاية في الدقة، ووضع نموذجًا احتذت به عديد من التشريعات الأخرى، خاصة في أوروبا؛ مثل بريطانيا وألمانيا وفرنسا. ومنذ ذلك الحين، فإن موجة إنقاذ الشركات عمت كثيرا من الدول، سواء الدول النامية أو المتقدمة بمختلف أنظمتها القانونية. وفي السنوات الأخيرة، وصل معدل الإصلاح في أنظمة الإنقاذ إلى أعلى مستوياتها، منذ اندلاع الأزمة المالية الآسيوية ١٩٩٧، ومن بعدها سادت ثقافة الإنقاذ الحديثة في مختلف دول العالم^(٢).

(١) راجع:

J Weiner, "Corporate Reorganization: Section 77B of the Bankruptcy Act 1934", op.cit, p173

(٢) راجع:

B Eichengreen, Toward a New International Financial Architecture: A Practical PostAsiaAgenda, (Institute for International Economics Washington, D.C. 1999), p2830.

وتتسم عملية إعادة الهيكلة وفق القانون الأمريكي بأربع خصائص، نجملها على النحو التالي:

١/ يترتب على البدء فى إجراءات إعادة الهيكلة التوقف الفورى للدعاوى التى رفعها الدائنون، للحيلولة دون التنفيذ على أموال الشركة. وهو ما أسهم بشكل كبير فى تمكينها من مواجهة مشاكلها المالية خاصة فى ظل قلة التدفقات النقدية، وذلك من خلال إعادة هيكلة الديون وترتيب شئونها التجارية، والحصول على تمويل جديد^(١) خلال فترة إعادة الهيكلة^(٢).

٢/ لا يشترط للاستفادة من نظام إعادة الهيكلة أن تكون الشركة معسرة بالفعل أو على وشك الإعسار (التوقف الفعلى عن الدفع)، وإنما يكفى أن يكون هناك اضطراب فى شئونها المالية يوحى بوجود صعوبات (التوقف المحتمل عن الدفع). وقد أسهم هذا المعيار فى توسعة نطاق الاستفادة من إعادة الهيكلة، وجسد المعنى الحقيقى للإنقاذ قبل وصول الشركة لمرحلة صعبة من التدهور.

٣/ يحتفظ مدير الشركة أثناء إعادة الهيكلة بوظائفهم تحت رقابة المحكمة طبقاً لأحكام (DIP) Debtor in possession^(٣)، الذى يضمن بقاء أموال الشركة تحت حيازتها وإدارتها خلال فترة إعادة الهيكلة، بما يساعدها على إعادة هيكلتها، ويمكن أن يشجع المديرين على المساعدة فى إنقاذ الشركة فى الوقت المحدد لذلك، وذلك دون الخوف من أن يفقد المديرين وظائفهم^(٤).

(١) راجع:

G McCormack, "Superpriority new financing and corporate rescue" [2007] J.B.L, p 702, 707.

(٢) راجع:

G McCormack, "Control and corporate rescue –an AngloAmerican evaluation" (2007) 56 I.C.L.Q, p 515.

(٣) تشير هذه الفكرة إلى إمكانية قيام المدين سواء أكان فرداً أم شركة طلب الحماية من الإفلاس طبقاً لأحكام الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى، من خلال الإبقاء على حيازة أموال المدين وإدارته تحت يده، حتى ولو كان للدائن على هذه الأموال حق رهن أو امتياز. راجع:

Paul H. Zumbro Partner, DIP and Exit Financing Trends and Strategies in a Changing Marketplace, Cravath, Swaine & Moore LLP, Thomson Reuters/Aspatore, 2016, p4.

(٤) راجع:

D Skeel, "The Past, Present and Future of DebtorInPossession Financing" Cardozo Law Rev, 25:5, 2004, p1905.

٤/ وفقاً لهذا القانون يصنف الدائنون في مجموعات مختلفة للتصويت، طبقاً لطبيعة المصالح واحتياجات نجاح خطة الإنقاذ، والعبارة بموافقة أغلبية عددية (٥٠%+١) بشرط أن تحوذ على أغلبية قيمية (أغلبية ثلثي قيمة الديون). وإذا رفضت أغلبية الدائنين خطة الإنقاذ فإن القضاء يتمتع بسلطة تقديرية في إقرارها، من خلال ما تتمتع به من سلطة تقديرية تسمى سلطة إعادة هيكلة الديون "cramdown". ويتعين على القضاء وهو بصدد استعمال سلطته التقديرية أن يراعى مصالح الأطراف المتعارضة، وضمان معاملة عادلة لهم. فعلى سبيل المثال؛ يمكن للقاضي استبعاد الدائنين أصحاب الضمانات من التصويت على خطة الإنقاذ، اكتفاء بحقهم في التنفيذ المتقدم بموجب ما لهم من ضمانات^(١).

ويبدو لنا من جملة الخصائص السابقة مدى ما اتسمت به قواعد إعادة الهيكلة المقررة في الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي من واقعية، بما حققت من توازن بين اعتبارات إعادة هيكلة الشركة كي تستعيد قواها وتستأنف نشاطها، وبين اعتبارات حماية مصالح الدائنين. فقد وسعت نطاق الاستفادة من الإنقاذ لكل شركة تجارية تمر بصعوبات مالية، حتى ولو لم تصل إلى حد الإعسار، والسماح بتجميد حق الدائنين في رفع الدعاوى ومباشرتها ضد الشركة، والإبقاء على إدارة الشركة لتسيير شئونها باعتبارهم الأقدر على معرفة تفاصيل تسيير شئونها، والأكثر تواصلًا مع موظفيها وعمالها، كما سمحت في ذات الوقت من حماية مصالح الدائنين، من خلال تمكينهم من التصويت على المراحل المختلفة للخطة، دون أن يشكل هذا الأمر عائقاً، من خلال تنظيمهم في صورة مجموعات بحسب مصالحهم المشتركة. ولعل ما سبق، يبرر كيف أن أحكام الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي بدت كمرجعية لعدد من التشريعات التي سعت لتبني نظام الإنقاذ.

(١) راجع:

J Friedman, "What courts do to secured creditors in Chapter 11 cram down", Cardozo Law. Rev, (1993) 14. p1495

ثانياً/ تطور إنقاذ الشركات من الإفلاس في النظم اللاتينية:

١٧- يعد القانون الفرنسي والتونسي من أبرز النظم القانونية اللاتينية التي عالجت فكرة الإنقاذ بشكل مفصل، وذلك على النحو التالي:

١/ تطور الفكرة في القانون الفرنسي:

١٨- بدأ اهتمام القانون الفرنسي بتنظيم وسائل إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس بتاريخ ١٣/٧/١٩٦٧، (تاريخ تعديل قانون الإفلاس الفرنسي)، حيث حرص على تعزيز سلطات المحكمة في مساعدة هذه الشركات، من خلال التدخل لوضع برنامج يمكنها من التغلب على الصعوبات المالية والاقتصادية التي تمر بها المؤسسة الاقتصادية^(١). وفي عام ١٩٨١ سمح المشرع الفرنسي للنيابة العامة بالتدخل في تسيير إجراءات التسوية والتصفية الجماعية^(٢).

وعلى الرغم من كل هذه المحاولات، فإن المشرع الفرنسي شعر أنه لم يحقق ما يصبو إليه؛ حيث بدت الإجراءات الجماعية التي قررها غير كافية لمواجهة التغيرات الاقتصادية التي أثرت على عديد من الشركات التجارية. وقد شهدت ساحات القضاء الفرنسي على ذلك، ولم تتمكن المحاكم من تحقيق مصالح الشركة ودائنيها بالشكل المطلوب^(٣). وقد ترتب على ذلك تدخل المشرع من جديد في عام ١٩٨٤ لمواجهة أوجه القصور في التشريعات السابقة، بإصدار قانون الوقاية من الإفلاس والتسوية الرضائية، حيث استحدث في هذا القانون فكرة الإخطار أو الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية، يصدر عن مراقب الحسابات وإدارة الشركة باعتبارهم الأقرب إلى وضعها المالي، بغية التدخل المبكر^(٤) لإنقاذ الشركة وهي لا تزال تتمتع بشيء من

(١) راجع:

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes - Article 29

(٢) راجع:

Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises.

(٣) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، بحث مقدم للمعهد العالي للقضاء - وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤، ص ٣.

(٤) كشفت عديد من التقارير والإحصائيات في هذا الشأن على أن حوالي ٤٥٠٠٠ مشروعاً فرنسياً يتم تصفيته فقط بسبب التأخر في اللجوء للقضاء، وذلك بسبب هاجس يراود المديرين دائماً يمنعهم من إيداع ميزانيتهم، وأنهم لا يقدمون على هذه الخطوة إلا بعد الوصول إلى مرحلة التوقف عن الدفع. راجع: د. خليل فيكتور تاندرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات من الإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، (بدون تاريخ نشر)، ص ٣٥.

الائتمان، قبل أن يصل الأمر إلى وضع ميئوس منه. كما أقر القانون فكرة الصلح الاتفاقي بين الشركة وجماعة الدائنين^(١).

وبتاريخ ١٩٨٥/١/٢٥ أصدر المشرع الفرنسي قانونا خاصا بالتسوية والتصفية القضائية، استهدف بشكل أساسي إلى الإبقاء على الشركة وتجنبها الإفلاس واستمرار العمل فيها أولاً، ثم سداد الديون المستحقة عليها في مرحلة لاحقة؛ فالإنقاذ يتم على مرحلتين: الأولى من خلال محاولة موازنة الاعتبارات الاقتصادية للشركة أو المؤسسة ومنحها بعض الدعم لتحقيق ذلك. فإذا كانت النتائج إيجابية يتم الانتقال للمرحلة الثانية، والتي تهدف إلى السماح للشركة بمواصلة نشاطها، أما إذا كانت النتائج سلبية فإنه يتم تصفيتها^(٢). يضاف لذلك، أن هذا القانون سمح للمحاكم الاستعانة بخبير مساعد لإجراء تحقيق فعلى بشأن حالة الشركة التي تمر بإعسار. ويكون ممثلاً عن النائب العام حاضراً في جلسة الاستماع، وكافة جلسات الصلح المبكر أو إجراءات الإنقاذ الحر. ويجوز لمكتب النائب العام وللمحكمة الحصول على بيان بحالة الشركة، ويدعى أمين الصلح للحضور. وطبقاً للمادة (L.621-12) من أحكام القانون التجاري الفرنسي يجوز للمحكمة ألا تنقيد بما جاء في تقرير الخبير، وتقرر البدء في إجراءات الإنقاذ رغم أن آراء الخبراء جاءت سلبية. ثم تنتظر المحكمة بعد ذلك في تاريخ فتح إجراءات الإنقاذ، وتاريخ التوقف عن الدفع بأثر رجعي. ويسمح القانون الفرنسي للمحكمة إذا حدث توقف عن الدفع في مرحلة لاحقة للبدء في إجراءات الإنقاذ أن تتحول إلى إجراءات إعادة الهيكلة القضائية، وإذا لم تُجد الأخيرة يتم التحول إلى التصفية القضائية. وتجدر الإشارة إلى أن الهدف الرئيس هو إعادة التنظيم من أجل مواصلة الشركة لنشاطها وحماية العمالة فيها، والتخلص من الالتزامات والمسئوليات.

(١) راجع:

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

(٢) راجع:

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

وفي عام ١٩٩٤ تم تنقيح القانون سالف الذكر في محاولة لحماية مصالح الدائنين، حيث قرر خضوع الشركة خلال فترة الإنقاذ لرقابة المحكمة للتأكد من التزامها بما تم الاتفاق عليه، وذلك للتأكد من جديتها قبل حسم الأمر في تصفيتها أو الإبقاء عليها^(١). وقد اقتبس القانون الفرنسي هذا الموقف من القانون الإيطالي^(٢) والنمساوي^(٣).

وفي عام ٢٠٠٥ حرص المشرع الفرنسي على تعديل أحكام الإنقاذ بشكل جذري، حتى إن هذا التعديل وصف بأنه الخطوة الصحيحة التي جسدت الفكر الصحيح للإنقاذ. وقد كان من أهم ما تميز به هذا القانون ما يلي:

١/ أنه استبدل التوقف عن الدفع بالصعوبات المالية كأساس لعملية الإنقاذ، بحيث يكفي أن تمر الشركة بصعوبات مالية من شأنها التأثير على نشاطها، ولا تستطيع الأخيرة التغلب عليها في أحوالها العادية، حتى ولو لم تكن قد توقفت عن دفع ديونها. ومما لاشك فيه أن هذا المعيار من شأنه أن يسهم في دعم فكرة الإنقاذ المبكر للشركة.

٢/ طبقاً للمادة (L.620-1) من أحكام القانون التجاري الفرنسي^(٤) يمكن الاستفادة من إجراءات الإنقاذ من قبل كل شخص فردي أو مؤسسة تعمل بالنشاط التجاري وأصحاب الحرف والزراعة والمهن الحرة، على أن تختص المحكمة المدنية بإجراءات انقاذ المهن الحرة والمزارعين والحرفيين غير المسجلين، وتتنظر المحكمة التجارية دعاوى الانقاذ الأخرى.

٣/ حرص المشرع الفرنسي على الأخذ بفكرة المدين الحائز "debtor in possession" التي سبق أن تبناها الفصل (١١) من أحكام قانون الإفلاس

(١) راجع:

La loi n° 84-148 du 1er mars 1984 et maintenue par la réforme de la loi n°94- 457 du 10 juin 1994.

(٢) راجع:

The New Extraordinary Administration Proceedings for Large Insolvent Companies in Italy, the Italian Law Decree no. 347/2003 as subsequently amended (the so-called " Marzano Law") 2009.

(٣) راجع:

Austrian Insolvency Code, Insolvency Proceedings (Reorganization and Bankruptcy Proceedings). Section 1.), available at:

http://www.rautner.com/en/files/2016/05/3645187_Austrian_Insolvency-Code_ENG.pdf

L. 620-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 12.

(٤) راجع:

الأمريكي (لكن ليس بذات الآلية). حيث سمح هذا القانون للشركة أن تطالب بالبدء في إجراءات الإنقاذ وتباشرها بنفسها، دون أن تملك توكيل أحد عنها للقيام بذلك. ويجب على المحكمة أن تساعد الشركة، من خلال تحليل البيانات والمعلومات الخاصة بنشاطها في جلسة استماع تضم مدير الشركة، وممثلي الموظفين، والهيئة المهنية المختصة. ويجوز لها أيضا أن تسمع لأي شخص تراه مناسباً، مثل مراجع الحسابات. والمحكمة تملك سلطة تقديرية كاملة في تحليل هذه الآراء.

٢/ القانون التونسي:

١٩- ويعد القانون التونسي من أكثر القوانين العربية التي جسدت معاني إنقاذ الشركات التجارية وأفكارها، متأثراً في ذلك بأحكام القانون الفرنسي. وقد بدأ القانون التونسي مشواره مع الإنقاذ منذ عام ١٩٨٨ بمحاولة استقطاب وسائل الإنقاذ المختلفة لحماية الشركات التجارية من الإفلاس في قانون المالية الصادر عام ١٩٨٨، الذي منح البنوك امتيازات ضريبية إذا ما قبلت التنازل عن بعض ديونها لصالح الشركات المعسرة^(١). من ناحية أخرى، حرصت تونس على الانضمام لاتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي الذي أنشأ منطقة للتبادل الحر، والذي تم التصديق عليه بموجب قانون ٩٥-٦ بتاريخ ٢٣/١/١٩٩٥، والذي اتجه نحو تغيير الوسائل القانونية الخاصة بالصلح الاحتياطي الذي يراعى فقط مصلحة الدائنين، لمحاولة النظر بعين الاعتبار لمصلحة الشركة أو المؤسسة لإنقاذها من الإفلاس^(٢).

وقد أولى المشرع التونسي منذ التاريخ السابق اهتماماً ملحوظاً بهذا الأمر، حيث تابع عبر عدة تشريعات متلاحقة ترسيخ فكرة الفصل بين الشركة وبين مالكيها ومديريها. وقد كانت البداية في عام ١٩٩٥، الذي جاء متأثراً بشكل كبير بالقانون الفرنسي (قانون ١ مارس ١٩٩٥، وقانون ٢٥ يناير ١٩٨٥). وقد حرص هذا

(١) راجع الفصل السادس من القانون عدد ٦٠ لسنة ١٩٨٨ موزع في ٢ جوان ١٩٨٨ يتعلق بقانون المالية الإضافي لسنة ١٩٨٨.
(٢) اتفاقية إقامة منطقة التبادل الحر بين الدول العربية المتوسطية، راجع الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.tas.gov.eg/NR/rdonlyres/BD477EE4-DFB6-4680-AECB-91B37458A43F/1298/agadirttext.doc>

القانون على مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، والمحافظة على وظائف العمالة، والوفاء بحقوق الدائنين، وذلك من خلال مجموعة متتابعة من الإجراءات؛ تبدأ بالإشعار بوجود صعوبات إقتصادية، ثم التسوية الرضائية، ثم التسوية القضائية^(١).

وقد سجل هذا القانون نتائج طيبة بخصوص إنقاذ المؤسسات الإقتصادية؛ ففي عام ٢٠٠٣ تم إنقاذ ٧٧٧ شركة من الإفلاس بموجب التسوية الرضائية. و٦٦٧ شركة بموجب التسوية القضائية. و٨٠ شركة بموجب نظام الإشعار. وقد تسبب هذا الأمر في إنقاذ ما يقرب من ٤٧% من جملة الشركات التي كانت معرضة للإفلاس، والمحافظة على ما يقرب من ٦٦% من الوظائف المختلفة، وسداد ما يقرب من ٧٢% من الديون البنكية. أما الشركات التي أفلست فبلغت حوالي ٣٦٩، مما تسبب في تسريح ١٢% من نسبة العمالة^(٢).

وعلى الرغم من ذلك تدخل المشرع التونسي في عام ٢٠٠٣ لتنقيح القانون السابق، بعدما ثبت أن بعض الشركات قد اعتمدت عليه للتهرب من ديونها والتزاماتها، مما أضر كثيراً بالدائنين، وتسبب في الانحراف بهذا القانون عن تحقيق أهدافه في بعض الحالات. وعلى أثر ذلك تدخل المشرع التونسي بالقانون عدد ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ بغية الحد من سوء استخدام قانون الإنقاذ وضياع مصالح الدائنين، وذلك من خلال النص على مجموعة من الضوابط المهمة في هذا الشأن؛ أهمها^(٣):

١/ تفعيل نظام الإشعار (الإخطار بوجود صعوبات إقتصادية)، بغرض الحث على اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الإفلاس.

٢/ إنقاذ الشركات التي تواجه صعوبات إقتصادية.

٣/ شهر إفلاس الشركات التي تواجه وضعاً مالياً ميؤوساً منه، لا جدوى لوسائل الإنقاذ معه.

٤/ إقرار مسؤولية الوكلاء أو المسيرين عن أخطاء التسيير.

(١) قانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ مؤرخ في ١٧ إبريل ١٩٩٥ الخاص بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، سابق الإشارة إليه.

(٢) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ٢٠٠٤، ص ٥.

(٣) ديمتريف الكشوف، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، (بدون دار نشر)، ٢٠١١، ص ١١.

ولم يكن للأهداف السابقة أن تتحقق دون تضافر عديد من الجهود البشرية التي تسعى للمحافظة على وجود الشركة، وذلك من خلال جمع المعلومات الخاصة بالمؤسسة الإقتصادية وتحليلها، وتزويد الجهات والأجهزة المعنية بها لتمكينها من اتخاذ القرار المناسب، وهو ما حرص عليه بالفعل القانون سالف الذكر. فقد تعددت الأطراف المتدخلة لتفعيل أحكامه؛ ومن أهمها^(١):

١/ القضاء.

٢/ الخبراء.

٣/ صندوق تنمية القدرة التنافسية الصناعية.

٤/ لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

٥/ المرصد الوطني لتجميع وتحليل وتبادل المعلومات الخاصة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية.

٦/ الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

٧/ هيئة المحاسبة العمومية.

وقد واصل المشرع التونسي حرصه على متابعة المستجدات في مجال إنقاذ الشركات التجارية؛ فصدر عنه مؤخرًا في عام ٢٠١٦ أحدث تشريعاته في مجال الإنقاذ، والذي حرص من خلاله على فرض الطابع الجماعي على إجراءاته، ليوفر مزيدًا من الحماية للشركات خلال فترة الإنقاذ، ويضمن المساواة بين الدائنين في الاستفادة من معطيات الإنقاذ^(٢).

٢٠- ثالثًا/الدليل التشريعي لقانون الإعسار الصادر عن منظمة الأمم المتحدة:

لم تكن منظمة الأمم المتحدة وأجهزتها المختلفة بعيدة عن المشهد؛ حيث حرصت على إصدار الدليل التشريعي لقانون الإعسار، كمرجعية أو دليل يهدف إلى مساعدة الدول على إنشاء إطار قانوني لتمكين المدينين المعسرين على تخطي الضائقة المالية^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) راجع: قانون عدد ٣٦ لسنة ٢٠١٦ مؤرخ في ٢٩ إبريل ٢٠١٦ يتعلق بالإجراءات الجماعية، الرائد الرسمي للجمهورية

التونسية، السنة ١٥٩، عدد ٣٨، الثلاثاء ٣ شعبان ١٤٣٧-١٠ مايو ٢٠١٦.

(٣) راجع: الدليل التشريعي لقانون الإعسار، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال)، الأمم المتحدة - نيويورك

٢٠٠٥، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

وقد قدم هذا الدليل بياناً مفصلاً بالمبادئ التي يجب أن تتبناها التشريعات القانونية الخاصة بالإفلاس لدى الدول المختلفة، بهدف إصلاح هذه القوانين. حيث ظهر هذا الدليل كمرجعية يمكن للسلطات التشريعية في الدول المختلفة أن تعتمد عليها.

والملاحظ إجمالاً على المبادئ التي جاءت في هذا الدليل أنها حرصت على إقامة نوع من التوازن بين انقاذ المدين المعسر الذي يمر بضائقة مالية بشكل يتسم بالكفاءة، وبين مصالح الدائنين (بما في ذلك الدولة ومؤسساتها العامة) وأيضاً مصالح العاملين في الشركة أو المؤسسة المعرضة للإفلاس.

وقد حرص هذا الدليل أيضاً على التأكيد على التزام الهيئات والمؤسسات على فكرة الإشعار المبكر خاصة من قبل مديري الشركات والمنشآت التجارية المختلفة، وذلك بغية الإسراع باتخاذ الخطوات اللازمة للحفاظ على مصالح الشركة ومصالح العمال وتخفيض النفقات وزيادة فرص القروض الائتمانية.

ومما لا شك فيه أن مثل هذا الدليل النموذجي سوف يسهم بشكل كبير ليس فقط في حمل التشريعات الوطنية على تبني مسار مختلف في تعاملها مع الشركات المتعسرة، ولكن أيضاً سيسهم في توحيد القواعد على مستوى الدول في التعامل مع مثل هذه الشركات، بما سيساعد على خلق فرص متكافئة من المنافسة.

المطلب الثالث

النطاق القانوني للإنقاذ وتطور معيار التوقف عن الدفع كأساس للاستفادة منه

٢١- ليس كل شركة تجارية تمر بصعوبات اقتصادية يمكن إنقاذها، لكن هناك نطاقاً معيناً للاستفادة من هذا الإنقاذ. من ناحية أخرى شهد التوقف عن الدفع كأساس للإنقاذ تطوراً جديداً في نظر قوانين الإنقاذ كان له تأثير على هذا النطاق؛ وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ النطاق القانوني للاستفادة من الإنقاذ:

٢٢- يعد تحديد مناهج الاستفادة من تدابير الإنقاذ من أهم ضمانات نجاح هذه التدابير وتحقيق الاستفادة المثلى منها؛ فتدابير الإنقاذ تتطوى على عديد من المزايا وأوجه إفادة للشركات المعسرة، ومن ثم لن تكون هذه المزايا متاحة للجميع، وإنما فقط

الشركات التي تحتاج إليه، وليس تلك التي تسعى إلى الاستفادة منه دون أن يكون لها أحقية في ذلك. فتمكين الشركات غير الجديرة بالاستفادة منه، من شأنه أن يضر بالدائنين والجهات المانحة للقروض مثل البنوك وشركات الإيجار التمويلي. ولا يعنى ما سبق التشدد في ضوابط الاستفادة من هذا النظام على النحو الذى يمنع الشركات الجديرة بالإقناذ من الاستفادة من هذه التدابير، ومن ثم وجب تحديد مناط الاستفادة.

١/ ضوابط الاستفادة من نظام الإقناذ.

٢٣- خلا القانون المصرى من معالجة فكرة إقناذ الشركات كوسيلة لتجنيبها ويلات الإفلاس. الأمر الدافع للتعرف على أبعاد التنظيم القانونى لهذا النظام فى التشريعات المقارنة. والمطالع للقانون التجارى الفرنسى يلاحظ أنه وضع ضابطين فى هذا الصدد:

الأول/ الشكل القانونى للمدين:

باستثناء البنوك وشركات التأمين، فإن كل من يمارس نشاطا تجاريا فى فرنسا يمكنه الاستفادة من نظام الإقناذ، مثل^(١):

أ/ مؤسسات القانون الخاص؛ مثل شركات الأشخاص وشركات الأموال.

ب/ كل من يكتسب صفة تاجر.

ج/ أصحاب الحرف.

د/ المزارعين.

ه/ أصحاب المهن الحرة (مثل الأطباء والمحامين).

ويبدو لنا ضرورة رصد مجموعة من الملاحظات على موقف المشرع الفرنسى فى هذا الصدد، أهمها:

١/ من المعلوم أن المشرع الفرنسى منذ وقت بعيد (عام ١٩٨٥) صار يسوى إلى حد كبير فى سريان القانون التجارى بين التجار والحرفيين والمزارعين. لكن يظل النص السابق يحمل شيئا من الغرابة؛ حيث إنه ربط الاستفادة من نظام الإقناذ بكل من يمارس نشاطا تجاريا، ثم قام بتعداد الأشخاص المستفيدين منه، فجعل من بينهم

حتى غير التجار؛ مثل أصحاب المهن الحرة. ويبدو لنا أن المشرع الفرنسي اراد من وراء هذا الربط، أن يسمح بالاستفادة من نظام الإنقاذ لكل من يمارس نشاطه فى شكل مؤسسة أو مشروع، سواء أكانت تجارية أم مدنية أم حرفية. بمعنى أن تعداد أصحاب المهن الحرة وأصحاب الحرف ضمن المستفيدين لا يعنى أن جميعهم يمكنهم الاستفادة من نظام الإنقاذ، ولكن فقط من يعمل منهم فى صورة مؤسسة أو مشروع (دون أن يشترط أن يتخذ أحد أشكال الشركات التجارية المعروفة). ولعل هذا الموقف من المشرع الفرنسي من وجهة نظرنا يؤكد حرصه على العدول عن المعيار الشكلى فى تحديد الأعمال التجارية، وذلك بالنظر إلى أنه هناك بعض الأنشطة التى تقوم على الربح والمضاربة مثل الزراعة والمهن الحرة والحرف متى بوشرت فى شكل مشروع أو مؤسسة دون أن تأخذ أحد أشكال الشركات التجارية. وتبدو الحكمة من وراء كل هذا فى توسيع نطاق الاستفادة من معطيات الإنقاذ لكل من يمارس نشاطاً ينطوى على المضاربة فى شكل مشروع أو مؤسسة، بالنظر إلى تأثير الاضطرابات والصعوبات المالية التى تواجههم على حسن سير مشروعاتهم.

٢/ أن مفهوم الإنقاذ ليس مرتبطاً بمفهوم الإفلاس؛ بمعنى أن الاستفادة من الإنقاذ ليس مقصوراً فقط على كل تاجر يجوز شهر إفلاسه، وإنما يشمل حتى المؤسسات التى لا تخضع لنظام شهر الإفلاس؛ كأصحاب المهن الحرة. ولعل هذا ما يفسر كيف أن الاستفادة من الإنقاذ ليس مرتبطاً بالتوقف عن الدفع، وإنما فقط بوجود صعوبات اقتصادية.

٤/ النص السابق قد استبعد صراحة من نطاق الاستفادة من نظام الإنقاذ البنوك وشركات التأمين، ولا يخفى الحكمة من هذا الاستثناء، والذى يبرره أن الدولة دائماً ضامنة لمعاملات البنوك وشركات التأمين. ومن ثم آليات إنقاذها تتم بمعرفة الدولة. ويبدو لنا أن هذه التوسعة التى حرص عليها المشرع الفرنسي من شأنها أن تلعب دوراً كبيراً فى تعظيم الاستفادة من نظام الإنقاذ من ناحية، ومن ناحية أخرى عكست خصوصية نظام الإنقاذ مقارنة بنظام شهر الإفلاس والصالح الواقى منه.

وعلى صعيد الوضع فى القانون التونسي، يلاحظ أنه لم يتبن ذات النطاق الموسع للاستفادة من الإنقاذ، وإنما ربطها بالضوابط التالية^(١):

أ/ كل شخص طبيعى أو معنوى خاضع للضريبة يمارس نشاطاً تجارياً أو حرفياً.
ب/ الشركات التجارية التى تمارس نشاطاً زراعياً أو نشاطاً فى ميدان الصيد البحرى.

ويتضح من هذا النص أن القانون التونسي قد قصر تطبيق أحكام الإنقاذ على كل من اكتسب صفة التاجر؛ سواء أكان شخصاً طبيعياً احترفاً ممارسة العمل التجارى وفق أحكام الفصل (٢) من أحكام المجلة التونسية^(٢)، أم شخصاً معنوياً اتخذ أحد أشكال الشركات التى نظمها القانون. ويبدو أن ذكر القانون التونسي للشركات التى تمارس نشاطاً زراعياً أو تمارس أعمال الصيد، كان الغرض منه التأكيد على أن كل الشركات لها أن تستفيد من قانون الإنقاذ حتى ولو كانت تمارس نشاطاً مدنياً. ويستثنى من أحكام هذا القانون المؤسسات والمنشآت العمومية^(٣) على معنى القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٩ المتعلق بالمساهمات والمؤسسات والمنشآت العمومية^(٤).

(١) راجع الفصل (٤١٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
(٢) راجع القانون عدد (١٢٩) لسنة ١٩٥٩ مؤرخ في ٥ أكتوبر ١٩٥٩ يتعلق بإدراج القانون التجارى، الرائد الرسمى للجمهورية التونسية عدد (٥٦) نوفمبر ١٩٥٩.

(٣) عرف هذا القانون المقصود بالمنشآت العمومية بأنها عبارة عن:
- المؤسسات العمومية التى لا تكتسى صبغة إدارية. - الشركات التى تملك الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التى تملك الدولة رأس مالها كلياً أكثر من ٥٠% من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك. - تعد مساهمات عمومية، مساهمات الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التى تملك الدولة رأس مالها كلياً.

(٤) راجع: الفصل (٨) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٩ الخاص بالمساهمات والمنشآت العمومية، الرائد الرسمى للجمهورية التونسية عدد (٩)، السنة ١٣٢٢، ١ رجب لسنة ١٩٨٩ الموافق ٧ فبراير لسنة ١٩٨٩.
- من ناحيته حرص المشرع الإمارتى على تنظيم إطار الاستفادة من نظام إعادة الهيكلة، فقرر أن الاستفادة من أحكام إعادة الهيكلة تكون لكل من ():

١/ الشركات الخاضعة لأحكام قانون الشركات التجارية.
٢/ الشركات التى لم يتم تأسيسها وفقاً لقانون الشركات التجارية والمملوكة كلياً أو جزئياً للحكومة الاتحادية أو المحلية والتي تنص تشريعات إنشائها أو عقودها التأسيسية أو أنظمتها الأساسية على إخضاعها لأحكام هذا المرسوم بقانون.
٣/ الشركات والمؤسسات فى المناطق الحرة التى لا تخضع لأحكام خاصة تنظم إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس أو إعادة الهيكلة والإفلاس فيها، وذلك مع مراعاة أحكام القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٤ فى شأن المناطق الحرة المالية.
٤/ أي شخص يتمتع بصفة التاجر وفق أحكام القانون.
٥/ الشركات المدنية المرخصة ذات الطابع المهني.

ويعكس هذا التعداد أيضاً رغبة المشرع الإمارتى فى توسعة نطاق الاستفادة من معطيات نظام الإنقاذ، حيث لم يقصرها فقط على التجار ولكن تشمل على أصحاب المهن الحرة بشرط أن تمارس من خلال شركة مدنية. راجع: مرسوم بقانون اتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، الجريدة الرسمية العدد ٦٠٤ لسنة ٢٠١٦ والأربعون بتاريخ ٢٩/١٦/٢٠١٦.

والملاحظ أيضًا على هذا النص أنه عمد إلى تقرير استفادة النشاط الزراعي ونشاط الصيد، رغم أنهما لا يعدان من قبيل الأنشطة التجارية من حيث الأصل، لكنه ربط استفادة هذه الأنشطة من نظام الإنقاذ بشرطين:

الأول/ إذا تم ممارستها من خلال شركة تجارية، سواء أكانت شركة تجارية من حيث الشكل (شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم)، أم شركة تجارية من حيث الموضوع (مثل شركة المحاصة وتجمع المصالح الإقتصادية وشركات التوصية البسيطة وشركة المفاوضة).

الثاني/ أن تكون هذه الشركة خاضعة للضريبة حسب النظام الحقيقي^(١). ولعل الغرض من وراء هذا الشرط ينصرف إلى التأكد من جدية المؤسسة طالبة الإنقاذ، وأنها تخضع لإجراءات الشفافية الضريبية. فالإنقاذ ميزة لا يستفيد منها إلا المؤسسات المنتظمة.

وبناء عليه، فالنشاط الزراعي لا يستفيد من نظام الإنقاذ كأصل عام، إلا إذا تمت ممارسته في شكل شركة.

ولعل هذا الموقف من وجهة نظرنا يعكس شيئًا من التطور المنشود في استدرج النشاط الزراعي لحظيرة النشاط التجاري، خاصة في ظل ما تشهده أنشطتها من مضاربة واسعة النطاق، تتجاوز حدود النشاط الحرفي .

ويبدو أن نطاق الاستفادة في تونس أقل اتساعًا مقارنة بالوضع في فرنسا؛ حيث سيقصر نظام الإنقاذ على كل من يكتسب صفة تاجر سواء أكان شخصًا طبيعيًا أم معنويًا. ومن ثم يخرج عن هذا النطاق أصحاب الحرف والمزارعين وأصحاب المهن الحرة الذين يمارسون نشاطهم في غير أشكال الشركات أو المشروعات.

وعلى صعيد الوضع في مصر، فقد نظم قانون إعادة الهيكلة نطاق الاستفادة من معطيات إعادة الهيكلة بموجب المادة الأولى والمادة (١٥) من الفصل الأول. فقد نصت المادة الأولى على أن "تتظم أحكام القانون المرافق إعادة الهيكلة والإفلاس والصلح الواقى منه، وتسرى على التاجر وفقًا للتعريف الوارد في المادة (١٠) من

(١) النظام الحقيقي للضريبة: وهو نظام ينطبق على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يبشرون نشاطًا صناعيًا وتجاريًا وفق مفهوم الفصل (٩) من مجلة الضريبة على الدخل و الضريبة على الشركات الصادرة بمقتضى القانون عدد (٨٩ - ١١٤) بتاريخ ١٩٨٩. وهم الملتزمون بموجب الفصل (١/٢٢) من المجلة التجارية بواجب مسك الدفاتر التجارية.

قانون التجارة الصادرة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وذلك فيما عدا شركات المحاصة وشركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام". كما نصت المادة (١٥) من قانون إعادة الهيكلة على أن " لكل تاجر لا يقل رأسماله عن مليون جنيه ولم يرتكب غشاً أن يطلب إعادة الهيكلة".

ويلاحظ على النصين السابقين عدة ملاحظات؛ وذلك على التفصيل التالي:

١/ أن المادة الأولى منعت سريان أحكام الإفلاس والصلح الواقي وإعادة الهيكلة على شركات المحاصة وشركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام. وإذا كان هذا المنع مبرراً ومفهوماً بالنسبة لشركة المحاصة، بالنظر إلى أنها لا تكتسب صفة التاجر وليس لها ذمة مالية مستقلة^(١)، لكن هذا المنع يبدو غريباً بالنسبة لشركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام. فالأخيرة تكتسب صفة التاجر (حيث إنها شركات مساهمة)، وتخضع لأحكام القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١^(٢)، وتتأثر بما يتأثر به سائر الشركات التجارية الأخرى من اضطرابات وأزمات مالية. وقد جرى العمل منذ صدور قانون شركات قطاع الأعمال العام سنة ١٩٩١ على خضوع شركات قطاع الأعمال العام للإفلاس^(٣)، وهو ما كان يمثل نقلة نوعية في هذا الصدد، بالنظر إلى أن خضوعها لأحكام الإفلاس سوف يعظم من فكرة المسؤولية عن ديونها، وتحديد المسئول عن توقفها عن الدفع بما ينعكس على حرص مديريها، وذلك حتى ولو كانت الدولة ضامنة للوفاء بديونها. وأن القول بغير ذلك سوف يعنى أن مثل هذه الشركات سوف تزيد من أعباء الدولة. كما أنه لم يعد هناك خوف من تصفية هذه الشركات، إذا ما بدأ المشرع المصرى فى تبنى آليات الإنقاذ وإعادة الهيكلة، بالنظر إلى أن هذه الآليات من شأنها تغيير الهياكل الإدارية المقصرة، واستفادة شركات قطاع الأعمال العام من جدولة ديونها وغيرها من المزايا القانونية للإنقاذ، خاصة وأن ذلك يتوافق مع مقتضيات الخصخصة التى تبنتها مصر. لذلك يبدو لنا أن نهيب بالمشرع

(١) راجع: د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ٢٠١٦، ص ١٢٦.

(٢) راجع: القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام، السنة الرابعة والثلاثون - العدد (٢٤) مكرر، ٧ ذى الحجة ١٤١١ - ١٩ يونيو سنة ١٩٩١.

(٣) د. محمد محمد هلالية، الإفلاس، (بنون دار نشر)، (بنون سنة نشر)، ص ٣٥.

المصرى كى يعيد النظر فى المادة الأولى من قانون إعادة الهيكلة، والسماح بإفلاس شركات قطاع الأعمال العام والسماح بإعادة هيكلتها لإنقاذها من الإفلاس. ٢/ اشترطت المادة (١٥) أن يكون المتقدم لطلب إعادة الهيكلة متمتعًا بصفة التاجر، سواء كان شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا (كالشركات التجارية)، وهو ما يعكس مستوى أكثر ضيقًا مقارنةً بسابقه، لأنه لم يسمح باستفادة المزارعين وأصحاب الحرف وأصحاب المهن الحرة من هذا النظام، حتى ولو فى صورة مشروع. بمعنى آخر، ربط القانون المصرى نطاق الاستفادة من إعادة الهيكلة بنطاق شهر الإفلاس. وهذا الموقف منتقد ولم يعد مستقيمًا مع التطور الذى تشهده الأوضاع فى مصر؛ فالنشاط الزراعى والحرفى لم يعد يسعى من ممارسه لمجرد الارتزاق لتوفير قوت يومه بأدوات بسيطة، وإنما صار يمارس فى الغالب الأعم بهدف المضاربة وتحقيق الربح وفى شكل مشروع، ومن ثم يجب تمكين ممارسيه من الاستفادة من معطيات الإنقاذ وإعادة الهيكلة، بالنظر للفائدة التى يمكن أن تعود عليهم، من خلال تخطى عثراتهم التى يمكن أن تؤدى إلى تصفية مشروعاتهم.

٣/ اشترطت المادة (١٥) أيضًا ألا يقل رأسماله عن مليون جنيه. ولعل هذا النص قد اتسم بالغموض الشديد؛ حيث إنه لم يوضح هل يشترط أن يكون التاجر مالكًا لهذا المبلغ فقط، أم أن يكون هذا المبلغ هو المستثمر فى التجارة؟ فإذا كان الفرض الأول، فما الحكمة من وراء اشتراط أن يكون رأس مال التاجر لا يقل عن مليون جنيه حتى يستفيد من نظام إعادة الهيكلة؟ وإذا كان الفرض الثانى، فإن هذا الأمر من شأنه أن يقصر الاستفادة من نظام إعادة الهيكلة على المشروعات التجارية الكبيرة، دون المشروعات الصغيرة والمتوسطة، وهو أمر غير مبرر. كما أنه لا يتفق مع الغاية التى قرر من أجلها المشرع تبنى نظام إعادة الهيكلة، والتى بدت واضحة فى صلب المادة (١٨) من ذات القانون، والتى تجسدت فى إعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية لتنظيم خروجه من مرحلة الاضطراب المالى.

ولم يتضمن القانون سالف الذكر المؤسسات غير الربحية التي تمر بصعوبات اقتصادية، لكن يرى بعض الفقه^(١) أن المحاكم يمكنها أن تتوسع في تطبيق النص السابق ليشمل هذه المؤسسات.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الاتجاه؛ لأن نظام الإنقاذ ذات طبيعة استثنائية، تمثل خروجاً على القواعد العامة في الوفاء بالديون والمستحقات، وذلك لأهداف تتعلق بحماية المقدرات الاقتصادية من خلال المحافظة على المؤسسات الاقتصادية، سواء التجارية بطبيعتها أم حتى تلك التي تهدف إلى تحقيق الربح. ومن ثم المؤسسات غير الربحية لا مبرر لها لتستفيد من هذه الميزة.

الثاني/ الوضع المالي للشركة:

لم يكتف المشرع الفرنسي بتحديد الشكل القانوني للمدين، ولكن اشترط أيضاً أن يكون قد وصل إلى وضع مالي معين؛ وهو أن يكون لدى الشركة صعوبات غير قادرة على مواجهتها بمفردها ومن شأنها أن تؤدي إلى توقفها عن دفع ديونها، من خلال عدم قدرتها على سداد ديونها المستحقة من أصولها المتاحة، ولا يشترط أن يكون قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع^(٢).

ومن الواضح أن المشرع الفرنسي قد ميز بين الإنقاذ والإفلاس؛ فلا يشترط للاستفادة من الإنقاذ توقف الشركة عن دفع ديونه كما هو الحال بالنسبة للإفلاس، وإنما يكفي أن تكون هناك صعوبات اقتصادية تمر بها الشركة، وأن هذه الصعوبات تنصف بأمرين:

الأول/ عدم قدرة الشركة على مواجهة هذه الصعوبات بمفردها.

الثاني/ أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تتسبب في وقف الشركة عن دفع ديونها.

وحسناً فعل المشرع الفرنسي في هذا الصدد، حيث إنه جعل النص يستجيب لاحتياجات الواقع؛ فجدوى الإنقاذ الحقيقية لن تظهر إلا عندما تكون هناك أزمات

(١) د. بشار حكمت ملكاوي، إنقاذ المشروعات التجارية المتعثرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة والإفلاس الإماراتي، مرجع سابق، ص ٧.

(٢) L. 620-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 12. راجع:

واضطرابات مبكرة، قبل أن تصل الأمور إلى مرحلة ميئوس منها وهي التوقف عن الدفع. فمحاولات التسوية الودية والصلح مع الدائنين ومن ثم إنقاذ الشركة فرصها تزيد كلما كان التدخل للإنقاذ في وقت مبكر، وبالعكس تقل كلما تعقدت الأوضاع المالية ووصلت الشركة إلى حد التوقف عن الدفع.

وقد سار المشرع التونسي على ذات خطى القانون الفرنسي؛ حيث اكتفى لتمكين الشركة من الاستفادة بنظام الإنقاذ أن يثبت مرورها بصعوبات اقتصادية، ولم يشترط توقفها عن الدفع^(١). وهذا الضابط يختلف عما قرره بخصوص شهر الإفلاس، الذي يشترط بخصوصه التوقف عن الدفع أو أن تكون الشركة قد خسرت أموالها الخاصة كاملة، أو سجل خسائر تتجاوز ثلاثة أرباع أمواله الذاتية على إمتداد ثلاث سنوات متتالية^(٢).

وعن الوضع في القانون الإماراتي، فإنه يلاحظ أنه لم يكتف لاستفادة الشركة من إعادة الهيكلة مجرد مروره بصعوبات اقتصادية، وإنما أن يكون قد وصل إلى حد التوقف عن الدفع. ولعل هذا الأمر يثير شيئا من الغرابة، بسبب أن المادة (٧) من هذا القانون كانت تكتفى قبل ذلك لاستفادة الشركة من إعادة الهيكلة مجرد وجود صعوبات اقتصادية أو مالية حالية أو مستقبلية^(٣).

وعن موقف قانون إعادة الهيكلة المصري، فإنه لم يصرح باشتراط وضع مالي للمدين بشكل صريح ومباشر، ولكنه يستشف من النصوص المتفرقة في هذا القانون، أنه يكتفى لاستفادة التاجر من إعادة الهيكلة أن يكون قد وصل إلى حد الاضطراب المالي^(٤).

ويبدو لنا أن هذا القانون سعى إلى اقتباس ذات المعيار المتبع بشأن الصلح الواقى من الإفلاس، ليعتمد عليه بخصوص إعادة الهيكلة. ولعل هذا المعيار يتسم إلى حد

(١) راجع الفصل (٤١٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٢) راجع الفصل (٤٧٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٣) فقد نص مشروع قانون إعادة الهيكلة الإماراتي في المادة (٧) منه على " لكل شخص أو كيان مشار إليه في المادة (٢) من هذا القانون أن يتقدم بطلب إلى اللجنة لمباشرة إجراءات إعادة تنظيم مالي إذا كان يواجه صعوبات اقتصادية أو مالية حالية أو متوقعة.....".

(٤) نصت المادة (١٨) من القانون المصري على " تهدف إعادة الهيكلة إلى وضع خطة لإعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية

تتضمن كيفية خروجه من الاضطراب المالي وسداد ديونه.....".

فقد نص قانون إعادة الهيكلة المصري في المادة (١٩-١) منه على " يقدم طلب إعادة الهيكلة مبينا فيه أسباب الاضطراب المالي وتاريخ نشأته وما اتخذ بشأنه من إجراءات لتجنب حدوثه أو معالجة آثاره وما يراه من إجراءات لازمة للخروج منه".

كبير بالدقة، لأنه يمثل حالة وسط بين معيار الصعوبات الإقتصادية وبين معيار التوقف عن الدفع عسراً. فالصعوبات الإقتصادية قد لا تستدعى التدخل لإنقاذ الشركة، لأنها رغم الصعوبات والمشاكل إلا أنها لا تزال تحتفظ بإئتمانها التجارى وتستطيع من خلاله أن تتغلب على هذه الصعوبات بشكل ذاتى ودون حاجة إلى التدخل الخارجى للإنقاذ. أما فكرة التوقف عن الدفع عسراً، فهى تظهر وصول الشركة إلى وضع ميئوس منه، فقدت معه إئتمانها، ومن ثم قد يصعب الإنقاذ، وينتهى الأمر بإفلاسها. أما فكرة الإضطراب المالى فهى تعكس وصول الشركة إلى مرحلة متطورة من الصعوبات، بلغت حد زعزعة الإئتمان، وتندر بإقتراب الشركة من التوقف عن الدفع عسراً إذا لم يتم التدخل للإنقاذ. ويفضل أن يترك تحديد مضمون الإضطراب المالى للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع الذى يجب عليه أن يستشرف آفاق المستقبل فى ضوء معطيات الواقع، ليضمن من وجود مقدمات سوف تؤدى فى النهاية إلى حدوث توقف الشركة عن دفع ديونها عسراً بما يتناسب مع ظروف كل واقعة.

٣/ حسن نية الشركة:

حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى على ربط انتفاع التاجر بإعادة الهيكلة بثبوت حسن نيته، والذى عبرت عنها المادة (١٥) بقولها " .. ولم يرتكب غشاً ..". وهذا الشرط منتقد من زاويتين:

الأولى: أنه لم يوضح المقصود بالغش الذى يمنع التاجر من الاستفادة من نظام إعادة الهيكلة، الأمر الذى يعنى ترك الأمر لمطلق تقدير محكمة الموضوع.
الثانية: أنه قرر صيغ نظام إعادة الهيكلة بصيغة شخصية، من خلال ربط الاستفادة من هذا النظام بسلوكيات التاجر. وهذا مسلك بدأت التشريعات الحديثة فى التخلي عنه (كقانون الإنقاذ التونسى)، الذى لم يشترط مثل هذا الشرط، والذى يسعى إلى إنقاذ المشروع — خاصة إذا تعلق الأمر بشركة تجارية — بصرف النظر عن سلوكيات أشخاصه، حتى ولو اضطر إلى إحالة المؤسسة إلى الغير ليقوم بإدارتها وتشغيلها، باعتبار أن المشروع التجارى هو وحدة بناء النظام الإقتصادى

لأى دولة، والمحافظة على بقائه واستمراره أسمى من التوقف عند حدود سلوكيات من يسيره.

ومما يؤكد عدم جدوى هذا الشرط أن المشرع التونسي كان يأخذ به من قبل فى قانون الإنقاذ لسنة ٢٠٠٣^(١)، حيث لم يكن يسمح بالانتفاع بنظام الإنقاذ فى حالتين: الأولى/ المؤسسة التى تماطل فى دفع ديونها رغم قدرتها على الدفع. الثانية/ المؤسسة التى توقفت نهائياً عن ممارسة نشاطها لمدة عام كامل. ويبدو أن الحكمة من الحالة الأولى تتمثل فى أن المؤسسة التى تماطل فى دفع ديونها رغم قدرتها تكون قد أظهرت سوء نيتها، ولا تستحق معه الاستفادة من نظام الإنقاذ. ومن ناحية أخرى لا يحق للمؤسسة التى توقفت نهائياً عن نشاطها الاستفادة من مزايا الإنقاذ، على اعتبار أنها مقررّة أساساً بغرض تمكين المؤسسات المعسرة من مواصلة نشاطها.

ويفهم مما سبق أن المؤسسات الاقتصادية التى تستحق الإنقاذ هى تلك التى تمر بصعوبات اقتصادية ولا تزال تمارس نشاطها، وتسعى لسداد ديونها بحسن نية. ولم يستمر موقف المشرع التونسي كثيراً، حيث ألغى تماماً بموجب قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٠، ليؤكد انفصال المؤسسة عن مسيروها. بمعنى أن الهدف من الإنقاذ الإبقاء على المشروع، حتى ولو ثبت غش وسوء نية الشركاء فيها أو تقصير المدير، ودليل ذلك إمكانية إحالة المؤسسة للغير ببيعها أو إيجارها أو التوكيل فى إدارتها مع التخلص من المديرين أو الشركاء أصحاب النوايا السيئة.

ويفضل للمشرع المصرى أن يعيد النظر فى المادة (١٥) من قانون إعادة الهيكلة بهذه الصورة. فعليه أن يدرك الفارق بين الفلسفة التى يقوم عليها نظام الإنقاذ وفلسفة نظام الصلح الواقى الذى يأخذ به قانون التجارة الذى يشترط لاستفادة التاجر من الصلح الواقى ثبوت حسن نيته. حيث إن النظام الأخير بهذه الصورة قد ثبت عدم جدواه ولم يتمكن من تجنب شهر الإفلاس فى الأغلب الأعم من الحالات خاصة

(١) نصت الفقرة الثانية من الفصل الثالث تنقيح ٢٠٠٣/١٢/٢٩ على أنه " لا تنتفع بهذا النظام كل مؤسسة تماطل فى دفع ديونها مع قدرتها على ذلك و كذلك كل مؤسسة توقفت نهائياً عن النشاط منذ مدة لا تقل عن عام كامل".

بالنسبة للشركات التجارية، التي يصعب ربط إنفاذها بثبوت حسن نية مديرها أو مالكيها، وإنما الأصوب أو الأرجح الإبقاء على المؤسسة أو المشروع وعدم التفريط فيه بصرف النظر عن سلوكيات مسيروه.

٤/ استمرار الشركة في ممارسة نشاطها:

يتسم هذا الشرط بالمنطقية، بالنظر إلى أن نظام الإنقاذ أو إعادة الهيكلة يهدف في المقام الأول إلى إقالة الشركات المعسرة، ومساعدتها على مواصلة نشاطها، وهذه الأهداف لا تتوافر في الحالة التي لا تتوى مواصلة نشاطها.

وقد عبر القانون المصري عن هذا الشرط في أكثر من موضع؛ فقد نصت المادة (٢/١٥) من أنه "لا يجوز إعادة هيكلة الشركة وهي في درو التصفية". ونصت أيضاً المادة (١/١٧) من القانون على أنه "لا يجوز طلب إعادة الهيكلة في حالة صدور حكم بشهر إفلاس التاجر أو الحكم بافتتاح إجراءات الصلح الواقى". ونصت أيضاً المادة (٢٤) على أنه "يستمر التاجر أو غيره عند الاتفاق في إدارة أمواله طوال فترة إعادة الهيكلة....".

من ناحيته حرص المشرع الإماراتى على التأكيد على هذا الشرط فى قانون الإفلاس الجديد، حيث جاء فيه "لا يجوز للمحكمة أن تقرر إعداد خطة إعادة هيكلة أعمال المدين إلا إذا أبدى المدين استعداده للاستمرار في أعماله، وتبين للمحكمة من خلال المستندات والبيانات المتوفرة لديها، وبعد سماع أقوال الأمين، أن هناك احتمالاً لعودة أعمال المدين إلى الربحية خلال فترة معقولة تتناسب مع حجم وطبيعة أعماله ومقدار مديونيته"^(١).

أكد أيضاً قانون الإنقاذ التونسى هذا الأمر فى الفصل (٤١٥) من قانون الإجراءات الجماعية؛ حيث جاء فيه "يهدف نظام الإنقاذ أساساً إلى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها".

(١) راجع نص المادة (٤/٩٨) من مرسوم بقانون اتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، الجريدة الرسمية العدد ٦٠٤ لسنة السادسة والأربعون بتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٦.

ويبدو لنا أن هذا الشرط يجب ألا يقيم في ضوء رغبة أو إرادة المديرين أو الشركاء، وإنما في ضوء جدوى الإنقاذ وفوائده للشركة، وهو ما يجب تقييمه في ضوء أمرين:

الأول/ أن تكون الشركة في حاجة فعلية إلى الإنقاذ: فيما أن برنامج الإنقاذ نظام استثنائي ومرتبط بهدف معين؛ وهو إنقاذ الشركة المعسرة، فإنه لا يجوز أن يصير وسيلة لتهربها من التزاماتها وإجراءات التنفيذ القضائي. لذلك لا يجوز للشركات التي ليست بحاجة للإنقاذ أن تطالب بالاستفادة منه، لما في ذلك من إضرار متعمد بمصالح الدائنين.

الثاني/ توافر بؤادر الإنقاذ لدى الشركة: بمعنى ألا تكون قد وصلت لحالة ميئوس منها، أى أن تكون مضطربة مالية، لكن لديها ما يؤهلها لتخطى كبوتها والاستجابة لبرامج الإنقاذ. ولاشك في أن مثل هذا الشرط من شأنه أن يفعل جدوى الاستفادة من الإنقاذ، ويحد من الاستفادة منه دون مبرر. من ناحية أخرى سوف يسهم هذا الأمر في قبول الدائنين لبرنامج الإنقاذ، والمساعدة على تحقيقه، حيث إنهم سوف يطمئنون إلى جدوى الإنقاذ.

ومن ثم المحكمة لا تتمتع بسلطة مطلقة في تقدير استمرار الشركة من عدمه، كما يجب عليها ألا تنفذ بسعى الشركاء لاستمرارها من عدمه، وإنما يجب أن تقرر ذلك في ضوء الضابطين السابقين.

ثانياً/ تطور معيار التوقف عن الدفع كأساس قانوني للاستفادة من الإنقاذ:

٢٤- عند الوقوف على الفلسفة التي قامت عليها التشريعات القانونية المختلفة بخصوص الإنقاذ، فإنه يلاحظ أنها تبنت العديد من الآليات والخيارات (مثل التسوية الودية والتسوية القضائية) التي يمكن أن تستفيد منها الشركة للخروج من أزمتها وتجنب الإفلاس. كما لوحظ أن المقصود من هذا التعدد هو تمكين الشركة من اختيار أنسب هذه الخيارات للتعامل مع الصعوبات التي تواجهها. لكن مطالبة الشركة الاستفادة من الإنقاذ وهي في حالة توقف عن الدفع من شأنه أن يحد من قدرتها كثيراً على الاختيار.

ويتوقف نجاح الإنقاذ برمته على الآلية التي سوف تتبع. وأياً ما كانت الآلية التي سوف تراها المحكمة مناسبة فإنها تتسم بالنسبية، بمعنى أنه من الممكن ألا يوتى الحل المختار ثماره فى إنجاز عملية الإنقاذ، وهنا تبدو أهمية الحلول البديلة والاختيار فيما بينها.

وقد ظل القانون التجارى الفرنسى فترة طويلة من الزمن يعتمد على التوقف عن الدفع كمييار رئيس يفيد بأن هناك صعوبات مالية تبرر الاستفاداة من معطيات الإنقاذ، من خلال البدء فى إجراءات إعادة التنظيم القضائى أو التمهيد للتصفية. وقد قرر التعديل الوارد على قانون الإفلاس لسنة ٢٠٠٥ بأن يتم الإعلان عن الرغبة فى بدء إجراءات التصفية خلال ٤٥ يوماً من تاريخ التوقف عن الدفع^(١). وهذا لا يمنع الشركة من المطالبة خلال هذه الفترة بالاستفاداة من إجراءات التسوية الرضائية. كما تسمح المادة (L.620-1) من القانون التجارى ببدء إجراءات الإفلاس بناء على طلب من المدين حتى ولو لم يكن فى حالة توقف عن الدفع، لكنه يرى أنه يواجه صعوبات لن يتمكن من التغلب عليها.

وفى عام ٢٠٠٨ بدأ القانون الفرنسى فى التخلّى عن فكرة التوقف عن الدفع كأساس للاستفاداة من برامج الإنقاذ، حيث استعاض عنها بفكرة الصعوبات الاقتصادية التى لا يستطيع الشركة التغلب عليها، ومن شأنها أن تؤدى إلى التوقف عن الدفع. وقد قصد من وراء ذلك توسيع نطاق الاستفاداة من إجراءات الإنقاذ لمجرد وجود صعوبات اقتصادية، حتى ولو لم ترق إلى حد التوقف عن الدفع.

وقد كشف هذا التوجه الجديد عن الدور القوى الذى تلعبه إدارة الشركة فى تمكينها من الإستفاداة من الإنقاذ من عدمه. حيث أنها تتحمل إثبات طبيعة الصعوبات التى تمر بها، والتنسيق مع الدائنين لقبول التفاوض على الإنقاذ. ليس هذا فحسب،

(١) راجع:

"The commencement of these proceedings must be requested by the debtor at the latest within forty-five days following the cessation of payments if the debtor has not requested the commencement of conciliation proceedings within this time limit. In the event of failure of the conciliation proceedings, if the court notes, while ruling according to the second paragraph of Article L631-4, that the conditions referred to under Article L640-1 are satisfied, it will commence liquidation proceedings".

Article L640-4 (inserted by Act No 2005-845 of 26 July 2005, Article 1 I, Article 97, Official Journal of 27 July 2005, in force on 1 January 2006 subject to Article 190).

وإنما سوف تسهم الإدارة بشكل كبير فى تفعيل الفكر الاستباقى للإنقاذ، القائم على التنبؤ بالصعوبات الاقتصادية قبل وقوعها، والقدرة على مواجهتها، لتجسيد مفاهيم الكشف المبكر، ومن ثم تجنب التوقف عن الدفع. لكن الإدارة سوف تمارس هذا الدور تحت رقابة القضاء، الذى سوف يتأكد من مصداقية ما تقدمه الإدارة، وذلك حتى لا تكون إجراءات الحماية مطية لتهرب إدارة الشركة من التزاماتها تجاه الدائنين. وقد جسد القانون الفرنسى هذا الفكر متبعًا فى ذلك خطى المشرع الأمريكى.

وعلى صعيد متصل، يمكن للشركة أن تستفيد من جميع إجراءات الحماية، من خلال طلب الاستفادة من إجراءات التوفيق، فإذا لم تصلح، تم اللجوء إلى التسوية القضائية، وفى حالة فشل كل ما سبق، يتم اللجوء إلى مرحلة التصفية. ولا يشترط أن تطلب الشركة الاستفادة من كل مرحلة، فقد تطلب التسوية الودية فيرفض، فيطلب لها التسوية القضائية أو التصفية من قبل النيابة العامة أو المحكمة من تلقاء نفسها، إذا ما تأكد لها استحكام حالة التوقف عن الدفع⁽¹⁾.

ويكتسب التدخل الوقائى أهمية خاصة فى نظام الإنقاذ، بالنظر إلى أنه يجسد معانى الوقاية المبكرة من الإفلاس، حيث تكون الأوضاع المالية للشركة لم تصل إلى حد التدهور التام، وأن الشركة لا تزال تحظى بقدر من الائتمان التجارى وثقة المتعاملين معها، وذلك على النحو الذى يجعل للإنقاذ جدوى وفائدة.

وتتعدد صور التدابير التى يمكن اتخاذها لمواجهة الصعوبات الاقتصادية التى تتعرض لها الشركات لتتفادى الإفلاس. وقد كان من أهم ما نظمته التشريعات التى عرفت نظام الإنقاذ فى هذا الصدد، إخبار القاضى عند ظهور بوادر بصعوبات اقتصادية، وفتح إجراءات التسوية الرضائية، ومسيرة القاضى لإرادة الأطراف، والمصادقة على اتفاق الأطراف، وذلك على الذى سوف يتم تفصيله لاحقًا.

(1) راجع:

Daniel Valdman, Loi de sauvegarde: quelle procedure pour quelles difficulte's des entreprises?, Gazette du Palais, 23 and 24 January 2008, p18.

وبعد الانتهاء من الدراسة التمهيدية لموضوع البحث، يقتضى الأمر تسليط الضوء على المحاور الرئيسية للدراسة؛ حيث يعالج الفصل الأول آليات وقاية الشركات التى تمر بصعوبات اقتصادية من الإفلاس. والثانى: يعالج آليات إنقاذ الشركات التى شهر إفلاسها.

الفصل الأول

تطور آليات الوقاية من الإفلاس وموقف القانون المصرى منها

٢٥- تعددت صور التدابير القانونية التى تبنتها التشريعات المختلفة، والتى ظهرت فى صورة بدائل تتلاءم مع الظروف المالية والاقتصادية لكل شركة. ويقتضى الأمر التعرض لها بمزيد من التفصيل، على أن يسبق ذلك تسليط الضوء بشكل سريع على تطور معيار التوقف عن الدفع كأساس قانونى للاستفادة من التدابير الواقية من الإفلاس، وذلك على التفصيل التالى:

المبحث الأول

الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية

٢٦- يعد الإشعار المبكر بوجود صعوبات اقتصادية من مستحدثات قوانين الإنقاذ من الإفلاس، وهو ما يقتضى إبراز ماهيته، ومن له صفة القيام به، والنتائج المترتبة عليه، وذلك على التفصيل التالى:

المطلب الأول

ماهية الصعوبات الاقتصادية المبررة للإنقاذ

٢٧- يقتضى الأمر التعرض لتعريف الصعوبات الاقتصادية فى مجال الإنقاذ، وتتبع ذلك تمييز هذه الصعوبات عن الحالات المشابهة لها، وذلك على التفصيل التالى:
أولاً/ تعريف الصعوبات الاقتصادية فى مجال الإنقاذ:

٢٨- لم تعرف النظم الأنجلوسكسونية (قانون الإفلاس الأمريكى وقانون الإعسار البريطانى)، فكرة الصعوبات الاقتصادية كمؤشر على حاجة الشركة للإنقاذ، وذلك على عكس ما قرره النظم اللاتينية فى هذا الصدد، التى حرصت على أن تربط الاستفادة من الإنقاذ بوجود صعوبات اقتصادية لدى الشركة.

فقد سمحت المادة (1-620.L) من قانون التجارة الفرنسى المعدل بالقانون رقم (1345-2008) لسنة ٢٠٠٨ للشركة المدينة إذا ما واجهت صعوبات اقتصادية لم تصل إلى حد التوقف عن الدفع عسراً ولا تستطيع التغلب عليها، أن تقوم بإبلاغ المحكمة للبدء فى إجراءات الإنقاذ^(١). نص أيضاً الفصل (١) من قانون الإنقاذ

(١) راجع:

" Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné

التونسي على أن " يهدف نظام الإنقاذ أساسا إلى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها". كما نص مشروع قانون إعادة الهيكلة الإماراتي في المادة (٧) منه على " لكل شخص أو كيان مشار إليه في المادة (٢) من هذا القانون أن يتقدم بطلب إلى اللجنة لمباشرة إجراءات إعادة تنظيم مالي إذا كان يواجه صعوبات اقتصادية أو مالية حالية أو متوقعة، ولكنه لا يعد في حكم المتوقف عن دفع ديونه أو لا يعد مديناً على نحو مفرد لمدة تتجاوز خمسة وأربعين يوماً متتالياً".

والملاحظ أن القانون المصري الجديد الخاص بإعادة الهيكلة لم يستخدم مصطلح "الصعوبات الاقتصادية" كمؤشر على حاجة الشركة لإعادة الهيكلة، واستعاض عن ذلك بمصطلح " الاضطراب المالي"، وهو ما نصت عليه صراحة المادتان (١٨) و(١٩). وهو معيار منضبط كما سبق أن ذكرنا، لكونه يعكس الوضعية التي تبرر التدخل لإنقاذ الشركة.

ويلاحظ أن التشريعات التي تبنت معيار "الصعوبات الاقتصادية" كأساس للتدابير الواقية من الإفلاس لم تضع تعريفاً مباشراً وصريحاً له رغم أهمية ذلك، ليس فقط في بيان ماهية هذه الصعوبات، ولكن أيضاً لتمييزها من مصطلح " الاضطراب المالي" الذي اعتادت قوانين الإفلاس على استخدامه كأساس للصالح الواقى أو مصطلح "التوقف عن الدفع" كأساس لشهر الإفلاس. والأمر على هذا النحو من شأنه أن يصعب من مهمة القاضى وهو بصدد تطبيق نظام الإنقاذ، كما سيصعب من مهمة الشركة في إثبات حاجتها للاستفادة من هذا النظام.

وقد أشار قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بصورة غير مباشرة لمفهوم الصعوبات الاقتصادية، حيث نصت المادة (٦٩) منه على "إذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس المال المصدر وجب على مجلس الإدارة ان يبادر إلى دعوة

à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30" L. 620-1 Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 12

الجمعية العامة غير العادية للنظر في حل الشركة أو استمرارها". نصت أيضا المادة (١٢٩) من ذات القانون على " في حالة خسارة نصف رأس مال الشركة يتعين على المديرين ان يعرضوا على الجمعية العامة امر حل الشركة ويشترط لصدور قرار الحل توافر الاغلبية اللازمة لتعديل عقد الشركة. واذا بلغت الخسارة ثلاثة ارباع رأس المال جاز ان يطلب الحل الشركاء الحائزون لربع رأس المال. واذا ترتب على الخسارة انخفاض رأس المال الى اقل من الحد الذي تعينه اللائحة التنفيذية كان لكل ذى شان ان يطلب حل الشركة"^(١). عرف هذه الصعوبات كذلك قانون الإنقاذ التونسي بشكل غير مباشر بمناسبة معالجته لالتزام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بالإشعار في حالة مواجهة المؤسسات الاقتصادية لصعوبات اقتصادية؛ حيث نص الفصل (٤١٨) من أحكام الإجراءات الجماعية التونسية لعام ٢٠١٦ على "..... وتبادر اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة تبلغ خسارتها ثلث رأسمالها وكذلك بكل مؤسسة تبين لها وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها،.....".

والملاحظ على النص التونسي أنه وسع من مفهوم الصعوبات الاقتصادية الداعية للإشعار، بحيث لا تكون مقصورة على بلوغ خسارة الشركة ثلث رأس مالها، ولكن أيضا إذا وقعت احداث من شأنها أن تهدد نشاطها واستمرار أعمالها؛ فإذا كان المعيار الأول معيارا كميا يقيس الصعوبات بخسارة ثلث رأس مال الشركة، فإن المعيار الجديد المضاف بموجب التعديل معيار حكمي وتقديرى تتولى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية تقديره.

ويبدو لنا عدم دقة التعريفات الواردة في النصوص السابقة بطريق غير مباشر؛ حيث اعتمدت على معيار كمى يحدد معنى الصعوبات بخسارة الشركة نصف رأس مالها أو ثلث رأس مالها، رغم أن الشركة قد تمر بصعوبات اقتصادية ولو لم تبلغ خسارتها هذا الحد. كما أن العبارة التى أضافها التعديل "وضعيات أو أعمال تهدد

(١) راجع: القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ فى أول أكتوبر ١٩٨١. وقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨.

استمرار نشاطها" زادت من غموض التعريف، حيث إن هذه العبارة في حد ذاتها تحتاج إلى تعريف وتوضيح.

وفي ظل غياب نص يعرف بوضوح الصعوبات الاقتصادية، عرفها جانب من الفقه^(١) بأنها عبارة عن عدم كفاية أموال الشركة للوفاء بديونها الحالية، ولا يخل من ذلك حصولها على انتمان من خلال تأجيل سداد هذه الديون، أو إيرائها من جزء من مبلغ الدين المستحق أو تقسيطه على آجال متفاوتة أو بتخفيف الأعباء المالية من عليها أو عدم إقبالها بالضرائب والرسوم على النحو الذي قد يؤدي إلى توقف نشاطها بصورة نهائية.

ويبدو لنا أن التعريف السابق لم يعالج مفهوم الصعوبات الاقتصادية ولكنه أوضح الآثار والنتائج المترتبة على هذه الصعوبات وكيفية معالجتها. كما أن هذا التعريف لا يميز بوضوح بين الصعوبات المالية والعوارض التي تتشابه معها وتعرض نشاط الشركة، مثل الاضطراب المالي والتوقف عن الدفع.

- وعلى صعيد آخر، رأى جانب من الفقه^(٢) أن يعرفها بالتمييز بين الفشل الاقتصادي والفشل المالي، على النحو التالي:

١/ الفشل الاقتصادي:

وهو يقيس النجاح أو الفشل في ضوء العائد من رأس المال، بحيث تعد الشركة فاشلة اقتصاديًا إذا لم تتمكن من تحقيق العائد المتناسب مع حجم رأس المال المستثمر، وحجم المخاطر المتوقعة. فهو عبارة عن كافة الظواهر والمؤشرات الداخلية والخارجية التي تدل على اختلال توازن الشركة وصعوبة ممارستها لنشاطها، وتجعلها في حاجة للإنقاذ^(٣).

٢/ الفشل المالي:

(١) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

للتبني بإفلاس الشركات، ص ٢٩، بحث متاح على Z-score (٢) د.حاجم محسن محمد - م.م. على عبد الأمير قليل، استخدام دالة الموقع الإلكتروني التالي: (تاريخ زيارة الموقع: ٨ يناير ٢٠١٧).

www.uobabylon.edu.iq/publications/economy_edition7/economy7_2.doc

(٣) راجع:

Klaus J. Hopt, Modern Company Law Problems: A European Perspective
Keynote Speech, Company Law Reform in OECD Countries A Comparative
Outlook of Current Trends Stockholm, Sweden 7-8 December 2000, p6.

وهو يقيس عدم قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها المالية في مواعيد استحقاقها، وتحدث عندما تمارس الشركة نشاطها، ويتبع ذلك تنازلها عن ممتلكاتها أو موجوداتها لصالح الدائنين، أو عدم القدرة على استرجاع العقار المرهون والحجز عليه، أو وضع ممتلكات الشركة تحت الحراسة القضائية. فهو يشير إلى وجود خسائر في رأس مال الشركة، تلوح بوادر أزمة مالية، وأن مرور الوقت من شأنه أن يزيد من هذه الأزمة^(١). ومن أهم الظواهر الدالة على الفشل المالي للشركة؛ ثبوت خسارتها لكامل أموالها أو تسجيلها لخسائر تتجاوز ثلاثة أرباع أموالها الذاتية على امتداد ثلاث سنوات متتالية، وعدم وجود فرص جدية لإنقاذها^(٢).

ويبدو لنا أن التفرقة السابقة بين الفشل الاقتصادي والفشل المالي تظهر بوضوح طبيعة الفارق بين الصعوبة الاقتصادية كأساس لإجراءات الإنقاذ الواقية وبين التوقف عن الدفع كأساس للإفلاس. ويؤكد ذلك، أن التشريعات التي تبنت آلية الإنقاذ الوقائي من الإفلاس ربطته بالفشل الاقتصادي وليس المالي؛ فالمادة (1-620L) من قانون الإنقاذ الفرنسي تنص على أن المدين يستفيد من إجراءات الإنقاذ إذا واجه صعوبات اقتصادية لا يستطيع التغلب عليها ولا تصل إلى حد التوقف عن الدفع، وذلك بهدف إعادة تنظيم شئون الشركة بما يسمح باستمرار نشاطها، والحفاظ على العمالة. كما تبنى قانون الإنقاذ التونسي ذات المعنى؛ حيث نص الفصل (٤١٩) منه على أن " يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة إشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ببوارد الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة والتي قد تؤدي في صورة تواصلها إلى التوقف عن الدفع"^(٣).

(١) راجع:

Une analyse comparative des procédures de faillite: France, Allemagne, Royaume-Uni, Regards sur les PME n° 16, Observatoire des PME, OSEO, 2008, p4.

(٢) راجع:

John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, The Essential Elements of Corporate Law What is Corporate Law?, Harvard john M. olin center for law, economics, and business, Discussion Paper No. 643 7/2009, p10.

(٣) راجع: قانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ مؤرخ في ١٧ أيلول ١٩٩٥ يتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

ويبدو لنا تعريف الصعوبات الاقتصادية بخصوص الإجراءات الواقية من الإفلاس بأنها عبارة عن مجموعة المشاكل المالية التي تتسبب في ضعف المركز المالي للشركة وتضر بانتمائها التجارى (دون أن تصل إلى وضع ميئوس منه)، ومن شأنها إذا استمرت أن تؤدي إلى توقفها عن الدفع على المدى القريب. وفى ضوء هذا التعريف، يمكن القول بأن أهم الأمثلة على الصعوبات الاقتصادية التي تبرر الإنقاذ، ما يلي⁽¹⁾:

أ/ عدم قدرة الشركة على الوفاء بديونها المستحقة بالأموال المتاحة لديها أو من ما يمكن لها تحصيله خلال آجال زمنية قريبة.

ب/ وجود بعض الدلائل التي يترجح معها أن تفقد الشركة قدرتها على التوازن خلال المدى القريب.

ج/ وجود بعض الصعوبات الوقتية العابرة التي تحتاج فقط لإعادة جدولة السديون لتتمكن الشركة من السداد.

كما يمكن استبعاد وصف الصعوبات الاقتصادية بالمعنى السابق عن الحالات الآتية:

أ/ إذا كان لدى الشركة سيولة مالية.

ب/ استمرار الدورة الإنتاجية للشركة.

ج/ الشركة التي تكون في وضعية ميئوس منها، كالتى أغلقت مراكز نشاطها، ولاذ أصحابها بالفرار.

د/ الشركة التي خسرت أصولها وأموالها الذاتية مع عدم وجود أي فرصة جديدة لإنقاذها.

والملاحظ على الصياغة التي ظهرت عليها النصوص التي نظمت تدابير الإنقاذ الواقية أنها منحت إدارة الشركة سلطة تقديرية بخصوص المشاكل التي تتعرض لها، لتقرر ما إذا كانت تلجأ إلى الإنقاذ أم لا، وذلك بحكم أنها الأقدر على إدراك حقيقة

(1) راجع:

Klaus J. Hopt, Modern Company Law Problems: A European Perspective
Keynote Speech, Company Law Reform in OECD Countries A Comparative
Outlook of Current Trends Stockholm, Sweden 7-8 December 2000, p6.

وضعها المالي، فيقررون اختيار الحماية لأنفسهم في مواجهة الدائنين ولا ينتظرون إلى أن تتفاقم الأزمة في ضوء ما يحقق مصلحة الشركة. فالطابع الاختياري أهم ما يميز مرحلة التدابير الوقائية، ونجاح الأمر سيتوقف على إدراك طبيعة الصعوبات من قبل المدراء في الوقت المناسب. فالمسألة ليست مرتبطة بالقدرة على التنبؤ بالصعوبات، ولكنها مرتبطة بإدراكها وقت وقوعها والقدرة على مواجهتها. والأمر على هذا النحو، يفرض على الشركة طالبة الإنقاذ أن تقدم ما لديها من مستندات وأدلة لتثبت بشكل قاطع ما تمر به من صعوبات اقتصادية تبرر الاستفادة من الإنقاذ، وذلك حتى لا يكون الأمر وسيلة للمرواغة والمماطلة من الوفاء بحقوق دائني الشركة.

وفي سبيل تحديد المقصود بالصعوبات الاقتصادية في نظام عمل الشركة يمكن التمييز بين العقود البسيطة *soft contract* والعقود المركبة *hard contract*⁽¹⁾. ومثال على العقود المركبة "قسائم السندات *a coupon-paying debt contract*؛ حيث تنطوي على مدفوعات دورية تقوم بها الشركة لحاملي السندات، ومن ثم إذا لم تَقم الشركة بالوفاء في ميعاد الاستحقاق المقرر فإنها تكون قد خالفت اتفاقها مع حاملي السندات، بما يعطيهم الحق في إجبارها على الوفاء، ومن ثم تعد الشركة في حالة صعوبة اقتصادية. ويعد من العقود المركبة أيضاً عقود الموردين والموظفين. أما العقود البسيطة، فهي تشير إلى الالتزامات الناشئة عن الأسهم العادية والممتازة للشركة، والتي لا يعد عدم قدرة الشركة على السداد مؤشراً على مرورها بصعوبات اقتصادية. فعلى الرغم من أن المساهمين لديهم توقعات بتلقى مدفوعات دورية من الشركة (الأرباح)، فإن اتخاذ الشركة قرار بتوزيع أرباح، وعدم قيامها رغم ذلك بتوزيع أرباح أو توزيع أرباح أقل من المستحق، ليس مؤشراً على مرور الشركة بصعوبات اقتصادية، بالنظر إلى أن عدم توزيع الأرباح قد يقف وراءه عديد من الأسباب والتي ليس من بينها تعسر الشركة؛ مثل حرص الشركة

(1) راجع:

William (Gang) Li, Corporate Financial Distress and Bankruptcy Prediction in North American Construction Industry, Thesis, Duke University - Durham, North Carolina April 16, 2014, p3.

على توجيه الأرباح إلى تكوين احتياطات أو إجراء توسعات أو حتى عدم تحقق الشركة لأرباح لا يكشف كأصل عام على تعسرها^(١).

ومن ناحية أخرى يمكن أن تصنف أصول الشركة بناء على معيار السيولة إلى أموال سائلة وأصول غير سائلة؛ فالأولى مثل النقود والأوراق التجارية القابلة للتداول والقابلة للتحويل إلى سيولة نقدية. أما الثانية فهي مثل الاستثمارات طويلة الأجل، كالآلات والمصانع. وهذا التصنيف لهذه العقود والأصول يعد أساساً لتعريف الصعوبات الاقتصادية؛ حيث تعد الشركة في حالة صعوبة اقتصادية متى كانت الأصول السائلة غير كافية للوفاء بالعقود المركبة. وتقوم آليات حل مثل هذه الصعوبات على إعادة هيكلة الأصول أو عقود التمويل^(٢) أو كلاهما معا^(٣). ومن ثم مواجهة الصعوبات الاقتصادية يكون بالاعتماد على الأموال السائلة (بيعها بشكل كلي أو جزئي لتوفير السيولة النقدية من أجل الوفاء بالالتزامات الحالية)، وليس الأصول الثابتة. فبيع الأصول قبل آوانه قد يؤدي إلى الإضرار باستمرارية نشاط الشركة ويعظم من تكلفة التصفية. وتقدر هذه التكلفة بالفارق بين القيمة المستقبلية للأصول الجارية وأعلى قيمة يمكن أن تتحقق على أثر البيع الفوري لهذه الأصول^(٤).

ولعل قرار إعادة الهيكلة أو التصفية مرهون بالمقارنة بين تكلفة التصفية وتكلفة إعادة الهيكلة^(٥)؛ فتكلفة إعادة الهيكلة تعتمد على مجموعة متنوعة من العوامل، مثل

(١) راجع:

Patrick Bolton and David S. Scharfstein, a theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, The American Economic Review, Vol. 80, No. 1 (Mar., 1990), pp. 93-106.

(٢) **V. Finch**, راجع:

“Reinvigorating Corporate Rescue”, op.cit, p538

(٣) راجع:

EDITH S. HOTCHKISS and others, Bankruptcy and the resolution of financial distress, Chapter 14, E.S. Hotchkiss et al, 2008, p4.

(٤) راجع:

Kimber Bascom and Julie Santoro – Sylvie Leger and Chris Spall, The Evolution of Fair Value Measurement Questions and Answers, U.S. GAAP and IFRS, December 2015, p17.

(٥) راجع:

Milton Harris and Arturaviv, The Theory of Capital Structure, the Journal of Finance, Vol. 46, No. 1. (Mar, 1991), pp. 297-355.

أى جزء من الأصول يحتاج إلى البيع. والعلاقة بين الأصول المصفاة وتلك التى سيتم الاحتفاظ بها. أيضاً من العوامل المؤثرة، ما إذا كان من الممكن بيع أصول الشركة كحزمة واحدة بدلاً من التجزئة، ومن ثم تكلفة التصفية قد تكون أقل، وأيضاً إذا تم بيع الأصول فى مزاد علنى تنافسى لبائع لديه المقدرة على استخدام هذه الأصول بكفاءة. فتحليل محددات تكاليف التصفية تركز على جوانب مختلفة من سيولة السوق، وتشتمل على القيود الائتمانية فى الصناعة، والأصول التبادلية (عدد الاستخدامات والمستخدمين لأصل معين) وقيود المشاركة (مثل اللوائح المتعلقة بعمليات الاستحواذ والقيود المتعلقة بالاحتكار)^(١).

ولعل حرص المحكمة على الوقوف على توصيف دقيق للصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركة من شأنه أن يساعدها على تحديد الطرق البديلة المناسبة لمواجهة هذه الصعوبات، مثل إعادة هيكلة العقود المالية، أو إعادة التفاوض مع الدائنين، وإعادة صياغة شروط العقود المركبة، بحيث يتم تخفيض الالتزامات الواردة فى العقد أو تأجيل دفعها فى تاريخ لاحق بما يتناسب مع احتياجات الشركة للنفذ. كما أن من الطرق البديلة أيضاً، استبدال العقد المركب بأوراق أو سندات بسيطة يكون لها فوائد أقل. أو تصحيح المسار من خلال استعادة التوازن بين الأصول الحالية والتزامات العقد المركب بما يودى إلى تدفق السيولة، بإصدار سندات جديدة تدر تدفقات نقدية جديدة. فعلى الرغم من أن العقود المركبة القديمة سوف تظل قائمة دون تغيير فإن إصدار سندات جديدة من شأنه أن يوفر تمويلاً جديداً^(٢) قد يكون أكثر بساطة فى شروطه أو يتمتع بفترة طويلة للسداد، يساعد

Ibid, p. 298.

(١) راجع:

(٢) راجع:

S Davies QC (ed), Insolvency and the Enterprise Act 2002 (Jordans, Bristol, 2003), p21.

الشركة على أن تخفف من معاناتها واستعادة قواها^(١). فآليات تسهيل إعادة هيكلة الديون سوف تسهم بشكل كبير في تقليل تكلفة إعادة الهيكلة^(٢) وتحديد الصعوبات الاقتصادية سوف يسهم أيضًا في تحديد ما إذا كانت مواجهتها سوف تتم من خلال الإجراءات القضائية الرسمية أو من خلال التسوية الودية خارج المحكمة. ويتوقف اختيار كل طريقة على نفقاتها النسبية والمنافع التي يمكن أن تعود من ورائها.

ثانيًا/ تمييز الصعوبات الاقتصادية عن الحالات المشابهة لها:

٢٩- ولمزيد من توضيح المقصود بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركات، تبدو أهمية تمييزها عن المفاهيم التي قد تختلط بها، وذلك على التفصيل التالي:

١/ تمييز الصعوبات الاقتصادية عن خلاف الشركاء:

٣٠- احتدام الخلاف بين الشركاء من شأنه تهديد نشاط الشركة، كما هو حال الصعوبات الاقتصادية، الأمر الذي يثير أوجه الشبه فيما بينهما. ومن أمثلة الخلافات بين الشركاء، تنازعهم في التصويت على أحد قرارات الشركة، أو الاختلاف حول نصيب كل شريك من الأرباح أو الخسائر^(٣).

ولا يمكن القول بأن وجود مثل هذا الخلاف من شأنه أن يبرر اتخاذ الإجراءات الجماعية الخاصة بإنقاذ الشركة، لأنها لا تعد من قبيل الصعوبات الاقتصادية حتى ولو انتهت هذه الخلافات بحل الشركة، وذلك لأنها لا تؤثر على انتماء الشركة وقدرتها على مواجهة التزاماتها المالية كأصل عام. فمثل هذه الخلافات تواجه من

(١) راجع:

Patrick Bolton and david s. Scharfstein Charfstein, A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, op.cit, pp 93-106.

(٢) راجع:

Milton Harris and Arturraviv, the Theory of Capital Structure, op. cit, pp. 297-355.

David Bartos, partnership disputes and remedies, p2, available at:

<http://www.davidbartos.co.uk/media/PARTNERSHIPDISPUTESAND.pdf.pdf>;
THE NEW YORK AND NEW JERSEY PARTNERSHIP DISPUTE GUIDE,
Charles N. Internicola, Esq, Charles N. Internicola, 2012, p13.

خلال اللجوء إلى القضاء للاحتكام إلى أحكام عقد الشركة وأحكام القانون، وليس بآليات الإنقاذ.

وبناء عليه، يمكن القول بأن مفهوم الصعوبات الإقتصادية ينصرف في الأساس إلى الخلافات التي تنشأ بين الشركة والغير لأمر تتعلق بإئتمانها وعدم قدرتها على سداد ديونها المستحقة عسرا.

٢/ تمييز الصعوبات الإقتصادية عن الحجز التحفظي على موجودات الشركة:

٣١- يعد الحجز التحفظي على أموال الشركة وموجوداتها من قبيل الإجراءات الوقائية ضد سوء تصرفها في الضمان العام المقرر للدائنين^(١)، من خلال وضع أموالها تحت يد القضاء طيلة مدة الحجز التحفظي^(٢). وقد نصت المادة (٣١٦) من قانون المرافعات المصري على أنه يحق للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه:.... في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمأن حقه^(٣).

ما لاشك فيه أن الحجز التحفظي من شأنه أن يحول دون إمكانية استفاضة الشركة من أموالها المحجوزة، بما يعطلها عن تسيير نشاطها، خاصة إذا ما وصل الاحتدام إلى حد التنازع القضائي، وتسبب في عجز الشركة عن الوفاء بالتزاماتها المالية. لكن لا يبرر التدخل لإنقاذ الشركة. فقلة السيولة أو حتى انعدامها، بما يؤدي إلى عدم قدرة الشركة على تغطية ديونها الجارية، ومن ثم عجزها عن مواصلة نشاطها على أثر الحجز التحفظي، لا يبرر إنقاذها؛ وذلك لأن الحجز التحفظي إجراء وقائي ضد سوء تصرف الشركة، ولا يعنى بالضرورة أن يكون الأخير في ضائقة مالية، خاصة في حالة إذا كان عدم قيامه بسداد ديونه يعود في الأساس إلى المماطلة في دفع مبلغ الدين.

٣/ مدى اعتبار الثورات الشعبية من قبيل الصعوبات الإقتصادية:

٣٢- يشير المصطلح العلمي للثورة إلى التحركات الشعبية التي تظهر في صورة اضطرابات أو حرب أهلية والتي تستهدف معارضة السلطة القائمة بهدف تغيير نظام

(١) لورق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير، جامعة وهران - كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص ٢.

(٢) بوجلال فاطمة الزهراء، الرقابة القضائية على إجراءات الحجز، رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ١١٨.

(٣) راجع: قانون المرافعات المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، الجريد الرسمية، العدد (١٩)، ٩ مايو ١٩٦٨.

الحكم القائم فى الدولة^(١). والثورة بهذا المعنى قد تفضى إلى نتائج ذات تأثير عاصف بعدد من الشركات التجارية، بأن تأخذ بهاويتها إلى الإفلاس. فغياب الأمن وتعدد المظاهرات والإعتصامات بأماكن العمل المختلفة^(٢) سوف يؤدى إلى توقف النشاط الاقتصادى^(٣) على نحو يصعب مواجهته ودفعه^(٤).

ولم تترك أى دولة عربية ممن شهدت ثورات شعبية مؤخرًا خطورة هذه التبعات إلا دولة تونس، فأصدرت عديدًا من المراسيم التى تنظم مساعدة الشركات والمؤسسات الاقتصادية المتضررة من الثورة لتجنيبها الإفلاس، وربطت الحصول على هذه المساعدة بمجموعة من الشروط؛ أهمها^(٥):

١/ نوع النشاط: ويشير هذا الشرط إلى تطلب ممارسة الشركة المراد إنقاذها لنشاط تجارى معين، مثل الشركات العاملة فى مجال الصناعة بمختلف أنواعها، وبعض الشركات الخدمية؛ خاصة السياحة (باعتبارها من أكثر الأنشطة التجارية التى تضررت من الثورة).

٢/ ثبوت الضرر: ويشير إلى ثبوت تحقق أضرار بالغة بالمنشآت والأماكن الخاصة بالشركة بفعل النهب والحرق والتخريب. ويكون إثبات الضرر فى هذه الحالة بكافة طرق الإثبات لتعلق الأمر بواقعة مادية.

٣/ تراجع النشاط الاقتصادى للشركة أو توقفه: ويستدل على ذلك من حجم معاملات الشركة وارتفاع مديونيتها بسبب أضرار الثورة.

(١) koseleck, Reinhart, historical criteria of the modern concept of revolution, clompuia UP issue, 2004, pages:43-57. راجع:

(٢) الشليب أمال، أثر نزاعات العمل الجماعية على إنتاجية المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية، رسالة ماجستير - كلية للعلوم الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٣، ص ١١.

(٣) صلاح الدين الجورمى، ربيع تونس - التراجع بين الأمل والخوف، التقرير العربى السابع للتنمية الثقافية، مقالة منشورة بمجلة الفكر العربى، العدد الأول، ١٤٣٦-٢٠١٤، ص ٢١.

(٤) فى مصر، أدى استمرار الانفلات الأمنى إلى التأثير بالسلب على حركة نقل البضائع ومستلزمات الإنتاج، مما أدى إلى صعوبة انتظام العمل فى عديد من الشركات والمصانع التى أغلقت أبوابها أو خفضت حجم التشغيل لديها. وزاد من خطورة الأمر كثرة الاحتجاجات والاعتصامات بين الموظفين والعمال، فى ظل عدم استجابة الحكومات المتعاقبة لمطالبهم وانعدام القدرة على ضبط الأسواق والأسعار، وصعوبة الحصول على كثير من السلع الأساسية. وقد أدت هذه العوامل مجتمعة إلى تراجع معدل نمو الاقتصاد المصرى خلال السنة المالية المنتهية فى يونيو ٢٠١١ ليقصر على نحو ٩,١% مقابل ١,٥% خلال السنة المالية المقارنة. راجع: دم سلوى العنترى، أداء الاقتصاد المصرى بعد ثورة يناير ٢٠١١ المهام العاجلة والاستراتيجية البديلة، ص ٤، مقالة متاحة على الموقع

الالكترونى التالى: <http://nwrcegypt.org>

(٥) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات إقتصادية، مرجع سابق، ص ٣٠.

٤/ عدم خضوع المؤسسة المتضررة لنظام إنقاذ المؤسسات من الإفلاس: ويأتى هذا الشرط من اختلاف نظام الإنقاذ من الإفلاس (المقرر بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٥، ونظام الإجراءات الظرفية بالمراسيم عدد ٩ و ٢٩ و ٥٣ لسنة ٢٠١١) عن نظام المساعدة، ومن ثم لا يجوز أن تنتفع الشركة بالنظامين فى ذات الوقت.

٥/ شرط زمنى: ويشير هذا الشرط إلى تقييد الاستفادة من هذا النظام خلال مدة زمنية معينة (وهى المدة التى لا تتجاوز ٣١ ديسمبر ٢٠١١ وفق ما قرره الفصل رقم ٥ من المرسوم عدد ٩).

ويبدو لنا أن الثورات الشعبية بالمفهوم السابق تعد من قبيل الصعوبات الاقتصادية التى تبرر الإنقاذ، خاصة وأنها تقع لأسباب تخرج عن إرادة الشركة وسيطرتها ويصعب عليها دفعه، وتتسبب فى حدوث مشاكل مالية من شأنها أن تؤدى إلى توقف الشركة عن دفع ديونها. وقد أكد هذا ما قام به البنك المركزى التونسى على أثر الخسائر الضخمة التى لحقت بالشركات السياحية بالسماح للبنوك التجارية بإعادة هيكلة القروض المستحقة على هذه الشركات، كما قام بمساعدة هذه البنوك من خلال ضخ السيولة اللازمة لتمكينها من مساعدة الشركات المتضررة^(١).

(١) المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي يختتم مشاورات المادة الرابعة لعام ٢٠١٢ مع تونس، نشرة معلومات معممة رقم ١٢/٩٦، ٣ أغسطس ٢٠١٢، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

المطلب الثاني

صاحب الصفة في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية

٣٣- حرص المشرع الفرنسي على تقنين عديد من آليات وطرق الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركة التجارية وتحديد من له صفة في الإشعار^(١)، وتبعه في ذلك عديد من التشريعات العربية، كان أبرزها القانون المغربي والقانون التونسي؛ اللذان تبنيان نظام الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية سواء من داخل الشركة أم من خارجها. علاوة على إخطار المحكمة لاتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة. ولم يغيب عن المشرع المصري تبنى بعض الآليات في مناسبات متفرقة للإشعار بمرور الشركة بإضطرابات مالية، وهو ما يقتضى معالجة هذا الأمر بمزيد من التفصيل، وذلك على النحو الآتي:

أولاً/ الإشعار من الهيئات الداخلية للشركة:

٣٤- تضم الهيئات الداخلية للشركة؛ الشركاء ومراقب الحسابات ومدير الشركة. وذلك على التوضيح التالي:

١/ الإشعار من الشريك أو الشركاء:

٣٥- مما لا شك فيه أن الشريك أحرص ما يكون على نجاح الشركة وتجنبيها الإفلاس، مدفوعاً إلى ذلك بما لديه من نية مشاركة، يحرص من خلالها على تحقيق أقصى ربح وتجنب أى خسائر. فهو أول من يتضرر لتدهور أحوالها، خاصة إذا كان من الشركاء المتضامنين الذى يشهر إفلاسه بالتبعية لإفلاس الشركة. يضاف لذلك، أن الشريك هو الأقدر على إدراك الوضع المالى والاقتصادى للشركة بحكم مشاركته فى اجتماعاتها والإطلاع على ميزانيتها ودفاترها التجارية، مع الأخذ فى الاعتبار قلة مشاركة المساهمين فى اجتماعات شركات المساهمة لظاهرة غياب المساهمين^(٢). لذلك كان من المنطقى أن يكون ذا صفة فى الإشعار بالصعوبات قبل أن تتفاقم أزمتها. وقد أكد القانون التجارى الفرنسى منح الشريك الصفة فى الإشعار فى حالة

(١) كانت بداية تبنى القانون الفرنسى لوسائل الإشعار بصعوبات اقتصادية فى قانون ١٣ يوليوز ١٩٦٧، وقانون ١ مارس لسنة ١٩٨٤ الخاص بالتسوية والتصفية القضائية، المعدلين لقانون التجارة، اللذين اعتمد عليهما المشرع للتخلى عن نظرية الإفلاس التقليدية، وأضفى مرونة فى التعامل مع الشركات المعسرة.
(٢) درحلب محمود داخلى، النظام القانونى لدور الجمعيات العمومية فى إدارة شركات المساهمة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص ١١٥.

الصعوبات الاقتصادية^(١). كما حرصت أيضا أحكام الإجراءات الجماعية التونسية على تبنى ذات النهج^(٢). والملاحظ على موقف القانون التونسي أنه ميز في أحكام الإشعار بين أنواع الشركات؛ ففي شركات الأسهم (المساهمة) أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة لا يجوز الإشعار إلا من قبل الشريك أو الشركاء الذين يملكون على الأقل ٥% من مجموع رأس مال الشركة. أما في غيرها من الشركات الأخرى فيجوز الإشعار من قبل كل شريك بصرف النظر عن نسبة مساهمته في رأس المال. ويبدو لنا أن الحكمة من التفرة التي تبناها القانون التونسي بخصوص أحكام الإشعار بين أنواع الشركات تتمثل في التحري والتقصي من حقيقة الصعوبات الاقتصادية قبل الإشعار؛ ففي شركات الأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة يكون عدد الشركاء كبيرا، وحجم رأس المال ضخما، ومن ثم لا يكفي مجرد ملاحظة يديها أحد الشركاء حول وجود صعوبات، ولكن يجب التحري والتأكد من هذا الأمر باتفاق عدد من الشركاء الحائزين لـ ٥% على الأقل من رأس مال الشركة على الأقل. وهذا الأمر لا يتحقق في غيرها من الشركات، لذلك أجاز النص السابق الإشعار من قبل واحد من الشركاء فقط. ومن ناحية أخرى جاءت الصياغة التي تبناها المشرع التونسي في قانون الإجراءات الجماعية محمولة على الوجوب والإلزام، بحيث إن الشريك ليس مخيرا في القيام بالإشعار من عدمه، ولكنه ملزم بذلك، وهو ما دفع جانب من الفقه^(٣) إلى القول بأن هذا النص قد حمل الشريك

L. 621-2 Ordonnance n°2014-326

(١) راجع:

du 12 mars 2014 - art. 16 - NOR: JUSX1401954R.

(٢) نص الفصل (٤١٩) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ على " يجب أن يقع الإشعار أيضا من قبل الشريك أو الشركاء الماسكين لخمسة بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة التي تمر بصعوبات اقتصادية إذا كانت من صنف شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وفي الشركات الأخرى، يجب أن يقع الإشعار من قبل كل شريك بقطع النظر عن نسبة مساهمته في رأس المال". ويلاحظ على النص السابق أنه أضاف تعديلا على نسبة الشركاء المسموح لهم بالإشعار في شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ حيث كانت الفقرة الثانية من الفصل رقم (٥) من قانون الإنقاذ لسنة ٢٠٠٣ تنص على " ويجب أن يقع الإشعار أيضا من قبل الشريك أو الشركاء الماسكين للعشر على الأقل من رأس مال الشركة التي تمر بصعوبات اقتصادية إذا كانت من صنف شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وفي الشركات الأخرى، يجب أن يقع الإشعار من قبل كل شريك بقطع النظر عن نسبة مساهمته في رأس المال". راجع: قانون عدد ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ مؤرخ في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٣ يتعلق بتنقيح القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ أبريل ١٩٩٥ المنقح بالقانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ المؤرخ في ١٥ يوليو ١٩٩٩ المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإتمامه، سابق الإشارة.

(٣) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ص ١٣.

مسئولية مباشرة عن إنفاذ الشركة ووقف تردى أوضاعها بحكم ما له من رقابة على أعمالها.

من ناحيته، حرص القانون المغربي على تمكين الشريك من ممارسة دوره فى الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية^(١). ولعل موقف المشرع المغربى فى هذا الخصوص يتسم بالغموض مقارنة بموقف المشرع الفرنسى والتونسى، حيث إنه لم يقرر صفة الشريك فى الإشعار بشكل مباشر وصريح، ولكنه افترض بحكم ما له من حق توجيه أسئلة إلى مدير الشركة ومسيرها حول أحداث الشركة أنه إذا ما تبين له وجود صعوبات سوف يبادر إلى الإشعار لدى مفوض الحسابات. وكان الأولى بالقانون المغربى منح الشريك صفة الإشعار إلى المحكمة أو لجنة متابعة الشئون الاقتصادية للشركات، وذلك لإضفاء جدية على الأمر.

٢ / الإشعار من مراقب الحسابات:

٣٦- بحكم ما له من دور بالغ الأثر فى متابعة الأمور المالية للشركة، فإنه الأكثر تأهيلاً للإشعار بوجود صعوبات اقتصادية^(٢). وقد فطن المشرع الفرنسى لهذا الأمر منذ عام ١٩٨٤، فأصدر قانون الوقاية من الإفلاس والتسوية الرضائية استحدث من خلاله فكرة الإخطار أو الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية يصدر عن مراقب الحسابات باعتباره الأقرب إلى وضعها المالى، بغية التدخل المبكر لإنقاذ الشركة وهى لا تزال تتمتع بشيء من الائتمان، قبل أن يصل الأمر إلى وضع ميئوس منه. كما أقر القانون فكرة الصلح الاتفاقى بين الشركة وجماعة الدائنين^(٣). من ناحيته

(١) حيث نصت المادة (٣٨٤) من مدونة التجارة المغربية على " يمكن لكل شريك غير مسير، مرتين خلال كل سنة مالية، أن يوجه أسئلة مكتوبة إلى المسير حول كل حدث من شأنه أن يخل باستمرارية الاستغلال. ويطلع مفوض الحسابات على الجواب عند الاقتضاء راجع: راجع: الكتاب الخامس من مدونة التجارة المحدث بمقتضى الظهير الشريف رقم ١/٩٦/٨٣ (المؤرخ فى ١٩٩٦/٠٨/٠١). الجريدة الرسمية المغربية عدد (٥٥١١) الصادرة بتاريخ ١١ جمادى الأولى ١٤١٧ الموافق ٣ أكتوبر ١٩٩٦، نسخة محدثة بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٦، ص ٢١٨٧.

(٢) راجع: د.على سيد فاسم، مراقب الحسابات - دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات فى شركة المساهمة، دار الفكر العربى، بدون تاريخ نشر، ص ١٨٦. د.محمد فريد العرينى، الشركات التجارية (المشروع الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٣١٩. د.حسين الماحى، الشركات التجارية وقواعد سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠١٧، ص ٣٩٧.

(٣) راجع:

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

حرص أيضًا قانون الإنقاذ التونسي على منح مراقب الحسابات الصفة في الإشعار وذلك في أكثر من موضع^(١).

وحسنًا فعل قانون الإنقاذ التونسي؛ حيث فطن للدور المهم لمراقب الحسابات في معرفة تفاصيل الوضع المالي للشركة، فجعل له صفة في الإشعار. كما أنه حرص تنظيم دوره على مرحلتين؛ الأولى داخل الشركة، حيث يقوم بإشعار مجلس إدارة الشركة، أو مجلس مراقبتها، أو يدعو عند التأكد المساهمين إلى عقد جلسة عامة، كل ذلك في أجل لا يتجاوز الشهر من تاريخ تلقيه الردّ من مدير الشركة أو انقضاء أجل الرد. فإذا لم تُجد هذه المرحلة في تقديم حلول عملية لنفادى ما يعترض الشركة من صعوبات، فإن له الانتقال إلى المرحلة الثانية، وهي أن يرفع مراقب الحسابات تقريرًا كتابيًا إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إذا لاحظ استمرار ذات المخاطر، وذلك في أجل شهر من إتمام إجراءات المرحلة الأولى.

وعادة ما يكون تدخل المراقب بعد الانتهاء من الميزانية السنوية، واكتشاف الصعوبات الاقتصادية. ويمكن له الاستعانة بمستشاري الشركة لمساعدة المدير على إدراك خطورة الموقف. ويحق له أيضًا الاستعانة بالقضاء (رئيس المحكمة التجارية) لتبصير المدير بحقيقة الوضع^(٢).

وفي كافة الأحوال يجب أن تكون هناك مؤشرات واضحة تصل إلى حد التهديدات التي تنبئ عن خطورة، من شأنها أن تهدد بالخطر وتندربعواقب وخيمة من شأنها أن تؤثر على استمرارية الشركة. ويجب أن تكون هذه العواقب حالة أو قريبة الحلول، ولا يكفي أن تكون هذه العواقب مجرد احتمالات أو توقعات لا تستند إلى مؤشرات حقيقية^(٣).

(١) نص قانون الإجراءات الجماعية للتونسي لسنة ٢٠١٦ في الفصل (٤٢٠) منه على " يستفسر مراقب الحسابات مسير المؤسسة كتابيا عن كل ما يلاحظه بمناسبة قيامه بمهامه من معطيات أو أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة، وعلى المسير الرد خلال ثمانية أيام من تاريخ تلقي مطلب مراقب الحسابات. فإن لم يجب أو كان رده غير مقنع، يعرض مراقب الحسابات الأمر على مجلس إدارة المؤسسة أو مجلس مراقبتها، أو يدعو عند التأكد المساهمين إلى عقد جلسة عامة، كل ذلك في أجل لا يتجاوز الشهر من تاريخ تلقيه الرد أو انقضاء أجل الرد. وإذا لاحظ مراقب الحسابات استمرار نفس المخاطر، يرفع تقريرًا كتابيًا إلى رئيس المحكمة ويوجه نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وذلك في أجل شهر من تاريخ إتمام الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة المتقدمة".

(٢) راجع:

The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, available

at:<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/isabelledidiernewrigime.pdf>

(٣) راجع: د.خليل فيكتور تامرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات من الإفلاس، مرجع سابق، (بدون تاريخ نشر)،

وقد حرص القانون الفرنسي على إفراد الإشعار بالصعوبات الاقتصادية الخاص بشركات المساهمة والذي يقوم به مراقب الحسابات بمزيد من التفصيل، وذلك على النحو التالي:

المرحلة الأولى: استيضاح يقدم إلى رئيس مجلس إدارة الشركة:

ألزم القانون الفرنسي مراقب الحسابات بعد أن يتأكد من مرور الشركة بصعوبات اقتصادية من شأنها أن تضر بالشركة، أن يقوم باستيضاح الأمر بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول من رئيس مجلس إدارة الشركة أو مديرها، لمعرفة موقف الشركة. ويجب على المدير الرد خلال ١٥ يوما من تاريخ علمه بالخطاب المرسل من مراقب الحسابات، ويجب أن يكون هذا الرد مشفوعًا بالتفصيلات الكافية عن استيضاح مراقب الحسابات. وليس هناك ما يمنع من أن يتضمن هذا الرد مقترحات بالإنقاذ^(١).

المرحلة الثانية: اطلاع مجلس الإدارة على وضع الشركة:

فطن المشرع الفرنسي إلى احتمالات عدم اكتراث مدير الشركة بالرد أو قيامه بالرد غير الكافي أو المناسب لطبيعة المشاكل التي تواجه الشركة والتي لا تسمح بمواجهة مشاكله، لذلك أعطى مراقب الحسابات طريقًا بديلاً، يتمثل في دعوة مجلس إدارة الشركة إلى الانعقاد للمداولة في طبيعة الصعوبات التي تواجه الشركة. وقد أوجب المشرع الفرنسي بالتعديل الذي أدخله عام ٢٠٠٥ على مراقب الحسابات أن يقوم بإرسال خطاب إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة لإطلاعها على الموقف.

ويجب على رئيس مجلس الإدارة خلال ثمانية أيام من تلقيه الدعوة من مراقب الحسابات أن يجتمع لمناقشة التقرير المقدم، مع إخطاره لمراقب الحسابات بما تم في هذه المناقشة^(٢).

المرحلة الثالثة: دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد:

تعد هذه المرحلة الأكثر تطوراً في التزام مراقب الحسابات بالإشعار، حيث تواجه فشل المحاولات السابقة، سواء لعدم الاستجابة من قبل مدير الشركة أو مجلس الإدارة، أو لعدم كفاية الخطوات التي اتخذوها لمواجهة المشاكل التي تواجه الشركة. حيث يتم إخطار الجمعية العامة للانعقاد من قبل رئيس مجلس الإدارة أو من قبل مراقب الحسابات.

ويجب اطلاع الجمعية العامة على التقرير المعد من قبل مراقب الحسابات، والمتضمن لكافة الصعوبات التي تمر بها الشركة والأدلة الداعمة لها. كما يجب اقتراح الحلول التي يراها مناسبة وناجعة لمواجهة هذه المشاكل.

وتملك الجمعية العامة بحكم سلطاتها أن تجرى تعديلات على تشكيل مجلس إدارة الشركة، أو اللجوء إلى القضاء إذا ما ثبت لديها وجود مخالفات معينة.

يضاف لذلك، يجب على مراقب الحسابات إخطار رئيس المحكمة التجارية المختصة بالإجراءات التي تم اتخاذها في هذا الصدد، وطبيعة القرارات التي اتخذها مجلس الإدارة وأيضاً قرارات الجمعية العامة، والذي بدوره يقوم بتقييم أوضاع الشركة في ضوء التقرير المقدم، ليقرر إما التسوية القضائية أو اللجوء إلى تصفية الشركة إذا كانت في حالة توقف عن الدفع^(١).

وعلى الرغم من حرص المشرع المصري في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على تنظيم عمل مراقب الحسابات بموجب العديد من النصوص^(٢)، فإن جميعها خلت من نصوص صريحة تكرر الالتزام بالإشعار؛ حيث جاءت هذه النصوص عامة تعالج شروط تعيين مراقب الحسابات وحقوقه في الحصول على المعلومات والبيانات ورصد المخالفات المالية. بل على العكس، جاء نص المادة (١٠٨) من هذا القانون ملزماً مراقب الحسابات بعدم الإفصاح عن ما قد يصل إلى علمه من أسرار إلى المساهمين أو غيرهم من الأشخاص بسبب قيامه بعمله، وإلا وجب عزله.

(١) راجع: L. 234-1, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).
(٢) راجع: المولد (١٠٣-١٠٥-١٠٦-١٠٧-١٠٨-١٠٩) من القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ في أول أكتوبر ١٩٨١. وقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨.

ولعل هذا النص منتقد وبشدة، لأنه أطلق مصطلح "الأسرار" دون أن يحدد معناه ولا نطاقه. وفتح بابًا للتساؤل حول مدى اعتبار المعلومات الخاصة بالصعوبات الاقتصادية تعد من قبيل الأسرار من عدمه.

٣/ الإشعار من مدير الشركة:

٣٧- يلعب مدير الشركة دورًا استثنائيًا في تقدير طبيعة الصعوبات التي تمر بها الشركة، واتخاذ القرار المتناسب معها، بالنظر إلى أنه الأكثر دراية بشئون الشركة وأوضاعها المختلفة^(١). وقد أدرك القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ طبيعة هذا الدور، فقرر صراحة أنه في حالة "خسارة نصف رأس مال الشركة يتعين على المديرين أن يعرضوا على الجمعية العامة أمر حل الشركة، ويشترط لصدور قرار الحل توافر الأغلبية اللازمة لتعديل عقد الشركة..."^(٢). والملاحظ على هذا النص أنه نظم الإشعار كوسيلة تهدف إلى المبادرة إلى حل الشركة وتصفيتها خوفًا من أن تفقد ما تبقى من رأس مالها، وليس كوسيلة تقوم على رصد طبيعة الاضطرابات المالية التي تمر بها الشركة بهدف معاونتها على تلافى هذه الصعاب وتجاوزها. أي أنه غير متشعب بفلسفة الإنقاذ وغايته، التي تهدف إلى الإبقاء على الشركة واستمرار نشاطها. ومما يخفف من غلواء هذا الأمر أن جملة قواعد ومعايير حوكمة الشركات في مصر قد حرصت في عديد من المواضع على أن تقرر هذا الالتزام بشكل غير مباشر، من خلال ما فرضته على مدير الشركة ومدراء الوحدات المختلفة فيها (كمدير المراجعة الداخلية ومدير الإدارة المالية) الإفصاح عن طبيعة الموقف المالي والمحاسبي للشركة^(٣).

(١) وقد أكنت مدونة التجارة المغربية هذا المعنى؛ حيث نصت المادة (٥٤٥) من الكتاب الخامس على "يتعين على المقاول أن يقوم بنفسها عن طريق الوقاية الداخلية من الصعوبات بتصحيح ما من شأنه أن يدخل باستمراره استغلالها و إلا تم ذلك عن طريق الوقاية الخارجية بتدخل من رئيس المحكمة. ويتم معالجة المقاول عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التوفيت. ويمكن أن تؤدي الصعوبات إلى إنهاء استمرارية المقاول بالتصفية القضائية. ويقصد برئيس المقاول، في ملول هذا الكتاب، الشخص الطبيعي المدين أو الممثل القانوني للشخص المعنوي المدين". مدونة التجارة المغربية الصادر بتنفيذها الظهير الشريف رقم ١.٩٦.٨٣ المؤرخ ب ١٥ من ربيع الأول ١٤١٧ فاتح أغسطس ١٩٩٦ - منشور بالجريدة الرسمية عدد ٤٤١٨ بتاريخ ١٠/٣/١٩٩٦.

(٢) راجع: الملائن (٦٩) و(١٢٩) من القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ في أول أكتوبر ١٩٨١. وقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨.

(٣) راجع: دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية، فبراير ٢٠١١، ص ٢٢ وما بعدها. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

وقد حرص المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في أول مارس لسنة ١٩٨٤ على تنظيم بعض الإجراءات التي تسمح لمدير الشركة أن يتخذ بعض التدابير الوقائية إذا ما ظهرت بوادر الأزمة؛ أهمها طرق ملاحظة هذه البوادر ومحاولة التصدي لها بالطرق المناسبة. وقد كان من أهمها؛ ما يتصل بعلمه من معلومات محاسبية (خاصة بميزانية الشركة وأرصدها في البنوك) ^(١) أو غيرها من معلومات بحكم إدارته للشركة، أو ما يصله عن طريق الشركاء ^(٢). وحرص أيضاً قانون الإنقاذ التونسي على منح مدير الشركة صفة في الإشعار بمناسبة ما يصل لعلمه بحكم وظيفته في الشركة ^(٣). والملاحظ موقف القانون التونسي أنه ألزم مدير الشركة الإشعار بشكل مباشر لدى المحكمة عن الصعوبات الاقتصادية التي قد تعترض سير الشركة. يضاف لذلك أنه كلف المدير أيضاً بالإشعار بشكل غير مباشر، وذلك بمناسبة استفسار مراقب الحسابات منه بحكم دوره في تسيير الشركة، وسهولة اكتشاف الأعمال التي تهدد استمرار نشاطها ^(٤).

وعلى صعيد الوضع في القانون الإنجليزي يلاحظ أنه رغم عدم تنظيمه لآلية الإشعار، فإنه أعطى لمدير الشركة صفة في رفع الدعوى للمطالبة بتطبيق أمر الإدارة An administration order. ويمكن اعتبار طلب رفع الدعوى المقدم من قبل المدير في مثل هذه الحالة إشعار منه للمحكمة بوجود صعوبات اقتصادية

(١) د. طرايش عبد القوي، أليات إنقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ١٥، جانفي ٢٠١٦، ص ١٦٦.

(٢) راجع:

"Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas. A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale". Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, Version consolidée au 30 janvier 2017.

(٣) نص الفصل (٤١٩) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦ على أن " يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة إشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ببوادر الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة والتي قد تؤدي في صورة تواصلها إلى التوقف عن الدفع"

(٤) نص قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦ في الفصل (٤٢٠) منه على " يستفسر مراقب الحسابات مسير المؤسسة كتابيا عن كل ما يلاحظه بمناسبة قيامه بهامه من معطيات أو أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة، وعلى المسير الرد خلال ثمانية أيام من تاريخ تلقي مطلب مراقب الحسابات. فإن لم يجب أو كان رده غير مقنع، يعرض مراقب الحسابات الأمر على مجلس إدارة المؤسسة أو مجلس مراقبتها، أو يدعو عند التأكد المساهمين إلى عقد جلسة عامة، كل ذلك في أجل لا يتجاوز الشهر من تاريخ تلقيه الرد أو انقضاء أجل الرد.....".

لديها تيرر الإنقاذ^(١). وقد كان الأولى أن يمنح لمدير الشركة صفة في الإشعار قبل اللجوء لرفع الدعوى، باعتباره إجراءً وقائياً يمكن أن يوفر فرص الإنقاذ المبكر للشركة.

ويبدو لنا أن النصوص السابقة لم تتبنَ الصياغة اللاتقة بخصوص إلزام مدير الشركة ومراقب الحسابات بالإشعار في حالة حدوث صعوبات اقتصادية، وذلك من خلال ترتيب جزاءات مدنية توقع عليهم إذا ما أخلوا بالقيام بالإشعار أو قاموا به في وقت غير مناسب، بالنظر إلى خطورة التبعات والآثار المترتبة على هذا التقصير منهم، باعتبارهم أمناء على مصالح الشركة والأكثر قدرة على استشعار الخطر الذي يداهمها. علاوة على ذلك، فإن الإشعار الذي يتم في وقت غير مناسب يكون عديم الجدوى والفائدة، خاصة إذا كانت الشركة قد وصلت إلى مرحلة ميئوس منها، ويصعب معها الإنقاذ بشتى صورته. يضاف لكل ما سبق، أن قيام المدير بالإشعار في التوقيت المناسب من شأنه إثبات حسن نيته، وذلك بما يجعله أهلاً لكسب ثقة المحكمة المشرفة على الإنقاذ، بما يجعلها تبقى عليه في إدارة الشركة خلال فترة الإنقاذ^(٢). وهذا ماحرص القانون التجارى الأمريكى على تأكيده^(٣).

وجدير بالإشارة، أن تفاوت الإحاطة بالمعلومات الخاصة بالشركة بين الدائنين من شأنه أن يمثل عائقاً دون التوصل للإنقاذ، خاصة إذا كان هناك عدد كبير من الدائنين يتباين مستوى علمهم بالموقف الاقتصادى للشركة وطبيعة الصعوبات التى تمر بها *Asymmetric information*، مما يتسبب في كثرة المفاوضات، وصعوبة التوافق على خطة محددة لإعادة الهيكلة، نظراً لعدم تأكد الدائنين من جدوى إنقاذ الشركة، الأمر الذى قد يدفعهم إلى كثرة تأجيل المناقشات لمزيد من المعلومات، أو

راجع: (١)

"An application to the court for an administration order shall be by petition presented either by the company or the directors, or by a creditor or creditors (including any contingent or prospective creditor or creditors), or by all or any of those parties, together or separately".
See: *Insolvency Act 1986*, part II - application for order, (9-1).

راجع: (٢)

PL Davies, Gower and Davies' the Principles of Modern Company Law,
op.cit, p33.

Chapter 11 - US Bankruptcy Code.

راجع: (٣)

التمسك بالإفلاس^(١). ويظهر هذا الأمر بوضوح أهمية إلتزام الشركة بقواعد الشفافية والإفصاح في تبصير مدير الشركة والشركاء عن أوضاع الشركة وكذلك الدائنين، مما يؤهلهم لاتخاذ القرار المناسب^(٢).

ثانياً/ الإشعار من الهيئات الخارجية للشركة:

٣٨- نظمت بعض التشريعات إمكانية صدور الإشعارات من هيئات خارج الشركة المعسرة، وجسدت البعد القومي والاجتماعي لنشاط الشركات التجارية، من خلال إلتزام بعض الهيئات العامة ومؤسسات المجتمع المدني من القيام بالإشعار عن الصعوبات التي يمكن أن تواجه هذه الشركات، وهي على التفصيل التالي:

١/ الإشعار من اللجان والهيئات العامة:

٣٩- حرص القانون الفرنسي^(٣) وكذلك التونسي^(٤) والمغربي^(١) على منح لجنة المشروع comité d'entreprise ومكاتب العمل وهيئة الضمان الاجتماعي ومصالحة الضرائب صفة الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركة.

(١) راجع:

Vanessa Finch, Corporate insolvency law Perspectives and Principles, op.cit, p188.

(٢) راجع:

Corporate Governance Disclosure in Emerging markets, statistical analysis of legal requirements and company practices, United Nations Conference on trade and development, United Nations, New York, 2011.

(٣)

"Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure, après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. En outre, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé, dans les mêmes conditions, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève". (L. 621-1) - LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V) - NOR: JUSX1515639L.

(٤) نص الفصل (٤١٩) من قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦ على أن ".... كما يجب على مصالح تنفيذية الشغل والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ومصالح المحاسبة العمومية والاستخلاص ومصالح المراقبة الجبائية والمؤسسات المالية إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بما تلاحظه من أعمال تهدد استمرار نشاط أي مؤسسة خاضعة لأحكام هذه المجلة. وتضبط معايير الإشعار وإجراءاته بمقتضى أمر حكومي".

- كما نص المنشور الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية والتضامن ووزير التشغيل التونسي على " تولى المصالح المركزية أو الجهوية لتنفيذ الشغل والمصالحة المختصة تريبيا عند تلقيها مطالب من مؤسسات تمر بصعوبات اقتصادية أو فنية أو في حالات الغلق النهائي والفجئي وغير قانوني للمؤسسات توجيه إشعارات لوزارة التشغيل إن كان الموضوع من أنظار الإدارة العامة لتنفيذ الشغل والمصالحة أو الإدارة الجهوية للتشغيل إن كان الموضوع من أنظار أقسام تفقد الشغل والمصالحة بالإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن ويتم هذا الإعلام بواسطة بطاقة إشعار بمؤسسة تمر بصعوبات اقتصادية أو فنية أو على اثر غلق نهائي وفجئي وغير قانوني وفقاً للأنموذج المصاحب عدد (١)". راجع: برامج الإحاطة بالعمال المسرحيين لأسباب اقتصادية أو فنية أو على اثر الغلق النهائي والفجئي وغير قانوني للمؤسسات، المنشور عدد ١٦ المؤرخ في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٢ بين وزير الشؤون الاجتماعية والتضامن ووزير التشغيل موجه إلى السيدات والسادة الرؤساء المديرين العامين والمديرين المركزيين والمديرين الجهويين للشؤون الاجتماعية والتضامن والمديرين الجهويين للتشغيل، تونس، ٢٠٠٢/١١/٣٠. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

ومما لاشك فيه أن الهيئات السابقة تلعب دوراً قوياً فى الوقوف على مرور الشركة بصعوبات اقتصادية؛ فمكتب العمل يلعب دوراً قوياً بحكم اطلاعه على أوضاع العمال وشكاواهم بخصوص عدم حصولهم على أجورهم أو تسريحهم التعسفى من العمل أو عدم حصولهم على مكافأة نهاية الخدمة المستحقة لهم بعد إنهاء عقود عملهم^(٢). كما يلعب صندوق الضمان الإجتماعى دوراً لا يقل أهمية بحكم اطلاعه على انتظام الشركة فى منظومة الضمان الاجتماعى من عدمه، ووقوفها على طبيعة حوادث العمل، ومدى التزامها بالوفاء بالتزاماتها فى هذا الصدد. أسند أيضاً مهمة الإشعار إلى مصلحة الضرائب لدورها فى تجميع البيانات المالية الخاصة بنشاط الشركة وأوضاعها، وذلك بمناسبة اطلاعها على ما لها من أصول وما عليها من خصوم، وذلك بمناسبة ربط الضريبة على نشاطها التجارى والصناعى. ويمكن الاستفادة من هذا الدور فى إشعار الجهات المعنية بوجود صعوبات اقتصادية لدى الشركة، تبرر إنقاذها.

ويفترض أن الهيئات السابقة لن تبادر للإشعار بالصعوبات الاقتصادية لمجرد تلقى شكوى من أحد عمال الشركة أو اطلاعها على أحد البيانات أو المعلومات، وإنما سوف تقوم بإجراء التقصى والتحقيق اللازم للتحرى والتدقيق قبل الإشعار، وذلك على النحو الذى سيكون إشعارها محمولا على أدلة ومستندات تؤكد ما تمر به الشركة من صعوبات^(٣).

<http://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=260>

(١) نصت المادة (١٢٧٢) من مدونة التجارة المغربى على تنظيم التزام مكتب العمل بالإشعار، حيث جاء فيها: "تولى مقتضية الشغل والصندوق الوطنى للضمان الاجتماعى ومصالح المحاسبة العمومية إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بما تلاحظه من أعمال تهدد استمرار نشاط أية مؤسسة خاضعة لأحكام هذه المدونة، وخاصة عند عدم تسديد ما تعلق بذمتها بعد مضى ستة أشهر من تاريخ حلول الدين". راجع: الكتاب الخامس من مدونة التجارة المحدث بمقتضى الظهير الشريف رقم ١/٩٦/٨٣ (المؤرخ فى ٠١/٠٨/١٩٩٦). الجريدة الرسمية المغربية عدد (٥٥١١) الصادرة بتاريخ ١١ جمادى الأولى ١٤١٧ الموافق ٣ أكتوبر ١٩٩٦، نسخة محدثة بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٦، ص ٢١٨٧.

(٢) الشليب أمال، أثر نزاعات العمل الجماعية على إنتاجية المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣) راجع:

Corporate Governance and the Financial Crisis, key findings and main messages, June 2009, this document was considered by the OECD Steering Group on Corporate Governance and approved for publication on 29 May 2009, p51.

والملاحظ أن نص الفصل (٥) من أحكام قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ كان قد وضع لهذه المؤسسات قرينة تساعد على اكتشاف مواجهة الشركة لصعوبات اقتصادية^(١)، تمثلت في عدم قيام الشركة بالوفاء بما عليها من ديون بعد مضي ستة أشهر من تاريخ حلول الدين. فمضى المدة السابقة لا تعنى قطعية مواجهة الشركة لصعوبات اقتصادية، لاحتمال أن يكون التأخير للمطالبة أو التنازع في أصل الدين أو مقداره، ومن ثم يجب على الهيئات المعنية (مكاتب العمل وهيئة الضمان الاجتماعي ومصالحة الضرائب) أن تبيّن وتتحق من حقيقة الصعوبات التي تمر بها الشركة قبل أن تقوم بالإشعار.

وقد عدل المشرع التونسي عن الأخذ بهذه القرينة في التعديلات التي أدخلها بموجب قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦. ولا يفهم تبرير لهذا الموقف من قبل المشرع التونسي، فيا ليته أبقى عليها كوسيلة تساعد هذه الهيئات على استنتاج مرور الشركة بصعوبات اقتصادية.

٢/ الإشعار من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية:

٤٠- استحدث قانون الإنقاذ التونسي لجنة لم يعرفها نظيره الفرنسي، عرفت باسم لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية تتولى تجميع البيانات والمعلومات عن نشاط الشركات التجارية وغيرها من المؤسسات الاقتصادية، وتقديم لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المقر الرئيسي للشركة المدينة بكافة ما لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك^(٢). وتبادر اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة تبلغ خسارتها ثلث رأسمالها. كما تتولى اقتراح برنامج إنقاذ المؤسسات، وتبدي رأيها وجوبا في برامج الإنقاذ المعروضة على المحكمة^(٣). وقد حرص

(١) نص الفصل (٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ على "تتولى مصالح نفقذية الشغل والصدوق القومي للضمان الاجتماعي ومصالح المحاسبة العمومية والمؤسسات المالية إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بما تلاحظه من أصل تهدد استمرار نشاط أية مؤسسة خاضعة لأحكام هذا القانون وخاصة عند عدم خلاص ما تخلد بثمتها من ديون بعد مضي ستة أشهر من تاريخ حلول الدين". راجع: قانون عدد ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ مؤرخ في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٣ يتعلق بتنقيح القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ ابريل ١٩٩٥ المنقح بالقانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ المؤرخ في ١٥ يوليو ١٩٩٩ المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإتمامه، سابق الإشارة.

(٢) راجع مزيد من التفصيل: مبرك الخماسي، مهام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية على ضوء التنقيح الجديد لقانون الإنقاذ، بحث مقدم للورقة الدراسية بعنوان "إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية"، المعهد الأعلى للقضاء، وزارة العدل وحقوق الإنسان، ٢٢ يناير ٢٠٠٤، ص ٣.

(٣) حيث نص الفصل (٤) من قانون الإنقاذ التونسي لعام ١٩٩٥ على "أحدثت لدى وزارة الصناعة لجنة تسمى (لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية) تتولى تجميع المعلومات عن نشاط المؤسسات وتمتد رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المقر الرئيسي للمدين بكل ما توفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك، وتبذل اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة تبلغ خسارتها

المشروع التونسي على تعظيم دور هذه اللجنة، حيث أضاف فقرة ثانية إلى المادة سالفة الذكر بمناسبة التعديل الذي أدخله عام ٢٠٠٣، تقضى بأن تبادر اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة بلغت خسارتها ثلث رأس مالها وكذلك بكل مؤسسة تبين لها وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها، كما تتولى اقتراح برامج إنقاذ المؤسسات وتبدي رأيها وجوبا في برامج الإنقاذ المعروضة على المحكمة.

والملاحظ على هذا التعديل أنه منح لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية دورا أكبر في الإشعار، من خلال منحها سلطة تقديرية لطبيعة الأحداث التي من شأنها أن تهدد نشاطها واستمرار أعمال المؤسسة. ويفترض أن يكون هذا التقدير مؤسسا على أسباب سائغة تدعمه وليس مجرد تقدير جزافي. ولعل تشكيل هذه اللجنة من الخبراء والمتخصصين سوف يسمح لها بتقدير طبيعة المشاكل التي تمر بها الشركة. كما حرص قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ على تعظيم دور اللجنة في مجال التحقق والتقصي من الوضع الاقتصادي للشركات بما يمكنها من الإشعار على نحو أكثر دقة^(١). فقد حرص هذا القانون على دعم قدرة لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في الوقوف على طبيعة الصعوبات التي تمر بها الشركة، من خلال الاستعانة بمرصد وطني يساعدها على تجميع المعلومات الخاصة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وتحليلها وتبادلها في إطار شبكة معلوماتية مع الأطراف المعنية.

من ناحيتها حرصت مدونة التجارة المغربية على إنشاء لجنة لمتابعة الشركات والمؤسسات الاقتصادية يكون لها صفة في الإشعار^(٢). وحرص أيضا قانون الإفلاس

ثلث رأسمالها. كما تتولى اقتراح برنامج إنقاذ المؤسسات، وتبدي رأيها وجوبا في برامج الإنقاذ المعروضة على المحكمة. وتحدد بأمر

تركيبية للجنة وطرق عملها^١.

(١) نص الفصل (٤١٨) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لعام ٢٠١٦ على "حدث لجنة تسمى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية تتولى عن طريق مرصد وطني تجميع وتحليل وتبادل المعلومات الخاصة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في إطار شبكة معلوماتية مع الأطراف المعنية. وتمد اللجنة رئيس المحكمة الابتدائية بكل ما توفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك. وتبادر اللجنة وجوبا بإشعار رئيس المحكمة بكل مؤسسة بلغت خسارتها ثلث رأس مالها وكذلك بكل مؤسسة تبين لها وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها بناء على تقرير معالج. وتحدد سلطة الإشراف على اللجنة وتركيبها وطرق عملها بأمر حكومي".

(٢) نصت المادة (١٢٧١) من مدونة التجارة المغربية سابقة الإشارة إليها على " تكون لدى وزارة الصناعة لجنة تسمى "لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية" تتولى تجميع المعطيات عن نشاط المؤسسات وتمد رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة المقر الرئيسي للمدين بكل ما توفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك. وتخير اللجنة رئيس المحكمة بكل مؤسسة تبلغ خسارة ثلث رأس مالها. وتبدي رأيها وجوبا في برامج التصفية المعروضة على المحكمة".

الإماراتي الجديد رقم (٩) لسنة ٢٠١٦ على انشاء لجنة تسمى " لجنة إعادة التنظيم المالي" بموجب قرار يصدر عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير"، إلا أنه قد سكت عن تنظيم القواعد الإجرائية المنظمة لعمل هذه اللجنة، واكتفى في هذا الشأن بمجرد الإحالة إلى القرار الصادر من مجلس الوزراء المشار إليه في البند رقم (١) (١). وعلى الرغم من حرص هذا القانون على تنظيم اختصاصات هذه اللجنة في المادة (٤) منه، فإنه لم يمنحها الصفة في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركات (٢).

ولم يهمل قانون إعادة الهيكلة المصري تنظيم لجنة إعادة الهيكلة؛ حيث وضعت المادة (١) من الفصل الأول من الباب الأول منه تعريفاً للجنة إعادة الهيكلة، بأنها عبارة عن "اللجنة المشكلة من الخبراء المقيددين بالجدول لإعداد خطة إعادة الهيكلة. وهذه اللجنة ليست دائمة، وإنما تشكل بموجب قرار من القاضي المختص في أي مرحلة يكون عليها النزاع من الخبراء المقيددين بجدول خبراء إدارة الإفلاس، لتقوم بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول التاجر وتقييمها وما تكلف بها من أعمال" (٣).

(١) راجع: المرسوم بقانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، دولة الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية العدد

(٦٠٤) السنة السادسة والأربعون بتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٦.

(٢) نصت المادة (٤) من قانون الإفلاس الإماراتي لسنة ٢٠١٦ على أن " تخصص اللجنة بما يأتي:

١/ الإشراف على إدارة إجراءات إعادة التنظيم المالي للمؤسسات المالية المرخصة من الجهات الرقابية المختصة، لتسهيل الوصول إلى اتفاق رضائي بين المدين ودائنيه، بمعاونة خبير أو أكثر تعينه اللجنة لهذا الغرض، وفقاً للشروط والإجراءات التي ينص عليها قرار مجلس الوزراء المشار إليه في البند (٢) من المادة (٣) من هذا المرسوم بقانون.

٢/ اعتماد قائمة الخبراء في شئون إعادة التنظيم المالي والإفلاس للقيام بأي من الأعمال الموكلة إليهم وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون، وذلك بالتنسيق مع وزارة العدل أو السلطة المحلية في الإمارات ذات القضاء المحلي، واعتماد شروط وإجراءات القيد في جدول الخبراء.

٣/ تحديد جدول بأتعاب الخبراء الذين يتم تعيينهم أية تكاليف يتحملونها بسبب إجراءات إعادة التنظيم المالي، ويعد الخبير المعين في إجراءات إعادة التنظيم المالي في حدود ما يقوم به تنفيذاً للمهمة الموكلة إليه في حكم الموظف العام.

٤/ إنشاء وتنظيم سجل للأشخاص الصادرة بحقهم أحكام قضائية سواء بفرض أية قيود تأمر بها المحكمة أو بفقدهم أهليتهم وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون، وتصدر اللجنة قراراً تحدد فيه شكل السجل والبيانات الواجب إدراجها فيه والأشخاص الذين يحق لهم الاطلاع عليه وشروط ذلك، وغيرها من الأحكام ذات الصلة.

٥/ رفع تقارير دورية إلى الوزير بأعمالها وإنجازاتها ومقترحاتها لغايات تمكينها من القيام بالمهام الموكلة إليها بموجب هذا المرسوم بقانون.

٦/ أية اختصاصات أخرى ينص عليها هذا المرسوم بقانون أو تتلظ بها من مجلس الوزراء.

(٣) راجع المادة (١٤) من قانون إعادة الهيكلة المصري والصالح الوافي والإفلاس المصري.

وقد نصت المادة (١/١٣) من الفصل الثالث على " ينشأ جدول يلحق بجدول خبراء المحاكم الاقتصادية يسمى (جدول خبراء إدارة الإفلاس) من عدد كاف من المكاتب والشركات المتخصصة في مجال إعادة الهيكلة وإدارة الأصول وخبراء وزارة المالية والاستثمار والتجارة والصناعة والقوى العاملة والبنك المركزي المصري والهيئة العامة للاستثمار والهيئة العامة للرقابة المالية والبورصة المصرية والاتحاد العام للغرف التجارية المصرية واتحاد الصناعات المصرية وأمناء التفليسة والخبراء المثمنين وغيرهم عند الاقتضاء.

نصت أيضاً المادة ونصت المادة (١٤) على " للقاضي المختص في أي مرحلة كان عليها النزاع تشكيل لجنة تسمى (لجنة إعادة الهيكلة) من الخبراء المقيددين بجدول خبراء إدارة الإفلاس تختص بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول التاجر وتقييمها وما تكلف

والملاحظ على القانون المصرى أنه خالف ما أقره القانون التونسى والاماراتى، حيث اكتفى بلجنة مؤقتة يأمر القاضى المختص بتشكيلها إذا ما اقتضت الضرورة ذلك. كما لم يحدد اختصاصات هذه اللجنة، وإنما أسند للقاضى مهمة تحديد اختصاصاتها. وليس من المتصور أن يكون لهذه اللجنة صفة فى الإشعار بالصعوبات الاقتصادية، بالنظر إلى أنها لا تشكل إلا بعد اللجوء للقضاء بمناسبة طلب لإعادة الهيكلة. الأمر الذى يستبعد معه أن يكون لها دور فى الإشعار.

ويبدو لنا أن القانون المصرى يحتاج إلى إعادة النظر فى دور هذه اللجنة واختصاصاتها وهو بصدد مناقشة هذا المشروع، وذلك فى ضوء ما لها من دور بالغ الأهمية فى مرحلة الإنفاذ الوقائى من الإفلاس؛ حيث إنها تشكل من مجموعة من الخبراء المتخصصين فى شئون التجارة والشركات، وذلك على النحو الذى يمكن أن تمارس دورا رقائبا مهاما على الشركات المصرية، للتأكد من عدم مرورها بصعوبات اقتصادية، وتقديم الخدمات الاستشارية المختلفة، علاوة على الإشعار بوجود صعوبات اقتصادية إذا ما وجدت.

٣/ القضاء:

٤١- حرص القانون التجارى الجزائرى على دعم حق القضاء فى الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركات، وذلك إذا وصل لعلمه أنها غير قادرة على الوفاء بديونها، حيث يحق لرئيس المحكمة إجراء التحقيق اللازم لجمع المعلومات عن وضعية الشركة وتصرفاتها^(١). وقد سار المشرع المغربى على ذات خطى نظيره الجزائرى فى هذا الشأن^(٢). أما المشرع التونسى فإنه لم يمنح المحكمة

به من أعمال أخرى وعليه تقدير أتعاب اللجنة".

(١) راجع المادة (٢٢١) من القانون التجارى الجزائرى الصادر بالأمر رقم (٧٥-٥٩) بتاريخ ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥.

(٢) نظمت مدونة التجارة المغربية هذا الأمر بنص صريح؛ حيث نصت المادة (٥٤٧) منه على "فى حالة عدم تداول الجمعية العامة فى الموضوع أو إذا لوحظ أن الاستمرارية ما زالت مختلفة رغم القرار المتخذ من طرف الجمعية العامة، أخبر رئيس المحكمة بذلك من طرف المراقب أو رئيس المقابلة". وأيضًا نصت المادة (٥٤٨) من ذات القانون على "يمتدعي رئيس المحكمة رئيس المقابلة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة (٤٥١) أو فى الحالة التى يتبين من كل عقد أو وثيقة أو إجراء أن شركة تجارية أو مقابلة فردية تجارية أو حرفية تواجه صعوبات من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها، قصد النظر فى الإجراءات الكفيلة بتصحيح الوضعية. فى نهاية هذا الاجتماع، يمكن لرئيس المحكمة، على الرغم من أية مقتضيات تشريعية مخالفة، أن يطلع على معلومت من شأنها إعطائه

حق التدخل لإنقاذ الشركة إلا بعد أن يصلها إخطار من قبل لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية، حيث يقوم رئيس المحكمة بعد ذلك باستدعاء مدير الشركة وبيان التدابير التي يجب عليه إتخاذها ويحدد له أجلاً للتففيذ^(١).

وتعكس التشريعات التي منحت المحكمة حق الإشعار رغبتها في تعليق إجراءات الإنقاذ الوقائية بالنظام العام، وذلك على النحو الذي يجعل المحكمة تبادر من تلقاء نفسها للتصدى للصعوبات التي تواجه الشركة بالإشعار عنها، لتفتح الطريق أمام توالى باقى إجراءات الإنقاذ. فحماية الشركة من الإفلاس ليس غرضاً خاصاً بالشركة أو الدائنين، ولكنه غرض عام للمجتمع بأسره فى ضوء ما يترتب عليه من نفع للاقتصاد القومى فى مجموعه.

وتتمثل الإجراءات التي يمكن للقضاء أن يتخذها فى هذا الصدد القيام باستدعاء مدير الشركة وسؤاله عن وضعها المالى. كما له تعيين خبير متخصص يقوم بالإطلاع على حسابات الشركة وأحوالها المالية للتأكد من توقف الشركة عن دفع ديونها، وذلك دون أن يملك إقتراح خطة لإنقاذ الشركة من تدهورها المالى، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للوضع فى فرنسا، الذى أعطى للقاضى الحق فى وضع خطة أو برنامج لإنقاذ الشركة^(٢). وجدير بالذكر أن القاضى يتمتع بسلطات واسعة النطاق فى هذا الصدد؛ حيث يملك أن يطلع على دفاتر الشركة وفحص وضعها الإقتصادى والنظر فى التقارير الصادرة عن مراقب الحسابات فى هذا الصدد. كما يحق له الحصول على كافة ما يريد من معلومات. ولاشك فى أن القاضى سيوجه بما يخدم انتشال الشركة من الأزمة التي تمر بها لتجنبها الوصول إلى مرحلة التوقف عن الدفع.

وقد حرص المشرع الفرنسى على تزويد المحاكم بصلاحيات واسعة لتقييم أوضاع الشركات المعسرة وفق معايير متعددة، ومنحها قدرة استثنائية للتواصل مع الوزارت

صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمدين وذلك عن طريق مراقب الحسابات أو الإدارات أو الهيئات العمومية أو ممثل العمل أو أي شخص آخر" راجع: الجريدة الرسمية المغربية عدد (٥٥١١) الصادرة بتاريخ ١١ جمادى الأولى ١٤١٧ الموافق ٣ أكتوبر ١٩٩٦، (نسخة محدثة بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٦، ص ٢١٨٧.
(١) راجع: الفصل (٤) قانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ مؤرخ في ١٧ إبريل ١٩٩٥ يتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، سابق الإشارة.

L. 611-2, LOI n°2015-1268 du 14 octobre 2015 - art. 2 – NOR.

والأجهزة الإدارية، مثل مصلحة الضرائب والهيئة العامة للضمان الاجتماعي، للوقوف على حجم وطبيعة الديون المستحقة وطبيعتها على الشركة والفواتير غير المدفوعة والتي تشير الى الصعوبات الاقتصادية. كما يعد عدم تقديم الشركة البيانات السنوية المطلوبة من الجهات الحكومية مؤشراً على وجود صعوبات اقتصادية. وتجسد هذه الصلاحيات الدور الوقائي للمحاكم في هذا الصدد. وينص القانون الفرنسي على أنه يجب على رئيس المحكمة أن يرفق استدعائه بمذكرة شارحة للوقائع التي تبرر الاستدعاء. ويجوز أن تأمر المحكمة التجارية بدفع غرامة لكل من لا يمتثل للاستدعاء أو إيداع البيانات المطلوبة.

وعلى الرغم من أن القانون المصري عقد الاختصاص للمحاكم الاقتصادية بنظر المنازعات الخاصة بالافلاس واعادة الهيكلة⁽¹⁾، فإنه لم ينظم سلطة المحكمة في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركة. ولعل هذا الموقف منتقداً بالنظر إلى أن المحكمة يمكن أن تلعب دوراً بالغ الأهمية في هذا الصدد، بحكم اطلاعها على المنازعات الخاصة بالشركات، ومن ثم يسهل عليها أن تكتشف مرور الشركات بصعوبات أو توقفها عن الدفع.

ومن المعلوم أن الشركات الكبيرة كانت ترفض في الماضي الإفصاح عن بياناتها الخاصة حتى لا تهدر اعتبارات المنافسة، وهو ما يثير التساؤل حول مدى قدرة هذه الشركات على الموازنة بين اعتبارات السرية والمنافسة.

مما لا شك فيه أن تعلق الأمر بالمنافسة سوف يدفع مديري الشركة إلى التمسك بسرية البيانات المحاسبية من خلال رفض الإفصاح عنها. يأتي هذا في ظل حرصهم الشديد على الإفصاح لإنقاذ الشركة. ومن ثم يبدو لنا أن مبررت المنع والسرية سوف تتلاشى أمام اعتبارات نقادى الإفلاس، خاصة إذا ما كان الإفصاح سيتم في مواجهة القضاء بضمانات معينة؛ فالضرورة تقدر بقدرها، بمعنى أن يكون الإفصاح في حدود ما يلزم فقط لبيان طبيعة الصعوبات الاقتصادية وما يساعد على مواجهتها.

(1) راجع: المادة الثالثة، والمادة (2) من الفصل الاول من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس، سابق الإشارة.

ويستطيع مدير الشركة بما لديه من خبرة على تحديد البيانات التي يجب الإفصاح عنها والتي لا يجب الكشف عنها.

ولا يمكن القول إجابة عن التساؤل السابق بأنه يجب عدم الإفصاح، لأن ذلك من شأنه أن يعرض الشركة ومديريها للعقاب من قبل المحكمة.

٤/ البنك المركزي أو السلطة المصرفية والنقدية:

٤٢- حرصت بعض التشريعات على منح السلطات المصرفية والنقدية لديها حق الإشعار بما قد يعترض الشركات التجارية من صعوبات خاصة البنوك؛ فقد خول القانون الجزائري رقم ٣/١١ الصادر بتاريخ ٢٦/٨/٢٠٠٣ المتعلق بالنقد والقرض والمعدل بالأمر رقم ٤/١٠ لسنة ٢٠١٠ اللجنة المصرفية الجزائرية حق الرقابة على أعمال البنوك وغيرها من المؤسسات المالية. وقد خولها هذا القانون حق الاطلاع على الوثائق، والاستيضاح عن المعلومات والبيانات، وسؤال أى شخص حول أى من البيانات الخاصة بالبنك، دون أن يملك التمسك بالسري المصرفي. كما سمح هذا القانون لهذه اللجنة الحق في توسيع تحرياتها إلى الأشخاص المسيطرين على إدارة البنك أو المؤسسة المالية، وكذلك الفروع الخارجية لهذه البنوك في الدول. وإذا ما ثبت وجود خلل في الأوضاع المالية لأي مؤسسة مالية، فإنه يحق للجنة أن تدعو لاتخاذ التدابير التي من شأنها إعادة التوازن المالي وتصحيح المسار، بغية تجنب الوصول لحالة التوقف عن الدفع. كما أعطى القانون الجزائري للجنة المصرفية الحق في حالة عدم احترام ما صدر عنها من تعليمات وتوجيهات أن تعين بصورة مؤقتة قائما بالإدارة يكون له صلاحيات كاملة في إدارة أعمال البنك أو المؤسسة المالية، بحيث إذا ما عجز الأخير عن انتشال المؤسسة من وضعيتها الميئوس منها، فيحق له الإعلان عن توقف المؤسسة عن الدفع^(١).

ويذكر أن كلا من القانونين الفرنسي والتونسي لم يعالجا التزام البنك المركزي أو السلطة المصرفية في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تواجه البنوك. وكذلك كان موقف قانون البنك المركزي المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣^(٢)، الذي على

(١) راجع المواد (١٠٨-١٠٩-١١٠-١١١-١١٢-١١٣) من قانون النقد والقرض المغربي رقم (١٠-٤) ١٦ رمضان عام ١٤٣١ الموافق ٢٦ أغسطس لسنة ٢٠١٠، والمعدل بالأمر ٣-١١ بتاريخ ٢٧ جمادى الثانية لعام ١٤٢٤ الموافق ٢٦ أغسطس لسنة ٢٠٠٣ (٢) راجع: القانون المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد والمعدل بالقانون رقم

الرغم من أنه استعرض في مادته رقم (٥٦) من أحكام الفصل الرابع قواعد رقابة البنك المركزي وإشرافه على البنوك والضوابط المرتبطة بأنشطتها، التي تمكن البنك المركزي من الإطلاع على الوضع المالي والاقتصادي للبنوك ومن ثم اكتشاف ما قد تواجهه من صعوبات، إلا أن القانون لم يمنح البنك المركزي صفة في الإشعار بوجود صعوبات تستدعي التدخل للإنقاذ^(١).

٥/ مجتمعات الوقاية المعتمدة Les groupement de prévention agréées :
٤٣- نظم القانون التجاري الفرنسي ما يسمى بمجمعات الوقاية المعتمدة كهيئة رقابية بموجب التعديل المقرر بالقانون الصادر في أول مارس لسنة ١٩٨٤^(٢). وتتمتع هذه الهيئة بالشخصية المعنوية وتخضع لأحكام القانون الخاص وتختص بإشعار الشركات والمؤسسات بالبيانات والتحليلات المالية والمحاسبية الخاصة بأوضاعهم المالية في ضوء ما يرد إليها منهم من تقارير دورية. كما تختص هذه الهيئة بإبرام الاتفاقيات لمصلحة هذه الشركات مع هيئات القرض وشركات التأمين. كما ترافق هذه الهيئة مدير الشركة عند استدعائه من قبل رئيس المحكمة بموجب المادة (١/٦١١). و جدير بالذكر أن انضمام الشركات والمؤسسات لهذه الهيئة أمر اختياري، حيث لم يجعل المشرع الفرنسي هذا الأمر إجبارياً.

١٦٢ لسنة ٢٠٠٤ وبالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥، منشور بالجريدة الرسمية العدد (٢٤) مكرر، بتاريخ ١٥ يونيو لسنة ٢٠٠٣.
(١) وقد نصت المادة (٥٦) من هذا القانون على وضع مجلس إدارة البنك المركزي قواعد للرقابة والإشراف على البنوك والضوابط المرتبطة بأنشطتها، طبقاً لأحكام هذا القانون، مع مراعاة الأعراف المصرفية الدولية وتتضمن بوجه خاص: (أ) تحديد الحد الأدنى لمعيار كفاية رأس المال. (ب) الحدود القصوى لتتركز توظيفات البنوك في الخارج. (ج) الحدود القصوى للمديونية للخارج والضمانات المقدمة عن تمويل يقدم في الخارج.

(د) الحدود القصوى للقيمة التسليفية للضمانات المقدمة مقابل التمويل والتسهيلات الائتمانية، وتحديد آجال الاستحقاق. (هـ) تحديد نسب السيول ونسب الاحتياطي (و) الحدود القصوى لاستثمارات البنك في الأوراق المالية وفي التمويل العقاري والائتمان لأغراض استهلاكية وذلك مع مراعاة حكم البند (٣) من المادة (٦٠) من هذا القانون. (ز) ضوابط فتح الحسابات ومزاولة العمليات المصرفية (ح) المعايير التي تتبع في تحديد قيمة كل نوع من أصول البنك. (ط) قواعد الإفصاح والبيانات الواجب نشرها وكيفية النشر. (ي) القواعد الخاصة بالحد الأقصى للسندات التي يجوز لكل بنك إصدارها أو ضماناتها وشروط الإصدار أو الضمان (ك) الحدود القصوى للتوظيف لدى أي العميل الواحد والأطراف المرتبطة به والأطراف المرتبطة بالبنك، وذلك مع مراعاة حكم المادة (٧١) من هذا القانون.

(٢) راجع:

Code de commerce, Section 1: Des groupements de prévention agréés, droit.org, institut
français d'information juridique, Edition: 2016-12-11, p751.

وعلى الرغم من أن مصر بها هيئة تسمى بالهيئة العامة للرقابة المالية، فإن اهتمامها فى الأساس موجه للأسواق المالية والعاملين فيه، ولا تهتم بشكل مباشر بالرقابة على الأوضاع المالية للشركات بشكل عام. وقد صدر عن هذه الهيئة مؤخرًا "المعايير المصرية للتقييم المالى للمنشآت"^(١). وقد ذكر فى مقدمة هذه المعايير أنها صدرت بهدف حماية المستثمرين عند تقييم الأوراق المالية لأغراض الطرح والاستحواذ وزيادة رؤوس الأموال وغيرها من القرارات الاستثمارية^(٢).

وهو ما يعكس اهتمام هذا القرار بالأسواق المالية فى المقام الأول، وليس أمر تعثر الشركات ومرورها بصعوبات اقتصادية تقتضى التدخل لإنقاذها.

ويبدو لنا بعد التعرض لوسائل الإشعار المختلفة إيداء الملاحظات الآتية:

١/ لا يوجد تشريع من التشريعات التى نظمت آلية الإشعار عن الصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركات قد تبنى جميع وسائل الإشعار، ولكن تباينت فيما بينها فى اختيار الوسائل التى تتناسب مع ظروف مؤسساتها، وبما يضمن جدوى الإشعار فى الإنقاذ.

٢/ أن الإشعار بالصعوبات الاقتصادية يلعب دورًا كبيرًا فى تجسيد مفاهيم الإنقاذ المبكر للشركات التجارية المعسرة، ليس فقط لما يتمتع به من سهولة وبساطة، ولكن أيضًا لدوره الكبير فى تجنب الشركة ويلات الإفلاس، من خلال الإنذار المبكر ومن ثم التدخل السريع، بما يجعل للإنقاذ جدوى وفائدة. فالصلح الواقى من الإفلاس والتسوية الودية والتسوية القضائية وسائل قد لا تؤتى ثمارها فى كثير من الأوقات لكونها لا يتم اللجوء إليها إلا بعد أن تكون الشركة قد وصلت لحد الاضطراب المالى

(١) راجع: الوقائع المصرية، العدد (٢٣)، قرار مجلس الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١/١٨ بشأن إصدار المعايير المصرية للتقييم المالى للمنشآت.

(٢) وقد عدت الفقرة (٢) من قرار مجلس الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١/١٨ سالف الذكر وهى بصدد تحديد نطاق تطبيق القرار الحالات التى يسرى عليها القرار، وهى:

أ/ زيادة رؤوس الأموال بإصدار أسهم جديدة وذلك وفقًا لأحكام المادة رقم (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال. ب/ عروض الشراء وفقًا لأحكام الباب الثانى عشر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال. ج/ مبادلة الأسهم التى يمتلكها المكتب فى رأس مال شركة أخرى بقصد الاستحواذ أو الاندماج طبقًا للمادة (٢٢) فقرة (و) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه. د/ دراسة القيمة العادلة التى تتطلبها قيد وشطب الأوراق المالية بالبورصة المصرية عند شراء أو بيع شركة مقيدة لها أسهم بالبورصة أسهم شركة غير مقيدة أوراقها المالية أو منشأة تمثل قيمتها نسبة ١٠% أو أكثر من حقوق ملكية الشركة المقيدة لها أسهم. ح/ دراسة فرص النمو والربحية للشركات غير المستوفية شرط الربحية وفقًا لقواعد قيد الأوراق المالية فى البورصة. ط/ تقييم استثمارات صناديق الاستثمار فى الأوراق المالية غير المقيدة بالبورصة. ي/ عمليات الاندماج بين الشركات وعمليات تقسيم الشركات المؤسسة وفقًا لأحكام قانون رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. ض/ حالات التقييم لأغراض طرح الأوراق المالية.

أو حتى التوقف عن الدفع، وهو ما قد يتسبب في عدم فائدة هذه الوسائل، وذلك على عكس الإشعار.

٣/ أن وسائل الإنقاذ المختلفة قد جسدت البعد المجتمعي والقومي لفكرة الإنقاذ؛ حيث يفرض على كثير من الهيئات الحكومية ومنظمات المجتمع المدني مسؤولية متابعة شئون الشركات التجارية، والإشعار المبكر عن الصعوبات التي قد تواجهها، بالنظر إلى أن تجنيب الشركة الإفلاس لا يحقق مصلحة الشركة والدائنين فقط، وإنما المجتمع بأسره.

٤/ الملاحظ على التشريعات التي عالجت نظام الإشعار أنها لم تمنح دائني الشركة صفة في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها وهو أمر منتقد، باعتبار أنهم من أكثر الأشخاص قدرة على إدراك ما تمر به الشركة من أزمات. كما أنهم قد يكون لهم مصلحة في الإسراع مبكراً بإنقاذ الشركة للحفاظ على الضمان العام لهم.

٥/ أن النظام القانوني المصري يخلو من أحكام تعالج فكرة الإشعار بالصعوبات الاقتصادية، وهو ما يشكل فراغاً تشريعياً لم يتدراكه المشرع حتى في قانون إعادة الهيكلة المزمع عرضه على البرلمان، الأمر الذي يمثل إهداراً لواحدة من أهم النظم التي يمكن أن تستفيد منها الشركات المصرية في الإنقاذ المبكر.

المطلب الثالث

نتائج الإشعار بالصعوبات الاقتصادية

٤٤- لا جدوى من الإشعار إذا لم يحقق نتائج معينة تضمن التدخل السريع لإنقاذ الشركة. ويمكن القول بأن هذه النتائج سوف تظهر على مرحلتين؛ وذلك على التفصيل التالي:

١/ المهمة الأساسية:

٤٥- حرص القانون الفرنسي - ومن بعده القانون التونسي - على تنظيم الخطوات الأساسية التي يجب على المحكمة القيام بها فور تلقيها الإشعار بالصعوبات الاقتصادية. وقد اكتسبت هذه الخطوات طابعاً ملزماً للمحكمة. وتتنظم هذه الخطوات على النحو التالي:

أ/ الإستدعاء:

٤٦- أوجبت التشريعات السابقة على القاضى المختص عند تلقي الإشعار بالصعوبات الاقتصادية أن يبادر باستدعاء مسير المؤسسة أو صاحبها. لكنها لم تحدد له أجلاً يجب أن يقوم خلاله بهذا الاستدعاء، واكتفى بكلمة "يبادر"، وكان الأولى والأفضل أن يحدد له وقتاً معيناً يجب ان يقوم خلاله بالاستدعاء.

والملاحظ أن القانون التونسي^(١) قد حدد لرئيس المحكمة الأشخاص الذين يجب عليه استدعاءهم؛ ومنهم مدير الشركة ومالكها، ثم أضاف في نهاية النص عبارة "ولرئيس المحكمة استدعاء كل من يرى فائدة في سماعه وخاصة من قام بالإشعار".

وعلى صعيد الوضع في القانون الفرنسى، فقد مكن رئيس المحكمة بموجب المادة (٦١١) من أحكام القانون التجارى الفرنسى من استدعاء مدير الشركة للنظر فى التدابير المناسبة لطبيعة الصعوبات الاقتصادية التى تواجهها الشركة، وفى نهاية هذه المقابلة أو إذا لم يحضر مدير الشركة يجوز لرئيس المحكمة التواصل مع مراقب الحسابات وممثل العمال والموظفين وممثل صندوق الضمان الاجتماعى والاقتصادى والسلطات المصرفية وجميع مراكز المعلومات. كما قررت الفقرة الأخيرة من ذات المادة أنه إذا لم يقم المدير بتقديم تقرير الحساب السنوى فى ميعاده المحدد، فلين رئيس المحكمة أن يوقع عليه جزاء رادعاً^(٢).

(١) نص الفصل (٤٢١) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية على "يبادر رئيس المحكمة الابتدائية عند تلقي الإشعار بالصعوبات الاقتصادية باستدعاء مسير المؤسسة أو صاحبها بأي وسيلة تترك أثراً كتابياً لمطالبته ببيان التدابير التى يعجزم اتخاذها لتفادي ما يعترض المؤسسة من صعوبات ويحدد له أجلاً لذلك لا يتجاوز شهراً. وبانتهاء الأجل المذكور يأذن رئيس المحكمة بفتح إجراءات التسوية الرضائية إن رغب المدين فى ذلك أو بانطلاق إجراءات التسوية القضائية إن توفرت شروطها. وعلى مسير المؤسسة المعنية أو صاحبها بحسب الحال الإدلاء بالوثائق والمعطيات المنصوص عليها بالفصل (٤١٧) من هذه المجلة. ولرئيس المحكمة استدعاء كل من يرى فائدة في سماعه وخاصة من قام بالإشعار. ويجب إعلام لجنة متبعية المؤسسات الاقتصادية بالقرارات المتخذة عملاً بأحكام الفقرة الأولى.

(٢) راجع:

L. 611-2: "I.-Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation. A l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des

وعلى صعيد متصل يجوز للقاضي الفرنسي أن يعين مديراً أو مشرفاً للشركة و L'administrateur كى يساعدها على تقييم أوضاعها الإقتصادية والإجتماعية والبيئية، وتحديد طبيعة الصعوبات الإقتصادية التى تواجهها وذلك قبل أن يقوم بالاستدعاء^(١). كما أعطى لهذا المدير الحق فى التواصل مع جميع الأشخاص ممن لهم دراية بشئون الشركة وأوضاعها، مثل المحاسبين والخبراء وكتاب العدل وممثلى العمال ومؤسسات الضمان الإجتماعى والبنوك وغيرهم. كما ألزم القاضي بأن يزوده بجميع الوثائق والمستندات التى تمكنه من مباشرة عمله^(٢).

وحسناً فعل المشرع الفرنسى فى هذا الصدد؛ حيث إنه لم يسمح باستدعاء مدير الشركة ومالكها إلا بعد إجراء دراسة وافية حول أوضاع الشركة، وذلك حتى تكون الصورة أمام المحكمة واضحة قبل أن تقوم بالاستدعاء من تريد، وأن تحدد بدقة طبيعة التدابير التى سيتم تكليف الشركة بها بغرض الإنقاذ.

ومن ناحية أخرى أوجب القانون التونسى أن يكون الاستدعاء للمدير أو المالك بأى وسيلة مكتوبة، وغالباً ما سيلجأ القاضي إلى تكليف محضرى المحكمة بالاستدعاء الشخصى لهم، وتكليفهم باقتراح التدابير اللازمة لتقادي ما يعترض الشركة من صعوبات، كما يجب على رئيس المحكمة أن يحدد لمن وجه إليه الاستدعاء أجلاً للرد لا يتجاوز شهراً. وعلى مسير المؤسسة المعنية أو صاحبها بحسب الحال الإدلاء بالوثائق والمعطيات المنصوص عليها بالفصل (٤١٧) من هذه المجلة^(٣).

incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

II.-Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut, le cas échéant sur demande du président d'un des observatoires mentionnés à l'article L. 910-1 A, leur adresser une injonction de le faire à bref délai

sous astreinte. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, le président du tribunal peut également faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I".

(١)L. 623-1: Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 36.

(٢)L. 623-2: Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 32.

(٣) حدد الفصل (٤١٧) هذه الوثائق، حيث نص على: يحتوي مطلب المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية والمقدم إلى رئيس المحكمة قصد الانتفاع بمقتضيات هذا العنوان على المعطيات والوثائق التالية: اسم المؤسسة طالبة التسوية أو تسميتها الاجتماعية ومقرها، واسم من يمثلها قانوناً ولقبه وعنوانه الشخصى ورقم بطاقة تعريفه الوطنية مع ذكر معرفتها الجبائي، وعدد ترسيمها بالسجل التجاري مع مضمون منه، وعدد انخراطها بالصندوق الوطنى للضمان

وبانتهاء الأجل المذكور يأذن رئيس المحكمة إما بفتح إجراءات التسوية الرضائية إن رغب الشركة في ذلك أو بانطلاق إجراءات التسوية القضائية إن توفرت شروطها. وفي كافة الأحوال يجب إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بالقرارات المتخذة.

ويبدو لنا أنه كان أحرى بالمشرع التونسي إلزام القاضى باستدعاء مراقب الحسابات، خاصة إذا كان الإشعار الأولي قد صدر عنه، باعتباره الأكثر دراية بأحوال الشركة وتدابير إنقاذها.

٢/ التحقيق:

٤٧- لم يتناول قانون الإجراءات الجماعية التونسي هذه المرحلة بالتنظيم، ولكن القضاء جرى على الأخذ بها، من خلال إجراء استجواب في جلسة خاصة بمكتب رئيس المحكمة، ولا مانع من وجود محام أو خبير. ويتم التحقيق في هذه الحالة على أحد وضعين^(١):

الوضع الأول/ ويتم فيه حضور مدير الشركة بعد استدعائه من رئيس المحكمة، ليتاح له الفرصة في الإدلاء بأقواله وآرائه حول تدابير الإنقاذ، وما ينوى اتخاذه، على أن يتم تحرير محضر بذلك. وفي هذه المرحلة يقتصر دور القاضى على طرح الأسئلة والاستفهامات، والنظر في مدى إمكانية تطبيقها من الناحية العملية.

الاجتماعي،

نشاط المؤسسة.

- أسباب طلب التسوية وطبيعة الصعوبات ومصدرها وانعكاساتها المستقبلية المحتملة على ديمومة المؤسسة من حيث التوازن المالي والحفاظ على مواطن الشغل.

- عدد مواطن الشغل وقائمة اسمية في العملة.

- بيان الأجر والمستحقات غير الخالصة والامتيازات الراجعة لكل عامل.

- موازنات الثلاث سنوات الأخيرة وما يتبعها من جداول محاسبية.

- جرد في أملاك المدين ومساهماته.

- بيان ما للمؤسسة وما عليها من الديون والسندات المثبتة لها مع تحديد أسماء الدائنين والمدينين ومقراتهم.

- التأمينات العينية والشخصية المقدمة من المدين أو المسير وضامنيه.

- تقرير مراقب الحسابات بعنوان الثلاث سنوات الأخيرة وذلك إن تعلق الأمر بشركة تجارية خاضعة لوجوب

- تعيين مراقب حسابات أو تم تعيينه طبق أحكام الفصلين ١٢٤ و ١٢٥ من مجلة الشركات التجارية.

- جدول الاستغلال المستقبلي للثلاث سنوات القادمة

- نسخة من بطاقة إسناد المعرف الجبائي.

ويرفض المطلب إذا لم تقدم الوثائق والمعطيات المنصوص عليها أعلاه دون سبب جدي. ولا يحول الرفض دون تقديم مطلب جديد.

(١) د. منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع

سابق، ص ٤٣.

الوضع الثاني/ لا يتم فيه حضور مدير الشركة للجلسة المقررة، وهنا يتم تحرير محضر يثبت فيه عدم الحضور.

٣/ التقييم:

٤٨- أياً ما كانت نتيجة التحقيق، فإن على رئيس المحكمة أن يجرى تقييماً موضوعياً لكافة ما عرض عليه، ليتمكن من اتخاذ القرار المناسب لوضعية الشركة. وقد كان الفصل (٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ يقرر استعانة المحكمة بخبير مالي ومحاسبى متخصص لتقييم الحالة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للشركة^(١). والغريب أن قانون الاجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦ قد تجاهل معالجة هذا الحكم، واكتفى بتعظيم سلطة لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية فى الاستعانة بالمرصد الوطنى لتجميع وتحليل وتبادل المعلومات الخاصة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية فى إطار شبكة معلوماتية مع الأطراف المعنية. وتمتد اللجنة رئيس المحكمة الابتدائية بكل ما توفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك^(٢). يضاف لذلك أن نص الفصل (٤٢٦) من القانون سابق الذكر سمح بأن يمنح المحكمة مزيداً من حرية الحركة للوصول إلى تقييم سليم لوضعية الشركة قبل أن تقرر الحلول التي تتناسب معها^(٣).

والملاحظ على موقف القانون الفرنسى فى هذا الخصوص أنه نظم هو الآخر التحقيق والتقييم، ولكنه لم يكلف القاضى القيام به كما فعل القانون التونسى، ولكن كلف به المدير أو المشرف المعين من قبل المحكمة L'administrateur ، الذى أعطاه القانون الحق فى التواصل مع كافة الأشخاص المعنيين بشؤون الشركة من

(١) نص الفصل (٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ على " يتولى خبراء مختصون تشخيص الحالة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. ويسهم صندوق تنمية الفترة التنافسية في تمويل سبعين بالمائة من كلفة الاختبارات والدراسات بعد تحديدها، مع اعتماد نفس المبالغ القسوى المعتمدة في كلفة الدراسات المعمول بها في برنامج التأهيل وتضبط كيفية تحمل الصندوق لتمويل الدراسة بأمر. وتحدد المحكمة اجرة الخبير بعد أن تبدي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية رأيها في تقرير الاختبار. ويأذن الوزير المكلف بالصناعة بخلاص اجرة الخبير عن طريق صندوق تنمية الفترة التنافسية بعد موافاته بما يفيد دفع القسط الأول من كلفة الدراسة وبعد أخذ رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. وتضبط قائمة الخبراء المختصين في تشخيص أوضاع المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية طبق أحكام القانون المتعلق بالخبراء العدليين".

(٢) راجع نص المادة (٤١٨) من قانون الاجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ سابق الذكر.

(٣) نص الفصل (٤٢٦) من قانون الاجراءات الجماعية التونسي على " يمكن لرئيس المحكمة، بقطع النظر عن كل أحكام قانونية مخالفة، أن يطلب أي معلومات عن حالة المؤسسة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. وله أن يطلب من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إجراء التشخيص ودراسة الملف في أجل لا يتجاوز شهراً من تعدها. وللجنة، بقطع النظر عن كل أحكام قانونية مخالفة، طلب معلومات عن حالة المؤسسة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية".

أعضاء مجلس الإدارة وممثلي العمال والخبراء والمحاسبين والهيئات العامة والنقابات، والتعرف على التدابير المقترحة لتسوية ديون الشركة^(١).

ولعل الفارق بين القانونين يكمن في أن القانون التونسي قد نظم ما يسمى بلجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية التي تساعد المحكمة في القيام بعملية التحقيق والتقييم، وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي لم ينظم مثل هذه اللجنة، واكتفى بالمدير أو المشرف الذي تعينه المحكمة لهذا الغرض.

وعلى أية حال يجب أن تستهدف عملية التقييم تحقيق ما يلي:

أ/ التعرف على أوضاع الشركة:

ويتم ذلك من خلال جمع الوثائق والمستندات الخاصة بالشركة؛ مثل العقد التأسيسي لها والاتفاقيات المشتركة مع المؤسسات الأخرى، والنظام الضريبي الخاص بها والهيكل التنظيمي، ومحاضر جلسات الجمعية العامة ومجالس الإدارة والقوائم المالية للمؤسسة وأوضاع العمال. أيضاً الاطلاع على ملكية الأراضي وحالة الآلات الخاصة بالشركة ومواردها البشرية. كما يجب الاطلاع على جميع المعلومات الخاصة بالسجل التجارى والغرف التجارية، وتقارير لجنة متابعة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية^(٢).

ب/ أعمال التقييم الاقتصادي:

ويستهدف هذا التقييم في الأساس التعرف على ما إذا كانت الشركة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع أم أنها تعاني فقط من صعوبات اقتصادية، وذلك في ضوء التوازن المالي للشركة، والمردودية الحالية La Rentabilité والمستقبلية لنشاطها^(٣)، وأيضاً التعرف على الهيكل التنظيمي وجدوى الإبقاء عليه لإدارة

1 - art. 1263-3 Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (١) راجع:

(٢) صالح الذهبي، دور الخبير المحاسب في تقصي الوضع الاقتصادي والمالي للمؤسسة وإمكانية مساعدتها، بحث مقدم للدورة التدريسية بعنوان " إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، للمعهد العالي للقضاء -وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤، ص ١.

(٣) راجع:

Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, op.cit, p 25.

الشركة^(١). وتكتسب هذه الأعمال أهميتها في أن المحكمة سوف تعتمد عليها في تكوين عقيدتها؛ إما باللجوء إلى التسوية القضائية، ومن ثم إعداد خطة للإنقاذ، أو باللجوء إلى تصفية أصول الشركة من خلال الحكم بشهر إفلاسها^(٢).

وقد كان من أبرز القضايا التي جسدت أهمية التقييم الاقتصادي لإنقاذ الشركات المعسرة، قضية شركة دبي للموانئ العالمية، التي قامت بتقييم اقتصادي دقيق لواقع الشركة ونشاطها، تمكنت في ضوءه من إعداد مسودة لخطة إعادة الهيكلة في شهر مارس لسنة ٢٠١٠، ووافق جميع الدائنين على هذه الخطة في شهر يونيو سنة ٢٠١٠. واستطاعت شركة موانئ دبي أن تتفق مع الدائنين على إقامة اتفاق للتسوية وإعادة الهيكلة بعيداً عن المحكمة^(٣).

ج/ أعمال التقييم الاجتماعي:

لا يخلو التقييم من قبل المحكمة إلا بمراعاة البعد الاجتماعي، من خلال الاستعانة بالخبراء والمتخصصين. وقد حرص نص الفصل (٣) من قانون الانقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ على أن ينص على أن " يتولى خبراء مختصون تشخيص الحالة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية".

(١) تتعدد النظم والآليات المتبعة لتشخيص الوضع الاقتصادي والتنظيمي للشركة، ومن أشهرها نموذج ماكينزي S'7 للتشخيص التنظيمي-Model S'7 M، و نموذج SAVOIE.A & MORIN.E للتشخيص التنظيمي. لمزيد من التفصيل راجع: فوراية بلشير، نماذج التشخيص التنظيمي ودورها في إعداد إستراتيجية المؤسسة SAVOIE.A & MORIN.E و McKinsey 7'S نموذجي حالة دراسة للمؤسسة الوطنية لتسويق وتوزيع المواد البترولية، رسالة ماجستير - كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير - قسم علوم التسيير، جامعة ألكي محند أولحاج - البويرة، الجزائر، (بدون تاريخ نشر)، ص ١٣١.

(٢) راجع:

Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, op.cit, p 39.

(٣) " وكانت «مجموعة دبي العالمية» أعلنت أنها وضعت خطة إعادة هيكلة بعض وحداتها بما في ذلك شركة «نخيل» لتطوير العقارات في تحرك يشمل ٢٦ بليون دولار من الديون. وأضافت المجموعة أن إعادة هيكلة بعض شركاتها وبينها شركة «نخيل» على خمس مراحل ستضمن بيع أصول، وحيث قالت «دبي العالمية»: إن إعادة الهيكلة تضم مراحل منها مرحلة تخطيط الأعمال، ومرحلة تحديد المستوى الذي يمكن من خلاله المحافظة على تحقيق الربح وتوليد النقد، ومرحلة تقييم خيارات تخفيض المديونية بما في ذلك بيع الأصول، ومرحلة تقييم احتياجات التمويل بالإضافة إلى مرحلة صياغة مقترحات إعادة الهيكلة ورفعها للدائنين وتنفيذها. وكانت المجموعة عينت شركة «موليز أند كومباني» لتقديم الاستشارات بشأن إعادة هيكلة المجموعة، إلى جانب شركة روثشايلد". راجع: مقالة بعنوان: «المزايا» - إعادة هيكلة «مجموعة دبي» تفتح الباب لإعادة ضبط الشركات الحكومية، منشورة بجريدة النهار الكويتية، العدد (٨٠٧)، بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٠٦.

والملاحظ على هذا النص أنه عكس الاهتمام بتقييم الحالة الاجتماعية للشركة. ولعل هذا الجانب يعكس اهتمام القانون بوضعية العمال إلى جانب الحفاظ على الوضع الاقتصادي للشركة^(١). ومن ثم يحرص الخبير على استظهار عدد العمال الذين لم يلقوا رواتبهم، وحجم الرواتب المتأخرة، والمدة التي لم يتم دفع الرواتب عنها. كما يجب عليه الحكم فيما إذا كان هناك عمالة زائدة عن الحاجة وتشكل إرهاقاً على الشركة، أم أن العمالة الموجودة لا يمكن الاستغناء عنها. فجميع هذه العوامل مرتبطة بشكل كبير بطبيعة القرار الذي سوف تتخذه المحكمة لإنقاذ الشركة^(٢).

٤/ قرار المحكمة:

٤٩- بعد انتهاء المحكمة من التحقيق والتقييم فإن موقفها لن يخرج عن أحد القرارات الآتية^(٣):

أ/ الإذن بافتتاح إجراءات الإنقاذ، من خلال اقتراح خطة مناسبة تتطوى على مجموعة من التدابير التي تظهر في صورة مقترحات للإنقاذ؛ مثل الاستغناء عن بعض وحدات أو خطوط الإنتاج الضعيفة التي تشكل عبئاً على الشركة، أو اقتراح الحصول على قروض ميسرة أو منح آجال للشركة لسداد الديون، وعقد بعض الجلسات لتيسير حصول الشركة على قروض بنكية أو بيع بعض المعدات أو الأجهزة التي لا حاجة للشركة بها، أو وضع الشركة تحت رقابة أو وصاية قاضي مراقب أو خبير متخصص لتسيير نشاطها وفق الضوابط المقترحة.

ب/ الإذن بافتتاح إجراءات التسوية القضائية، خاصة إذا ثبت من إجراءات التحقيق أن الشركة قد وصلت إلى مرحلة التوقف عن الدفع، وكانت التدابير المقترحة لا جدوى منها في إنقاذها.

(١) راجع:

M.Estelle MORIN, Efficacité Organisationnelle: Sens du Travail et Sante des Personnes, Synthèse de la Communication, HEC Montréal, Québec, Canada, (n.d), P 4.

(٢) د. بشار حكمت ملكاوي، إنقاذ المشروعات التجارية المتعثرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة والإفلاس الإماراتي، مرجع سابق، ص ٥.

(٣) د.متصف الكشور، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٤٦.

ج/ البدء فى إجراءات تفتليس الشركة، بعد أن تم التأكد من وصول أوضاع الشركة بحالة ميئوس منها، على نحو لا تجدى معه محاولات الإنقاذ أو التسوية الودية. والملاحظ أن القانون التونسى لم ينظم آلية للطعن على قرار القاضى فى هذا الخصوص، وذلك على عكس القانون الفرنسى الذى سمح بالطعن بالاستئناف على قرار القاضى من قبل الشركة ودائيتها باستثناء الدائنين أصحاب الديون المتنازع عليها، حيث لا يحق لهم الطعن. كما ألزم القانون أن يتم الطعن خلال المدة المحددة بموجب نص المادة 27-622 L. من أحكام القانون التجارى الفرنسى⁽¹⁾. كما ألزم القانون الفرنسى بإيداع الحكم بعد صدوره فى سجلات المحكمة ليتمكن كل ذى مصلحة من الإطلاع عليه⁽²⁾.

ب/ المهمة الثانوية:

٥٠- إذا كانت المهمة الأساسية لرئيس المحكمة أن يبادر فور تلقيه الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركة إلى مباشرة إجراءات الاستدعاء والتحقيق والتقييم، فإن الاستثناء على ذلك أن يقوم بفتح إجراءات التسوية القضائية مباشرة (أى دون المرور بالإجراءات السابقة)، وذلك فى حالة ثبوت توقف الشركة عن دفع ديونها، أى بعد أن يتبين له عدم جدوى تدابير الاستدعاء والتحقيق والتقييم، حيث إن الشركة قد وصلت إلى مرحلة كبيرة من التدهور حتى توقفت عن دفع ديونها، فيرى أن الأنسب هو التسوية القضائية.

وقد حرص قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٦ على تنظيم مهمة رئيس المحكمة فى هذه الحالة، حيث أعطاه الحق فى البدء فى إجراءات التسوية القضائية مباشرة إذا تبين له أن الشركة متوقفة عن دفع ديونها⁽³⁾.

(١) راجع:

L. 624-3 Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art.190.

(٢) راجع: 38. Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 38.

(٣) نص الفصل (٤٣٩) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦ على " يفتح رئيس المحكمة فى قرار انطلاق إجراءات التسوية القضائية فترة مراقبة لمدة لا تتجاوز تسعة أشهر قابلة للتديد مرة واحدة لمدة لا تتعدى ثلاثة أشهر بقرار معال بناء على ما تقتضيه وضعية كل مؤسسة ويعين قاضيا مراقبا يعهد إليه بالملف، ومتصرفا قضائيا. وعلى رئيس المحكمة أن يحدد تاريخ التوقف عن الدفع الذى لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ إيداع مطلب التسوية القضائية بناء على المعطيات المضمنة بتقرير المدير القضائي المنصوص عليه بالفصل ٤٤٢ من هذه المجلة. وفى حالة السكوت عن التاريخ يعتمد تاريخ إيداع المطلب. وفى صورة افتتاح إجراءات التسوية القضائية دون تقديم مطلب فى ذلك، يعتمد تاريخ الإذن بفتح إجراءات التسوية القضائية كتاريخ للتوقف عن الدفع. يدرج مضمون القرار القاضى بفتح فترة مراقبة بالسجل التجارى وتحال نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات

ويجب على رئيس المحكمة في هذه الحالة أن يحدد فترة لوضع الشركة تحت المراقبة لا تتجاوز تسعة أشهر، قابلة للتמיד مرة واحدة لمدة لا تتعدى ثلاثة أشهر بقرار مسبب بناء على ما تقتضيه وضعية كل شركة. كما يجب أن يعين قاضيا مراقبا يعهد إليه بالملف، ومتصرفا قضائيا، ليقوم بتقييم حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي، ويدلي بنتيجة أعماله إلى القاضي المراقب الذي يحيل بدوره نسخة منها إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

وفى كافة الأحوال، يدرج مضمون القرار القاضي بفتح فترة مراقبة بالسجل التجاري وتحال نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بسعي من كاتب المحكمة وعلى نفقة الشركة.

يفهم مما سبق أن هناك مجموعة من الخطوات يجب على رئيس المحكمة أن يخطوها إذا ما قرر أن يسلك طريق التسوية القضائية من البداية؛ وهي:

أ/ أن يتأكد من جدية توقف الشركة عن دفع ديونها، وليس مجرد صعوبات اقتصادية بسيطة.

ب/ أن يعين قاضيا مراقبا يعهد إليه بمراقبة أوضاع الشركة ليقوم بتقييم حقيقة وضعها الاقتصادي والمالي وإمكانية مساعدتها.

ج/ يجب على القاضي المراقب أن يدلي بنتيجة أعماله إلى رئيس المحكمة، الذي يحيل بدوره نسخة منها إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية لإبداء رأيها. ويجب على اللجنة أن تأخذ على عاتقها مهمة تجميع البيانات التي تصل إليها وتحليلها، وإعداد التدابير اللازمة لتنفادي الشركة المعسرة الإفلاس، وإبلاغ رئيس المحكمة بها، ويختار أكثرها تناسبا مع ظروف الشركة. فاللجنة تظهر بدور الخبير، فهي ليست صاحبة قرار، ولكنها تطرح توصيات، ليكون القرار للمحكمة.

ويلعب العامل الزمني في إتمام الإشعار وما يليه من خطوات دورا كبيرا في نجاحه ونجاح ما يترتب عليه من نتائج في إنقاذ الشركة على الوجه المطلوب، فكلما زاد التأخير قلت فرص إنقاذ الشركة، لذلك وجب الحرص على الإشعار المبكر^(١).

(١) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٤٠.

والغريب أنه على الرغم من أهمية نظام الإشعار بالصعوبات الاقتصادية وما تسبب فيه من إنقاذ العديد من المشروعات والشركات التجارية في الدول التي أخذت به، فإن القانون المصري قد غاب عنه حتى الآن مواكبة هذا التطور الهائل، سواء على صعيد قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، أم حتى على صعيد القانون الجديد لإعادة الهيكلة الذي جاء يخلو من معالجة الإشعار بآلياته المختلفة. ويبدو لنا تفسيراً لهذا الصمت، أن القانون المصري قد تأثر بالفكر الأنجلوسكسوني في مجال الإنقاذ، والذي حرصت التشريعات التي تنتمي إليه (كالتشريع الأمريكي والانجليزي) على عدم الأخذ بنظام الإشعار. ويدفعنا هذا الوضع إلى توجيه النداء للمشرع المصري إلى إعادة النظر في هذا الأمر لما له من أهمية في دعم الإنقاذ المبكر، خاصة وأن الشركات التجارية المصرية قد واجهت في الآونة الأخيرة صعوبات اقتصادية كبيرة على أثر تبعات الأزمة المالية العالمية الأخيرة (٢٠٠٧-٢٠٠٨) من ناحية، والثورات الشعبية من ناحية أخرى. وهو ما تسبب في إفلاس بعضها وتدهور البعض الآخر، وهو ما كان من الممكن تفاديه إذا تم التدخل المبكر لإيقاف هذا النزيف الاقتصادي^(١). فمصر في الوقت الحالي بها عدد من الأجهزة الرقابية والإشرافية التي يمكن إلزامها ليس فقط بالإشعار عن الصعوبات الاقتصادية التي يمكن أن تعترض الشركات التجارية، ولكن أيضاً إلزامها بمساعدة هذه الشركات على تخطي كبوتها وإعادة هيكلة التزاماتها المالية.

المبحث الثاني

التسوية الودية لإنقاذ الشركة

٥١- يصنف نظام التسوية الودية على أنه من قبيل التدابير الواقية من الإفلاس، حيث تستفيد منه الشركة لمجرد وقوعها في ضائقة مالية يخشى معها وصولها إلى حد التوقف التام عن الدفع. ويلعب هذا النظام دوراً بالغ الأثر في إنقاذ الشركات المعسرة، وهو ما يقتضى التعرض لتعريفه وشروط الاستفادة منه، وإجراءاته، وذلك على التفصيل التالي:

(١) راجع: تحديث نظام الإفلاس (مصر والأردن)، مرجع سابق، ص ١٦.

المطلب الأول

تعريف نظام التسوية الودية وتحديد أطرافها

٥٢- نعرض بداية لتعريف نظام التسوية الودية، وتحديد الأشخاص القائمين على

إنجازها، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ تعريف نظام التسوية الودية:

٥٣- تعالج التسوية الودية المراحل الأولى من أزمة الشركة، كمحاولة لتسوية بواذر

تعسرها بشكل ودي. وتختلف هذه التسوية في معناها ومضمونها عن الصلح الواقى؛

حيث تشير إلى إبرام اتفاق بين الشركة ودائنيها لإعادة هيكلة الديون بعيداً عن

ساحات القضاء. وقد عرف القضاء الأمريكى هذا النظام تحت اسم The out of

de court reorganization bankruptcy^(١). ويعرف بالفرنسية باسم " de

règlement amiable"^(٢).

وقد جرى العمل قديماً في فرنسا على أن التاجر عندما تضطرب أحواله المالية

على نحو يقربه من التوقف عن دفع ديونه، فإنه يستعين بأحد الوكلاء القضائين،

والذى يتم تعيينه كمدير مؤقت للشركة، يسعى للحصول على اتفاق ودى مع كافة

الدائنين. وإذا لم يتمكن من تحقيق هذا، فإنه يتقدم بطلب للتصفية القضائية. وعلى

الرغم من النتائج الإيجابية التى حققها هذا النظام، فإنه لم يكن يخلو من السلبيات،

خاصة على صعيد تجاوز الوكيل القضائي لسلطاته^(٣).

وفى محاولة من جانب القضاء التجارى الفرنسى للتخفيف من غلواء ما سبق، قام

بوضع نظام عرف باسم وكيل مهمة الإنقاذ "*Mandataire ad hoc*"، والذى

استطاع أن يحقق نجاحاً كبيراً من خلال إسناد تعيين الوكيل إلى القضاء، ليحدد له

الأخير طبيعة اختصاصاته وسلطاته^(٤). وقد كان هذا النظام هو البادرة التى انطلق

منها المشرع الفرنسى نحو تبنى نظام التسوية الودية.

U.S. Code: Title 11 – BANKRUPTCY. (١) راجع:

(٢) راجع:

Kokou Serge Evelamenou. Le concordat préventif en droit Ohada. Droit. Université Paris-Est, 2012. Français, p12.

(٣) راجع:

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

(٤) راجع:

وقد عالج القانون الفرنسي فكرة الإنقاذ الحر، كآلية يتم من خلالها مواجهة الاضطراب الاقتصادي للشركة بالتفاوض المباشر بينها وبين دائئتها بعيدًا عن المحكمة. وأهم ما تتسم به هذه الإجراءات من مزايا؛ قلة القواعد القانونية المنظمة لها، الأمر الذي يتيح حرية أكبر في الإتفاق، ويضمن سرية المفاوضات والاتفاقات. وقد لاقى هذا النظام نجاحًا كبيرًا في فرنسا خلال الفترة من ١٩٩٣ حتى ١٩٩٦، حيث حقق نجاحًا وصل إلى ٧٠% من إجمالي حجم القضايا التي أثيرت في هذا الصدد.

ولم يتضمن القانون التجارى الفرنسي وفق أحدث تعديلاته معالجة تفصيلية لأحكام الإنقاذ الحر، ولكنه أقر مشروعيته بموجب المادة (L.611-3)^(١). حيث قررت هذه المادة أن رئيس المحكمة - وبناء على طلب ممثل الشركة - يعين مسئولًا عن الإنقاذ ad hoc receiver ويحدد له اختصاصاته. ويجب أن يكون قرار المحكمة مكتوبًا، وأن يتضمن الأسباب التي تدعّمه. وتستطيع الشركة الاستفادة من نظام الإنقاذ الحر متى ثبت أن أصولها غير كافية لسداد ديونها (L.611-15).

والاستثناء الوحيد على سرية إجراءات الإنقاذ الحر قرره المادة (L.621-1)، والتي نصت على أنه إذا فتحت إجراءات الإنقاذ فيجب خلال ١٨ شهرًا من تاريخ تعيين المراقب إخطار النائب العام والكشف عن الوثائق والأوراق المتعلقة بالإنقاذ الحر. ولعل الحكمة من هذا الاستثناء تنصرف إلى ممارسة النائب العام لنوع من الرقابة على إجراءات الإنقاذ الحر، والتأكد من عدم توقف الشركة عن الدفع خلال فترة إجراءات الإنقاذ الحر^(٢).

LAURENT GAILLOT, sweeping reform for French bankruptcy law, International Insolvency Institute, February 14, 2006, p19.

(١) راجع:

Article L.611-3 of the Commercial Code, as amended by the December 2008 order.

(٢) راجع:

The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, p.cit, p26.

ويعتمد نجاح نظام الإنقاذ الحر بشكل كبير على تعيين المراقب المسئول، الذى تعينه المحكمة بناء على ترشيح مدير الشركة، الذى له أن يأخذ بزمام المبادرة لإجراءات الإنقاذ الحر، بمقترح مدعوم بالوثائق المناسبة.

ويجب أن يكون الشخص المعين على دراية وخبرة بشؤون إنقاذ الشركات. كما يجب أن يكون حسن السيرة والسمعة. والشرط الأهم؛ هو التأكد من عدم وجود علاقات قرابة أو عمل أو صداقة بين المراقب والشركة أو الدائنين. وتلجأ المحاكم فى الغالب إلى تعيينه من بين القضاة السابقين فى المحاكم التجارية، الذين تركوا وظيفتهم من خمس سنوات ماضية على الأقل. ويحدد رئيس المحكمة المكافأة التى يستحقها المراقب فى هذا الشأن^(١).

وقد تميز هذا النظام بمزايا عديدة؛ أهمها أنه يتيح الفرصة لإنقاذ الشركة عبر التفاوض المباشر مع دائنيها بالتراضى^(٢). كما يتميز أيضاً بأنه يضمن المحافظة على علاقات العمل فى الشركة، وتجنب تسريحها بما يضر بها، والدفع الفورى لمستحقات العمال والموظفين. كما يضمن كفاءة مدير الشركة بشكل شخصى للشركة فى سداد ديونها. وتسمح بمنح الشركة أجلاً للسداد^(٣).

وتكتسب إجراءات الإنقاذ قوتها من اتفاق الشركة والدائنين، ولا تلزم إلا أطرافها، بمعنى أنها لا تلزم من لا يكون طرفاً فيها من الدائنين. لذلك إذا توقفت الشركة عن الدفع بعد ذلك، فإن الاتفاق على الإنقاذ الحر لا يكون بمنأى عن الحكم بعدم النفاذ^(٤).

(١) راجع: Ibid, p27.

(٢) يعرف التوفيق {*conciliation*} {Conciliation} بأنه عبارة عن إجراء بديل لفض النزاع يتم تحت إشراف موفق تعينه المحكمة. ويمكن أن يودى ذلك إلى اتفاق تعاقدى بين المدين والدائنين لتأجيل دفع الديون أو تخفيض المبالغ المستحقة. ولا يجوز طلب هذا الإجراء إلا من قبل المدين. راجع:

TETLEY, Andrew and BAYLE, Marcel, "Insolvency Law in France" in Otto Eduardo Fonseca Lobo, World Insolvency Systems: A Comparative Study, op. cit, p196.

(٣) راجع:

The French judicial conciliator, Euro-Info-Consommateurs Centre, August 2005; Donald S Bernstein, The International Insolvency Review, Second Edition, Law Business Research Ltd, 2014, p167.

(٤) راجع:

The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, p.cit, p29.

وإذا فشلت إجراءات الإنقاذ الحر أو التسوية الودية، وثبت أن الشركة فى حالة توقف عن الدفع وفق تقرير المراقب، يتم البدء فى إجراءات إعادة التنظيم القضائى^(١).

ومن ناحية أخرى عرف القانون الإنجليزى نظام التسوية الودية، تحت مسمى "Out-of-court debt restructuring"، وهو نظام يسمح بإعادة هيكلة ديون الشركة خارج المحكمة فى الحالات التى يمر فيها بصعوبات اقتصادية، وذلك بدون تدخل قضائى كامل، وذلك بهدف تعزيز كفاءة المشروع والتقليل من النفقات المرتبطة بالصعوبات التى تمر بها الشركة^(٢).

من ناحيته عرف الفقه الأمريكى التسوية الودية بأنها عبارة عن مجموعة الإجراءات التى تهدف إلى إعادة هيكلة موجودات وديون الشركة التى تواجه صعوبات اقتصادية دون تدخل القضاء، بهدف تعزيز كفاءتها وتجنب الصعوبات المالية^(٣).

من ناحيته حرص قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦ على تنظيم أحكام التسوية الودية أو الرضائية، ووصفها بأنها عبارة عن إبرام اتفاق بين المؤسسة التى تمر بصعوبات اقتصادية ولم تتوقف عن الدفع، ودائيتها بما يضمن استمرارية نشاطها^(٤).

(١) ويشير مصطلح إعادة التنظيم القضائى "Judicial reorganization" إلى مجموعة الإجراءات التقليدية التى تهدف إلى السماح للشركة المدينة أن تتجاوز الصعوبات المالية، وتفرض الوقف الاختيارى على دعاوى الدائنين خلال فترة المراقبة، وتفرض على الدائنين قبول أى خطة لإعادة التنظيم تقرها المحكمة. وهناك بعض المسائل المحددة التى تنطبق على الشركات الكبيرة، يجب على كل شركة يتم تدقيق حساباتها بمعرفة مدقق حسابات، والتى يوجد لديها أكثر من ١٥٠ موظفاً، والتى تتجاوز مبيعاتها ٢٠ مليون يورو قبل الضرائب يجب أن يصدق على خطة إعادة التنظيم الخاصة بها من قبل لجان الدائنين، ويتم التصويت عليها من قبلهم. مع ملاحظة أن التصويت السلبى لا يعنى الرفض النهائى لخطة إعادة التنظيم وفق أحكام القانون التجارى الفرنسى (article L.626-34 Commercial Code). وفى الشركات الصغيرة لا يتطلب الأمر وجود مدير، ولكن يجب تعيين مدير قضائى فى حالة الشركات التى يقل فيها عدد الموظفين عن ٢٠ موظف أو لا تقل دورة رأس المال فيها عن ٣ مليون يورو قبل الضرائب. (Articles L.621-4 and R.621-11 Commercial Code).

(٢) راجع: José M. Garrido, Out-of-Court Debt Restructuring, (n.d), p5 available at: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/OutOfCourtDebtRestructuringBeforeTypesetting.pdf>

(٣) Ibid, p1.

(٤) راجع الفصل (٤٢٢) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

وجدير بالذكر أن التسوية الودية ليست من قبيل الإجراءات الجماعية التي يتخذها الدائنون ضد الشركة، كما أنها ليست من قبيل الصلح الواقي من الإفلاس. فهي وسيلة يتم من خلالها تفادي الإجراءات القضائية العلنية، التي غالبًا ما يكون لها تأثير سلبي على الشركة. فهي من قبيل الصلح الودي، الذي يجب أن يتراضى الشركة والدائنون على اللجوء إليه ^(١)، لذلك يرى بعض الفقه أن التسوية الودية قريبة من التحكيم ^(٢).

وعلى الرغم من وجود تقارب بين التسوية الودية والتحكيم يتمثل في أن كلاهما يتم بالتراضي بهدف إنهاء النزاع، لكن وجه الاختلاف بينهما أكبر؛ فمحل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم عرض النزاع على القضاء واختيار محكم خاص لهذه المهمة، أما في الصلح فمحلّه تسوية النزاع مباشرة بين أطرافه من خلال نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه لإرضاء الطرف الآخر ^(٣).

وفي كثير من النظم القانونية لا يوجد تمييز واضح بين إجراءات الإعسار الرسمية والتسوية الودية. ويعتمد الفارق بين هذه الأنظمة على درجة التدخل القضائي والإجراءات الرسمية واجبة الاتباع في هذا الشأن، وهي ليست بالضرورة تتطوى على معالجة ناجحة لمواقف الشركة. وهذا الأمر يعكس بوضوح تعدد الحلول التي يمكن الاعتماد عليها بصورة فردية أو بشكل متداخل، لتتيح خيارات عدة في نظام قانوني واحد. وجدير بالذكر أنه لا يوجد ارتباط بين درجة الصعوبة التي تمر بها الشركة والوسيلة التي يتم اتباعها، حيث يمكن أن تكون الصعوبات المالية بسيطة ومع ذلك يتم تبني إجراءات إعسار صعبة (كالتصفية القضائية). وقد يحدث العكس، بأن تكون الصعوبات المالية معقدة ويتم معالجتها بإجراءات بسيطة (كالتسوية الودية). ومن ناحية أخرى، فإن هذه الإجراءات تسمح بإمكانية تحول أحدها إلى الآخر، بما يتناسب مع ظروف كل شركة ^(٤).

(١) راجع:

Kokou Serge Evelamenou. Le concordat pr'eventif en droit Ohada. Droit. Référence, p12.

(٢) د.عبد الرافع موسي، نظم الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣) د. حسين المعالي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥.

José M. Garrido, Out-of-Court Debt Restructuring, op.cit, p8. (٤) راجع:

ويخلو النظام القانونى المصرى من نصوص تنظم استفادة الشركات التى تمر بصعوبات اقتصادية من الصلح الودى، لىترك الأمر لما تنفق عليه الشركة المدينة وجماعة الدائنين. ومثل هذا الوضع سيحتاج إلى إجماع الدائنين على الصلح، وإلا سيتسبب اعتراض أحدهم فى تفويض التسوية الودية. ويرى جانب من الفقه^(١) أن اتفاق الشركة المدينة مع كبار الدائنين (مثل مصلحة الضرائب والمؤسسات الإجتماعية) يمثل اتفاقاً قوياً يصعب تفويضه من قبل صغار الدائنين، لكن هذا لا يمنع من حدوث معارضة من هؤلاء الصغار رغم ذلك، خاصة إذا لم يكن الصلح محققاً لمصالحهم.

وقد حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى الجديد على تنظيم فكرة التسوية الودية تحت مسمى "الوساطة". وقد حددت المادة (٣) من الفصل الثانى المحكمة المختصة بنظر طلبات الوساطة؛ حيث نصت على أن "استثناء من نص المادة رقم (٨) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ تنشأ بكل محكمة اقتصادية إدارة تسمى (إدارة الإفلاس) وتشكل برئاسة قاض بمحكمة الاستئناف على الأقل، وعضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة يسمون (قضاة الإفلاس) تختارهم جمعيتها العامة فى بداية كل عام قضائى، ويلحق بها العدد الكافى من خبراء لجنة إعادة الهيكلة والإداريين والكتابيين".

وقد قررت المادة (٤) من الفصل ذاته أن تختص إدارة الإفلاس بمباشرة إجراءات الوساطة فى طلبات إعادة الهيكلة والصلح الواقى من الإفلاس وشهر الإفلاس. وعليها استيفاء مستندات الطلبات التى تحتاج إليها وتحضيرها وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدها، وذلك خلال مدة لا تجاوز ستين يوماً من تاريخ قيد الطلب. وحسناً ما نصت عليه المادتان السابقتان، حيث أسند اختصاص تلقى طلبات الوساطة إلى إدارة خاصة ذات تشكيل قضائى، ملحق بها عدد من الخبراء فى مجال إعادة الهيكلة. كما أقرت فكرة تحضير الطلبات، والتى من شأنها إضفاء مزيد من الدراسة والفحص على طلب الوساطة المقدم. لكن يبدو لنا التحفظ على المدة التى يتم

(١) د.عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، مرجع سابق، ص ٥٣.

خلالها تحضير الطلب، حيث إن مدة ٦٠ يوما تعد مدة طويلة بالنظر إلى ما تقتضيه إجراءات إعادة الهيكلة من السرعة لاستقرار المراكز القانونية للشركة ودائيتها. ثانياً/ أشخاص التسوية الودية:

٥٤- تدور عملية التسوية الودية بين مجموعة من الأشخاص حددهم القانون، وذلك على التفصيل الآتي:
١/ رئيس المحكمة:

٥٥- ويقصد به رئيس المحكمة التجارية المختصة، الذي يتلقى طلب التسوية الودية من ذوى الشأن^(١). ويتولى بعد ذلك تحقيق الطلب، وله استدعاء مدير المشروع أو ممثله القانوني للاستفسار عن ما يراه ضرورياً^(٢). كما يحق له طلب البيانات التي يراها ضرورية من الأشخاص المختصين (مثل مراقب الحسابات والمدراء الماليين وموظفي الخزانة العامة وكل شخص يمكنه أن يساعد المحكمة على الوقوف على طبيعة الوضع المالي للمشروع)^(٣).

ويرى البعض أنه لا يجوز لأي شخص يطلب منه الإدلاء بمعلومات أو بيانات معينة عن حقيقة الوضع المالي للشركة من قبل المحكمة بصدد طلب التسوية أن يحتج بالسر المهني. كما لا يوجد جزاء يمكن أن توقعه المحكمة في حالة رفض الإدلاء ببيانات بشأن المشروع، أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة^(٤).

ويبدو لنا أن الرأي السابق قد أفرط عندما رأى أن الشخص المستدعى بخصوص التسوية يحق له أن يرفض الإدلاء بالبيانات المطلوبة أو حتى لو أدلى ببيانات غير صحيحة؛ حيث إن مثل هذا الأمر من شأنه أن يفرغ هذا الإجراء من مضمونه. وأنه كان من الملائم تمكين المحكمة من توقيع الجزاء المناسب في مواجهة كل شخص

(١) من أحكام القانون التجارى الفرنسى، والفصل (٤٢٣) و(٤٢٤) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي. 2-611 (١) راجع المادة (٢) راجع:

Loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005, l'article L.611-5 du Code de commerce.

(٣) " يمكن لرئيس المحكمة، بقطع النظر عن كل أحكام قانونية مخالفة، أن يطلب أي معلومات عن حالة المؤسسة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

وله أن يطلب من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إجراء التشخيص ودراسة الملف في أجل لا يتجاوز شهرا من تعهدها. وللجنة بقطع النظر عن كل أحكام قانونية مخالفة، طلب معلومات عن حالة المؤسسة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية. ويحيل رئيس المحكمة فوراً على المصالح ما بلغ إليه من معلومات وتشخيص ودراسة". راجع: الفصل (٤٢٦) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي، لسنة ٢٠١٦ سابق الإشارة.

(٤) د.مسعود يونيس عطوان عطا، إنباهض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى،

٢٠١٠، ص ١٦١.

يتخلف عن الإدلاء بالبيانات المطلوبة أو يدلى بها بشكل غير صحيح، خاصة وأنه سوف يترتب عليها إجراءات قضائية معينة بصدد الطلب المقدم.

٢/ الموفق Le conciliateur:

٥٦- ويتم اختياره من المحكمة بناء على ما يتمتع به من خبرة ودراية بالتعامل مع طلبات التسوية. ويفضل أن يتمتع بخبرة اقتصادية ليتمكن من التقريب بين وجهات النظر المختلفة. ويلعب الموفق بهذا المعنى دوراً كبيراً في تسيير عملية التسوية الودية في المحافظة على المشروع وتجنبيه الإفلاس، من خلال حقه في التواصل مع كل الهيئات والمؤسسات المعنية للوقوف على حقيقة وضع الشركة والاطلاع على دفاترها وميزانيتها^(١) واقتراح الطرق والسبل اللازمة لتصحيح مساره، وتقديم المقترحات المختلفة لجدولة الديون. ويتم تعيين الموفق لمدة ثلاثة أشهر، قابلة للمد لمدة شهر بناء على طلب الأخير^(٢).

وقد ذهب جانب من الفقه^(٣) إلى أن النص الذي ظهر عليه القانون التونسي يوحي بأنها مواعيد تنظيمية لا يترتب على مخالفتها السقوط. فهي مجرد مواعيد استهضائية للإسراع في التسوية.

ويبدو لنا صحة الرأي السابق فيما ذهب إليه، حيث أن عباراته واضحة الدلالة بأنها مواعيد تنظيمية، خاصة وأنها ليست مرتبطة بجزاء. كما يبدو لنا أن الطابع غير الإلزامي لهذه المواعيد مقصود من قبل المشرع التونسي، وذلك لاحتمال وجود صعوبات من قبل الموفق في التواصل مع الدائنين، خاصة إذا كانت هناك نزاعات بينهم وبين الشركة، أو إذا كان هناك صعوبة في التوصل إليهم إذا ما تعددوا وكانوا يقيمون في أماكن بعيدة.

(١) راجع:

L. 612-1, Ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010 - art. 1; L. 612-4, LOI n°2014-856 du 31 juillet 2014 - art. 60.

(٢) راجع:

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, art. (35). Abrogé par Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000.

(٣) د.منصف الكشو، المرونة الواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع

سابق، ص ٥٤.

ويحدد رئيس المحكمة للموفق حدود مهمته في التوفيق بين الشركة ودائنيها، وتطلع المحكمة الموفق على البيانات اللازمة التي تساعد على أداء مهمته^(١). وأجاز القانون الفرنسي للمدين أن يقترح اسم الموفق أو المصالح^(٢). وتضبط قائمة المصالحين بقرار من وزير العدل على أن يختاره رئيس المحكمة من هذه القائمة، كما يحدد له رئيس المحكمة أجره تتحمل الشركة أداءها^(٣).

والملاحظ على موقف القانون التونسي في هذا الخصوص أنه أعطى للمحكمة بعد تلقيها طلب التسوية سلطة الاختيار بين تعيين موفق أو إسناد الأمر إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية كي تقوم بدور الوساطة بين الشركة المدينة والدائنين، لكنه اشترط موافقة الشركة في حالة إسناد الأمر إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية^(٤).

وحسباً فعل المشرع التونسي في هذا الصدد، حيث إن لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بحكم دورها الضالع في الاطلاع على أوضاع الشركات وخبرتها في مجال إنقاذ الشركات، سوف تلعب دوراً كبيراً في تقريب وجهات النظر وتقصير الكثير من المسافات على الأطراف.

ومن ناحية أخرى حظر المشرع الفرنسي على الموفق أو المصالح الذي تنتهي مهمته دون إتمام التسوية الودية إعادة تعيينه مرة أخرى كوكيل خاص أو موفق لتسوية ودية جديدة لذات الشركة أو ذات الدائنين إلا بعد مضي مدة ٢٤ شهراً من انتهاء التسوية الأولى. ويبدو لنا أن الحكمة من وراء الحظر السابق هو أن فشل المصالح في التوفيق بين الشركة ودائنيها لا يجدي معه إعادة تعيينه لذات المهمة إلا بعد مضي مدة كافية يحتمل معها تغير الظروف^(٥).

٣/ الدائنون:

(١) L. 611-3, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V)

(٢) L. 611-6, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V)

(٣) راجع الفصل (٤٢٤) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

L. 611-14, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 13.

(٤) راجع الفصل (٤٢٤) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

(٥) L. 611-13, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

٥٧- وقد حرص القانون الفرنسي على النص الصريح على الاكتفاء بموافقة الدائنين الرئيسيين principaux créanciers على التسوية الودية^(١). بمعنى أنه لم يشترط موافقة جميع الدائنين، ولكن فقط أصحاب الديون الرئيسية منهم، وذلك بالنظر إلى صعوبة التوصل إلى موافقتهم جميعًا في أغلب الأحوال.

وينقسم هؤلاء الدائنون إلى نوعين؛ هما:

أ/ الدائنون العموميون: وهم الدائنون أصحاب الديون العامة، مثل الضرائب والتأمينات الاجتماعية.

ب/ أصحاب الديون الخاصة: وهم مثل الشركات والأفراد الذين كانوا يتعاملون مع المشروع.

ولم يعترف القانون التونسي بالفرقة السابقة بين الدائنين، ولكنه اشترط موافقة جميع الدائنين ومشاركتهم.

ويبدو لنا أن موقف القانون التونسي هو الأرجح في هذا الصدد، حيث إن من أهم ما يميز نظام الإنقاذ هو الطبيعة الجماعية لإجراءاته، ومن ثم يجب السماح بمشاركة جميع الدائنين وليس مشاركة الدائنين الرئيسيين فقط كما فعل القانون الفرنسي، خاصة وأن الأخير لم يحدد المقصود بهؤلاء الدائنين؛ أهم من يملكون الأغلبية العددية أم الأغلبية القيمة لمجموع الديون المستحقة.

٤/ الخبراء:

٥٨- حرص القانون التجارى الفرنسي على تمكين المحكمة من تعيين خبراء^(٢) لمساعدة الموفق على القيام بدوره في التوفيق بين مصالح الشركة والدائنين بمناسبة التسوية الودية^(٣). والصياغة التي ظهر عليها النص لا توحى بأن المحكمة ملزمة بتعيين أحد خبراء وزارة العدل، ولكنه يملك الحرية في اختيار أحد الخبراء من أصحاب الاختصاص بمثل هذه الأمور.

6. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 7-611 (١) راجع:
L.621-12 Commercial Code. (Order December 2008) راجع:
L. 611-6, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (٣) راجع:

المطلب الثاني

شروط التسوية الودية

٥٩- تتنوع شروط التسوية الودية بين الموضوعية والشكلية، وذلك على التفصيل

التالى:

أولاً/ الشروط الشكلية (تقديم طلب للتسوية الودية):

٦٠- يشترط لقبول طلب التسوية الودية مجموعة من الشروط الشكلية أهمها:

١/ تقديم الطلب من صاحب الصفة فى تقديمه:

أكدت المادة (٣-٦١١) وما بعدها من القانون التجارى الفرنسى (١) ضرورة تقديم طلب التسوية الودية من قبل الشركة إلى رئيس المحكمة التجارية فى الدائرة التى يوجد بها مقر الشركة المعسرة اقتصادياً. ويجب أن يكون هذا الطلب موقعا من مدير الشركة، كى تقبله المحكمة. وبمجرد عرض هذا الطلب على المحكمة تبدأ فى تعيين الموفق Conciliateur (٢). كما يتم فحص الأمر من قبل خبير تقييم المشروعات Expert en diagnostic d'entreprise (٣).

(١) وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالى:

"Sans préjudice du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission, il est institué une procédure de règlement amiable ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. Le président du tribunal de commerce est saisi par une requête du représentant de l'entreprise, qui expose sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face. Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa de l'article 34, le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le président du tribunal ouvre le règlement amiable et désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de ce dernier".

" وفق أحكام القانون الفرنسى إلى الشخص المخول القيام بأعمال التوفيق (٢) يشير مصطلح " فقط فى مجال الأنشطة التجارية فى مجال الزراعة. وهذا الإجراء له خصائص محددة. على سبيل المثال، يمكن للدائن أن يطلب من المدين أن يتقدم بطلب للبدء فى إجراءات التوفيق. راجع:

Compromise Arrangement and reconstructions, Report: The institute of chartered accountants of india, (n.d) available at:

<http://www.icaiknowledgegateway.org/littledms/folder1/chapter-6-compromise-arrangements-and-reconstructions.pdf>

(٣) راجع:

Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise.

وجدير بالذكر أن المشاريع الكبيرة والصغيرة سواء أكانت تجارية أم مدنية يمكنها تقديم طلب للتسوية الودية. بل زاد حرص المشرع الفرنسي على توسعة نطاق الاستفادة من هذا النظام، حيث إنه في التعديل الذي أدخله على القانون التجاري عام ٢٠٠٥ سمح لأصحاب المهن الحرة من الأطباء والمحامين والمهندسين الاستفادة من هذا النظام^(١). لكن هناك شيئاً من الخطورة بخصوص المشروعات الصغيرة، يتمثل في أنه في حالة عدم قيام المديرين بتنفيذ التزاماتهم الخاصة بالتسوية الودية والتي أقرها بتنفيذها أمام المحكمة، فإنهم سيخضعون لإجراءات التصفية القضائية بقوة القانون. لذلك يجب أن ينتبه مديرو المشروعات الصغيرة لخطورة التقدم بطلب للتسوية، لما قد يسفر عن الإخفاق في تنفيذه من نتائج^(٢).

ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب من الشركة أن يعين له وكيلًا خاصًا لمهمة التسوية تختاره الشركة. وتكون المحكمة المختصة هي المحكمة التجارية إذا كانت الشركة تمارس نشاطًا تجاريًا أو حرفيًا^(٣).

وعلى صعيد الوضع في تونس، فقد تبني المشرع في قانون الإنقاذ التونسي لسنة ١٩٩٩ نظام التسوية الرضائية، وكان يفرض على المدير أن يتقدم بطلب التسوية إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية^(٤)، ولكن حرص المشرع على تعديل هذا الوضع في قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦، حيث سمح لكل من مدير المؤسسة ومالكها بتقديم طلب كتابي إلى رئيس المحكمة بدلاً من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية للانتفاع بالتسوية الرضائية وفق الأوراق والمستندات التي نظمها الفصل (٤١٧) من هذا القانون^(٥). كما سمح المشرع لرئيس المحكمة أن يحيل الطلب المقدم إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إذا وافقت الشركة على ذلك^(٦).

Loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005, art.5. (١) راجع:

(٢) راجع:

Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise.

art. 99 (V) - LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - L. 611-3 (٣) راجع:

(٤) راجع الفصل (٩) جديد من قانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ مؤرخ في ١٥ جويلية ١٩٩٩ يتعلق بتنقيح القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥

المؤرخ في ١٧ أيار ١٩٩٥ والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، سابق الإشارة.

(٥) راجع الفصل (٤٢٣) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

(٦) راجع الفصل (٤٢٤) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

وجدير بالذكر أن الصياغة التي تبناها كل من القانونين الفرنسي والتونسي توجي بأن مدير الشركة أو مالكيها ليس ملزما بتقديم طلب التسوية الودية حتى ولو كانت هناك صعوبات اقتصادية، كما أن طلب التسوية لا يقدم نتيجة قيام أحدهما بالإشعار بوجود صعوبات اقتصادية، لكنه مجرد بديل من بين عدة بدائل، ويلجأ إليه غالباً عندما تلح مطالبات الدائنين^(١).

٢/ أن يكون الطلب مكتوباً ومرقفاً به مستندات معينة:

يجب أن يكون الطلب المقدم للتسوية مكتوباً دون اشتراط شكل خاص للكتابة. كما يجب أن يتضمن أسباباً لتقديمه؛ والتي تؤكد طبيعة الصعوبات التي تمر بها الشركة، ومقترحات حلها، بالإضافة إلى جدول زمني يحدد فترات تنفيذ المقترحات.

ويرفق بالطلب المقدم مجموعة من الأوراق والمستندات؛ وهي^(٢):

أ/ حجم الديون العالقة بذمة الشركة بشكل مفصل، موضحاً بها عدد الديون وأسماء الدائنين.

ب/ بيان بطبيعة الرهون المقررة على أموال الشركة، وترتيبها.

ج/ الحسابات السنوية للشركة، وجدول السداد المتضمن للأصول الموجودة لدى الشركة والمتوقع اكتسابها.

د/ خطة بالحلول المناسبة والنتائج المتوقعة والتمويل المقترن بها لتفادي الصعوبات التي تمر بها الشركة.

ويجب على مدير الشركة عند تقديم طلبه أن يرفق به ——— علوة على المستندات سابقة الذكر ——— كافة المعلومات التي تظهر حقيقة الوضع المالي للشركة. وعند اكتمال هذه الأوراق لدى رئيس المحكمة عليه أن يأمر بوضعها تحت يد الموفق^(٣).

(١) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢)

Cette orientation a été modifiée mais surtout renforcée par la loi n°2005-845 de sauvegarde du 26 juillet 2005; C.com. art. L.611-4.

Droit des affaires, Partie I : Entreprises en difficulté, p6.available at:
<http://www.cours-univ.fr/documents/cours030308.doc>.

اشترط المشرع التونسي هو الآخر أن يتم تقديم طلب التسوية مكتوباً، وألزم إرفاقه بمجموعة من المستندات حددها الفصل (٤١٧) بشكل مفصل.

ثانياً/ الشروط الموضوعية للتسوية الودية:

وفق أحكام القانون الفرنسي يشترط لتطبيق نظام التسوية الودية مجموعة من الشروط الموضوعية؛ أهمها:

١/ أن يتعلق طلب التسوية بمشروع *Entreprise*، سواء أكان تجارياً أم مدنياً أم مهنياً، ولا يشترط — كما كان عليه الحال من قبل — أن يكون تاجراً (سواء شخص طبيعي أم شركة) (١).

٢/ أن يكون المشروع وقت تقديم الطلب يمر بضائقة مالية، تظهر من حساباتها وميزانياتها، بما يحتمل معه عدم قدرتها على مواجهة التزاماتها المستقبلية.

٣/ ألا تكون المؤسسة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع، وإلا فعلى المحكمة أن تأمر بالبداية في إجراءات التصفية القضائية. وقد عدل المشرع الفرنسي مؤخراً عن هذا الشرط، متبنياً مزيداً من المرونة؛ حيث سمح بالاستفادة من التسوية الودية حتى ولو كانت الشركة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع (٢).

وعن الوضع في تونس فقد اشترط المشرع أن يقدم طلب التسوية الرضائية من الشركة. ووفق منطوق نص الفصل (٤٤٢)، و(٤٢٣) من قانون الإجراءات الجماعية، يشترط للانتفاع من نظام التسوية أن يقدم الطلب من مؤسسة (٣)، وهو ما يعنى بمفهوم المخالفة عدم السماح للأشخاص الطبيعيين حتى ولو كانوا تجاراً من الاستفادة من هذا النظام.

(١) راجع:

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, art. (34), *Modifié par* Loi n°94-475 du 10 juin 1994 - art. 3 JORF 11 juin 1994 en vigueur le 1er octobre 1994.

Loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005, l'article

L.611-5 du Code de commerce.

(٢) وهي كل شخص معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطاً تجارياً على معنى الفصل ٢ من المجلة التجارية أو حرفياً، وكذلك الشركات التجارية التي تعمل في مجال الزراعة أو الصيد. راجع الفصل (٤١٦) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

ولعل هذا الموقف يتسم بالغرابة؛ حيث كان الأولى تمكين كل المتعاملين فى النشاط التجارى (سواء شركات أو أشخاص طبيعيين) من الاستفادة من معطيات التسوية الودية، التى قد تجنبهم الإفلاس ومخاطره.

وقد حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى على تنظيم الإجراءات واجبة الاتباع بخصوص طلب الوساطة، والتى جاءت على النحو التالى:

١/ يقدم طلب الوساطة إلى رئيس إدارة الإفلاس بعد قيده بقلم كتاب المحكمة المختصة. ويقوم بعرضه على قضاة الإفلاس لاتخاذ إجراءات الوساطة خلال ثلاثين يوما من تاريخ التقدم بالطلب. ولرئيس الإدارة مد المدة لمرة واحدة فقط^(١). ولم يحدد هذا المشروع أصحاب الصفة فى تقديم طلب الوساطة، وهو ما يجب تداركه من قبل المشرع، الذى يجب أن يوسع من نطاق أصحاب الصفة فى تقديم طلب الوساطة؛ فيسمح لإدارة الشركة أو غالبية الشركاء، وأيضا الدائنين، حيث قد يكون لهم مصلحة فى تقديم طلب الوساطة مع الشركة.

٢/ يشترط لانعقاد جلسات الوساطة حضور أطراف النزاع أو وكيل عنهم بموجب توكيل خاص يبيح له تسوية النزاع^(٢). ويلتزم قاضى الإفلاس بالحفاظ على السرية حال مباشرته إجراءات الوساطة^(٣). وحسنا فعل واضعو هذا المشروع، بالنظر إلى أن من أهم أهداف الوساطة الحفاظ على سرية المداولات والمفاوضات التى تتم بين الشركة ودائنيها، بالنظر إلى أن هناك كثيرا من الأمور التى قد لا تود الشركة افشائها، حتى لا يتسبب ذلك فى التشهير بوضعها المالى المضطرب، مما يصعب عليها الحصول على إئتمان جديد.

٣/ يجوز لقاضى الإفلاس أن يجرى الوساطة بالطريقة التى يراها مناسبة مع مراعاة طلبات الاطراف وظروف الوساطة، وله فى ذلك الاجتماع مع أطراف النزاع أو وكلائهم أو الانفراد بكل طرف على حدة، واتخاذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر بهدف الوصول إلى اتفاق تسوية ملزم للطرفين^(٤). ويجوز لقاضى الإفلاس

(١) راجع المادة (٥) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.

(٢) راجع المادة (١/٧) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.

(٣) راجع المادة (٦) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.

(٤) راجع المادة (٢/٧) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.

الاستعانة بمن يراه لازماً لاستكمال إجراءات الوساطة، بما فى ذلك خبراء لجنة إعادة الهيكلة، وله تكليف أى من طرفى النزاع بسداد أمانة الخبير^(١).

٥/ إذا تم التوصل إلى تسوية النزاع يحرر اتفاق تسوية يوقع عليه كافة الأطراف يبين فيه تفاصيل الاتفاق وما تم من إجراءات الوساطة، ويصدر قاضى الإفلاس قراراً باعتماد التسوية وإنهاء الطلب، ويكون لهذا الاتفاق قوة السند التنفيذى^(٢). وإذا لم يتم التوصل إلى التسوية يرفض القاضى الطلب، ويحدد له جلسة أمام المحكمة المختصة مكافئاً مقدمه بإعلان ذوى الشأن، وذلك بصحيفة تودع قلم الكتاب^(٣). ويلاحظ أنه فى حالة عدم حضور مقدم الطلب أمام قاضى الإفلاس جلستين يأمر بحفظ الطلب^(٤).

والملاحظ على موقف القانون المصرى سابق الذكر، أنه لم يتبن ضابطاً محدداً يمكن للمدين الاعتماد عليه للاستفادة من الوساطة؛ كأن تكون الشركة قد توقفت عن الدفع أو أن تكون فى حالة اضطراب مالى لم يصل إلى حد التوقف عن الدفع. الأمر الذى قد يوحى برغبة المشرع فى التوسعة من نطاق الاستفادة من إجراءات الوساطة، خاصة وأن الأمر لا يشكل إضراراً بحقوق الدائنين لأن التسوية لن تتم إلا بموافقتهم. لكن مما يؤخذ على هذا القانون أنه اكتفى بالإشارة إلى ضرورة تقديم طلب، ولم يوضح — كما فعلت القوانين الأخرى — البيانات التى يجب أن تكتب فيه، أو طبيعة المستندات التى يجب إرفاقها به (كحجم الديون العالقة بذمة الشركة بشكل مفصل، وبيان طبيعة الرهون المقررة على أموالها والحسابات السنوية للشركة، وجدول السداد المتضمن للأصول الموجودة لدى الشركة والمتوقع اكتسابها، ومقترحات التسوية والنتائج المتوقعة ومصادر التمويل المقترحة)، والتى يمكن الاستهداء بها فى تقييم الحالة الاقتصادية للشركة، والآلية المناسبة لإنقاذها.

المطلب الثالث

صلاحيات القاضى بخصوص طلب التسوية الويدية

(١) راجع المادة (٨) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.
(٢) راجع المادة (١) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.
(٣) راجع المادة (٩) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.
(٤) راجع المادة (١٠) من الفصل الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة إليه.

٦١- حرصت التشريعات المنظمة للتسوية الودية كوسيلة لإنقاذ الشركات من الإفلاس على تحديد سلطات القاضى وهو بصدد التعامل مع طلب التسوية، فهو يملك إما التصديق على اتفاق التسوية الودية، أو الإذن بفتح التسوية القضائية فى حالة عدم التوصل إلى اتفاق مع التأكد من حالة توقف الشركة عن الدفع، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً/ التصديق على اتفاق التسوية الودية:

٦٢- يمر التصديق على اتفاق التسوية بمجموعة من الخطوات على التوضيح الآتى:
١/ تعيين مصالح للتوفيق:

٦٣- تقوم المحكمة بمجرد تلقيها الطلب بافتتاح إجراءات التسوية وتعيين مصالح أو موفق، كما تملك المحكمة إحالة الطلب إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية كى تتولى إجراءات التوفيق (طبقاً للقانون التونسى). ويتولى الموفق دعوة الشركة المدينة ودائنيها للتوفيق^(١). ولم يشترط القانون أن تتم هذه الإجراءات بصيغة شكلية معينة، وإنما يترك الأمر لتوافقهم بأى طريق يرونها مناسبة. بمعنى أن الأصل فى التسوية الودية هو التراضى بين الأطراف، على أن يقتصر دور المصالح على مجرد تنظيم سير الإجراءات والخضوع للإشراف القضائى، من خلال تقييم حقيقة الوضع المالى للشركة، وتحديد طبيعة الأهداف المتوخاة، وضبط معايير التفاوض^(٢). كما سمح القانون الفرنسى للموفق أن يتجاوز حدود تقريب وجهات النظر بين الأطراف، إلى حد اقتراح بعض الحلول والتدابير التى يراها مناسبة لإنقاذ الشركة^(٣). وقد حرص القانون التونسى على تقييد المدى الزمنى للتفاوض بالألا يتجاوز ثلاثة أشهر قابلة للتمديد بشهر واحد بقرار من رئيس المحكمة^(٤). وقد سمح القانون الفرنسى أن تكون مدة التفاوض ٤ أشهر يمكن مدها إلى خمسة أشهر بقرار من رئيس المحكمة^(٥).

L. 611-7, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 6. (١) راجع:

L. 611-6, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V). (٢) راجع:

L. 611-7, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 6. (٣) راجع:

(٤) راجع الفصل (٤٢٥) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

L. 611-6, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V). (٥) راجع:

وبحكم ما قد يصل إلى علم الموفق من معلومات وبيانات خاصة بالشركة ومعاملاتها وحقوق الدائنين لديها، فقد فرض عليه القانون الفرنسي الالتزام بالسرية^(١).

ولا يعنى إسناد أمر التوفيق إلى المصالح غياب المحكمة عن المشهد، حيث تملك الأخيرة أن تطلب أي معلومات عن حالة الشركة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. كما تملك المحكمة أن تطلب من هذه اللجنة إجراء التقييم ودراسة الملف في أجل لا يتجاوز شهرا من تعهدها. وللجنة، بقطع النظر عن كل أحكام قانونية مخالفة، طلب معلومات عن حالة المؤسسة من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية. ويحيل رئيس المحكمة فورا على المصالح ما بلغ إليه من معلومات وتقييم ودراسة^(٢). كما يلتزم المصالح بأن يوافق رئيس المحكمة كل شهر وكلما اقتضت الحاجة بتقرير حول تقدم أعماله ويعرض عليه ما يراه من ملاحظات^(٣).

ويميل اتفاق التسوية بالمعنى السابق لأن يكون من قبيل الصلح الذي يحق معه للأطراف التوافق على الصيغة التي يرونها محققة لمصالحهم. فيمكنهم الاتفاق على جدولة الديون أو إعفاء الشركة من جزء منها أو منحه أجلا للسداد، أو الجمع بين كل هذه الأمور^(٤)، فالأطراف يتمتعون بحرية في الاتفاق على ما يشاءون وفق ما يحقق مصالحهم^(٥)، وأن دور القضاء في هذا الصدد يبدو تنظيمياً بحثاً، ويدل على ذلك العبارات التي استخدمها النص السابق؛ مثل: " أن الأطراف لا تخضع في تحديد شروط اتفاق التسوية إلى أية قيود " ويصادق رئيس المحكمة على الاتفاق الحاصل بين الشركة وجميع دائنيه^(٦).

(١) راجع:

L. 611-15, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous reserve art. 190

(٢) راجع الفصل (٤٢٦) من قانون الاجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

L. 611-7, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 6. (٣) راجع:

(٤) راجع:

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, art. (36-1)

(٥) راجع:

BG Carruthers and TC Halliday, Rescuing Business: The Making of Corporate bankruptcy Law in England and the United States, op.cit, p16.

(٦) راجع الفصل (٤٢٨) من قانون الاجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

من ناحية أخرى حرص كل من القانون التجاري الفرنسي^(١) وقانون الإجراءات الجماعية التونسية^(٢) على تحفيز الدائنين على التوصل إلى اتفاق مع الشركة يمكنها من تخطي كبوئتها، حيث قرر أنه في حالة افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو التقليل، يعطى للدائن، الذي قبل اتفاق التسوية الرضائية المصادق عليه، ضخم أموال جديدة أو توفير منقولات أو عقارات أو تقديم خدمات لمساعدة الشركة على مواصلة نشاطها، الأولوية في استيفاء ديونه قبل الديون الأخرى، باستثناء الديون التي تتمتع بامتياز مدعم للدفع.

ويعكس هذا الوضع وجود قدر كبير من المرونة، يُقصد من ورائها مساعدة الشركة أو المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية على تجاوزها، واستعادة توازنها الاقتصادي، ومواصلة مسيرتها. كما تعكس أيضًا قدرًا كبيرًا من الواقعية، يتمثل في وجود موفق أو مصالح معين من قبل المحكمة، يعمل على تقريب وجهات النظر بين الشركة ودائنيه. كما أن خضوع الأمر برمته لرقابة القضاء من شأنه أن يضمن سلامة الاتفاق مع صحيح القانون.

ويرى جانب من الفقه أن الصياغة التي ظهر عليها النص السابق من الاتساع لتسمح بإمكانية اتفاق الدائنين مع الشركة على أن يكتب في رأس مال الشركة كمساهم نظير الاتفاق على التسوية الودية^(٣).

ويبدو لنا أنه على الرغم من أن النص قد وسع من نطاق الحلول التي يمكن الاتفاق عليها للوصول إلى التسوية، لكن لا يبدو لنا أنه من المناسب السماح بالاتفاق على دخول الدائن كشريك في الشركة، لأن من شأنه أن يفتح بابًا للكيد والابتزاز بمصالح الشركة، خاصة وأنه قد يكون يمر بضائقة مالية عابرة، لا تستدعي تغيير تركيبة الشركاء في شركته.

ولا يترتب على اتفاق التسوية الودية بالمفهوم السابق أي أثر فيما يتعلق بغل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها، ولكن فقط تلتزم بإحاطة الموفق علمًا بكل ما يلزمه لإنفاذها وتنفيذ ما تم اتفاق التسوية الودية مع الدائنين. ويمكن أن يظهر

11. art. - 11-611 L. (١) راجع: 2014-326 du 12 mars 2014 n°.

(٢) راجع الفصل (٤٢٩) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، سابق الإشارة إليه.

(٣) د. مسعود يونس عطوان عطا، إنهاض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس، مرجع سابق، ص ١٦٣.

مضمون اتفاق الشركة والدائنين في أكثر من صورة؛ منها الاتفاق على منح الشركة أجل للوفاء، أو إسقاط جزء من الدين أو كلاهما معا.

٢/ إقرار المحكمة لاتفاق التسوية:

٦٤- لا يكتمل البنيان القانوني لاتفاق التسوية لمجرد التوافق بين أطرافه، ولكن يجب أن يحظى بمصادقة المحكمة. ويقضى الأمر التعرض لحالات المصادقة والآثار المترتبة عليها، وذلك على التفصيل التالي:

أ/ حالات المصادقة:

٦٥- حرص كل من القانونين الفرنسي^(١) والتونسي^(٢) على معالجة حالات مصادقة المحكمة على مطلب التسوية الودية. ويجب موافقة المحكمة approval على ما تم الاتفاق عليه، وليس مجرد إحاطتها علماً acknowledged. وتلعب هذه الموافقة دوراً كبيراً في تنفيذ اتفاق التسوية، فالعبرة في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه يكون من تاريخ موافقة المحكمة. وباستقراء النصوص المنظمة يتضح أنها عالجت حالتين من حالات المصادقة؛ وذلك على التفصيل الآتي:

-المصادقة الإلزامية:

تجسد هذه الحالة عدم وجود سلطة تقديرية للمحكمة في المصادقة على اتفاق التسوية الودية، وتحدث عندما يتمكن الشركة من التوصل إلى اتفاق مع جميع الدائنين، سواء بجدولة الديون، أو بالإعفاء الجزئي منها، أو بإيقاف سريان الفوائد.

ورفق قانون التجارة الفرنسي يشترط لمصادقة المحكمة على اتفاق التسوية بشكل

إلزامي توافر ثلاثة شروط على التفصيل التالي^(٣):

١/ ألا تكون الشركة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع.

(١) من أحكام القانون التجاري الفرنسي على: 8-611L (١) نصت الفقرة الأولى من المادة)

"Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation".

(٢) نص الفصل (٤٢٨) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي على "يصادق رئيس المحكمة على الاتفاق الحاصل بين المدين وجميع دائنيه ويمكنه أن يصادق على الاتفاق الذي أمضاه دائنون يمثلون ثلثي مجمل الديون ويأذن بجدولة بقية الديون مهما كانت طبيعتها لفترة لا تتجاوز مدة الاتفاق على أن لا تتعدى في جميع الأحوال ثلاث سنوات".

art. 6 - Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, (II) L. 611-8, (٣) راجع:

٢/ أن يتضمن الاتفاق مواصلة المؤسسة لنشاطها.

٣/ ألا يهدر اتفاق التسوية حقوق الدائنين غير الموقعين على اتفاق التسوية، باعتبارها لا تتم مع كافة الدائنين.

والملاحظ على القانون الفرنسى أنه ربط المصادقة الإلزامية للمحكمة بإشتراط التأكد من توقف الشركة عن الدفع. وهو ما عدل عنه المشرع التونسى فى قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦، بعد أن كان يشترط هذا الشرط فى قوانين الإنقاذ السابقة^(١).

ولعل موقف المشرع التونسى فى هذا الصدد يتسم بمزيد من المرونة مقارنة بنظيره الفرنسى، حيث وسع من نطاق الاستفادة من مزايا التسوية لتشمل حتى ولو كانت الشركة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع.

-المصادقة التقديرية:

يعالج هذا الفرض الحالة التى لا تتمكن فيها الشركة من الاتفاق مع جميع الدائنين على التسوية الودية، حيث يجوز للقاضى المصادقة على مثل هذا الاتفاق بشرط أن يكون دين عدد الدائنين الموافقين على التسوية يمثل ثلثي مجمل الديون، يلحقه جدولة لبقية الديون مهما كانت طبيعتها لفترة لا تتجاوز الثلاث سنوات^(٢).

فالقاضى يتمتع بسلطة تقديرية يمكن أن تساعد على إحداث توازن بين المصالح المختلفة، فيحقق مصلحة الشركة من خلال إدخال الدائنين الذين لم يشاركوا فى الإجراءات فى اتفاق التسوية الودية، لتجنب مطالبتهم الفردية بإفلاس هذه الشركة. كما له أن يحقق أيضاً مصالح أقلية الدائنين من خلال تمكينهم من الاستفادة من مزايا التسوية، ليس بإلزامهم بما تم التوافق عليه فى اتفاق التسوية، ولكن من خلال تقرير معاملة خاصة لهم، تتمثل فى جدولة ديونهم. فالسلطة التقديرية للقاضى تتسع لتشمل ليس فقط إخضاع الدائنين أصحاب ثلث الدين الذين لم يوافقوا على التسوية، ولكن أيضاً إلى إمكانية جدولة هذه الديون، بما يحقق مصلحة الشركة والدائنين. وعادة ما يتم جدولة الدين فى فترة لا تتجاوز مدة الاتفاق، وهى مدة جري عمل القضاء

(١) راجع نص الفصل (٤٢٢) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦، سلق الإشارة.

(٢) راجع نص الفصل (٤٢٨) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى لسنة ٢٠١٦ سلق الإشارة.

التونسي على إحتسابها بفترة تتراوح ما بين ٣ إلى ٩ سنوات بحسب حجم الدين، وقدرات الشركة على السداد. كما ذهبت بعض التطبيقات القضائية إلى ربط جدولة ثلث الدين المتبقى بقيام الشركة بسداد جزء من هذا الثلث بشكل فوري، وجدولة الباقي، وهو أسلوب تتبعه بعض المحاكم بهدف التأكد من جدية الشركة في السداد، وإحداث نوع من الموازنة بين المصالح المختلفة للأطراف^(١).

ب- الأثار المترتبة على تصديق المحكمة على اتفاق التسوية الودية:

٦٦- يعتبر وقف تنفيذ الدعاوى من أكثر المسائل التي يُثار الحديث عنها بخصوص أحكام التسوية الودية، وذلك بالنظر إلى الإرتباط الوثيق بين نجاح اتفاق التسوية ووقف تنفيذ الدعاوى الفردية، وأن القول بغير ذلك من شأنه أن يفرغ اتفاق التسوية من مضمونه. لكن يجب أن يؤخذ في الحسبان مصالح الدائنين، التي قد تتضرر ما لم تكن هناك ضوابط تحكم وقف التنفيذ، حتى لا يكون مطية للشركة لتهرب من مسؤولياتها.

وقد حرص قانون التجارة الفرنسي على أن يقرر وقف جميع الدعاوى التي رفعت على الشركة وعدم قبول أي دعوى جديدة بمجرد تصديق المحكمة على اتفاق التسوية. كما توقفت جميع الإجراءات التنفيذية، وذلك حتى نهاية مدة التسوية. وقد تم تقرير هذا الأمر صراحة من قبل قانون التجارة الفرنسي^(٢)، وأيضاً من قبل الإنقاذ التونسي القديم^(٣). كما حرص قانون الإفلاس الأمريكي على تنظيم وقف الإجراءات التنفيذية على أثر التسوية الودية. أما الدعاوى التي رفعتها الشركة قبل التوقف عن الدفع فإنها تستمر، لتستوفى الشركة حقوقها لتتمكن من سداد ما عليها^(٤).

والملاحظ أن قانون الإجراءات الجماعية التونسي قد خطى خطوة أكثر تقدماً في هذا الصدد، حيث لم يعد يجعل وقف التنفيذ أثراً حتمياً ومباشراً للمصادقة على التسوية، ولكنه أراد أن يضع ضوابط أكثر دقة لهذه المسألة، وذلك على النحو التالي:

(١) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٦٥.

6. art. 10-1-131-2016 n°2016-131 du 10 février 2016 (٢) راجع:

(٣) راجع الفصل (١٢) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ١٩٩٩، المشار إليه سابقاً.

(٤) Title 11 – bankruptcy chapter 3, § 362, (Automatic stay) راجع:

١/ إذا تعلق الأمر بدين سابق على تاريخ فتح التسوية، فإن لرئيس المحكمة سلطة تقديرية في أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ من عدمه. لكن إذا تبين له أن في أدائه تعكيراً لوضع الشركة وعرقلة لإمكانية إنقاذها، فيجب عليه أن يأذن مباشرة بوقف التنفيذ.

٢/ يحظر على رئيس المحكمة أن يأذن بوقف إجراءات التنفيذ الرامية إلى استرجاع منقولات أو عقارات إلا إذا تبين أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدينة. كما يجوز له أن يأذن بوقف آجال السقوط. ويبين في الإذن أعمال التنفيذ التي يأذن بوقفها.

٣/ لا يقرر رئيس المحكمة وقف إجراءات التنفيذ إلا بعد استدعاء الدائن والكفيل أو الضامن وكل مدين متضامن طبق القانون لسماع أجوبتهم. ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن.

٤/ لا يمكن لرئيس المحكمة المتعده بمطلب التسوية الإذن بتعليق إجراءات تنفيذ حكم متعلق بمسحقات عامل إلا إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ المؤسسة. وتستثنى من ذلك المبالغ غير القابلة للحجز. وتبين في الإذن الأعمال التي يأذن بتعليقها. وينتهي التعليق آلياً بصدور قرار في مطلب التسوية الرضائية.

وحسناً فعل المشرع التونسي في هذا الصدد؛ حيث إن إطلاق وقف الدعاوى وتعليقها على أثر المصادقة على اتفاق التسوية من شأنه أن يضر بمصالح الدائنين، خاصة وإذا كانت مطالبهم لا تتعارض مع مقتضيات تنفيذ اتفاق التسوية واعتبارات إنقاذ الشركة. ومن ثم حرص القانون التونسي على وضع ضوابط تمكن القاضى من تحقيق التوازن بين مصالح الشركة في الاستفادة من وقف التنفيذ متى كان يتعارض مع اعتبارات إنقاذ الشركة، ومصالح الدائنين في الاستفادة من التنفيذ متى كان لا يتعارض واعتبارات الإنقاذ.

وفى كافة الأحوال إذا تمت مصادقة المحكمة على اتفاق التسوية الرضائية، فيجب إيداع الاتفاق المصادق عليه بكتابة المحكمة التي تتولى إدراجه بالسجل التجاري وإعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بمضمونه.

ثانياً/ حالات رفض طلب التسوية الودية وفتح إجراءات التسوية القضائية:

٦٧- إذا لم يتم التوصل إلى التسوية الودية، وانقضت الآجال القانونية المقررة لذلك، فإن ذلك سيؤدي إلى رفض طلب التسوية المقدم إلى المحكمة. ويعود فشل التسوية الودية إلى أحد الأسباب الآتية^(١):

١/ إهمال الشركة المدينة:

ويتحقق هذا الأمر في حالة عدم اكتراث الشركة لمواعيد التفاوض والتحاوور مع الدائنين، أو عدم حرصها على تنفيذ مطالبهم، أو عدم تقديمها للوثائق والمستندات اللازمة التي تدل على حسن نيتها وإهتمامها بتحقيق تسوية حقيقة. ويتحقق هذا أيضاً في حالة عدم قدرة الشركة على التوصل إلى اتفاق بالتراضي في الأجل المحدد أو تقاعس الشركة عن الحضور لدى المصالح رغم استدعائه طبق القانون.

ومن المثير للانتباه أن قانون الإجراءات الجماعية التونسي منع المحكمة من المصادقة على اتفاق التسوية في حالة ثبوت توقف الشركة عن الدفع وقت عرض اتفاق التسوية للمصادقة على المحكمة، حتى ولو كانت الشركة وقت تقديم طلب التسوية غير متوقفة عن الدفع، وتظهر احتمالية وقوع هذا الأمر في حالة وجود فاصل زمني طويل بين تقديم طلب التسوية وبين عرض اتفاق التسوية بعد اتمامه على المحكمة، حيث تدهورت أحوال الشركة خلالها حتى وصلت إلى التوقف عن الدفع.

ويبدو لنا أن هذا الموقف محل للنقد؛ حيث أن العبرة بحالة التوقف عن الدفع تكون بتاريخ تقديم طلب التسوية وليس بوقت نظر المحكمة لاتفاق التسوية بعد توافق الشركة ودائنيها عليه، خاصة وأنه لا يمكن وصف الشركة بأنها في حالة توقف عن الدفع إذا تمكنت من التوصل إلى اتفاق للتسوية مع دائنيها، حيث أن هذا الاتفاق بمثابة ائتمان جديد يصعب معه القول بأن الشركة في حالة توقف عن الدفع.

٢/ تعنت الدائنين:

(١) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٦٧.

إذا لم تتمكن الشركة من التوصل إلى اتفاق مع الدائنين لإصرارهم على الحصول على ديونهم كاملة دون تخفيضها أو رفض جدولتها، فسوف تكون النتيجة هي عدم الاتفاق على التسوية^(١).

وفي حالة رفض رئيس المحكمة المصادقة لأي من الأسباب السابقة، يجب عليه أن يعلم المصالح أو الشركة أو الدائن أو كل من له مصلحة فوراً. كما يحق له أن ينهي مهام المصالح ويضع حداً لإجراءات التسوية الرضائية ويأذن بعد استدعاء الشركة وسماعها بفتح إجراءات التسوية القضائية. ويعلم الشركة والدائنين ولجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بقراره.

ثالثاً/ فسخ اتفاق التسوية الودية وفتح إجراءات التسوية القضائية:

٦٨- من ناحية أخرى يمكن للقاضي أن يقرر فسخ اتفاق التسوية بعد المصادقة عليه، وذلك في الحالات الآتية:

أ/ إذا أخلت الشركة بأحد الالتزامات التي تعهدت بها:

إذا أخفقت الشركة في تنفيذ أحد الالتزامات التي تعهدت بها بموجب اتفاق التسوية الودية، يمكن لكل من له مصلحة أن يطلب من المحكمة فسخ الاتفاق وإسقاط الأجل الممنوحة للمدين وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها فيما لم يتم دفعه من الديون^(٢). ويقدم طلب الفسخ وينظر فيه من قبل المحكمة المختصة وفق إجراءات الدعاوى المستعجلة^(٣).

ب/ إذا توقفت الشركة عن الدفع خلال تنفيذ اتفاق التسوية:

يفسخ اتفاق التسوية الودية وجوباً إذا صدر ضد الشركة خلال فترة التسوية الودية قرار بفتح إجراءات التسوية القضائية أو حكم بالتقليص بخصوص أحد الديون غير المشمولة بوقف الدعاوى وإجراءات التنفيذ، ويسترجع الدائنون كامل حقوقهم السابقة بعد طرح ما توصلوا به بمقتضى التسوية الودية^(٤). فكما سبق أن ذكرنا، أن المشرع التونسي في قانون الإجراءات الجماعية الجديد (لسنة ٢٠١٦)، لم يتبنى

(١) راجع نص الفصل (٤٣٢) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ سلق الإشارة.

(٢) L. 611-10-3, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 10.

(٣) راجع الفصل (٤٣٠) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٤) راجع الفصل (٤٣١) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

وقف الدعاوى وإجراءات التنفيذ عن جميع الديون، ومن ثم من المتصور توقف الشركة عن دفع أحد الديون غير المشمولة بالوقف.

وإذا حدث رفض لطلب التسوية الودية أو تم فسخ الاتفاق بعد التصديق عليه من قبل المحكمة يسترد الدائنون كامل حقهم في رفع جميع الدعاوى والمطالبات ضد الشركة كأصل عام^(١).

٦٩- وقد لعب نظام التسوية الودية بالمعنى السابق دورًا كبيرًا في إنقاذ العديد من الشركات التجارية في فرنسا، بالنظر إلى ما تلعبه المفاوضات المتبادلة بين الشركة ودائنيها إما في التنازل عن الديون أو عن جزء منها أو منح الشركة أجلًا للسداد أو الأمرين معًا، وذلك بهدف وضع نهاية للصعوبات التي تواجهها. وغالبًا ما تتسم هذه الاتفاقات بالواقعية؛ بمعنى أنها تستجيب لمطالبات إنقاذ الشركة، والتي يمكن أن تختلف من حالة لأخرى. فليس هناك قالب موحد لجميع أحوال الإنقاذ^(٢). ومن ناحية أخرى يوفر هذا النظام الفرصة لتنازل مصلحة الضرائب وغيرها من المؤسسات العامة عن ديونها. وفي المقابل يتقرر لديون الدولة ومؤسساتها المختلفة أولوية في السداد (كديون الضرائب ومبالغ الرعاية الاجتماعية، والتأمين ضد البطالة)^(٣). كل هذه العوامل أسهمت بشكل كبير في إضفاء الفاعلية والجدوى على نظام التسوية الودية، كنظام يتم من خلاله إنقاذ الشركة بعيدًا عن المحكمة، وفي ظل تدخل تشريعي محدود، يضمن مزيدًا من حرية التفاوض والاتفاق بما يراعى المصالح المختلفة للأطراف.

(١) راجع:

L. 611-12, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous reserve art. 190.

(٢) راجع:

Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, TENDER No. JUST/2012/JCIV/CT/0194/A4, Annex 1, Date: 08/05/2014, p Page 4of 87.

(٣) راجع: Articles L.611-7 para. 3 and L.626-6

الفصل الثاني

التدابير القضائية لإنقاذ الشركات من الإفلاس وموقف القانون المصري منها (التسوية القضائية) ٧٠- تعد التسوية القضائية أو ما يطلق عليه إعادة الهيكلة من أهم التدابير الناجمة في إنقاذ الشركات التجارية من الإفلاس، وأن أكثر ما يميزها الدور الفاعل الذي يمارسه القضاء في تسييرها، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول

شروط فتح التسوية القضائية وصلاحيات رئيس المحكمة

٧١- تجسد عملية التسوية القضائية الدور الإيجابي للقضاء في منظومة إنقاذ الشركات، وأن بدء هذه العملية لا يعنى أن القضاء يده مغلولة عن إشهار إفلاسها، حيث يمكن العدول عن هذه الإجراءات وشهر افلاس الشركة^(١).

المطلب الأول

شروط فتح التسوية القضائية

٧٢- يرتبط تدخل القضاء بالتسوية لإنقاذ الشركات بتوافر مجموعة من الشروط، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ تقديم طلب التسوية وقبوله من قبل القضاء:

٧٣- تظل المحكمة المختصة التجارية المختصة بشئون التسوية الودية مختصة أيضاً بمسائل التسوية القضائية^(٢). وباستطلاع موقف القانونين الفرنسي^(٣) والتونسي^(٤) في هذا الصدد، لوحظ أنهما قد توسعا في تحديد الأشخاص المسموح لهم بتقديم طلب التسوية القضائية إلى المحكمة.

(١) راجع الفصل (٤٣٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
R. 743-159, Décret 2007-431 2007-03-25 JORF 27 mars 2007. (٢) راجع:
R. 631-1, DÉCRET n°2015-903 du 23 juillet 2015 - art. 3. (٣) راجع:

(٤) وهم:

أ/ صاحب الشركة إن تعلق الأمر بمؤسسة فردية.
ب/ مدير شركة المساهمة أو أغلبية أعضاء مجلس الإدارة إذا تعلق الأمر بشركة مساهمة.
ج/ رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو المدير العام الوحيد للشركة.
د/ أغلبية أعضاء هيئة الإدارة الجماعية إن تعلق الأمر بشركة مساهمة ذات إدارة جماعية.
هـ/ الشريك الوحيد إذا تعلق الأمر بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة.
و/ مدير الشركة بالنسبة إلى الشركات الأخرى.
ز/ الشريك أو الشركاء المالكين لـ ٥٠% على الأقل من رأس مال الشركة إذا كانت شركة مساهمة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة.
وكل شريك يتطوع بالنظر عن نسبة مساهمته في رأس المال في الشركات الأخرى.
ح/ كل دائن تعذر عليه استخلاص دينه بطرق التنفيذ الفردية. وفي هذه الصورة يتولى قلم كتاب المحكمة فوراً إعلام الشركة بطلب التسوية وإطلاع النيابة العمومية عليه. راجع الفصل (٤٣٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

والملاحظ على التشريعات السابقة أنها عدت من الأشخاص أصحاب الصفة فى تقديم طلب التسوية القضائية مقارنة بما كان عليه الحال فى التسوية الودية، وتبرير ذلك ينصرف إلى أن الشركة فى التسوية الودية تلعب الدور الفاعل والمؤثر فى تسيير الإجراءات، فإن لم يكن لديها الاستعداد لذلك فلا داعى لإرغامها عليه، وذلك على عكس الحال فى التسوية القضائية التى يكون فيها للقضاء اليد الطولى فى تسيير إجراءاتها بصرف النظر عن موقف الشركة فى ذلك.

وإذا تم تقديم الطلب من قبل أحد الدائنين أو الشركاء فيجب أن يتضمن اسم الطالب ولقبه ورقمه بالسجل التجاري ومقره وشكله القانوني إن كان شركة، مع ما لديه من مؤيدات تثبت توقف الشركة عن الدفع. كما يجب على مدير الشركة أن يقدم خطة مقترحة للإفقاذ، موضح بها أسماء أهم عملاء الشركة والموردين المتعاملين معها، وقائمة بأسماء المدراء وأجرة كل واحد منهم وامتيازاته. وعليه تقديم كل هذه الطلبات في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بطلب التسوية القضائية^(١).

وتتولى المحكمة المختصة التأكد من صفة مقدم الطلب ومرفقاته، فإذا ما تبين لها استيفاء المطلوب فإنها تقبل الطلب. وقد قرر القانون الفرنسى أنه فى حالة تقديم طلب التسوية القضائية من غير الشركة، فإنه يجب على المحكمة أن تبادر بإشعار الشركة واستدعائه^(٢).

ومن ناحية أخرى حرص القانون الفرنسى على تمكين المحكمة أن تبادر من تلقاء نفسها فى إجراءات التسوية القضائية، حتى ولو لم يتقدم أحد ممن لهم صفة فى ذلك. والأمر على هذا النحو يعكس تعلق الأمر بالنظام العام، أسوة بدعوى شهر الإفلاس^(٣).

وعلى صعيد الوضع فى القانون الأمريكى، فإن إجراءات الاستفادة من معطيات إعادة الهيكلة طبقاً للفصل (١١) من قانون الإفلاس يبدأ بقيام الشركة المدينة طواعية بتقديم طلب إلى محكمة الإفلاس يتضمن قائمة بأسماء الدائنين، وموجز بالأصول

(١) راجع الفصل (٤٣٥) من قانون الإفقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

R. 631-3 / R. 631-4, DÉCRET n°2015-1009 du 18 août 2015 - art. 8 (٢) راجع:

R. 631-6, Décret n°2009-160 du 12 février 2009 - art. 49. (٣) راجع:

والخصوم. ولا يشترط أن تكون الشركة معسرة، فلها تقديم طلب لإعادة الهيكلة لمجرد مواجهتها التزامات مالية ضخمة وذلك كما حدث في قضية شركة Dow Corning التي قامت بإجراء تسوية عالمية مع دائئنها^(١). أو إذا خسرت دعوى قضائية ترتب عليها استحقاق مبالغ ضخمة من التعويضات^(٢)، أو أن تواجه مشاكل في السيولة. كما يحق للمحكمة أن تحول الطلب المقدم لشهر إفلاس الشركة إلى طلب لإعادة هيكلة الشركة طبقاً للفصل (١١) من قانون الإفلاس، متى قامت الشركة بالطعن على طلب الدائنين بإفلاسها، وقبلت المحكمة هذا الطعن.

وطبقاً للقانون الأمريكي يمكن أن تُدفع شركة كبيرة إلى اللجوء إلى الإستفادة من أحكام إعادة الهيكلة طبقاً للفصل (١١)، وذلك في حالة وجود ثلاثة دائئين تقدموا بثلاثة دعاوى لديون مستحقة الأداء وغير متنازع عليها وليست مضمونة برهن أو غيره من الضمانات، بشرط أن تتجاوز قيمة هذه الديون ١٢,٣٠٠ دولاراً، ولم تقم الشركة طواعية بالوفاء. ويجوز للشركة الاعتراض على طلب الدائنين بإعادة الهيكلة، ومطالبتهم بالتعويضات وأتعاب المحاماة إذا ثبت أن ما قدموه كان بسوء نية منهم.

وسمح القانون الأمريكي أيضاً للدائئين من أصحاب الضمانات إمكانية الاستفادة من تقديم طلب لإعادة الهيكلة، بشرط أن يتنازلوا عن الضمانات المقررة لهم. ويمكن أن تضغط الشركة على الدائئين أصحاب الضمانات للحيلولة دون تقديم طلبات إعادة الهيكلة طبقاً للفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي، من خلال التهديد بإنقاص الضمانات والامتيازات المقررة لهم.

(١) راجع:

Official committee of unsecured creditors, et al, v. Dow corning corporation, united states court of appeals for the sixth circuit, Nos. 04-1608/1643/1720/1721/1722.

(٢) راجع:

Roger Herring, Respondent, v. TEXACO, INC.; Supreme Court of Washington, En Banc, 165 P.3d 4 (2007).

وعن الوضع فى بريطانيا فإن إجراءات الإنقاذ (أو ما يعرف بإجراءات الإدارة) تبدأ خارج المحكمة من خلال تقديم طلب من الشركة أو من الدائنين. ويجب أن يذكر فى الطلب البيانات الآتية^(١):

١/ أن الشركة من المرجح أن تكون معسرة (فى ضوء تقييم الأصول والديون أو عدم القدرة على سداد الديون).

٢/ أنه من المحتمل تحقق ما يلى:

أ/ إنقاذ الشركة فى ضوء التوقعات والمعطيات العملية.

ب/ سيكون إنقاذ الشركة أفضل للدائنين من تصفيتها.

ج/ حصر موجودات الشركة على فرض تصفيتها من أجل توزيعها على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الضمانات.

ويجب أن يكون الطلب المقدم موقعا من قبل المدير المقترح من الشركة لإدارتها، Administrator of the company، ومبيناً فيه رجحان إنقاذها وفق الإجراءات المقترحة فى الخطة المقدمة من الشركة. ويجوز للدائنين طلب تعيين المدير لمباشرة إجراءات إعادة الهيكلة بتقديم طلب يفيد ذلك إلى المحكمة المختصة. ويجب على المدير أن يثبت للمحكمة إمكانية إنقاذها بإثبات أن الحلول المقترحة قابلة للتطبيق، وإلا إذا لم يستطع إثبات ذلك فعليه أن يطلب تصفية الشركة، وتوزيع حصيلة التصفية على الدائنين.

وفى إجراءات المحاكم فإن المحاكم الإنجليزية تتمتع بسلطة تقديرية فى إصدار الأمر الإدارى خارج المحكمة، يحق للدائن المرتهن أن يعين مديرا كما هو الحال بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة والشركة إذا لم يوافق الدائن صاحب الرهن. ولا توجد إجراءات مماثلة لهذا فى الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى. وللمدين الحق فى الدخول فى إجراءات الإنقاذ طبقا للفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى حتى ولو ثبت سوء نيته، وذلك بخلاف ما هو مقرر فى القانون الإنجليزى.

(١) راجع:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, part (1).

ويبدو لنا أهمية دراسة المقترحات المقدمة من قبل المدير والتأكد من جدواها فى إنقاذ الشركة من قبل المحكمة، من خلال الاستعانة بالخبراء والمتخصصين، وذلك قبل البدء فى الإجراءات. حيث قد يكون الأفضل للشركة والدائنين إشهار إفلاسها وتصفيتها بشكل فوري، بدلا من الانتظار فى إجراءات الإنقاذ لمدد زمنية قد تطول، وتتسبب فى مزيد من الخسائر لأموال الشركة، مما يؤثر على حقوق الدائنين عند التنفيذ عليها.

ويلاحظ على موقف قانون إعادة الهيكلة المصرى فى هذا الصدد، أنه جعل تقديم طلب إعادة الهيكلة مقصورا فقط على المدين التاجر. ولعل هذا الأمر يشكل قصورا فى هذا القانون، مقارنة بموقف التشريعات القانونية التى وسعت من نطاق أصحاب الصفة فى هذا الشأن؛ كالدائنين والنيابة العامة والمحكمة وغيرهم. حيث نظرت هذه التشريعات إلى إعادة الهيكلة نظرة مجتمعية ذات أهداف قومية، تتجاوز حدود تمكين شركة من سداد ديونها إلى حدود تتعلق بالمحافظة على الشركة ككيان يعد المحدد الاستراتيجى لنجاح عملية التنمية فى أية دولة. ومن ثم فالأصل أن أمر بقائها واستمرار نشاطها يهم المجتمع بأسره وليس الشركة وأعضائها فقط. وعليه، يجب على المشرع المصرى أن يلتفت لهذا البعد ويعيد النظر فيه.

ومن ناحية أخرى حرص القانون المصرى على إلزام التاجر بتقديم طلب لإعادة الهيكلة، وألزمه أن يضمن هذا الطلب شرحا لأسباب الاضطراب المالى، وتاريخ نشأته، وما اتخذ بشأنه من إجراءات لتجنب حدوثه أو معالجة آثاره، وما يراه من إجراءات لازمة للخروج منه^(١). واشترط - علاوة على ذلك - أن يرفق بالطلب مجموعة من المستندات^(٢).

(١) راجع المادة (١٩) من قانون إعادة الهيكلة المصرى سابق الإشارة.

(٢) وهذه المستندات هى:

أ/ الوثائق المؤيدة للبيانات المذكورة فيه.

ب/ شهادة من مكتب السجل التجارى تثبت قيام التاجر بما تفرضه عليه الأحكام الخاصة بالسجل التجارى خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.

ج/ شهادة من الغرفة التجارية تفيد مزاوله التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.

د/ صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.

ثانياً/ التأكد من أن الديون المستحقة ثابتة التاريخ:

٧٤- ألزمت التشريعات المنظمة لإجراءات التسوية القضائية ضرورة أن تكون ديون الدائنين التي يحتجون بها على الشركة ثابتة التاريخ قبل افتتاح إجراءات التسوية القضائية. وقد اشترط المشرع التونسي أن يتم إثبات تاريخ الديون السابقة لفتح إجراءات التسوية القضائية، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وستين يوماً بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج التراب التونسي. ولا يقبل إثبات تاريخ دين بعد ذلك الأجل إلا بإذن من المحكمة المنعقدة في غرفة المشورة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إثبات تاريخ أي دين بعد مضي سنة من افتتاح الإجراءات. ويستثنى من المدة السابقة الديون المستحقة لمصلحة الضرائب وصندوق الضمان الاجتماعي. ويترتب عن عدم احترام الأجل المنصوص عليها بالفقرات المتقدمة حرمان الدائن من المشاركة في توزيع الأموال في إطار تنفيذ برنامج الإنقاذ^(١).

ويجب أن تصادق المحكمة على تقييد جميع الديون الثابتة حسب ترتيبها و تقرر قفل جدول الديون. وإذا ظهر نزاع في أصل الدين أو في مقداره وكانت هناك مؤيدات ترجح ثبوته، تأذن المحكمة بإثبات تاريخه احتياطياً.
ثالثاً/ توقف الشركة عن دفع ديونها:

ه/ بيان إجمالي بالمصروفات الشخصية في السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة عدا الطلب المقدم من إحدى الشركات المساهمة.

و/ بيان تفصيلي بالأموال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب إعادة الهيكلة.

ز/ بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.

ح/ شهادة تقييد عدم تقدمه بطلب إعادة الهيكلة من قبل، أو تقدمه بطلب سبق حفظه ومرت ثلاثة أشهر على ذلك.

ط/ شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو عقد صلح واق من الإفلاس.

٣/ وإذا كان الطلب خاصاً بشركة وجب أن يرفق به فضلاً عن الوثائق السابقة صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجاري والوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وقرار الشركاء والجمعية العامة بطلب إعادة الهيكلة، وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم.

٤/ ويجب أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من الطالب، وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك.

راجع المادة (١٩) من قانون إعادة الهيكلة المصري سابق الإشارة.

(١) راجع الفصل (٤٤٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

٧٥- يشترط علاوة على تقديم طلب التسوية القضائية من صاحب الصفة، أن تكون الشركة متوقفة عن دفع ديونها. بمعنى أنه لا يجوز الاستفادة من التسوية القضائية بمجرد مرور الشركة بصعوبات اقتصادية أو اضطراب في شئونها المالية. كما أن وصول الشركة إلى هذه الحالة المتقدمة من التدهور (التوقف عن الدفع) هي التي تبرر التدخل القضائي لإنقاذ الشركة من خلال التسوية^(١).

وقد حرص القانون التجاري الفرنسي على إقرار هذا الشرط، وعرفه بأنه عبارة عن عدم قدرة الشركة على دفع التزاماتها المستحقة من أصولها الموجودة^(٢). وحرص أيضاً القانون التونسي على بيان معنى التوقف عن الدفع في هذا الصدد بالقول بأنه عبارة عن " كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للصرف على المدى القصير"^(٣). كما عرفه الفقه بأنه عبارة عن عدم قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماته الحالية من أصوله القابلة للصرف^(٤).

ويفهم من مجموع التعريفات السابقة أنه الوصف القانوني للتوقف عن الدفع يتحقق بتوافر شرطين:

الأول/ أن تكون الديون مستحقة الأداء:

(١) ويحيط فكرة التوقف عن الدفع ضبابية شديدة، فلطالما تباينت اتجاهات المحاكم في وضع تفسير لهذا المفهوم، وأحييت بشأنه عدد من صعوبات التفسير، كان من أهمها: ١/ تمتع المحاكم بسلطة واسعة في تفسير عبارة "التوقف عن الدفع". ٢/ عدم وجود تمييز واضح لدى بعض التشريعات بين مفهوم التوقف عن الدفع والإعسار. ٣/ عدم وجود تمييز واضح بين النظام الذي يخضع له التاجر وغير التاجر. يضاف لما سبق أن الفكر الاقتصادي الحديث ساهد توجه بأن توقف التاجر عن دفع ديونه عسراً ليس دليلاً قاطعاً على فشل أو إخفاقه أو سوء نيته، خاصة في ظل ما يشهده عالمنا المعاصر من أزمات بسبب حدة المنافسة ووفرة العرض وقلة الطلب، والطوارئ السياسية التي هزت العالم بأسره. كل ذلك رسخ في الذهن أن فشل التاجر في دولة ما قد يعود لسبب طارئ حدث في أقصى دول العالم. وأن التاجر مهما بلغت قدرته على التوقع والتنبؤ معرض للفشل. وقد جاء مصطلح إنقاذ الشركات من الإفلاس، كمفهوم سمعت مجموعة من التشريعات إلى تبنيه في الفترة الأخيرة، لإدراكها بخصوصية المعطيات السابقة. وقد سطحت فكرة إجراءات الإنقاذ الجماعية كوسائل يمكن من خلالها نقادى الإفلاس، شريطة أن يكون التدخل للإنقاذ قد تم في التوقيت المناسب. حيث إن التدخل إذا تم في وقت مبكر فإن ذلك من شأنه أن يسبب سمعة الشركة ويهدد انتمائها. كما أن البدء في الإجراءات الجماعية بعد مرور الوقت المناسب، من شأنه تفويت فرصة الإنقاذ، خاصة إذا كانت قد استنفدت، لذلك فإن نجاح الإنقاذ يتوقف بشكل كبير على شجاعة القائمين على تسيير شئون الشركة، من حيث إقدامهم على طلبه دون خوف من التشهير بها، وقيل أن تصل إلى وضع ميؤوس منه. راجع: د. محمد رضا التميمي، مفهوم التوقف عن الدفع بين الإلغاء والتطوير - دراسة بين القانون التجاري الجزائري والمصري، مجلة السياسة والقانون، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - الجزائر، العدد التاسع، يونيو ٢٠١٣، ص: ١٦٦؛ أحمد الورفلي، التوقف عن الدفع في قانون الإجراءات الجماعية، تقرير تمهيدي، مقدم للمعهد الأعلى للقضاء - تونس، ٢٠٠٣، ص: ١.

631-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 75. (٢) راجع:

(٣) راجع الفصل (٤٣٤) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٤) راجع:

TETLEY, Andrew and BAYLE, Marcel, "Insolvency Law in France" in Otto Eduardo Fonseca Lobo, World Insolvency Systems: A Comparative Study, op.cit, p195.

يقصد بهذا الشرط أن تكون الديون المستحقة على الشركة محددة المقدار خالية من النزاع، بصرف النظر عن عددها، ويحل ميعاد استحقاقها^(١). ويرى بعض الفقه أنه لا تمييز بين الديون التجارية والديون المدنية في هذا الصدد، وذلك بالنظر إلى أن قانون الإنقاذ التونسي لا يقتصر تطبيقه فقط على التجار وإنما على الحرفيين الخاضعين لنظام ضريبي حقيقي. ولعل نوعية الديون التي تستوعب هذا المعنى تتصرف في الغالب إلى الديون الخاصة بالحرفيين.

الثانى/ عدم كفاية أموال الشركة للوفاء:

يقصد بهذا الشرط عدم قدرة الشركة على مواجهة التزاماتها قصيرة المدى، المتوقعة وغير المتوقعة عند استحقاقها من التدفق النقدي العادي والنتائج عن مبيعاتها (أموال نقدية جاهزة وكافية)، أو من خلال القدرة على تحويل الأصول العينية إلى نقود (مثل حق الملكية وحق الإنقاذ) والحقوق الشخصية (كدين أو حوالة دين) وحقوق الملكية الفكرية (الملكية الصناعية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع)^(٢).

ويرى البعض أنه من الصعوبة بمكان الوقوف على العناصر المحاسبية التي تساعد على تحديد الموجودات القابلة للصرف على المدى القصير في إطار الشركات، وأن اللجوء إلى فحص عناصر الموازنة لا يعكس حقيقة الموجودات القابلة للصرف. وعليه، يتضح أن العنصر الثانى لمفهوم التوقف عن الدفع من الاتساع بمكان ليشمل عناصر أخرى غير الأموال السائلة، الأمر الذى يضىف مزيدا من المرونة^(٣).

ولا تعد الشركة في حالة توقف عن الدفع متى كان لديها احتياطي ائتماني أو إذا منحها دائنوها وقفا اختياريا للمطالبة بديونهم^(٤). ولإثبات إخفاقها في الدفع يجب على الدائن والنيابة العامة إقامة الدليل على ذلك. ويحق للشركة نفى هذا الدليل (ويحدث هذا متى رأت الشركة أن التسوية القضائية سوف تسبب لها أضرارا لا تريدها)،

(١) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢) ماهر الخزاعي، إدارة السبولة والريحية، مرجع سابق، ص ٣.

(٣) السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٤) L. 631-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 75. راجع:

وإثبات أنها لا تواجه أى صعوبات مالية، ليس فقط لوجود سيولة نقدية أو أصول عينية لديها، ولكن أيضاً بأن تثبت وجود احتياطات ائتمانية لديها، أو حصولها على وقف اختياري بالتوافق مع دائنيها^(١) وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي^(٢).

وحسناً فعل المشرع الفرنسي فى هذا الصدد؛ حيث إن تمكين القانون الدائنين من تقديم طلب للتسوية القضائية قد يفتح باباً للكيد من قبلهم تجاه الشركة، لذلك يجب إثبات جدية الطلب بإثبات توقف الشركة عن الدفع، وتمكينها من نفي هذا الإدعاء.

ويعد التوقف عن الدفع واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الإثبات. ويستدل القضاء عليها عادة بعدة قرائن؛ مثل تحرير احتجاجات عدم الوفاء ضد الشركة، أو صدور أحكام نهائية بمديونيتها وعجزها عن تنفيذها، أو إصدار شيكات بدون رصيد، أو فشل التسوية الودية،... وغيرها^(٣).

ومن ناحية أخرى ومسيرة لتوجه المرونة والتيسير الذى تبناه المشرع الفرنسي، رأى جانب من الفقه أن انقضاء مواعيد استحقاق الدين دون مطالبة من قبل الدائن يعد من قبيل منح وقف اختياري للمدين بشكل ضمنى، لا يمكن معه القول بأنه فى حالة توقف عن الدفع. خاصة وأن المحكمة تملك أن تواجه نقاعس الشركة بعد ذلك بما تملكه من تحديد لتاريخ التوقف عن الدفع لتحديد فترة الريبة " suspect period" لتتحى جانباً التصرفات التى قامت بها الشركة لإضرار بمصالح الدائنين^(٤).

صفوة القول: إنه ليس كل امتناع عن الدفع يعد توقفاً عن الدفع يبرر التسوية القضائية، وإنما يجب أن يعكس هذا الامتناع وجود ضائقة مالية مستحكمة، خاصة إذا كان مجموع خصومه تفوق مجموع أصوله، أى أن يكون التوقف عن الدفع عسراً.

(١) راجع:

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 27 février 2007, 06-10.170, Publié au bulletin. See also: Cf CCIP, Rapport Commission des droits de l'entreprise, Pistes pour l'évolution des textes relatifs à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Etudes Actualité's no 13, de c. 2007.

Cass. Com. 22 June 1999, Revue des procédures collectives 2000, p45.

(٣) راجع: د.فايز نعيم رضوان، أحكام القانون التجارى الجديد فى الإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ٤٨ وما بعدها.

(٤) راجع:

Georges Cavalier. French Bankruptcy Law and Enforcement Procedures Commercial Code - Article L. 632-2 §2. Nagoya Symposium, Mar 2008, Nagoya, Japan. HAL Id: hal-00325825, p3.

والملاحظ أن قانون إعادة الهيكلة المصرى لم يشترط للاستفادة من إعادة الهيكلة التوقف عن الدفع، وإنما اكتفى بمجرد الاضطراب المالى^(١)؛ مخالفاً بذلك المستقر عليه فى التشريعات القانونية الأخرى من أن الاضطراب المالى يحتاج إلى مجرد التسوية الرضائية والوساطة، أما التوقف عن الدفع فهو ما يبرر التسوية القضائية وإعادة الهيكلة. ولعل المشرع المصرى قد قصد من وراء ذلك التوسعة، حيث أن قبوله طلب إعادة الهيكلة لمجرد الإضطراب المالى يجعله من باب أولى يقبله فى حالة التوقف عن الدفع. لكن يبدو لنا أن الأنسب هو التمييز بين الاضطراب المالى والتوقف عن الدفع فى هذا الصدد؛ بحيث يكتفى بشأن الاضطراب المالى بإجراءات الوساطة والتسوية الودية وليس إعادة الهيكلة، بالنظر إلى أن الأخيرة تنطوى على مجموعة من الآثار الاستثنائية بالنسبة للدائنين وبالنسبة للشركة (كوقف الدعاوى وإجراءات التنفيذ وإمكانية بيع الشركة للغير وتغيير الإدارة)، التى لا تتناسب مع مجرد إضطراب أحوال الشركة المالية، التى يتناسب معها التسوية الودية والصلح.

المطلب الثانى

صلاحيات رئيس المحكمة بخصوص طلب التسوية القضائية

٧٦- من المقرر أن صلاحيات رئيس المحكمة بخصوص إجراءات التسوية القضائية سوف تكتسب آفاقاً أرحب، خاصة وأن الشركة قد وصلت إلى حد التوقف عن الدفع. ومن ثم يجب إنقاذها حتى ولو على حساب التفريط بهيكلها الإدارى، والاستعاضة عنه بأخر لضمان الحفاظ على مكتسباتها واستمرارية نشاطها، والحفاظ على العمالة الموجودة لديها^(٢).

٧٧- ويظهر موقف رئيس المحكمة التجارية بعد تلقيه طلب التسوية القضائية، وإستدعاء الشركة وسماع أقواله فى جلسة استماع^(٣)، على إحدى حالتين:
١/ أن يأذن ببدء إجراءات التسوية القضائية:

(١) راجع المادة (١٨)، (١٩) من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة.

(٢) راجع:

Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' op.cit, p87.

:R. 621-4, DÉCRET n°2014-736 du 30 juin 2014 - art. 30. (٣) راجع:

إذا تبين لرئيس المحكمة أن طلب التسوية القضائية يتسم بالجديّة، فإنه يأذن بانطلاق الإجراءات. كما يمكن له بعد ذلك مباشرة إحالة ملف التسوية إلى المحكمة المنعقدة في غرفة المشورة، متى رأى أن ذلك هو الحل الوحيد لإنقاذ الشركة. ويمكن لرئيس المحكمة أن يطلب معلومات عن حالة الشركة من الشركاء أو من مديرها أو أى مؤسسة عامة أخرى^(١).

٢/ أن يرفض طلب التسوية القضائية:

يمكن لرئيس المحكمة رفض طلب التسوية القضائية، وذلك متى تبين له أن الطلب غير جدى، أو أن الطلب مقدم من غير ذى صفة، أو أن الشركة لم تصل إلى حد التوقف عن الدفع. وفي كافة الأحوال، يجب أن يكون قراره بالرفض مسبباً^(٢).

المبحث الثانى

فترة المراقبة وخطة الإنقاذ

٧٨- تعد فترة المراقبة وما يتبعها من إعداد خطة الإنقاذ من أهم الإجراءات فى إعادة هيكلة الشركة؛ حيث تشهد تضافر جهود الشركة ودائنيها والمحكمة كمحاولة أخيرة للإبقاء على الشركة. ويقتضى الأمر التعرض له بمزيد من التفصيل، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول

فترة المراقبة

٧٩- تعد فترة المراقبة من أهم مراحل التسوية القضائية، وهو ما يستدعى التعرض لها بمزيد من التفصيل على النحو التالى:

أولاً/ الطابع الإلزامى لمرحلة المراقبة:

٨٠- تأتى فترة المراقبة *a period of observation* بعد فترة الريبة، وتبدأ بعد صدور أمر البدء فى مباشرة إجراءات الإنقاذ. ويترتب على البدء فى إجراءات المراقبة تجميد جميع المطالبات والدعاوى خلال هذه الفترة. وتلعب هذه الفترة دوراً كبيراً فى تحديد مسار الإنقاذ، فأما أن تواصل المحكمة إجراءات التسوية القضائية أو تتحول إلى الإفلاس.

(١) راجع الفصل (٤٣٦) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) راجع الفصل السابق، ذات القانون.

وقد نظم القانون التجارى الفرنسى مرحلة الرقابة كإجراء ملزم قبل التحول إلى مرحلة التصفية^(١)، فتوقف الشركة عن نشاطها لا يعنى دفعها للإفلاس، ولكن يقتضى الأمر من المحكمة أن تمر بفترة مراقبة تهدف إلى منح الشركة فرصة أخيرة لإعادة هيكلة أصولها وترتيب أوضاعها^(٢)، بحيث إذا ما فشلت فى الاستفادة من هذه الفرصة تحولت إلى التصفية^(٣).

ومما لاشك فيه أن إلزامية مرحلة المراقبة مرهون بجدوى الإنقاذ؛ بمعنى إذا تبين لرئيس المحكمة عدم جدوى الإنقاذ فإن ذلك يعنى أنه سيقرر افلاس الشركة، ومن ثم لا مجال للحديث عن المراقبة فى هذه الحالة.

ثانياً/ المدة التى حددها القانون للمراقبة période d'observation:

٨١- يجب على المحكمة وهى بصدد إصدار أمر البدء فى الإجراءات أن تحدد فترة المراقبة، وهى ستخضع الشركة خلالها للفحص والمراقبة، وذلك لوضع خطة مناسبة لحماية الشركة وإعادة هيكلتها وتنظيم شئونها.

وقد حدد القانون الفرنسى مدة المراقبة التى تخضع لها الشركة خلال التسوية القضائية بستة أشهر، قابلة للمد فى الأحوال الآتية^(٤):

١/ صدور قرار مسبب من المحكمة بناء على طلب الشركة أو المدير القضائى أو وكيل النائب العام بإطالة المدة ستة أشهر أخرى، بعد أقصى سنة، وذلك لأغراض الانتهاء من خطة الإنقاذ.

٢/ صدور قرار مسبب من المحكمة بناء على طلب وكيل النائب العام بتمديد المدة ستة أشهر، إذا تبين أن ذلك لازم وضرورى لها.

(١) راجع:

Fiche pratique, La procédure de sauvegarde, CCI Paris Ile-de-France, Mis à jour le 19/04/2016, p3.

(٢) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p24.

(٣) راجع:

Nahid Lyazami. La pr'évention des difficult'es des entreprises: 'etude comparative entre le droit fran,cais et le droit marocain. Droit. Universit'e de Toulon, 2013. Fran,cais, p36.

L. 631-3, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

٣/ في حالة إذا صدر حكم من المحكمة بمدة معينة، وتم الطعن عليه. فإذا تعلق الأمر بالتقرير بالاستئناف على حكم أول درجة المشمول بالتنفيذ المؤقت والمقرر رفض خطة الإنقاذ أو لصدور حكم بالتصفية، فإنه من الممكن أن تقرر المحكمة مد فترة المراقبة حتى صدور حكم محكمة الاستئناف. أما إذا تعلق الأمر بالطعن بالاستئناف وقبل الطعن فإن محكمة الاستئناف يحق لها مدة فترة المراقبة إلى ثلاثة أشهر.

من ناحيته أطال المشرع التونسي فترة المراقبة مقارنة بنظيره الفرنسي؛ حيث جعلها تسعة أشهر، قابلة للتمديد مرة واحدة لمدة لا تتعدى ثلاثة أشهر بقرار مسبب، بناء على ما تقتضيه ظروف كل شركة^(١).

وجدير بالذكر أن مدة المراقبة تنتهي إذا ما تحققت أهداف الإنقاذ، كما لو انتهت الصعوبات التي تواجه الشركة، واستردت عافيتها^(٢).

وقد يمثل طول فترة المراقبة إضراراً كبيراً بمصالح الدائنين خاصة في حالة التمديد، بالنظر إلى أنهم خلال هذه الفترة لا يمكنهم مباشرة الدعاوى وإجراءات التنفيذ ضد الشركة، ومن ثم يبدو لنا أنه ليس هناك ما يمنع الدائن الراغب في تقليص مدة المراقبة أن يظهر ذلك للقاضي المراقب ويحصل على دعمه ويثبت له أن طول المدة غير ملائم. ويستطيع القاضي المراقب من ناحيته أن يظهر أن إنقاذ الشركة بات أمراً مستحيلاً.

من ناحيتها، تملك المحكمة في سبيل تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة، خاصة على صعيد التداعيات المالية والاقتصادية المترتبة على تجميد مطالبات الدائنين، أن تتحقق بشكل دوري من جدوى فترة المراقبة، فإذا جعلت المحكمة مدة المراقبة ستة أشهر، فلها أن تقللها أو تقرر لها نهاية إذا ما رأت أن حالة الشركة تتدهور. وواجب على المحكمة أن تمارس نوعاً من الرقابة الدورية للتأكد. وفي ذلك تنص المادة L.622-10 من القانون التجاري الفرنسي على منح المحكمة السلطة من نفسها أو بناء على طلب أي من الهيئات والكيانات (كالمدير أو المراقبين أو ممثل الدائنين أو

(١) راجع الفصل (٤٣٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
L. 622-12, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 26. (٢) راجع:

النائب العام أو الشركة نفسها) أن تأمر من تلقاء نفسها بإنهاء الإجراءات بشكل جزئي أو تحويل إجراءات التسوية القضائية إلى الإفلاس. ثالثاً/ إجراءات المراقبة:

٨٢- حرصت التشريعات المنظمة لإجراءات المراقبة على رسم الخطوات واجبة الاتباع لتنظيم فترة المراقبة، وهي على التفصيل التالي^(١):
أ/ تعيين أشخاص التسوية القضائية:

٨٣- يعين رئيس المحكمة متصرفاً قضائياً administrateur^(٢) يعهد إليه الإشراف على إدارة الشركة، ووكيلاً مشرفاً mandataire judiciaire^(٣). والذي تكون مهمته تمثيل مصالح الدائنين والدفاع عنها.

وعن الوضع في القانون الإنجليزي، فالملاحظ أنه ألزم تعيين مدير مراقب يتولى الإشراف على شئون الشركة Administrator ويتم تعيينه إما من قبل المحكمة أو بعيداً عنها بمعرفة الشركة والدائنين^(٤).

ولا يجوز أن يعين متصرفاً قضائياً أحد أصول المدين أو فروعه أو أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة، أو من كان أجيراً لديه خلال السنوات الخمس السابقة لافتتاح إجراءات التسوية أو أحد دائنيه أو مراقب حساباته. كما لا يجوز أن يعين المدير القضائي من بين الأشخاص الذين تربطهم علاقات قرابة أو مصاهرة بوكيل الشركة أو مديرها العام أو أحد أعضاء مجلس إدارتها أو بالشريك المتضامن أو بكلّ شريك^(٥).

ويتولى رئيس المحكمة تحديد اختصاصات المدير القضائي في حكم تعيينه، ويجوز له تعديل اختصاصاته بناء على طلب من الوكيل القضائي أو النائب العام، كما أنه يتحمل ذات مسؤولية مدير الشركة فيما يقوم به من أعمال^(٦).

(١) راجع الفصل (٤٣٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
Article L.621-1 paragraph 3 Commercial Code. (٢) راجع:
Article L.621-4 paragraph 1 Commercial Code. (٣) راجع:

(٤) راجع:

The Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, Part II administration orders.

(٥) راجع الفصل (٤٤٠) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

18. art. - 2008-1345 du 18 décembre 2008 - L. 622-1. (٦) راجع:

ويضطلع المدير القضائي بحكم طبيعة عمله بعدد من الاختصاصات؛ أهمها^(١):

١/ جرد أرباح الشركة بحضور مديرها بعد استدعائه، وذلك بمجرد صدور قرار افتتاح التسوية القضائية، ويمكنه أن يستعين بمن شاء من ذوي الاختصاص في جرد الأرباح وتقويمها، ويودع نسخة من قائمة الجرد بقلم كتاب المحكمة^(٢). وإذا لم يقم رئيس المحكمة بتكليف المدير القضائي بالجرد، فقد أجاز القانون الفرنسي إسناد هذه المهمة لمراقب حسابات الشركة^(٣).

٢/ أن يقدم إلى رئيس المحكمة تقريرا يوضح فيه حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي والاجتماعي للشركة^(٤).

٣/ حصر قائمة الدائنين تحت إشراف الوكيل القضائي. ويمكن للدائنين أن يتجمعوا في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم. ولكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى الوكيل القضائي. وقد ألزم القانون الفرنسي كل من لديه وثائق خاصة بحسابات الشركة ومعاملاتها أن يسلمها للمتصرف^(٥).

٤/ مراقبة أعمال التصرف ومساعدة الشركة في جميع أعمال التصرف، أو في بعضها حسب ما يحدده رئيس المحكمة (فله إجراء عمليات البيع والرهن العقاري والتبرع وغيرها من التصرفات التي تكون الشركة قد أهملتها)، الذي يمكنه بصفة استثنائية وبموجب قرار مسبب تكليفه بإدارة الشركة كليا أو جزئيا بمساعدة الشركة أو بدونها^(٦). وإذا اقتضت مهمة المدير القضائي على المراقبة فلرئيس المحكمة أن يحدد التصرفات التي لا تتم إلا بتوقيع المدير القضائي مع المدين^(٧).

(١) راجع:

The Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, schedule (1) Sections 14, 42. Powers of administrator or administrative receiver.

(٢) L. 622-6, Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7.

(٣) L. 622-6-1, LOI n°2011-850 du 20 juillet 2011 - art. 37.

(٤) راجع الفصل (٤٤٢) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٥) راجع:

L. 622-5, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art.190.

(٦) L. 622-4, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 163.

(٧) L. 622-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 18.

وفى حالة وجود خلاف حول إدارة الشركة يرفع الأمر إلى الوكيل القضائي الذي يبت فيه على وجه السرعة^(١).

٥/ دراسة برنامج الإنقاذ المقدم من الشركة وتعديله عند الاقتضاء، ويتضمن برنامج الإنقاذ وسائل النهوض بالشركة، ومنها عند الاقتضاء جدولة ديونها، ونسبة التخفيض من أصل الدين أو من الفوائد المترتبة عليه، أو تغيير الشكل القانوني للشركة أو إحالتها للغير.

٦/ إذا اقتضى برنامج الإنقاذ إنهاء عقود العمل أو تخفيض الأجور والامتيازات الخاصة بالعمال، يجب أن يعلم المدير القضائي مكتب العمل.

٧/ يعرض المدير القضائي برنامج الإنقاذ المقدم من الشركة أو المعدل على الوكيل القضائي وجوبا فور الانتهاء من إبداء رأيه بشأنه. ويحرر الوكيل القضائي تقريرا يبين فيه جدوى البرنامج يرفعه إلى المحكمة، وله أن يقترح شهر إفلاس الشركة إذا توافرت شروطه^(٢).

من ناحية أخرى سمح القانون الفرنسي لمدير الشركة البقاء على إدارة الشركة وممارسة الاختصاصات التي لم يسند أمرها إلى المدير القضائي، وغيرها من أعمال التسيير اليومي للشركة^(٣). وفى كافة الأحوال يجب إدراج القرارات الصادرة بإسناد إدارة الشركة إلى المدير القضائي أو التصرفات التي يجب فيها توقيعه بالسجل التجارى.

ويتضح مما سبق أن المدير القضائي يحظى بعدد من الصلاحيات، كما أنه يتمتع بصلاحيات تعيين مجموعة من الأشخاص والمختصين لمباشرة إجراءات الإصلاح^(٤). كما يملك أن يقبل أو يرفض مطالبات الدائنين^(٥) ويمنح التراخيص المختلفة. ويجوز

(١) راجع الفصل (٤٤٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٢) راجع الفصل (٤٥٢) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٣) راجع:

L. 622-3, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190

(٤) راجع:

Article L.621-10 Commercial Code, and article L.621-9 paragraph 2 Commercial Code

Article L.624-2 Commercial Code. (٥) راجع:

للتظلم من قرارته خلال ١٠ أيام من تاريخ صدور هذه الأوامر أمام المحكمة المختصة.

من ناحية أخرى، يحق للوكيل القضائي بمجرد تعيينه الاتصال بأى جهة يرى أنها قد تزوده بمعلومات أو بيانات تفيد فى إنقاذ الشركة^(١).

ويرفع الوكيل القضائي إلى المحكمة تقريراً في جميع المنازعات التي قد تنشأ أثناء التسوية القضائية وجميع المعلومات التي يرى فائدة في عرضها عليها^(٢).

ويجب على المدير القضائي الذي يعفى من مهامه أن يقدم إلى المدير القضائي الجديد حساباته بمحضر الوكيل القضائي في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ إعفائه من مهامه وذلك بعد استدعاء الشركة بخطاب مكتوب مصحوب بعلم الوصول^(٣).

وقد تبني القانون الانجليزي فكرة تعيين متصرف أو متعهد قضائي يتولى الإشراف على عملية الإدارة عرف باسم المستلم Resaver. ولم يجعل القانون تعيينه في كافة الحالات، وإنما فقط إذا تعلق الأمر بإحدى الحالات الآتية:

١/ شركة من الشركات العاملة في سوق رأس المال إذا كان مجموع ديونها يتجاوز أو من المتوقع أن يتجاوز ٥٠ مليون جنيه إسترليني.

٢/ شركات التمويل إذا كان من المتوقع أن تتجاوز ديونها مبلغ ٥٠ مليون جنيه إسترليني.

٣/ الشركات الخاصة بالمرافق العامة للدولة.

٤/ إحدى الشركات ذات الملكية المشتركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

٥/ الشركات العقارية.

والملاحظ على موقف المشرع الإنجليزي أنه قصد من التعداد السابق التفرقة بين الشركات الكبيرة والشركات الصغيرة، حيث إن الأولى دون الثانية يعين لها مستلم ليتولى الإشراف على الإجراءات.

L. 622-6, Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7. (١) راجع:

(٢) راجع الفصل (٤٤٤) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع الفصل (٤٤١) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

ويبدو لنا أن هذا التمييز منتقد، وذلك بالنظر إلى أن تعيين المستلم لا يجب أن يرتبط من حيث الأصل بحجم المشروع، وإنما في ضوء حاجة الشركة لمن يشرف على إجراءات إعادة هيكلتها، وذلك بقطع النظر عن طبيعة نشاطها أو حجم رأس مالها.

ولم يلزم قانون إعادة الهيكلة المصرى المحكمة بتعيين متصرف قضائى، وإنما استعاض عن ذلك بقيام رئيس المحكمة بتشكيل لجنة تسمى (لجنة إعادة الهيكلة) من الخبراء المقيدين بجدول خبراء إدارة الإفلاس تختص بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول التاجر وتقييمها وما تكلف به من أعمال أخرى. ولاشك فى أن هذه اللجنة سوف تعمل تحت رقابة وإشراف رئيس المحكمة بداية من وضع الخطة، مروراً بإدارة أصول الشركة وانتهاءً بتحقيق الخطة لأهدافها. وأن هذا لا يمنع استعانته بمن يشاء من الخبراء. فإدارة عملية إعادة الهيكلة تحتاج إلى الإشراف والإدارة القضائية، بالنظر إلى ما تحتاج إليه من موازنة عادلة بين مصالح الشركة ودائنيها، واتخاذ الكثير من القرارات بحياد مطلق.

ب/ عدم غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل عام:

٨٤- المستقر عليه أن غل اليد هو إجراء لا تعرفه سوى أنظمة شهر الإفلاس، كإجراء احترازي يكتسى بطابع الجزاء^(١)، يهدف إلى تجنب سوء تصرف الشركة، سواء بما يضر بجماعة الدائنين^(٢)، أو ما يضر بمصالحه الخاصة مدفوعاً بالرغبة فى الخلاص من مأزقه^(٣). وبالنظر إلى خطورة الآثار المترتبة عليه، فقد حرصت التشريعات القانونية المختلفة على إحاطته بعدد من الضوابط التى تضمن تحقيق أهدافه دون الإضرار بمصالح المفلس.

وقد حرصت التشريعات القانونية التى نظمت التسوية القضائية أن تحفظ للمدين صلاحياته لإدارة أمواله والتصرف فيها خلال فترة التسوية القضائية كأصل عام، تحت رقابة المدير القضائى administrator وإشرافه^(٤). كما سمحت للمحكمة

(١) د.محمد محمد هلالية، الإفلاس، (بدون دار نشر)، (بدون سنة نشر)، ص ١٦١.

(٢) د. عاطف الفقى، الإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٨٥.

(٣) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، التنظيم القانونى للإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٨٩.

art. 21 - L. 622-7, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (٤) راجع:

أيضاً أن تقرر غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها بشكل جزئى (كما لو حظرت عليه إصدار الشيكات مثلاً) ^(١)، أو بشكل كلى. ويجد هذا الموقف تبريره فى حرص هذه التشريعات على تمكين الشركة من إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل عام خلال فترة التسوية القضائية، لكن سمحت رغم ذلك للمحكمة تقرير غل يد الشركة وذلك إذا رأت ضرورة لذلك. ومن ثم يجسد هذا الأمر تمتع المحكمة بمزيد من حرية الحركة وتنوع البدائل التى يمكن من خلالها انفاذ الشركة.

والملاحظ أن المحكمة إذا ما قررت غل يد الشركة خلال فترة التسوية فإنها مقيدة فى ذلك بمجموعة من القيود والضوابط؛ أهمها ^(٢):

١/ بالنسبة لسداد الديون السابقة على افتتاح إجراءات التسوية القضائية، أو التصرف فى العقارات بنقل ملكيتها أو رهنها، يشترط الحصول على إذن من المحكمة.
٢/ بالنسبة لباقى التصرفات الأخرى (كالتعامل فى الديون اللاحقة لافتتاح إجراءات التسوية القضائية أو التصرف فى المنقولات) الأصل أنه لا يشملها غل اليد، لكن يجوز لرئيس المحكمة وفق سلطته التقديرية أن يمنع الشركة من التصرف فيها إلا بإذن منه. ويقع كل تصرف بالمخالفة للمنع السابق غير نافذ ^(٣).

ولعل هذا التصور الخاص بغل اليد فى التسوية القضائية قد كشف عن عدم تماثله مع مفهومه فى نظام الإفلاس؛ فهو ليس أثراً حتمياً لافتتاح إجراءات التسوية، ولكن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية بخصوص أعماله وتحديد نطاقه. ومن ثم لن يلجأ إليه القاضى إلا فى الحالات التى يثبت له ضرورته للحفاظ على مصالح الشركة. ولعل القاضى يعتمد فى تقديره على ما يقدم إليه من تقارير الخبراء للوقوف بدقة على مسئولية المدير والجزاءات التى تتناسب مع ما صدر عنه من تصرفات.

ومن ناحية أخرى يبدو لنا أنه ليس هناك ما يمنع الشركة من إبرام بعض التصرفات والعقود بنفسها أو بمعرفة المدير القضائى أو الخبير الوصى، شريطة أن يتضمن هذا العقد شرطاً يقضى بانقضائه فى حالة إفلاس الشركة. وأيضاً يجب أن تخصص الأخيرة ضمانات خاصة للوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد بعيداً عن

Article L.622-1 §V Commercial Code. (١) راجع:

(٢) راجع الفصل (٤٤٣) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

L. 622-7, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 21. (٣) راجع:

الضمان العام للدائنين. وذلك بهدف ترك مساحة من حرية التصرف على النحو الذى يمكن الشركة من استعادة قواها والنهوض من كبوتها. ولا يخل ذلك بحق المدير القضائي أن يرفض أى عقد أو اتفاق يمثل انتهاكاً لذلك، بحيث إن أى تصرف بالمخالفة لا يكون نافذاً فى مواجهة الدائنين، ويحق للطرف الآخر المضرور أن يطالب بالتعويض.

وقد وُجد لدى القضاء التونسى عديد من القضايا التى جُسد من خلالها تطبيق هذه الفكرة بشكل يتلاءم مع طبيعة كل شركة وظروفها الخاصة؛ فقد أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ ١٤ مارس عام ٢٠٠٨، حكماً قضائياً عالج مسألة غل اليد، جاء فيه " وبالنظر إلى ملاحظة مراقب حسابات الشركة الطالبة والإعلام الذى قدمه الأخير لوكالة الجمهورية بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٦ بخصوص وجود مداخيل لم يتم تدوينها بحسابات الشركة خلال السنوات المالية ٢٠٠٣ و ٢٠٠٤ و ٢٠٠٥ ووجود حساب جارى مدين لوكيل الشركة زيادة عما لاحظته مراقب الحسابات بشأن الموازنات المالية لسنة ٢٠٠٦ ورفضه المصادقة عليها لفقدانها عناصر المصادقية، وبالنظر إلى أهمية حجم مديونيتها وعدد مواطن الشغل فيها وخصوصية نشاطها وطبيعته، فإنه يكون من المتجه تكليف المدير القضائي بمراقبة أعمال التصرف التى يتولاها وكيل الشركة والإشراف على حسن تسيير المؤسسة فى اتجاه ضبط أعمال التقويت والرهن التى لا تتم إلا بإمضاء المدير القضائي مع ممثل الشركة المدينة وفى اتجاه تحديد أعمال التصرف اليومي بإخضاع العمليات الداخلة فى التصرف العادى التى تفوق قيمتها ثلاثة آلاف دينار للإمضاء المشترك بين المدير القضائي وممثل الشركة". أيضاً الحكم رقم (١٠٣) الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ ٢٢ مارس ٢٠٠٤، والذى قضى بـ " يمنع المدين من التصرف فى ملكيته العقارية لمدة ست سنوات، ومنعه أيضاً من التصرف فى معداته الضرورية لممارسة نشاطه". أيضاً الحكم رقم (١٥١) الصادر من محكمة صفاقس التجارية الابتدائية "يمنع الشركة المنتفعة بالتسوية من التصرف فى مكاسبها ومعداتها الضرورية

لممارسة نشاطها، خلال فترة تنفيذ البرنامج، إلا إذا حصلت على ترخيص بذلك من المحكمة^(١).

وجدير بالذكر أن غل اليد يزول، وتسترد الشركة قدرتها على إدارة شئونها فى الحالات الآتية^(٢):

- انتهاء مدة غل اليد.

- التصريح بانتهاء إجراءات التسوية لانقضاء الديون.

- إذا قام المدين بالوفاء بقدر كبير من ديونه.

ويبدو لنا أن غل اليد بهذا التصور من شأنه أن يضىف مزيداً من الجدية والنجاعة على إجراءات التسوية القضائية، بما يسمح للمحكمة أن تمكن المدير القضائى من ممارسة مهمته لإنقاذ الشركة دون تدخل من قبل ممثليها، كما يمكنها من الحفاظ على الضمان العام للدائنين، وذلك على فرض أن التسوية القضائية لن توتى ثمارها فى إنقاذ الشركة.

وقد قرر القانون الأمريكى لمنع إساءة استخدام الإفلاس وحماية المستهلك لسنة ٢٠٠٥ Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 ("BAPCPA") حكماً خاصاً للدائنين الذين باعوا كميات كبيرة من السلع للمدين المعسر، تمثلت فى منحهم حقوقاً إضافية تمثلت فيما يأتى^(٣):

أولاً/ دعوى المطالبة بقيمة أى سلعة أو بضاعة "The value of any goods" حصل عليها المدين فى سياق نشاطه العادى خلال ٢٠ يوماً قبل بدء إجراءات التسوية. وبالتالي يكون للمدين ميزة تجنب الاشتراك فى وضع عام غير مضمون (إجراءات التسوية الجماعية أو التصفية الجماعية)^(٤). وهذه الأولوية

(١) راجع هذه الأحكام لدى: السيد رؤوف ملكى، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، بحث مقدم للمعهد العالى للقضاء -وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

(٢) دمنصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٣) راجع:

S.256 - Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, 109th Congress (2005-2006).

'11 U.S.C. § 503(b)(9) (2005).

(٤) راجع:

مقابلة حتى ولو لم يقد الدائن بإشعار المدين بالاسترداد كتابة a written reclamation demand^(١). ولم يوضح القانون ما إذا كانت موافقة المحكمة ضرورية قبل الدفع أم لا.

ثانياً/ دعوى استرداد أصل البضاعة أو السلعة؛ حيث يحق للبائع الذى باع بضائع للمدين المعسر أن يطالب باسترداد هذه البضاعة بموجب طلب مكتوب يقدمه خلال ٤٥ يوماً من تاريخ بدء إجراءات التسوية^(٢). ويشترط لتمكين الدائن من استرداد أصل البضاعة ألا يكون المدين قد قام ببيع هذه البضائع قبل استلام طلب الاسترداد.

ويبدو لنا أن القصد من وراء الاستثناءات السابقة حماية الدائنين من سوء تصرف الشركة الذى يعلم أنه فى حالة إفلاس ويقدم رغم ذلك على الحصول على كميات كبيرة من السلع والبضائع بهدف الإضرار بهم. حيث قرر لهم القانون حماية استثنائية، تتمثل فى طلب استرداد هذه البضائع أو قيمتها، لتجنبهم الاشتراك مع جماعة الدائنين فى التنفيذ على أموال الشركة، والاشتراك فى قسمة الغرماء. والملاحظ أن هذه الاستثناءات خاصة بحالة الإفلاس فقط، ولم يقرر القانون الأمريكى امتدادها لحالة التسوية الودية أو القضائية. ويبدو لنا أن امتداد حكم الاستثناءات السابقة إلى حالة التسوية القضائية جاء بسبب وجود تشابه بينها وبين الإفلاس؛ يتمثل فى ارتباط كل منهما بتوقف الشركة عن الدفع. يؤكد ذلك أن فشل إجراءات التسوية القضائية سوف يؤدى مباشرة إلى شهر الإفلاس، الأمر الذى يبرر أعمال الاستثناءات السابقة بخصوص التسوية القضائية أيضاً.

وقد حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى على مواكبة هذا الطرح؛ حيث قرر عدم غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل عام خلال فترة إعادة الهيكلة، وذلك بضوابط معينة؛ وهى:

١/ أن تظل مسئولة عما ينشأ عن تصرفاتها من التزامات أو تعاقدات سابقة أو لاحقة لتاريخ اعتماد خطة إعادة الهيكلة.

'11 U.S.C. § 546(c)(2) (2005).

11 U.S.C. § 546(c)(1)(A)-(B) (2005)

(١) راجع:

(٢) راجع:

٢/ ألا يخالف التصرف ما تم الاتفاق عليه في الخطة.

٣/ يحظر على الشركة القيام بأى تصرف من شأنه الإضرار بمصالح الدائنين؛ مثل البيع الذى ليس له علاقة بممارسة أعماله التجارية المعتادة .

٤/ يحظر على الشركة التبرع والهبة والاقتراض والإقراض، وأى عمل من الأعمال المجانية والكفالات، وأى رهن وتأمين، وأى من الأعمال المماثلة بما يخالف خطة إعادة الهيكلة.

ويتم هذا الطرح من قبل القانون المصرى بالتوازن إلى حد كبير؛ حيث حمى مصالح الشركة بعدم غل يدها خلال فترة إعادة الهيكلة لتتمكن من رعاية مصالحها وإنجاز أهداف الخطة كما تم الاتفاق عليها. كما حمى مصالح الدائنين أيضاً، من خلال حظر أى تصرف من شأنه أن يضر بمصالح الدائنين، كالببيع غير المبرر وأعمال الهبة والتبرع، وغيرها من التصرفات التى تؤثر على الضمان العام للدائنين. ويبدو من الصياغة التى ظهر عليها نص قانون إعادة الهيكلة المصرى أن التصرفات التى تمارسها الشركة بالمخالفة للضوابط السابقة سوف تقع غير نافذة فى مواجهة الدائنين. لكن هذا المشروع لم يتضمن ما يفيد إعطاء الدائنين (أصحاب البضائع والسلع) الحق فى الاسترداد (كما فعل القانون الأمريكى Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005)، إذا ما ثبت أن الشركة قامت بالتصرف خلال فترة الريبة.

وكنا نرى أنه من الأفضل أن يقرر المشرع المصرى منح المحكمة سلطة تقديرية فى تقرير غل يد الشركة من عدمه وتحديد نطاقه إذا ما قررت الأخذ به، لتقدر المحكمة بحسب ظروف كل شركة ما يناسبها وما لا يناسبها، فالحظر المطلق لممارسة بعض التصرفات كالاقتراض أو الرهن أو التأمين وغيرها من الأعمال المماثلة (كما فعل نص القانون المصرى)، أمر قد يضر بأهداف إعادة الهيكلة وإنقاذ الشركة. بالنظر إلى أن مثل هذه التصرفات قد تكون ضرورية وتحتاج إليها الشركة، الأمر الذى من شأنه الإضرار بمصالحها إذا ما منعت بشكل مطلق من ممارستها. ومن ثم كان الأفضل عدم غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل

عام خلال فترة إعادة الهيكلة، مع منح المحكمة سلطة غل يدها بشكل كلي أو جزئى إذا ما رأيت ضرورة لذلك.

ج/ تحديد تاريخ التوقف عن الدفع:

٨٥- يمثل تحديد تاريخ التوقف عن الدفع أهمية خاصة فى أنظمة الإفلاس، كأساس تعتمد عليه المحكمة فى تحديد فترة الريبة، وما يتبع ذلك من تقرير عدم النفاذ الوجوبى أو الجوازى لتصرفات التاجر المفلس^(١). ولما كان تطبيق نظام التسوية القضائية مرهونا بتوقف الشركة عن دفع ديونها، فإن المحكمة ملزمة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع. ويلتزم رئيس المحكمة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع بمناسبة إصدار أمر البدء *The commencement order*. ويشترط ألا يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ تقديم طلب التسوية القضائية بناء على التقرير المقدم من المدير القضائى (طبقاً لموقف القانون الفرنسى^(٢) والتونسى^(٣)). وفى حالة افتتاح إجراءات التسوية القضائية دون تقديم طلب بذلك (كما لو شرعت المحكمة فى اجراءات التسوية القضائية من تلقاء نفسها)، يعتمد تاريخ الإذن بفتح إجراءات التسوية القضائية كتاريخ للتوقف عن الدفع. وليس هناك ما يمنع المحكمة بعد تحديده أن تقوم بتعديله فى فترة لاحقة إذا ما ظهرت أدلة جديدة تدعم ذلك. وإذا لم يحدد أمر البدء تاريخ التوقف عن الدفع، فسوف يعتبر تاريخ التوقف عن الدفع هو تاريخ أمر البدء.

من ناحية أخرى يجب أن تقدم المطالبات الخاصة بطلب الحكم بعدم نفاذ أحد تصرفات الشركة خلال فترة الريبة من قبل المدير القضائى أو ممثل الدائنين أو النائب العام إلى المحكمة خلال سنة من أمر البدء.

وفى الحالة التى تتحول فيها المحكمة من التسوية الودية إلى التسوية القضائية، فإن هذا الحكم يجب أن يحدد تاريخ التوقف عن الدفع. وتحسب مدة السنة التى يمكن

(١) راجع: د. على جمال الدين عوض، الإفلاس فى قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، (بدون تاريخ نشر)، ص ١٦٣.

L. 631-8, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 50. (٢) راجع:

(٣) راجع الفصل (٤٣٩) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

خلالها تعديل تاريخ التوقف عن الدفع من تاريخ حكم التحول من التسوية الودية إلى التسوية القضائية^(١).

وقد قامت المادة (L.632-1) من أحكام القانون التجارى الفرنسى بسرد أنواع المعاملات التى يشملها عدم النفاذ الوجوبى والتى يشملها عدم النفاذ الجوازى إذا ثبت أنها وقعت بعد تاريخ التوقف عن الدفع، يستوى أن يكون الأمر متعلقا بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس^(٢).

وفى كافة الأحوال يجب تقديم طلب إلى المحكمة بخصوص المعاملة التى يراد الحكم بعدم نفاذها الوجوبى أو الجوازى. وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية فى هذا الصدد، حيث يجب عليها التحقق من أن المتعاقد المشارك يعلم بحالة توقف الشركة عن الدفع، كما يجب عليها أن تأخذ فى اعتبارها تأثير الحكم بعدم نفاذ التصرف، سواء بالنسبة للمدين أو للدائنين^(٣).

ويقع غير نافذ بشكل وجوبى التصرفات التى تقع من الشركة بعد تحديد تاريخ التوقف عن الدفع^(٤). أما التصرفات التى يشملها عدم النفاذ الجوازى فإنها تشمل كافة التصرفات التى تقوم بها الشركة وتتطوى على الإضرار بدائنيه، وكان المتصرف إليه على علم بتوقفه عن دفع ديونه.

ويستثنى من المعاملات السابقة المدفوعات التى تقوم بها الشركة كتعويضات مستحقة عليه لوقائع قبل صدور الحكم بافتتاح الاجراءات^(٥).

Article L.631-8 of the Commercial Code, December 2008. (١) راجع:

Article L.641-14 of the Commercial Code. (٢) راجع:

(٣) راجع: د. عبد الرحمن السيد قرمان، الوسيط فى القانون التجارة الجديد - الإفلاس والصلح الواقى منه، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢٠١.

(٤) وأهم هذه التصرفات ما يأتى: - التبرعات والهبات دون عوض. - الوفاء بالديون المؤجلة. - كل أداء بعوض عيني أو كل وفاء بديون نقدية حل أجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات للأمر أو شيكات أو أذون بالتحويل أو بطاقت بنكية أو باي وسيلة خلاص أخرى معتمدة عادة فى مجال نشاط الشركة مع مراعاة الحقوق التى اكتسبها حسن نية. - تقرير رهن عقارى لضمان دين سابق (وذلك باستثناء الرهن المقرر لضمان دين ضريبى).

- من ناحيته، حرص المشرع الفرنسى أيضاً على تنظيم هذه التصرفات، والتى من أهمها ما يأتى:

- جميع التصرفات الناقلة للملكية، سواء العقارية أو المنقولة.

- أى عقد تبادل يتجاوز فيه بشكل كبير التزامات الشركة للالتزامات الطرف الآخر.

- سداد الديون غير المستحقة.

- سداد الديون المستحقة، لكن بطريقة غير نقدية عن طريق تحرير أو تداول سندات أو تسهيلات ائتمانية.

- تقرير رهن عقارى على أموال المدين. - عقود الخيارات. راجع الفصل (٤٩٤) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

L. 622-7, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 21. (٥) راجع:

وتعد عقود المشتقات من أهم التصرفات التي حرص المشرع الفرنسي (بموجب تعديل عام ٢٠٠٥ وما لحقه من تعديلات عام ٢٠١٤) على تقرير خضوعها للأعمال المشمولة بعد النفاذ الوجوبي إذا وقعت خلال فترة الريبة^(١). وقد قصد من وراء ذلك تحديداً مواجهة ما تقوم به بعض الشركات خلال اجتماع الجمعية غير العادية أو من خلال مجلس إدارتها بالترخيص بمنح الموظفين عقود خيارات يسمح لهم بالتعامل على الأسهم كشكل من أشكال المكافأة المؤجلة (وأكثر ما يتم ذلك مع المديرين بأجر)، لذلك حرص على إقرار عدم نفاذها بشكل وجوبي لغلق باب التحايل^(٢).

ويبدو لنا أن الموقف السابق للمشرعين الفرنسي والتونسي يعكس نوعاً من التشدد في معاملة الشركة، لا يتناسب مع ما يجب أن تحظى به من هامش من حرية الحركة تمكّنها من تخطي أزمته. فالتعداد السابق يوحي بأن الشركة تخضع للإفلاس وليس الإنقاذ منه. وكان يفضل أن يتاح لها التصرف بمزيد من الحرية تحت رقابة المحكمة وإشرافها.

د/ تقليل آجال برنامج الإنقاذ:

٨٦- قد يجد القاضى أن الأمر يتجاوز حدود غل يد الشركة إلى ما هو أكثر سعة ورحابة من خلال تقليل آجال التسوية، لاختصار المواعيد المقررة لإجراءات التسوية، ولمواجهة الإجراءات المطولة التي تستغرقها بعض المحاكم في نظر هذه الإجراءات، خاصة إذا ما رأت أن الشركة لا يمكنها مباشرة نشاطها بما لديها من قدرات إدارية، وأن المسألة تحتاج إلى إسنادها للغير، الأمر الذى من شأنه أن يستغرق آجالاً زمنية طويلة^(٣).

ه/ وقف إجراءات التنفيذ:

٨٧- لا جدوى من فترة المراقبة فى تحقيق إنقاذ الشركة إن لم تكن مصحوبة بمنع إجراءات التنفيذ من قبل الدائنين ضدها، لأن القول بغير ذلك يعنى إهداراً لدور وسائل الإنقاذ فى تمكين الشركة من تجاوز عثرتها. فليس هناك معنى لتدابير الإنقاذ

L. 632-1, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 56. (١) راجع:

Cf: J Pre'vault, Re'p. pr. Civ. Dalloz v° saisie-revendication, n° 1. (٢) راجع:

(٣) د. منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع

سابق، ص ١٧٥.

في استعادة الشركة لعافيتها في ظل ملاحقة الدائنين لها. لذلك حرص القانون الفرنسي على تكريس استمرار عمل الشركة خلال فترة المراقبة مع إيقاف تنفيذ الدعاوى المرفوعة عليها^(١).

حرص أيضًا القانون الأمريكي وكذلك الإنجليزي على تنظيم وقف إجراءات التنفيذ لجميع الدعاوى بقوة القانون "moratorium" – "automatic stay"^(٢) حتى ولو لم تصرح به المحكمة في حكمها. ويمتد هذا الحكم ليشمل حتى الإجراءات السارية بالفعل قبل رفع الدعوى^(٣). وأى إجراء يتم بالمخالفة لما سبق لا يترتب أى أثر، ويلغى بأثر رجعى بموجب حكم من المحكمة. ويستمر الوقف طوال مدة إعادة الهيكلة. ولا يمنع هذا الدائنين من تقديم طلب للحد من آثار الوقف أو تعديل إجراءاته^(٤).

ومما لا شك فيه أن وقف التنفيذ يشكل إهدارًا لحقوق الدائنين، لكن يقبلونه رغم ذلك لسببين^(٥):

الأول/ أن إنقاذ الشركة يتمتع بأولوية خاصة، لكونه يعود بالمصلحة على أصحاب المصالح الخاصة والعامة في الشركة.

الثانى/ أن هناك احتمالًا معقولًا أن الدائنين يمكن أن يحصلوا على قدر أكبر من حقوقهم في حالة الإنقاذ مقارنة بالإفلاس.

(١) راجع:

L. 622-9, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190.

(٢) راجع:

Title 11 – Bankruptcy, chapter 3- case administration subchapter IV – administrative powers § 362. Automatic stay.

(٣) راجع:

GD Pont and L Griggs, "A Principled Justification for Business Rescue Laws: A Comparative Perspective (Part II)" (1996) 5 *International Insolvency Review* 47, pp51-60.

(٤) راجع:

Stuart C. Gilson, Kose John and Larry H.P. Lang, Troubled debt restructurings an empirical study of private reorganization of firms in default, *Journal of Financial Economics* 27 (1990) 315-353. North-Holland, p317.

(٥) راجع:

D Milman, "Moratoria on enforcement rights: revisiting corporate rescue" [2004], *Conveyancer and Property Law*, p 89,90.

معنى أنهم يقبلون التضحية فى سبيل الوصول الى الهدف الاكبر وهو انقاذ الشركة والوصول الى السداد الكلى.

ويشمل وقف التنفيذ بالمعنى السابق الإجراءات الآتية^(١):

- كل عمل تنفيذي يرمى إلى استخلاص ديون سابقة لفترة المراقبة.
- استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين.
- سريان جميع الفوائد وغرامات التأخير وتعلق آجال السقوط.

ولا قيمة لوقف التنفيذ فى حق الشركة بالمعنى السابق إن لم يمتد ليشمل الكفيل والضامن والمدين المتضامن، لأنهم سوف يعودوا بعد ذلك على الشركة بما دفعوه. كما تقتضى حماية الدائنين تأقيت فترة وقف التنفيذ، بحيث بانتهائها يرفع تعليق إجراءات التنفيذ و آجال السقوط بصورة تلقائية. ويجب إخطار الدائنين بقرار المحكمة بوقف التنفيذ، ليرتب أثره فى مواجهتهم منذ إعلانهم به^(٢). كما يجب على الدائنين إخطار المدير القضائى بطبيعة الديون المستحقة لهم فى مواجهة الشركة^(٣). ويجب على كل دائن أن يحدد مقدار دينه وميعاد استحقاقه وطبيعته (عادى أو ممتاز)^(٤). وحكمة ما سبق تتصرف إلى تصنيف مستحقات الدائنين فى قائمة الديون بهدف سدادها من أرباح الشركة أثناء الإنقاذ بترتيب استحقاقها^(٥). ولا تقبل الإخطارات بالديون التى ترد من قبل الدائنين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات العمل بخطة الإنقاذ^(٦). وتقع كل التصرفات بالمخالفة لأحكام وقف التنفيذ باطلة^(٧).

وقد يميل بعض الشركاء فى ظل ما تواجهه الشركة من صعوبات إلى أن يبالغ فى قيمة دعواهم ومطالبهم، أو الادعاء كذبا بوجود دعوى لا أساس لها. لذلك يقع على عاتق ممثل الدائنين مهمة التحقق من صحة دعواهم قبل إعداد قائمة بأسماء

(١) راجع:

L. 622-21, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art.30.

L. 622-24, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 27.

(٢) راجع: L. 622-24, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 27.

(٣) راجع:

(٤) راجع:

L. 622-25, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous reserve art. 190.

(٥) راجع: L. 622-26, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 29.

(٦) راجع: L. 622-30, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 35.

(٧) راجع: L. 622-23-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 32.

الدائنين المقبولة ديونهم. ويجوز الطعن على هذه القائمة. ويجب على ممثل الدائنين إبلاغ الدائن المطعون على دينه بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول، مع بيان أسباب الطعن. ويجب الرد على الخطاب خلال ٣٠ يوماً^(١). وفي حالة عدم الرد خلال المدة المحددة يستبعد الدين المطعون عليه، ولا يحق للدائن المطعون على دينه الطعن مرة أخرى^(٢). ثم يقدم ممثل الدائنين مقترحاته فيما يتعلق بالدعوى التي يجب قبولها أو تلك التي يجب رفضها. وبعد أن يعد ممثل الدائنين القائمة بالأسماء المقبولة، عليه أن يرسلها إلى القاضى المراقب. وسوف يحدد الأخير القائمة النهائية للديون من حيث الكمية والنوع.

وقد حرصت بعض التشريعات على معاقبة الشركة بحرمانها من ميزة وقف التنفيذ في حالة إذا ما كان طلب التسوية القضائية مقدما من الدائنين وتخلف الشركة عن تقديم الأوراق المطلوبة منه دون سبب جدى، ويجب ان يصرح رئيس المحكمة بذلك في قرار فتح فترة المراقبة. وليس هناك ما يمنع رئيس المحكمة إذا ما قدمها في فترة لاحقة أن يقرر تعليق إجراءات التنفيذ بكل ما يترتب عليه من آثار. ومن ناحية أخرى لا يجوز تنفيذ حكم متعلق بمستحقات عامل إلا بإذن من رئيس المحكمة بشرط أن لا يكون من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ الشركة^(٣).

وقد أجاز القانون الفرنسى للقاضى إمكانية إيقاف نشاط الشركة بشكل جزئى بناء على طلب الشركة. ولعل الحكمة من وراء هذا الحكم هو تمكين الشركة بحكم درايته بشئونها من تعطل تشغيل بعض اماكن العمل أو الشغل إذا رأى أنها غير ذات جدوى أو انها تمثل ارهاقاً على الشركة، ولا تعود عليها بأى نفع^(٤).

وجدير بالذكر أن وقف التنفيذ لا يعنى امتناع الدائنين عن تنفيذ التزاماتهم الناشئة عن العقود المستمرة تجاه الشركة، حيث ألزمهم القانون الفرنسى باستمرار تنفيذ تعهداتهم تجاه الشركة رغم وقف التنفيذ. ويمالك المدير القضائى أن يطلب من المحكمة تنفيذ التزامات الشركة تجاه الغير إذا ما قدم الضمانات التى تكفل تنفيذ هذه

Article R.624-1 Commercial Code. (١) راجع:

Article L.622-27 Commercial Code. (٢) راجع:

(٣) راجع الفصل (٤٤٩) من قانون الإنقاذ التومسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

L. 622-10, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V). (٤) راجع:

الالتزامات، وإذا رأى أنه لن يستطيع توفير هذه الضمانات كان له المطالبة بإنهاء العقد فوراً^(١).

وجدير بالإشارة أن الدائنين ليسوا فقط ممنوعين من المطالبة بديونهم التي نشأت قبل أمر البدء، ولكن لا يحق أيضاً للمدين أن يدفعها من تلقاء نفسه. وإذا قامت الشركة بدفعها بالمخالفة للمادة L.622-7 من القانون التجارى الفرنسى فإنها تُسأل جنائياً فى هذا الصدد، حيث يعاقب بالسجن لمدة سنتين وغرامة قدرها ٣٠.٠٠٠ يورو^(٢).

ومع ذلك، هناك استثناءات على هذا الأمر تتمثل فى:

١/ يحق للمدين سداد المدفوعات الناشئة عن دعاوى مستمرة من قبل بدء إجراءات التسوية.

٢/ يحق للمدين القيام بالمدفوعات اللازمة لاستمرار نشاطه التجارى. ويمكن للمتصرف القضائى أن يسمح للمدين بأن يدفع بعض الديون المستحقة عليه ليحصل على شىء مرهون، أو شىء آخر يحتفظ به دائنوه.

٣/ يمكن للمتصرف القضائى أن يسمح للمدين بسداد الديون المستحقة عن عقود مشتقات (معاملة خيار شراء)، إذا ما كانت هذه المعاملة ضرورية لاستمرار نشاطه، وكان المبلغ المطلوب دفعه أقل من ثمن السلع محل الخيار.

وبالنسبة للدعاوى التى ترفع بعد أمر البدء فى إجراءات التسوية فإن المبدأ العام هو التزام الشركة بأداء المدفوعات الناشئة عنها متى كانت لازمة لتسيير الاجراءات أو لفترة المراقبة^(٣).

والسؤال الذى يمكن أن يُثار فى هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية أن تقرر المحكمة وقف التنفيذ، ثم تعاود إلغاء هذا القرار؟

طبقاً لأحكام القانون الأمريكى يمكن للطرف المتضرر التظلم من وقف التنفيذ أمام المحكمة التى أصدرته. وإذا قبلت المحكمة هذا التظلم فيجب الغاء تنفيذ القرار خلال

L. 622-13, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 23. (١) راجع:

Article L.654-8 Commercial Code. (٢) راجع:

(٣) راجع:

Article L.622-7 §III Commercial Code, as modified by the December 2008 order.

٣٠ يوماً من تاريخ قبول التظلم، ما لم تمدد المحكمة هذه المدة انتظاراً لجلسة استماع نهائية. ويجوز للمحكمة إنهاء فترة التوقف أو تعديلها أو إلغاؤها^(١). وعلى الرغم من أن القانون قد أعطى للمحكمة صلاحية إلغاء قرار وقف التنفيذ، فإنه يبدو لنا أنه من المستبعد عملاً قيام المحكمة بذلك، بهدف إعطاء الشركة الفرصة كاملة لإعداد خطة الإنقاذ.

ومع ذلك يجب على المحكمة إذا ما قررت إلغاء قرار وقف التنفيذ automatic stay أن تستند على أحد الأسباب الآتية:

- ١/ ظهور أسباب تتعلق بعدم حماية الأصول والممتلكات.
 - ٢/ فيما يتعلق بالأصول المشمولة برهن، سيتم إنهاء الوقف:
 - إذا ثبت أن الشركة المدينة ليس مالكة للأصول المرهونة.
 - إذا ثبت أن الأصول المرهونة ليست لازمة لإعادة الهيكلة.
- أيضاً لا يستمر وقف التنفيذ بخصوص الدائنين أصحاب الضمانات، مثل مؤجري الطائرات والسفن، والمقرضين.

ومما لا شك فيه أن السماح بالتنفيذ على الأصول السابقة سوف يتسبب فى تآكل الضمان العام للدائنين مما يضر بهم. ولمواجهة هذا الأثر السلبي فقد أوجب القانون على الشركة المدينة أن تعتمد على أحد البدائل الآتية:

- ١/ المدفوعات النقدية الدورية لتغطية العجز فى أى أصول تم التنفيذ عليها.
 - ٢/ إضافة أو استبدال أحد الأصول الأخرى بدلاً من تلك التى تم التنفيذ عليها، وذلك فى حدود قيمة الأصول التى تم التنفيذ عليها، وهو ما يجب أن يفسر بمرونة من قبل المحكمة.
- وعن موقف القانون الإنجليزي فقد قرر أن الدائن يمكن أن يقدم طلباً إلى المحكمة للعدول عن وقف التنفيذ. ويتحمل الدائن عبء إثبات الأضرار الناتجة عن وقف التنفيذ، وأن فى إلغاء هذا القرار ما يحقق مصلحة الدائنين و الشركة المدينة. وفى نهاية الأمر سيكون القرار للمحكمة فى ضوء الحرص على توازن المصالح^(٢).

Bankruptcy Code paragraph 362(d) (2).

(١) راجع:

(٢) راجع:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations

وحسناً فعلت التشريعات بخصوص تنظيم وقف التنفيذ في حالات الإنقاذ وإعادة الهيكلة، حيث اتسم تنظيمها بكثير من المرونة، التي تسمح للمحكمة أن تفعلها بالقدر الذى يخدم فقط أغراض الإنقاذ، ولا يتسبب في الإضرار بمصالح الدائنين.

ولم يغب عن قانون إعادة الهيكلة المصرى تنظيم وقف التنفيذ كأحد أهم الآثار المترتبة على إقرار خطة إعادة الهيكلة؛ فقد نصت المادة (٢٩) من هذا القانون صراحة أنه " لا يجوز بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة رفع دعوى بين التاجر وأى من الدائنين الموقعين، تكون متعلقة بتلك الخطة أو السير فيها أو رفع الدعاوى الفردية أو اتخاذ الإجراءات القضائية، وتوقف مدد التقادم المتعلقة بالدعاوى والمطالبات والديون الخاصة بهم، وذلك كله لحين انتهاء خطة إعادة الهيكلة".

والملاحظ على هذا النص أنه قرر وقف التنفيذ بشكل مطلق، أى دون استثناءات تخفف من غلوائه (كما فعلت التشريعات الأخرى)، وتسمح للمحكمة أن تحفظ للدائنين بعض حقوقهم الضرورية والتي لا تتعارض مع خطة إعادة الهيكلة. ويمثل هذا الأمر خلافاً في هذا القانون، يجب أن يتداركه المشرع المصرى، بالنظر إلى أن وقف التنفيذ يمثل قيلاً على حقوق الدائنين لضرورة تنفيذ برنامج إعادة الهيكلة، والضرورة يجب أن تقدر بقدرها، وذلك حتى لا يكون إعادة الهيكلة باباً تستطيع من خلاله الشركة التملص من حقوق الدائنين.

و/ استمرار العقود الجارية:

٨٨- الأصل أن الصعوبات الاقتصادية التي تواجهها الشركة لا تحول دون قيامها بتنفيذ العقود التي ارتبطت بها. بل إن للشركة مصلحة قوية في استمرار المتعاقدين معها في تنفيذ تعهداتهم تجاهها.

لكن السؤال الذى يثار في هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية إلزام المتعاقد مع الشركة على الوفاء بالتزاماته تجاهها، رغم عدم قدرة الشركة على الوفاء بما التزمت به تجاهه أثناء مرحلة الإنقاذ؟

مما لا شك فيه أن امتناع الشركة عن القيام بما التزمت به يعطى للمتعاقد معها الحق في المطالبة في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض. لكن إذا تعلق الأمر بإنقاذ الشركة فقد قرر القانون التجارى الفرنسى أنه يحق للمتصرف القضائى⁽¹⁾ أو لممثل الدائنين⁽²⁾ أن يطالب من المتعاقد مع الشركة الاستمرار في تنفيذ التزاماته تجاه الشركة رغم تخلفها عن أداء ما التزمت به تجاهه.

وقد يبدو للوهلة الأولى عدم عدالة هذا الحكم، لكن في واقع الأمر أن المدير القضائى لن يقدم على مثل هذا التصرف إلا إذا تبين له أن الشركة قادرة في المستقبل على سداد التزاماتها التي تخلفت عن سدادها في الماضي. وهذا يعنى أن الشركة يجب أن تكون مستعدة لأداء التزاماتها خلال فترة المراقبة.

ويتعين على المدير القضائى دفع مقابل اضافى للمتعاقد مع الشركة نظير استمرار العقد، وعليه أن يدفع نقدًا مالم يحصل على ائتمان جديد من هذا المتعاقد. وبالتالي عندما يطلب المدير القضائى تقديم مثل هذا الطلب فإنه يجب عليه أن يقوم بالتحقق من كفاية الأموال المتاحة لتغطية المدفوعات المطلوبة. وإذا واجه المدير القضائى عقداً تنفيذياً أو مدفوعات متداخلة، فإنه سوف يقوم بإلغاء العقد إذا كان يعتقد أن ليس لديه أموال كافية لأداء الدفعة التالية عندما يحين موعدها⁽³⁾.

وما سبق ذكره يسرى على العقود المستمرة حتى بعد بدء إجراءات التسوية. أما المطالبات الخاصة بالعقود الناشئة قبل بدء إجراءات التسوية فإن الطرف المتعاقد سوف يعامل مثل أى دائن آخر نشأت مطالبته قبل رفع الدعوى. كما أن هذه الأحكام لا تنطبق على عقود العمل⁽⁴⁾.

وجدير بالإشارة أن الشركة التي تواجه صعوبات ليست ملزمة بطلب استمرار العقود، ولكنها بالخيار وفق ما تراه محققاً لمصلحتها.

L. 622-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 18

Article L.627-2 Commercial Code. راجع: (2)

راجع: (3)

Article L.621-13 -Paragraph §1 of Commercial Code, as amended by the December, 2008 order.

راجع: (4)

Article L.132-15 and L.132-30 of the French Intellectual Property Code.

وإذا توقفت الشركة عن تنفيذ ما تعهدت به فإنه يحق للطرف المتعاقد استصدار قرار من القاضى المراقب حول استمرار العقد أو إنهائه. ويحق له اخطاره بذلك عن طريق إرسال رسالة مصحوبة بعلم الوصول. وإذا لم يقم المتصرف القضائى بالرد خلال شهر من تاريخ الإشعار يتم إلغاء العقد تلقائيا. ومع ذلك يمكن للمتصرف القضائى أن يطلب تمديد الوقت لمدة أقصاها شهرين^(١). وعلى العكس يمكن للمتصرف القضائى طلب إلغاء العقد إذا كان فى ذلك مصلحة للشركة ولا يشكل إضرارا بمصالح الأطراف المتعاقدة الأخرى. وإذا لم يستعمل المدير حقه فى الخيار للاستمرار فى العقد أو إلغائه بناء على طلبه، فإن عدم التنفيذ سيؤدى إلى حدوث أضرار للمتعاقد الآخر، ويجب بعد ذلك المطالبة بالتعويض^(٢).

وفى كافة الأحوال تنتهى فترة المراقبة بإعلان المحكمة إفلاس الشركة، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك^(٣).

المطلب الثانى

خطة الإنقاذ

٨٩- يعتمد نجاح عملية الإنقاذ فى تحقيق أهدافها بشكل كبير على خطة الإنقاذ المقترحة؛ فكلما كان تقييم طبيعة الصعوبات الاقتصادية للشركة وحجمها دقيقا ومنضبطا كانت الآليات والوسائل المقترحة فى خطة الإنقاذ ذات جدوى وفاعلية فى إنقاذها. فثبوت علاقة سببية بين الصعوبات التى لحقت بالشركة وبين إهمال الشركاء وضعف الجهاز الإدارى فيها، يبرر نقل أصولها للغير. بينما ثبوت علاقة سببية بين الصعوبات التى لحقت بالشركة والاضطرابات المالية والاقتصادية على المستوى الوطنى أو الدولى، يبرر احتفاظ الشركة بجهازها الإدارى والمالى مع السعى إلى إعادة جدولة ديونها بالإعفاء أو تأجيل السداد.

ولعل فى إسناد أمر التقييم للمحكمة ما يوفر ضمانة كبرى للوقوف على السبب المباشر فى تدهور أحوال الشركة، خاصة وهى تستعين بالخبراء والمتخصصين. ولا

(١) راجع:

Article L.621-13, Paragraph III, as amended by the December 2008 order.

Article L.621-13 Commercial Code. (٢) راجع:

L. 622-11, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 25. (٣) راجع

يمكن ترك الأمر لتقدير إدارة الشركة، التي تحرص على إخلاء ساحتها دائماً من الأخطاء لتجنب المسؤولية، حتى ولو على حساب تفاقم أوضاع الشركة. والأمر على هذا النحو يقتضى التعرض لخطوات إعداد الخطة؛ وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ إعداد خطة الإنقاذ وسلطة المحكمة فى تعديلها بعد إقرارها:
٩٠- تمر عملية إعداد خطة الإنقاذ وتعديلها بمجموعة من الإجراءات؛ وذلك على التفصيل التالي:

١/ إعداد خطة الإنقاذ:

٩١- يلتزم المدير القضائي بالتواصل مع كافة الخبراء والهيئات والمؤسسات المعنية للوقوف على طبيعة الصعوبات المالية والاقتصادية التي تمر بها الشركة^(١). أيضاً يجب عليه الاستعانة بمراقب الحسابات والمراقبين الماليين والبنوك وهيئة الضمان الاجتماعى^(٢). ويجب عليه إعداد قائمة بالديون الخاصة بالدائنين، ويحدد المقبول منها والمرفوض^(٣). كما يجب حصر حقوق العمال والموظفين لدى الشركة^(٤)، وتلقى المطالبات الخاصة بهم^(٥). وتمتع ديون الموظفين الناشئة عن مستحقاتهم لدى الشركة بامتياز خاص على أموال الشركة بالأسبقية على سائر الدائنين الآخرين^(٦).

ويتم اقتراح الخطة من قبل الشركة المدينة بمساعدة المدير القضائي، بعد دراسة مستفيضة ومثانية للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للشركة، ودراسة واقعية لحالة السوق التجارى، ومصادر التمويل المتوقعة، وحجم العمالة التي يجب الاحتفاظ بها، ومن يمكن الاستغناء عنه وآلية تعويضه عن فقد وظيفته. بالإضافة إلى

L. 623-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 36. راجع: (١)

L. 623-2, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 32. راجع: (٢)

راجع: (٣)

L. 624-1, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 33; L. 624-2, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 34

L. 625-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 45. راجع: (٤)

L. 625-2, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 46. راجع: (٥)

راجع: (٦)

L. 625-7, Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 54 (V) JORF 24 mars 2006.

مقترحات تسوية الديون المستحقة، وعروض الاستحواذ أو الاندماج المقدمة من الغير^(١).

ويجب أن تتضمن الخطة تحديد الالتزامات والمسؤوليات بدقة، خاصة ما يتعلق بتسوية الديون المستحقة، والآلية المتبعة في ذلك (كما لو تم الاتفاق على توزيع أرباح الشركة على الدائنين بنسب معينة^(٢)) وأيضاً حقوق العمال، بما يضمن نجاح الخطة وتحقيق أهدافها^(٣). وقد قرر القانون الفرنسي حكماً خاصاً بالشركات التجارية؛ حيث قرر أن الحكم بافتتاح تنفيذ خطة الإنقاذ يؤدي إلى استحقاق دين الشريك لدى الشركة (الجزء غير المدفوع من رأس المال)^(٤).

ويحق لكل من الشركة والدائنين الاعتراض على قرارات المدير القضائي في هذا الشأن أمام المحكمة المختصة^(٥).

ويجب على المحكمة المختصة بعد أن تنظر خطة الإنقاذ المقترحة من الشركة والتقارير المقدمة من كل المدير القضائي والوكيل القضائي، أن تبت في برنامج الإنقاذ المقترح بعد سماع الشركة وممثلي الدائنين والكفلاء والضامنين والمدينين المتضامنين^(٦). ولا يعنى هذا أن المحكمة ملزمة باعتماد الخطة المقترحة والمضى قدماً تجاه الإنقاذ، حيث يمكن لها أن تقرر إفلاس الشركة لعدم جدوى الإنقاذ في ضوء الخطة المقترحة^(٧).

ويجب على المحكمة أن تضع مدة زمنية معينة يجب أن تنفذ خلالها الخطة، وذلك بحد أقصى عشر سنوات كما قرر القانون الفرنسي في هذا الصدد^(٨).

وجدير بالذكر، أن المحكمة لا يمكنها تعديل الخطة تعديلاً جوهرياً بعد إقرارها إلا بناء على طلب من الشركة بعد موافقة المدير القضائي. ولا تصدر المحكمة حكمها

L. 626-2, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 163. راجع (١)

L. 626-21, LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 58 (V). راجع (٢)

L. 626-10, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V). راجع (٣)

L. 624-20, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 35. راجع (٤)

راجع (٥)

L. 624-3, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190.

(٦) راجع الفصل (٤٥٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

L. 622-10, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V). راجع (٧)

راجع (٨)

L. 626-12, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous reserve art. 190

في هذا الشأن إلا بعد استدعاء ممثل الشركة والمدير القضائي والمراقبين وممثلي العمال وسماع أقوالهم^(١).

ومن ناحية أخرى فالأصل أن الشركة سوف تلتزم بتنفيذ برنامج الإنقاذ وفق الآجال المتفق عليها، لكن ليس هناك ما يمنع من إنجاز البرنامج قبل الآجال المقررة، حتى تتخلص من أعباء برنامج الإنقاذ، وتستعيد صلاحيتها الكاملة في التصرف، وهذا ما يتطلب منها الحصول على تصريح بختم التسوية.

وعلى الرغم من أن التشريعات القانونية التي تبنت نظام الإنقاذ ليس بها نص صريح يجيز إنهاء إجراءات الإنقاذ بتقليل آجال التسوية، لكن ليس هناك ما يمنع من تطبيقها بالقياس على أحكام إنهاء إجراءات الإفلاس لإنعدام مصلحة جماعة الدائنين، وذلك متى ثبت أن الشركة قامت بسداد جميع الديون المستحقة للدائنين، وهو ما يؤدي إلى انتهاء إجراءات الإفلاس، وعودة حقوق الشركة إليها^(٢).

ويكشف هذا الإجراء بوضوح عن الحكمة من برنامج الإنقاذ، والتي لا تستهدف في الأساس تقييد سلطة الشركة، ولكن إنتشالها من كبوتها. فإذا ما تحقق الهدف، زالت الحكمة من بقاء برنامج الإنقاذ. بل يمكن أن يشكل هذا الإجراء عنصر حفز وتنشيط للشركة على الإجتهد لسرعة الوفاء بمديونياتها، وإستعادة توازنها في أقرب وقت ممكن.

وقد حرص المشرع الأمريكي على طرح العديد من السيناريوهات التي يمكن أن تتطوى عليها خطة إعادة الهيكلة، طبقاً للفصل (١١) من قانون إعادة الهيكلة الأمريكي، أهمها^(٣):

أ/ أن تتطوى الخطة على توافق جميع الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الضمانات والشركة والشركاء على إعادة الهيكلة، وذلك دون إحالة الشركة للغير أو بيع أصولها. وبمقتضى هذه الخطة يوافق الدائنين على التنازل عن جزء من ديونهم، أو تأجيل استحقاقها.

L. 626-26, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 41. (١) راجع:

(٢) راجع المادة (٦٦٠) من الفصل الخامس من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرراً في ١٧/٥/١٩٩٩.

Chapter 11 - US Bankruptcy Code.

(٣) راجع:

٢/ أن تتطوى الخطة على بيع جميع أصول الشركة أو الأشياء الجوهرية الخاصة بها للتوزيع منها على الدائنين.

٣/ أن تتطوى الخطة على ضخ رأس مال من قبل أحد المستثمرين أو البنوك لتمكين الشركة من استعادة قواها.

٤/ أن تستهدف الخطة السماح للشركة مباشرة نشاطها، مع اخضاعها لرقابة القضاء كلياً أو جزئياً.

٦/ إقرار خطة تتطوى على حلول تتضمن جميع الخيارات السابقة.

ويتضح من الصياغة التي ظهر عليها الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي أن هذه الحلول المختلفة ذكرت على سبيل المثال وليس الحصر، ومن ثم يمكن للمحكمة أن تختار من بينها ما يناسب ظروف كل شركة، دون أن تكون ملزمة بحل معين.

ويعطى قانون الإفلاس الأمريكي الحق للمدين في صياغة خطة الإنقاذ خلال مدة ١٢٠ يوماً من تاريخ تقديم طلب إعادة الهيكلة^(١). وقد انتقد البعض^(٢) الموقف السابق، وذلك لأن هذه المدة صغيرة قد لا تتمكن الشركة خلالها من الانتهاء من إعداد الخطة بشكل يتلاءم مع متطلبات التأنى والدقة لإخراج الخطة ملبية لطموحات الإنقاذ.

وقد دفع هذا الأمر الكونجرس الأمريكي إلى إدخال بعض التعديلات في عام ٢٠٠٥ ليسمح من خلالها بتمديد مدة إعداد الخطة لمدة ١٨ شهراً^(٣).

ويبدو لنا أن المحكمة يجب عليها أن تحدد مدة إعداد الخطة بحسب ظروف كل دعوى. بمعنى أن الوقت يجب أن يكون كافياً لانتهاء الشركة من إعداد الخطة دون عجلة تفقدها الدقة والإتقان، وفي ذات الوقت لا يجوز أن تطول المدة على نحو من

Bankruptcy Code paragraph 1121.

(١) راجع:

(٢) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p10.

Bankruptcy Code paragraph 1121.

(٣) راجع:

شأنه أن يؤثر بالسلب على حقوق الدائنين؛ بالنظر إلى أن طول المدة يعيقهم عن المطالبة بحقوقهم.

ومن ناحيته حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى على طرح عديد من التصورات لما قد تتوافق عليه الشركة ودائنيها بخصوص إعادة الهيكلة؛ فقد نصت المادة (١٨) من هذا القانون على " تهدف إعادة الهيكلة إلى وضع خطة لإعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية تتضمن كيفية خروجه من مرحلة الاضطراب المالى وسداد ديونه مع بيان مصادر التمويل المقترحة. ويكون ذلك بعدة طرق منها:

- إعادة تقسيم الأصول.

- إعادة هيكلة الديون ومنها ديون الدولة.

- زيادة رأس المال.

- زيادة التدفقات النقدية الداخلية.

- خفض التدفقات النقدية الخارجية.

- إعادة الهيكلة الإدارية.

ويبدو لنا أن التعداد السابق انطوى على العديد من المزايا، أهمها:

١/ أن الصياغة التى ظهر عليها النص السابق توحى بأن التعداد جاء على سبيل المثال وليس الحصر. ومن ثم يجوز الاتفاق على حلول أخرى تحقق مصلحة الأطراف.

٢/ أن التعداد السابق تناول الغالبية العظمى من صور الحلول والخيارات التى يمكن التوافق عليها بين الأطراف، الأمر الذى سيجعلها ملبية لطموحات الشركة ودائنيها.

٣/ أن النص السابق أخضع ديون الدولة لإعادة الهيكلة، وذلك خروجاً على المؤلف فى هذا الصدد، من تقرير امتياز خاص لديون الدولة، يجعل لها أولوية فى السداد.

لكن رغم كل هذه المزايا، فإن هذا النص قد غاب عنه الطابع الاجتماعى، المتمثل فى حماية مصالح العمال. حيث كان من الواجب أن يشير إلى البدائل التى تضمن الاحتفاظ بالعمال حتى ولو تم تغيير الهيكل الإدارى للشركة، أو بيعت للغير.

- دور لجان الدائنين فى إعداد الخطة:

٩٢- نظم المشرع الفرنسي ما يسمى بلجان الدائنين Des comités de créanciers، كوسيلة يتم من خلالها تصنيف الدائنين في مجموعات بحسب تشابه هذه الديون وتقاربها في الخصائص. حيث قرر هذا المشرع تشكيل لجننتين إحداهما تضم أصحاب ديون شركات التمويل ومؤسسات الائتمان وغيرها من المؤسسات المشابهة. والأخرى تضم الديون المستحقة لموردي السلع والخدمات والمتعاملين مع الشركة. ويتولى المدير القضائي مهمة تشكيل مثل هذه اللجان، وذلك بالنسبة للدائنين الثابتة ديونهم قبل الحكم الافتتاحي لتنفيذ الخطة^(١). ولم يفرض المشرع الفرنسي وجود هذه اللجان في كافة حالات الإنقاذ، وإنما فقط في حالة الشركات الكبيرة (التي يزيد فيها الموظفون على ١٥٠ موظفاً أو إذا كانت دورة رأس المال قبل الضريبة تتجاوز ٢٠ مليون يورو)^(٢).

وبخصوص الدائنين الحكوميين (مثل مصلحة الضرائب) فسيتم استشارتهم بشكل فردي. ومن ثم فإن هؤلاء الدائنين شركاء تجاريين في إعداد الخطة والتصويت عليها. ويجوز للمؤسسات الحكومية أن تتنازل عن جميع الضرائب المباشرة وليس الضرائب غير المباشرة التي تجمع لصالح الدولة والسلطات المحلية أو الرسوم المختلفة المستحقة للدولة، حيث يجب أن تدفعها الشركة. وهذا ما قرره القانون الفرنسي صراحة (Article L.626-32).

وقد تظهر المشكلة العضال بخصوص الديون العامة المستحقة للدولة؛ حيث تقرر بعض القوانين (مثل القانون الأمريكي The Trust Indenture Act of 1939) بأنه في حالة تعدد الديون العامة المستحقة للدولة لصالح أكثر من جهة، فيجب عند إرجاء سداد أصل الدين أو ما تقرر له من فائدة أو الإعفاء منه بشكل كلي أو جزئي، إجماع الجهات الدائنة. فمثل هذا الحكم من شأنه أن يصعب الوصول إلى توافق، خاصة إذا كانت مفاوضات إعادة الهيكلة تتم خارج المحكمة^(٣).

L. 626-30, Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7. (١) راجع:

Article R.626-52 Commercial Code. (٢) راجع:

(٣) راجع:

Trust indenture act of 1939, (as amended through P.L 111-229), august 11, 2010, available at: <https://www.sec.gov/about/laws/tia39.pdf>

ويتلخص دور لجان الدائنين في مناقشة خطة الإنقاذ المقدمة من الشركة والتصويت عليها^(١). كما يحق لأي دائن أن يقترح تعديلات على الخطة المقدمة من الشركة المدينة. ولا يشترط أن تقرر الخطة معاملة متساوية لجميع الدائنين، حيث يمكن أن تتفاوت المعاملة بينهم. وتحدد موقف كل لجنة في الموافقة على الخطة من عدمه في ضوء أغلبية الدائنين الحائزي لتلثي قيمة الديون، ويجب أن تصادق المحكمة على موافقة الدائنين بعد التصويت عليها^(٢). والأصل أن التصويت الذي يتم داخل اللجان يتسم بمرونة كبيرة بغرض تمكين الشركة من استعادة توازنها^(٣).

وتعد من أهم مقومات نجاح المفاوضات والمشاورات بين الدائنين إحاطتهم بكافة المعلومات والبيانات الخاصة بالوضع المالي والاقتصادي للشركة *Asymmetric information*، خاصة إذا كانت أعدادهم كبيرة. حيث يتسبب اختلاف مستوى علمهم في كثرة المفاوضات، وصعوبة التوافق على خطة محددة للإنقاذ، نظراً لعدم تأكد الدائنين من جدوى إنقاذ الشركة، الأمر الذي قد يدفعهم إلى كثرة تأجيل المناقشات لمزيد من المعلومات، أو التمسك بالإفلاس^(٤).

وفي كافة الأحوال يجب على جميع اللجان الانتهاء من عملية التصويت في غضون ستة أشهر، ويجوز للمحكمة - بناء على طلب المدير القضائي بعد انتهاء هذه المدة - منح اللجان مهلة جديدة بشرط ألا تتجاوز مجموع هذه المدد فترة

(١) L. 626-30-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 66.

(٢) L. 626-30-2, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

(٣) راجع:

M. Xavier de roux, rapport (no 3651), d'information depose, en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement , par la commission des lois constitutionnelles, de la legislation et de l'administration generale de la republique, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises. Disponible sur: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i3651.asp>

(٤) راجع:

Vanessa Finch, Corporate insolvency law Perspectives and Principles, op.cit, p188.

المراقبة^(١). ولا يحق للدائنين الاعتراض على قرار المحكمة بالمصادقة على الخطة، لكن يحق لهم الاعتراض على قرار اللجنة التي هم أعضاء فيها^(٢).
وجدير بالذكر أنه منذ التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي في عام ٢٠٠٥ على أحكام القانون التجارى، لم يصبح من بعدها قرار هذه اللجان ملزماً للمحكمة؛ ففي حالة التصويت السلبي يمكن للمحكمة رغم ذلك أن تقر الخطة المقترحة من قبل الشركة^(٣).

من ناحية أخرى، أوجب القانون الفرنسي ضرورة إخطار الدائنين من خارج اللجان (أى الذين لم يشتركوا في عمل اللجان) عن طريق البريد بالخطة التي تم التوافق عليها، وإذا لم يعترض هؤلاء الدائنون على الخطة خلال ٣٠ يوماً من إخطارهم بها، فإن هذا يعد قبولاً منهم. وإذا تم الاعتراض فإن المحكمة لها أن تمنح مدة ٣٠ يوماً جديدة لإعادة النظر في الخطة بما يجعلها تحظى بالتوافق^(٤).

وقد حرص المشرع الأمريكى هو الآخر على تبنى نظام لجان الدائنين؛ حيث ألزم الفصل (١١) من قانون الإفلاس تصنيف الدائنين إلى فئات، ولكل فئة حقوق خاصة في التصويت^(٥). ويتم تصنيف الدائنين في مجموعات على حسب تشابه الدعاوى والمطالبات. ويكون للدائنين أصحاب الضمانات لجان خاصة بهم. وتتألف كل لجنة عادة من أكبر سبعة من أصحاب الديون المتمثلةة. ويحق لهم تعيين مستشار وخبير على نفقة الشركة. ويحق للمحكمة أن تقرر تمثيلاً خاصاً لفئة معينة؛ كما هو الحال بالنسبة للجنة المساهمين. وتلتزم الأقلية بما توصلت إليه الأغلبية، شريطة أن تكون الخطة المقدمة ستوفر لكل دائن سوف يحصل عليه إذا ما تم تصفية الشركة.

(١) راجع:

L. 626-34, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 47.

(٢) راجع:

L. 626-34-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 71.

(٣) L. 626-5, LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 58 (V).

(٤) وينصرف مفهوم الدائنين خارج اللجان إلى الدائنين أصحاب الديون الصغيرة (كحاملى السندات الفردية) الذين يدركون أن مشاركتهم لن تؤثر كثيراً في صناعة قرار إعادة الهيكلة، وبالتالي سيكون حافزهم على المشاركة ضعيفاً. ولعل هذا ما يبرر حرص هؤلاء الدائنين على أن تتم إجراءات إعادة الهيكلة خارج المحكمة. ولعل هذا الحكم لا يسرى في كافة الأحوال، حيث قد يحرص هؤلاء الدائنون على المشاركة في أعمال اللجان إذا كانوا يشكلون أغلبية، ومن ثم سيكون لمشاركتهم دور فاعل.

Bankruptcy Code paragraph 1126(c)

(٥) راجع:

ورغم تصنيف الدائنين فى مجموعات، فإن القانون الأمريكى منح هؤلاء الدائنين حقوقاً متوازية ضد الشركة، أى لا يكون هناك تمييز غير عادل بين الدائنين (١).

وفى حالة اشتراك الدائنين اصحاب الضمانات الخاصة فى مفاوضات التسوية وإعادة الهيكلة فإنهم يجب عليهم التنازل عن هذه الضمانات، لتصير من بعدها من الضمان العام، الذى يحق لجميع الدائنين حتى العاديين التنفيذ عليها. ويعد اشتراك الدائنين فى مفاوضات التسوية تنازلاً ضمناً عن هذه الضمانات (٢).

والعبرة فى التصويت بالأغلبية القيمة لديون الدائنين المشاركين فى التصويت. ويجوز أن يتم الموافقة على الخطة بدون تعديلات أو بإضافة تعديلات عليها. ويجب على المدير أن يدير شئون الشركة وفق المقترح المتفق عليه. وإذا رفض المقترح يجوز للمحكمة أن تسرح الإدارة أو إجراء ما يرونه مناسباً.

وقد تكون الموافقة على الخطة بأغلبية بسيطة تسمى بأغلبية الأولوية المطلقة "absolute priority"، وفى هذا الحالة يجب تأكيدها من قبل المحكمة، خاصة إذا كانت عادلة ومنصفة لجميع الفئات. وتعد الخطة عادلة ومنصفة بالنسبة للدائنين من غير أصحاب الضمانات إذا حصلت هذه الفئة على كامل ما لها من حقوق. وإذا تم تأكيد الخطة من قبل المحكمة، فإنها تسمى فى هذه الحالة "cramdown" (٣).

وبالنسبة للدائنين الذين لم يشتركوا فى التصويت على الخطة فإنهم يحتفظون بحقهم فى الرجوع على الشركة بدعوى خاصة، لكن بعد انتهاء تنفيذ الخطة. وبمجرد تأكيد الخطة سوف تكون ملزمة لجميع الدائنين (٤). لكن فى الحالة التى يتعذر فيها الموافقة

(١) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p15.

(٢) راجع:

David K. Spiro, Robert S. Westermann, Sheila deLa Cruz, summary of chapter 11 procedures, Hirschler Fleischer,(n.d), p5.

(٣) راجع:

Daniel R. Wong, bankruptcy and cramdowns: adopting a contract rate approach, Northwestern University Law Review Vol. 106, No. 4 1927 chapter 11, 2012, p 1927.

Bankruptcy Code paragraph 1141.

(٤) راجع:

على الخطة، يتم التحول إلى إجراءات الإفلاس طبقاً للمادة (٧) من أحكام قانون الإفلاس الأمريكي.

وفى كافة الأحوال؛ سواء فى أمريكا أو بريطانيا يلزم الحصول على موافقة نسبة معينة من الدائنين على الخطة. لكن متطلبات التصويت على المشروع وفق القانون الأمريكى أكثر تعقيدا لاشتراط موافقة المحكمة. غير أن نطاق الخطة وفق القانون الأمريكى أكثر اتساعاً، حيث يمكن أن تعالج فيها مسائل التقاضى، وبيع أصول الشركة، وموقف العقود التى تكون الشركة فيها طرفا وغيرها من الأمور الأخرى^(١). ويجوز للجنة الدائنين أن تعين مستشارين يتقاضون أجورهم من أموال الشركة. وتدفع كثرة النفقات الناشئة عن إجراءات إعادة الهيكلة فى كثير من الأحيان إلى قيام الشركة بالتفاوض الأولى مع الدائنين a pre-negotiated خارج المحكمة للتوصل إلى اتفاق مشترك على التسوية^(٢).

وتفيد عديد من الدراسات^(٣) أن البنوك عندما تشعر بأن شركة ما تمر بصعوبات مالية، فإنها تقوم بالحد من الإقراض، وتسارع بمطالبة الشركة بما عليها من ديون. كما أن الشركة إذا ما قدمت طلباً لإعادة الهيكلة أو الإنقاذ، واشترك البنك فى المفاوضات الخاصة بالتسوية فإنه لا يتنازل عن مستحقاته تجاه الشركة إلا إذا وافق أغلبية الدائنين على ذلك. كما أن البنك إذا وافق على التنازل عن جزء من مستحقاته فإن هذا التنازل ينصرف فقط إلى الفوائد دون أصل الدين.

(١) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p16.

(٢) راجع:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, Receivers and managers appointed out of court, (33).

(٣) راجع:

Stuart C. Gilson, Kose John and Larry H.P. Lang, Troubled debt restructurings an empirical study of private reorganization of firms in default, op.cit, p317.

وتسهم مشاركة البنك في إجراءات التسوية بدور كبير في نجاحها. حيث إنها تعمل على تسهيل تبادل ديون الشركة وبيعها (إذا تم الاتفاق على ذلك)، حيث تلعب الضمانات المصرفية المقدمة من البنك لهذا البيع دوراً كبيراً في إضفاء الثقة لدى المشترين.

والملاحظ أن قانون الإنقاذ التونسي في تعديلاته المختلفة لم يتبن تنظيمًا للجان الدائن كنظيره الفرنسي. ويبدو لنا أن هذه اللجان تلعب دوراً كبيراً في مناقشة الخطة وتنظيم التصويت عليها، والخروج بها في أفضل الأوضاع التي تحقق الإنقاذ الفعلي للشركة.

ولم يتضمن قانون إعادة الهيكلة المصري هو الآخر نصاً ينظم تشكيل لجان الدائنين وعملها، وهو ما يمثل قصوراً يجب تداركه، لدورها الاستثنائي في صياغة خطة الإنقاذ وإقرارها.

٢/ سلطة المحكمة في تعديل خطة الإنقاذ أو إيقاف تنفيذها بعد إقرارها:

٩٣- لما كان تنفيذ برنامج الإنقاذ يستغرق في العادة وقتاً طويلاً، خاصة إذا كان ينطوي على مواصلة الشركة لنشاطها بنفسها وتسوية ديونها وفق الجدول المعد لهذا الغرض، فمن المتصور أن يطرأ عليه بعد إقراره من المحكمة بعض العوارض التي من شأنها أن تفقده توازنه الاقتصادي. ومن ثم قد يقتضى الأمر إدخال بعض التعديلات عليه، سواء في تغيير حجم رأس مال الشركة، أو في بيع بعض أملاك الشركة، أو تغيير بعض أنشطتها، أو تجديد معداتها. فهل تملك المحكمة سلطة تعديل هذا البرنامج؟

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن المحكمة لا تملك تعديلاً لبرنامج الإنقاذ بعد المصادقة عليه، ولكن فقط تملك إعادة جدولة الديون، من خلال تعديل آجال الدفع المقترحة من المدير القضائي. بمعنى أنها تملك أن تعدل آجال دفع الديون المقترحة من المدير القضائي بالزيادة أو بالنقصان، دون أن تتوسع في إدخال تعديلات على البرنامج بعد أن تم الحكم به ومباشرة إجراءات تنفيذه.

(١) راجع: السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية الرضائية والتسوية القضائية، مرجع سابق، ص ١٠٨.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي، ويبدو لنا أن المحكمة تملك تعديل البرنامج بأكمله، وذلك للأسباب الآتية:

١/ أن ما يميز التسوية القضائية عن التسوية الرضائية، أن المحكمة فى الأولى تتمتع بسلطة واسعة فى إقرار خطة الإنقاذ وتنفيذها، وأن القول بغير ذلك يعنى أنه لا يوجد فارق بينهما.

٢/ أن خطة الإنقاذ يجب أن تتسم بالواقعية والمرونة، أى تستجيب لمقتضيات واقع الشركة وقت وضعها، وتستجيب أيضاً لمقتضيات التعديل إذا ما تغيرت الظروف، وأن القول بغير ذلك سوف يجعلها عبئاً إضافياً من شأنه أن يعيق الشركة عن تخطى عثرتها، خاصة إذا ما كان الأمر يتطلب تغييرات هيكلية فى الخطة.

٣/ أن المحكمة لن تقدم على تعديل برنامج الإنقاذ سواء فى حدود تغيير الأجال أو فى أى تغيير هيكلى إلا بعد أن تستمع لآراء الدائنين، حتى ولو على سبيل الاسترشاد، وأيضاً الخبراء وكافة الجهات المعنية، وذلك قبل إقرار التعديل.

٤/ أن التعديل لا يعنى دائماً الإضرار بمصالح الدائنين، فقد ينطوى على تخفيض آجال الديون بعد أن تحسنت أوضاع الشركة بشكل سريع بعد البدء فى تنفيذ الخطة، أو تغيير شكل الإدارة أو تخفيض حجم العمالة، الأمر الذى يقتضى تعديل الخطة لتتواءم مع الظروف الطارئة.

ويقتضى المنطق أن طلب تعديل خطة الإنقاذ يكون من مراقب التنفيذ، بإعتباره المكلف بمتابعة تنفيذ برنامج الإنقاذ. أما حدود سلطة المحكمة فى التعديل فمن المسلم به أنها لن تتمتع بسلطة مطلقة، ولكنها ستكون مقيدة بالأهداف التى تحكم برنامج الإنقاذ. فلا مجال لتدخل المحكمة إلا إذا كان هناك ضرورة تخدم اعتبارات الإنقاذ، كما يجب توافيق التعديل مع الأهداف والغايات التى وضع برنامج الإنقاذ من أجلها.

والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد يتعلق بحالات وقف تنفيذ الخطة بعد إقرارها؟
حرص القانون الإنجليزى على الإجابة عن هذا السؤال، حيث نظم الحالات التى يوقف فيها تنفيذ الخطة بعد إقرارها؛ وهى^(١):

(١) راجع:

١/ مرور الوقت دون تنفيذ ما تم الاتفاق عليه فى خطة الإنقاذ، وعدم تمديد العمل بها من قبل المحكمة.

٢/ إذا طلب المدير القضائى أو الخبير الوصى من المحكمة وقف التنفيذ، وذلك لتحقق الغرض منها. حيث يسعى المدير القضائى فى هذه الحالة إلى ترتيب الخطوات اللازمة للإنتهاء، فى ضوء الأصول المتبقية للتوزيع.

٣/ إذا استحال تحقيق أهداف خطة الإنقاذ، يتم اللجوء إلى التصفية.

ولا يوجد ما يمنع قانوناً من إعادة التقديم طلب إعادة الهيكلة أو الإنقاذ بعد رفضه.

والملاحظ على قانون إعادة الهيكلة المصرى أنه لم ينظم سلطة القاضى فى تعديل خطة إعادة الهيكلة بعد إقرارها، ولكنه حرص على تنظيم سلطة قاضى الإفلاس فى حفظ طلب إعادة الهيكلة فى الأحوال التالية^(١):

أ/ إذا تعذر الاتفاق على خطة إعادة الهيكلة.

ب/ إذا لم يرفق التاجر بطلبه المعلومات أو المستندات المبينة سالفاً أو التى كلف بتقديمها خلال الأجل الذى حدد لذلك.

ج/ إذا لم يقم التاجر بسداد التكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة ومن بينها أتعاب المعاون أو إذا تبين أن موجوداته لا تكفى لسدادها.

د/ زوال الأسباب التى دعت التاجر إلى التقدم بطلب إعادة الهيكلة.

هـ/ إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للتاجر استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب استناداً إلى التقرير الذى تعده لجنة إعادة الهيكلة.

وتتسم هذه الأسباب بالتنوع، فهى تدور ما بين صعوبة التوافق بين الأطراف، وبين تقصير الشركة فى التزاماتها الخاصة بالمستندات المطلوبة أو الأتعاب المقررة، أو زوال الأسباب التى دعت إلى طلب إعادة الهيكلة.

ثانياً/ مقترحات خطة الإنقاذ:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, Part II, administration orders, (10)

(١) راجع المادة (٢٧) من الفصل الأول من الباب الثانى من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة.

٩٤- تتعدد صور المقترحات التي يمكن أن تخلص إليها خطة الإنقاذ بحسب ما يتم التوافق عليه. وسوف نعرض فقط لأهم هذه المقترحات، وهى مواصلة الشركة نشاطها أو إحالتها للغير، أو الاكتفاء بتغيير إدارة الشركة، وذلك على التفصيل التالي:

١/ مواصلة الشركة لنشاطها (فكرة المدين الحائز فى قانون الإفلاس الأمريكى):
٩٥- مما لا شك فيه أن من أفضل الحلول والخيارات التي يمكن أن تسير المحكمة على خطاها لإنقاذ الشركة أن تقضى بمواصلة نشاطها بذات هيكلها الإدارى. ولا تلجأ المحكمة لمثل هذا الخيار إلا إذا أكد تقرير المدير القضائى أن هناك احتمالات جدية وقوية لإنقاذ الشركة من خلال هذه الآلية، خاصة إذا سمح هذا الخيار باحتفاظها بعمالها وموظفيها، وإمكانية سداد ديونها^(١).

ويجب بداية أن نسجل ملاحظة مهمة، وهى أن مواصلة الشركة لنشاطها كأحد خيارات الإنقاذ يختلف عن فكرة تشغيل تجارة المفلس التي نظمها قانون التجارة المصرى فى المادة (١/٦٤٥) والتي قرر خلالها "لقاضى التفليسة بناء على طلب أمينها أو طلب المفلس وبعد أخذ رأى المراقب، أن يأذن بالاستمرار فى تشغيل المتجر، إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين". حيث إن هذه الحالة الأخيرة ذات طابع استثنائى، تتم خلال الفترة التمهيديّة، التي تبدأ من تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس وحتى تاريخ انعقاد جمعية الصلح التي يقرر خلالها الدائنون إما الصلح أو الاتحاد^(٢). كما أن الهدف منها فى الأساس هو المحافظة على أموال المفلس بالحالة التي كانت عليها وقت شهر الإفلاس، فوقف نشاط التاجر خلال الفترة التمهيديّة السابقة على جمعية الدائنين من شأنه أن يؤثر بالسلب على أموال المفلس ومن ثم الإضرار بمصالح الدائنين. لذلك أجاز المشرع استمرار تجارة المفلس ليس بغرض إنقاذها من الإفلاس (كما هو الحال بالنسبة لمواصلة الشركة لنشاطها كأحد خيارات الإنقاذ)، ولكن للمحافظة على أموال التفليسة تمهيدًا للتنفيذ عليها^(٣).

36. art. - 12 mars 2014 - 2014-326 n° Ordonnance (١) L. 626-1. راجع:

(٢) راجع: د.حسنى المصرى، الإفلاس، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص٤٧٨.

(٣) راجع: د.عبد الرحمن السيد قرمان، الجوانب القانونية لتشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيديّة (دراسة مقارنة بين

وقد تبنى قانون الإفلاس الأمريكي تطبيقاً لنظام مواصلة الشركة لنشاطها كأحد خيارات إعادة الهيكلة فكرة "المدين الحائز" "debtor in possession" ("DIP"). وتلعب هذه الفكرة دوراً كبيراً في نظام إعادة الهيكلة، من خلال احتفاظ الشركة بذات هيكلها الإداري، ليس فقط كقوة دافعة لتنفيذ خطة إعادة الهيكلة وما انطوت عليه من حقوق خاصة للدائنين، ولكن أيضاً في متابعة نشاط الشركة، خاصة وأن تدهور أوضاع الشركة قد يكون لأسباب ليس لها علاقة بتقصور أو إهمال إدارتها، كما حدث في قضية TEXACO^(١).

ويجب ألا ينظر للإبقاء على إدارة الشركة تحت يد جهازها الإداري القديم على أنهم يتمتعون بسلطة مطلقة في تسيير شئونها. حيث غالباً ما سيشتد الدائنون (خاصة أصحاب الضمانات) التعاون فيما بين الخبراء والمستشارين الماليين لدى الشركة مع الإدارة لإنجاح خطة إعادة الهيكلة، بحيث يسأل جميع هؤلاء أمام المحكمة عن تنفيذ خطة إعادة الهيكلة. ومن ناحية أخرى يسمح قانون الإفلاس الأمريكي بتعيين خبير Trustee يعمل كوصي على الإدارة، إلا أن اللجوء لهذا الأمر لا يكون إلا في حالات قليلة؛ مثل وجود اشتباه في سلوكيات الإدارة أو احتيال أو شبهة الإضرار بمصالح الدائنين أو تهديد أصول الشركة^(٢).

ويختار هذا الخبير من بين الموظفين الحكوميين بحسب مجال طبيعة نشاط الشركة، وهو يعمل في الأساس على حماية مصالح الدائنين والدفاع عنها. ويعمل هذا الخبير الوصي على تشكيل مجلس للدائنين، مؤلف من سبعة من أكبر الدائنين من غير أصحاب الضمانات^(٣). وتقوم هذه اللجنة بدور رقابي وإشرافي على عمل الشركة، ويمثلها في ذلك الخبير الوصي^(٤).

القانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ٥٩.

(١) راجع:

In re: TEXACO INC., Texaco Capital Inc., Texaco Capital N.V., Debtors. Bankruptcy Nos. 87 B 20142-87 B 20144. United States District Court, S.D. New York. April 5, 1988.

(٢) راجع:

Title 11 – Bankruptcy, chapter 3- case administration subchapter IV – administrative powers § 362. Automatic stay, paragraph (3).

Bankruptcy Code paragraph 1102-1103.

(٣) راجع:

Bankruptcy Code paragraph 1103(a).

(٤) راجع:

ويجوز للخبير أيضًا أن يعين لجانا أخرى على حسب الحاجة؛ مثل لجنة المطالبة بالتعويضات ولجنة حملة السندات وغيرها من اللجان. ويجوز للجنة الدائنين أن تعين مستشارين يحصلون على أجرهم من أموال التفليسة. وفى الحالات الخاصة بالشركات الصغيرة قد لا يكون هناك داع لإنشاء لجان أكثر.

وقد تبنى القانون الإنجليزي فكرة تعيين الخبير الوصى الذى يلعب دورًا يتجاوز حدود الرقابة كما هو مقرر فى القانون الأمريكى؛ حيث يعمل على التدخل فى تسيير شئون الشركة كوكيل عنها. ومن ناحية أخرى يعين هذا الخبير من بين موظفى المحكمة، ويشترط أن يكون حسن السمعة، ويقع عليه عديد من الواجبات القانونية^(١).

ويبدو لنا أن خيار مواصلة الشركة نشاطها مع احتفاظها بذات جهازها الإدارى أمر مرتبط بتوافر حسن نية الإدارة وعدم ثبوت غش من جانبها. ولعل قيام الإدارة من تلقاء نفسها بتقديم طلب لإعادة الهيكلة أو الإنقاذ يعد مؤشرًا جيدًا للمحكمة أن تعتمد عليه للاستدلال على حسن نيتها، ومن ثم تكون مكافئتها هو الإبقاء عليها أثناء إجراءات إعادة الهيكلة. لذلك المادة (٢١٤) من قانون الإعسار الإنجليزي، يجعل تقديم طلب إعادة الهيكلة من قبل الإدارة سببًا من أسباب تخفيف مسئوليتها عن ديون الشركة.

(أ) صور القرارات التى يمكن أن تصدر عن الشركة وحكمها:

٩٦- وتتنوع صور القرارات التى يمكن أن تصدر عن الشركة تحت مظلة هذه الفكرة إلى ثلاثة أنواع من القرارات على النحو التالى:

- قرارات الأنشطة التجارية للشركة:

وتتعلق هذه القرارات بالإدارة اليومية لأصول الشركة وممتلكاتها بشكل يومية، وتشمل كامل أنشطة الشركة. وتلعب هذه القرارات دورًا محوريًا فى الإنقاذ؛ بالنظر إلى أنها لا تؤثر فقط فى الأسلوب أو الطريقة التى تعمل بها الشركة، ولكن أيضًا فى

(١) راجع:

UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organizations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, Part XIII insolvency practitioners and their qualification.

قيمة موجوداتها وقت التصفية أو إعادة الهيكلة. ومن ناحية أخرى يؤدي سوء اتخاذ هذه القرارات إلى عديد من الآثار الضارة على الشركة وإنقاذها. فالخسارة المتتالية نتيجة القرارات الخاطئة من شأنها أن تؤثر بالسلب على موجوداتها المهيئة لتنفيذ الدائنين عليها، وأيضًا على ناتج تصفية الشركة. وقد حرص قانون الإفلاس الأمريكي على تنظيم سلطة الشركة في اتخاذ مثل هذه القرارات؛ حيث اعترف صراحة بأن قرارات الأنشطة التجارية العادية التي تمارسها الشركة لا تخضع لرقابة القضاء. فالمادة (٣٦٣) على سبيل المثال تُمنح الشركة السلطة الكاملة لاستعمال الممتلكات التي في حوزته وبيعها وإيجارها وذلك دون الحصول على إذن. وبالمثل، تمنح المادة (٣٦٤) للمدين الحق في تحمل الديون إذا كانت تتم في المسار العادي للأعمال، ما لم تقرر المحكمة غير ذلك، وذلك لحمل الدائنين على تقديم قروض للشركة التي تكون في حالة إفلاس، وأن هذه القروض تتمتع بأولوية في السداد.

وطبقًا لقانون الإفلاس سيكون المدين الحائز هو المسئول عن نتائج قراراته^(١)، ويحق لدائنيه الاعتراض على قراراته لدى المحكمة متى خرجت عن نطاق النشاط التجاري العادي. وعند مراجعة هذه القرارات من قبل المحكمة، سيتضح مدى وجود إدارة رشيدة للشركة من عدمه^(٢).

وقد بينت محكمة الاستئناف الأمريكية أسباب تبني معيار الأعمال العادية، والتي تتمثل في أنه إذا تم تمكين الدائنين من الاعتراض حتى على أعمال الإدارة العادية، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإبطاء في اتخاذ القرار المناسب، الأمر الذي يتعارض مع أهداف الإنقاذ وإعادة الهيكلة، ويسمح بتسلط الدائنين على الشركة. لكن إذا ما سمح بالاعتراض فقط في أحوال ممارسة الشركة لأنشطة تخرج عن نطاق الأعمال العادية فإن هذا أمر مقبول ويخدم اعتبارات الإنقاذ^(٣).

(١) د. بليغ عبد النور حاتم، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام شهر الإفلاس، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول ٢٠١١، ص ٥١٧.

(٢) راجع:

Richmond Leasing Co. capital Bank, NA, United States Court of Appeals, Fifth Circuit.762 F.2d 1303 (5th Cir. 1985).

Ibid.(٣) راجع:

وباستخدام هذا المعيار فإن المحكمة يمكنها أن تعد المدين الحائز ممارسًا لنشاط تجارى سليم، مادام لم يقدّم بأعمال تخرج عن نطاق المألوف فى تسيير النشاط التجارى، أو ما أطلقت عليه المحاكم الأمريكية اسم الحكم الذاتى أو التقدير المطلق Self-dealing. فإذا ما تبين أنه كذلك، فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً فى مواجهة الدائنين، ويتحمل الشركة تبعات هذا التصرف فى مواجهة الغير^(١).

وقد حرص القانون الأمريكى فى المادة (363-b-d) على ذكر أمثلة للتصرفات التى تخرج عن نطاق الأعمال التجارية العادية؛ وهى مثل التصرفات الناقلة لملكية العقار، كالبيع والهبة، حيث لا يجوز له مباشرة هذه التصرفات إلا بإذن من المحكمة^(٢).

وتتبع المحاكم الأمريكية معياراً موضوعياً فى تقدير مدى الالتزام بالنطاق العادى من عدمه. فالمحاكم سوف تقيم القرار فى ضوء العوامل الموضوعية. فقد يكون القرار فى ظاهره مضرًا بالدائنين، لكن عند تحليله بشكل موضوعى يتبين العكس. فمثلاً، قرار الشركة بالحصول على قرض قد يبدو وكأنه مزيد من الأعباء على عاتقه، لكن بعد تحليله قد يتبين للمحكمة أنه قرض بشروط مقبولة قد يحقق مصلحة جماعة الدائنين.

وأخيراً، المحاكم تتمتع بسلطة تقديرية بخصوص المسائل التجارية للمدين الحائز إذا ما تعلق الأمر بقرارات اقتصادية مؤثرة فى برنامج إعادة الهيكلة أو الإصلاح^(٣). ويحدث ذلك عندما تقوم الشركة باتخاذ قرارات اقتصادية مؤثرة فى كيان الشركة، أو إنشاء علاقات تعاقدية جديدة من شأنها أن تؤثر فى السيطرة على الشركة. وقد أكدت عديد من أحكام القضاء الأمريكى هذا الأمر، التى ذهبت إلى أن القرارات الاقتصادية الكبرى التى تمس وجود الشركة يجب أن يخضع قرار الشركة بشأنها لرقابة القضاء، وإلا كان قراره غير نافذ^(٤).

In re Southern Biotech, Inc., 37 B.R. 318, 322-23. راجع: (١)

11 U.S.C. § 364 (b)-(d). راجع: (٢)

راجع: (٣)

Raymond T. Nimmer & Richard B. Feinberg, Chapter 11 Business Governance. Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity, 6 BANKR. DEV. J. 1, p 21.

Institutional Creditors of Continental Air Lines v. Continental Air Lines, Inc, 780

وقد أجاز القانون الأمريكي للشركة الحصول على تمويل جديد، بناء على فكرة تمويل المدين الحائر *debtor-in-possession (DIP) financing*. وعادة ما تقدم الشركات طلباً للحصول على قرض طبقاً للفصل (١١). وتحظى مثل هذه القروض الجديدة بأولوية وأفضلية على نحو يجعل للقرض الجديد ذات مرتبة القروض القديمة، الأمر الذي يشجع مؤسسات التمويل على منح الشركة قروضا، وذلك طبقاً للمادة (٣٦٤) من قانون الإفلاس الأمريكي.

وتلجأ الشركات في سبيل تشجيع المقرضين على إقراضها إلى تقرير ضمانات خاصة لهم على أصولها. وفي الظروف التي لا يتوافر فيها لدى الشركة أصول تصلح كضمان للمقرض الجديد، لن يكون أمام الشركة سوى تقرير أولوية في السداد لهؤلاء المقرضين، أي بتقرير أسبقية في الحصول على ديونهم قبل غيرهم من الدائنين. فالدائنون الجدد سوف يتحملون الخطر الأكبر من خلال إقراض الشركة وهي في فترة إعادة الهيكلة، لذلك أن يتقرر لهم أولوية بالأسبقية على غيرهم من الدائنين أمر مبرر^(١).

إن منح المقرض أولوية من شأنه أن يشجعه على الإقراض، وأيضاً تقديم الضمانات (كالرهون) للديون غير المضمونة. وبعبارة أخرى إذا كان لدى الشركة أصول فائضة أو ذات قيمة كافية، فإنه يمكن الاعتماد عليها كضمانات لما سيحصل عليه من قروض. ومثل هذا الأمر من شأنه أن يؤثر على الضمان العام للدائنين، باعتبار أن تقرير ضمانات جديدة من شأنه أن يخرج الأموال محل هذه الضمانات من الضمان العام للدائنين، والباقي سوف يوزع على الدائنين غير المضمونين، خاصة إذا ما فشلت محاولات الإنقاذ^(٢).

وبالتالي كلما زادت نسبة الأصول غير المضمونة سيكون فرصة حصول الشركة على تمويل أكبر. وتلعب البنوك في هذا الصدد دوراً كبيراً وذلك كما حدث في

F.2d 1223, 1226 (5th Cir. 1986).

(١) V Finch, "Reinvigorating Corporate Rescue" op.cit, pp527, 538. راجع:

(٢) راجع:

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004, p116.

انجلترا. فقد أصدرت جمعية المصرفيين البريطانيين ورقة عمل فى عام ١٩٩٧، حيث أكدت على أهمية أنشطة التعاون بين البنك وعملائه، وشجعت المصرفيين على تقديم الدعم المالى لمساعدة العملاء المتعثرين لمواجهة الصعوبات المالية للوصول إلى إنقاذ الشركة، فالثابت أن البنوك قد ساعدت الشركات المعسرة على التخلص من أزماتها^(١).

ويبدو لنا أن الأمر يجب أن يخضع لرقابة المحكمة، التى يجب أن تقدر أهمية ما تحتاج إليه الشركة من قروض، وطبيعة الأموال التى ستقدم كضمانات لها، بحيث لا يترك الأمر لمحض تقدير الشركة بما قد يضر بحقوق الدائنين. ويجب على المحكمة وهى فى سبيل تكوين رأيها أن تستعين برأى الخبراء والمتخصصين فى هذا الشأن، بالنظر لخطورة آثاره على حقوق الدائنين وأيضاً أصول الشركة، التى سوف يشكل هذا القرض مزيداً من الإرهاق عليها.

-قرارات الإفلاس الأساسية:

وتتعلق هذه القرارات بدور الشركة فى مفاوضات التسوية وإعادة الهيكلة. ويشار إلى هذه القرارات فى القانون الأمريكى باسم "قرارات الإفلاس الأساسية". وتلعب هذه القرارات دوراً مهماً لتعلقها بتحديد مصير الشركة أثناء إعادة الهيكلة؛ فإما المضى قدماً نحو تنفيذ برنامج إعادة الهيكلة أو تصفية الشركة. وتتعلق هذه القرارات أيضاً بالكيفية التى سيتم من خلالها توظيف أصول الشركة وموجودتها لتنفيذ برنامج الإنقاذ. وبمعنى آخر تركز هذه القرارات على الكيفية التى يمكن من خلالها تعظيم الأموال التى سيتم تخصيصها للوفاء بديون الشركة، سواء بالتنفيذ الجبرى أو بإعادة الهيكلة، مع تحمل التكاليف الخاصة بكل قرار. ومن ناحية أخرى ستواجه الشركة صعوبات فى توزيع الخسائر الناشئة عن المطالبات المختلفة. فالدولارات التى تعطى لمجموعة من الدائنين فى برنامج إعادة الهيكلة سوف تفقدها المجموعة الأخرى. فتحديد من يفوز ومن يخسر سيتوقف على اختيارات الشركة بين

(١) راجع:

S Frisby, Interim report to the insolvency services on returns to creditors from pre- and post-Enterprise Act insolvency procedures (Insolvency service, London, 2007), p2122.

المصالح المختلفة^(١). ولا ينسى في هذا الصدد مصالح المساهمين، حيث إذا ما تقرر إفلاس الشركة فسيكونون الأقل فرصة في الحصول على نصيب من ناتج التصفية. وبالتالي هم أصحاب مصلحة قوية في استمرار الشركة رغم الظروف الاقتصادية الصعبة^(٢).

وعلى النقيض من ذلك، الدائنون أصحاب الديون سوف ينظرون إلى التصفية على أنها أمر مرغوب فيه، وذلك بصرف النظر عما إذا كان هناك أملا في استمرارية الشركة من عدمه. وإذا اختارت الشركة إعادة الهيكلة ثم تحولت إلى التصفية فإنها سوف تتحمل التكاليف الناشئة عن ذلك، وسوف تتحمل الأطراف المعنية، الأمر الذي سوف يؤدي إلى انخفاض حجم الموجودات القابل للتنفيذ عليها. ومما لاشك فيه أن أي من القرارات التي سوف تتخذها الشركة في هذا الصدد سوف تكون تحت إشراف المحكمة.

ومن مجموع ما سبق يتبين أهمية احتفاظ الشركة بذات هيكلها الإداري لكونه الأكثر حرصًا على اتخاذ القرارات المناسبة.

- القرارات الحدية:

أخيرًا، من المتوقع أن يصدر عن الشركة قرارات لا تعد تجارية أو متعلقة بإعادة الهيكلة. وتسمى بالقرارات الحدية، التي تتطوى على تسيير المصالح اليومية للشركة وإعادة هيكلتها في ذات الوقت.

ومثال على هذه القرارات؛ بيع شركة كبيرة تابعة لشركة في حالة إفلاس، فهذا البيع يندرج في تسيير شؤون الشركة بالنظر إلى أن عائداته ستخصص في الإنفاق عليها. كما ينظر إليه على أنه سيؤثر على المخصصات المقررة لتسوية الديون.

(١) راجع:

Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, op.cit, p 25.

(٢) راجع:

Thomas H. Jackson, Logic and the Limits of Bankruptcy Law, op.cit, p189-210.

ومثل هذا القرار لا يوصف بأنه قرار نشاط تجارى بحت ولا يوصف بأنه قرار إفلاس بحت، بل هو حالة وسط^(١).

ومثل هذه القرارات يفضل بشأنها أن تخضع لرقابة المحكمة، وذلك لغلبة ارتباطها بإعادة الهيكلة، ومصير الشركة بخصوصه.

(ب) شروط مواصلة الشركة لنشاطها وطبيعة سلطاتها:

٩٧- يشترط لمصادقة المحكمة على هذا الخيار وفق القانون التونسي توافر مجموعة من الشروط، أهمها^(٢):

١/ موافقة الدائنين الذين تمثل ديونهم نصف إجمالي الديون على الأقل على مواصلة الشركة نشاطها. وإذا تضمنت الخطة تعديلا في حجم رأس مال الشركة أو تغييرا في هيكلها الإداري، فيشترط موافقة الجمعية العامة غير العادية للشركة في الاجتماع الأول، وموافقة أغلبية الشركاء في الجمعية العامة للمساهمين في الاجتماع الثاني^(٣).

٢/ أن تتأكد المحكمة من أن البرنامج المذكور يراعى مصلحة جميع الدائنين.

٣/ ينطبق برنامج مواصلة النشاط المصادق عليه على كافة الدائنين، حتى من لم يوافق منهم عليه.

أما الحلول التي يمكن أن يقدمها برنامج مواصلة الشركة لنشاطها، فإنها تتراوح بين ما يلي^(٤):

١/ الحط من أصل الدين بشرط رضا الدائن^(٥).

٢/ الحط من أصل الدين مقابل الوفاء به في ميعاد استحقاقه^(٦).

٢/ جدولة الديون في حدود مدة زمنية معينة ما لم يوافق الدائن أو الدائنون على خلاف ذلك.

٣/ أن تتفاوت آجال الوفاء بحسب أوضاع الدائنين وقدرة الشركة على الوفاء.

(١) راجع:

Edward S. Adams, Governance in Chapter 11 Reorganizations: Reducing Costs, Improving Results, 73 B.U. L. Rev. 581 (1993), p599, available at http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/97.

(٢) راجع الفصل (٤٥٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٣) L. 626-3, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

(٤) راجع الفصل (٤٥٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

(٥) L. 626-32, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 46.

(٦) L. 626-19, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 60.

٤/ الاتفاق على إحالة الديون المستحقة على الشركة من الدائنين (المحيل) إلى الغير (المحال له) بموجب قواعد حوالة الدين. (وذلك كما لو قبل أحد البنوك حوالة المديونيات والمستحقات الخاصة بالشركة عليه). وقد أجاز القانون الفرنسي إمكانية حوالة جميع الديون، حتى تلك المستحقة للدولة؛ كالضرائب والتأمينات، مع ملاحظة انتقال جميع الحقوق العينية والشخصية المقررة لضمان الوفاء بهذه الديون (رهن أو كفالة) إلى المحيل له^(١).

٥/ تخفيض حجم العمالة الموجودة لدى الشركة.

٦/ حصول الشركة على قروض وسلفيات من الغير أو من الشركاء.

٧/ إيقاف بعض خطوط الإنتاج الخاصة بالشركة^(٢).

وقد يقتضى مواصلة الشركة لنشاطها بالمفهوم السابق، ببيع أو إحالة بعض الممتلكات أو الأنشطة الفرعية الخاصة بالشركة للغير. أما التصرفات التى يمكن للشركة القيام بها خلال تنفيذ البرنامج، فإنها تقسم إلى قسمين:

الأول/ التصرفات التى ترد على العقارات: حيث لا يجوز للشركة كأصل عام أن تبيع العقارات أو أن ترهنها خلال الفترة التى يستغرقها تنفيذ برنامج مواصلة النشاط، إلا بإذن من المحكمة.

الثانى/ التصرفات التى ترد على المنقولات (المادية والمعنوية): حيث يجوز للشركة كأصل عام القيام بها خلال فترة السماح لها بمواصلة نشاطها، ما لم تحظر عليها المحكمة القيام بها.

ويجب إشهار المنع فى السجل التجارى وفى السجلات العقارية. ويقع من بعد ذلك كل تصرف من الشركة بالمخالفة للمنع السابق باطلا.

وجدير بالذكر أن الحكم بمواصلة الشركة لنشاطها يودى إلى استرجاع حقها فى مباشرة تصرفاتها المعتادة لتسيير شئونها^(٣)، أى تعليق غل يدها عن مباشرة هذه

(١) L. 626-6, LOI n°2009-179 du 17 février 2009 - art. 20 (V).

(٢) راجع:

Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom, op.cit,p24.

(٣) L. 622-23, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 31.

التصرفات^(١). لكن هذا لا يمنع المحكمة أن تحظر على الشركة التصرف في بعض الأصول التي تراها ضرورية لاستمرار نشاط الشركة (حتى ولو لفترة معينة)، على أن يقع كل تصرف بالمخالفة لهذا الحظر باطلاً^(٢).

ومن ناحية أخرى يحق للمحكمة أن تأمر المدير القضائي باتخاذ إجراء معين تراه لازماً لتنفيذ خطة الإنقاذ. ويقوم الوكيل القضائي بالإشراف والرقابة على أعمال المدير القضائي والشركة^(٣).

وفي كافة الأحوال توقف جميع الدعاوى والمطالبات المرفوعة ضد الشركة من قبل الدائنين ضد الشركة خلال فترة الإنقاذ بمواصلة الشركة لنشاطها كأصل عام لتمكين الشركة من مواصلة نشاطها^(٤).

ج) إذا انطوى البرنامج على تعديل العقد التأسيسي للشركة:

٩٨- قد ينطوى برنامج الإنقاذ على تعديل العقد التأسيسي للشركة كوسيلة لإنقاذها، وفي هذه الحالة فإن المحكمة تفوض مراقب التنفيذ للقيام بالإجراءات اللازمة لهذا التعديل، وتحدد له أجلاً للقيام بالإجراءات اللازمة لإتمامه. وإذا تضمن البرنامج زيادة في رأس مال الشركة فإن مراقب يتولى إتمام ما يلزم لذلك. ومن ناحية أخرى يجب على المكتتبين في زيادة رأس المال دفع كامل ما التزموا بشكل فوري.

ويمكن للدائنين أصحاب الديون ثابتة التاريخ الخالية من النزاع، الاكتتاب بكل ديونهم حالة الأداء أو بعضها. فإذا كان الدين غير حال فلا يستفيدون من هذا الإجراء إلا إذا تنازلوا عن جزء من دينهم تحدده المحكمة. ولا يتوقف تحويل الدائنين لكامل ديونهم أو بعضها إلى مساهمة في رأس مال الشركة المدينة على موافقة المساهمين أو الشركاء فيها^(٥).

د) حالة عدم وفاء الشركة بالتزاماتها:

(١) راجع الفصل (٤٥٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

61. art. 59 - 2008-1345 du 18 décembre 2008 - L. 626-14 (٢) راجع:

61. art. 61 - 2008-1345 du 18 décembre 2008 - L. 626-24 (٣) راجع:

(٤) راجع:

Rescue of Business in Insolvency Law, Instrument of the European Law Institute, 2017, p7, available at:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publication_s/Instrument_INSOLVENCY.pdf

(٥) راجع الفصل (٤٥٧) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

٩٩- إذا لم تقم الشركة رغم تخفيض الديون أو تأجيل سدادها بالوفاء بالتزاماتها، فيحق للدائنين إجباره على الوفاء، دون المطالبة بفسخ سند الدين. كما يمكن للدائنين الذين بلغت ديونهم نسبة معينة من مجموع الديون (١٥% مثلاً) المطالبة بإبطال برنامج الإنقاذ.

وإذا حكمت المحكمة بإبطال برنامج الإنقاذ المتضمن مواصلة الشركة لنشاطها، فإن نتائج هذا التنازل تزول، أى يحق للدائنين المطالبة بكامل ديونهم دون تخفيض، كما تسقط الآجال التى سبق أن منحت للمدين فى إطار برنامج الإنقاذ. ويحق للمحكمة أن تقضى بإحالة الشركة إلى الغير أو بشهر إفلاسها^(١).

ولعل هذا الحكم يمثل تجسيدا حيا لإقامة نوع من التوازن المنطقى بين حق الشركة فى الإنقاذ، وحق الدائن فى استيفاء دينه. فالأخير إذا ما تبين له أن الشركة المدينة رغم التنازل عن جزء من الدين أو تأجيله لم يقم بالسداد، فيحق له فى سبيل المحافظة على حقوقه المطالبة بإبطال برنامج الإنقاذ، الذى يمكن أن يؤدى فى نهاية الأمر إلى العدول عن خيار مواصلة الشركة لنشاطها والتحول إلى خيار آخر كإفلاس الشركة.

لكن يجب ملاحظة أن الشركة المدينة يمكنها أن تدفع المطالبة بإبطال اتفاق الإنقاذ بإثبات أن الظروف الإقتصادية العامة قد شهدت تغييرات أثرت بشكل جوهري على قدرة الشركة على تنفيذ برنامج الإنقاذ. وإذا ثبتت صحة ما ادعته الشركة، فإن المحكمة تملك أن تعدل اتفاق الإنقاذ ليتواءم مع التغييرات التى حدثت (تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة)، بعد موافقة غالبية الدائنين^(٢).

ه) التدخل القضائى لضمان تسيير إجراءات الإنقاذ:

١٠٠- ويتعلق هذا الإجراء بتدخل المحكمة بشكل مباشر لتنفيذ خطة الإنقاذ، حفاظاً على مصالح الشركة، وذلك ضمن التدابير التى تتخذها المحكمة لضمان إستمرارية نشاط الشركة.

وتتعدد صور التدخل القضائى لتسيير شئون الشركة، وذلك على النحو التالى^(٣):

(١) راجع الفصل (٤٥٨) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) راجع الفصل (٤٥٩) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع:

- ١/ أن تأذن للمتصرف القضائي بإنجاز بعض الأعمال اللازمة لتسيير الشركة، كدعوة الجمعية العامة للشركة للإعقاد، وفتح حساب جارٍ لدى أحد البنوك.
- ٢/ مراقبة أعمال السير العادي لنشاط الشركة.
- ٣/ دعوة الجمعية العامة غير العادية للإعقاد.
- ٤/ إعداد دراسة مستقبلية فى ضوء أوضاع المؤسسة وتحسين مواردها.
- ٥/ تحفيز الشركاء على دعم الشركة، من خلال ضخ أموال جديدة بالحساب الجارى.
- ٦/ المصادقة على القوائم المالية للشركة.
- ٧/ انتخاب أعضاء مجلس إدارة الشركة، وتعيين مراقب حسابات.
- ٨/ دعوة مجلس إدارة الشركة للإعقاد لتعيين مدير للشركة، وتحديد اختصاصاته وسلطاته بدقة.

وتجسد الصور السابقة دور القضاء فى متابعة إجراءات الإنقاذ وتسييرها، وهو ما يلعب دوراً كبيراً فى مواجهة العوائق الوقتية التى من شأنها اعتراض سير الخطة وتنفيذها. وسوف يلعب مراقب التنفيذ دوراً كبيراً فى متابعة نشاط الشركة، وإخطار المحكمة بكل ما يستدعى تدخلها بشكل سريع.

وقد عالج قانون إعادة الهيكلة المصرى فكرة المعاونة كوسيلة لمساعدة الشركة على تنفيذ خطة إعادة الهيكلة. حيث أجاز لقاضى الإفلاس بعد أن يعتمد خطة إعادة الهيكلة أن يعين معاوناً لمساعدة التاجر بناء على طلب أى من الأطراف، من بين الأئمة أو الخبراء المقيدىن بجدول خبراء إدارة الإفلاس أو من غيرهم ممن يختارهم الأطراف^(١).

ويقوم المعاون بجميع الأعمال التى يقتضيها الغرض من تعيينه؛ ومنها^(٢):

-معاونة التاجر على تقويم وضعه المالى والإدارى.

-تقديم المشورة والدعم الفنى له.

John Michael Wood, Corporate Rescue: A Critical Analysis of its Fundamentals and Existence, Centre for Business Law and Practice, The University of Leeds School of Law, May,2013, p143.

(١) راجع المادة (٢١) من الفصل الأول من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة.

(٢) راجع المادة (٢٢) من الفصل الأول من قانون إعادة الهيكلة المصرى، سابق الإشارة.

وضع آلية تنفيذ خطة إعادة الهيكلة.

-مساعدة التاجر فى التسوية الودية مع دائنيه.

- إعداد تقرير كل ثلاثة أشهر وعرضه على قاضى الإفلاس والأطراف لاطلاعهم

على تقدم سير إجراءات خطة إعادة الهيكلة، ومدى التزام التاجر بها.

والملاحظ على اختصاصات المعاون أنها اختصاصات استشارية ومساعدة، ولا

تحمل الطابع التنفيذى. فلا يملك مثلاً دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد، أو

المصادقة على القوائم المالية للشركة أو تعيين مراقب حسابات. وكان الأخرى

بمشروع القانون أن يمنحه مثل هذه الاختصاصات ليضفى على دوره مزيداً من

الفاعلية فى إعادة هيكلة الشركة.

٢/إحالة الشركة للغير ببيعها:

١٠١- يعد خيار إحالة الشركة للغير ببيعها من الخيارات التى تجسد تعدد البدائل التى

يمكن للمحكمة أن تعتمد عليها لإنقاذ الشركة ككيان يجب المحافظة عليه، حتى ولو

تطلب الأمر الاستغناء عن ملكيه وجهازها الإدارى، المهم هو الإبقاء على الشركة

ككيان اقتصادى، ينسب انسحابه على أثر إفلاسه فى الأضرار بالاقتصاد القومى فى

مجموعه^(١). ولن تلجأ المحكمة لمثل هذا الخيار إلا بعد أن تكون محاولات الإنقاذ

الأخرى قد باءت بالفشل، ولم يعد من المجدى الإبقاء على إدارة الشركة ومالكيها،

بعد أن استفدوا كل رصيدهم الائتمانى لدى المتعاملين معها^(٢).

وقد نظم الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكى خيار بيع أصول الشركة كاملة

أو جزء منها إلى الغير كإحدى آليات الإنقاذ، بغية استخدام الأموال المتحصلة من

البيع فى سداد ديون الشركة، مع الحفاظ على أصول الشركة كما هى، حيث ستنتقل

أصولها للغير مطهرة من الديون السابقة.

أشروط إحالة الشركة للغير وطبيعته القانونية:

١٠٢- يشترط لقيام المحكمة بإحالة الشركة إلى الغير توافر مجموعة من الشروط؛

وذلك على البيان الآتى^(٣):

86. art. 2008-1345 du 18 décembre 2008 - L. 631-21-1 (١) راجع:

42. art. 2016-1691 du 9 décembre 2016 - L. 631-19-2 (٢) راجع:

(٣) راجع الفصل (٤٦١) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

١/ إذا ثبت للمحكمة تعذر مواصلة الشركة لنشاطها في ضوء الخطة التي كانت معدة لهذا الغرض.

٢/ أن ترى المحكمة أن في إحالة الشركة للغير ضمانا لاستمرار نشاطها واحتفاظا بالعاملين والموظفين لديها، وسدادا للديون المستحقة عليها.

٣/ الحصول على التراخيص الإدارية اللازمة لتسيير الشركة في ضوء ما تقرره التشريعات من أحكام.

وتعكس هذه الشروط ضرورة تأكيد المحكمة من ضمانات إحالة الشركة للغير، بالنظر إلى خطورة هذا الأمر على حقوق مالكي الشركة ومديرها. حيث يتم استبعادهم من حياة الشركة، وحلول آخرين محلهم^(١). فهذه الضمانات تنصرف إلى ضرورة التأكد من أن الشركة قد تعذر عليها مواصلة نشاطها حتى بعد استفادتها من برنامج الإنقاذ المنطوي على إسقاط جزء من الديون أو تأجيل سدادها، حيث لم تتمكن من سداد الديون المطلوبة أو التأخر في سدادها. كما يجب على المحكمة من ناحية أخرى أن تتأكد أن الإحالة للغير هي الحل الوحيد لضمان استمرار الشركة والمحافظة على فرص العمل فيها، وتمكينها من سداد ديونها. علاوة على ذلك، يجب على المحال إليه أن يستوفى التراخيص اللازمة لمباشرة الشركة لنشاطها بعد الإحالة، ولعل هذا الشرط يعالج في الأساس الحالة التي تحال فيها الشركة لشخص يحمل جنسية دولة مختلفة، حيث يجب عليه التقيد بالتراخيص والتصريحات في دولة الشركة.

وحول تحديد الطبيعة القانونية لإحالة إدارة الشركة إلى الغير، فقد اختلف الفقه لأكثر من اتجاه؛ حيث ذهب الإتجاه الأول إلى أن قرار المحكمة بإحالة الشركة إلى الغير يعد من قبيل البيع الجبري كأحدى صور التنفيذ الجبري على الأشياء المحجوز عليها^(٢). وقد ذهب اتجاه آخر إلى أن إحالة إدارة الشركة إلى الغير يعد من قبيل نزاع

(١) راجع:

Eugene F. Fama; Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution. (Jun., 1983), pp. 301-325.

(٢) راجع:

الملكية للمنفعة العامة، والذي ينتهى بتمليك قضائي، بدليل أن المحال إليه يصير مالكا إذا ما قام بالوفاء بالالتزامات العالقة في ذمة الشركة (١).

ونحن من جانبنا لا نتنصر لأى من الرأيين السابقين؛ فإحالة الشركة للغير لا تعد من قبيل البيع الجبرى، حيث إن الهدف منها ليس التصفية من أجل سداد الديون، وإنما الإبقاء على الشركة ككيان اقتصادى يحتفظ بالعمالة ويسعى إلى سداد ما عليه من ديون. ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الإحالة تعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث إن الأخيرة آلية من آليات القانون العام تمارسها الدولة بما لها من سلطة وسيادة بهدف تحقيق الصالح العام للمجتمع. وهذا الفهم لا يتناسب مع طبيعة إحالة الشركة للغير فى إطار معاملات القانون الخاص بهدف سداد ما على الشركة من ديون بعيدا عن إفلاسها. فالدولة إذا ما أرادت أن تحصل على الشركة حتى ولو لم تكن تمر بصعوبات مالية أو اقتصادية فهى تملك أن تصدر قرارا بتأميمها. وعليه، يبدو لنا أن التوصيف الأمثل للإحالة أنها علاقة قانونية ذات طبيعة خاصة تعد من إبداعات قانون الإنقاذ من الإفلاس، وذلك بالنظر لخصوصية المعاملات والتصرفات الناشئة عنه.

ب- إجراءات إحالة الشركة إلى الغير:

١٠٣- يحاط إحالة الشركة إلى الغير كوسيلة لإنقاذها بالعديد من الإجراءات الخاصة؛ وذلك على التفصيل الآتى (٢):

١/ أن تصدر المحكمة حكما تحضيريا بإحالة الشركة إلى الغير، وتأذن بمواصلة نشاطها وتحدد الآجال التي يتعين خلالها تقديم عروض من الغير إلى المدير القضائى بغرض شراء الشركة. كما تحدد العقود الجارى تنفيذها مع الشركة والضرورية لمواصلة نشاطها ليعلم بها مقدمو العروض قبل تقديم عروضهم.

Hervé LE NABASQUE, La cession de l'entreprise en redressement judiciaire, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - 10 Mai 1990 - n° 19, p63.

(١) راجع:

Farouk Mechri, Droit des entreprises en difficultés économiques, Sud Editions - Tunis 2008, p93.

(٢) L. 642-2, L'OI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99(V).

٢/ يقوم المدير القضائي بتحرير كراسة الشروط تحت إشراف القاضى المراقب. ويحدد بها الشروط التي قررتها المحكمة لضمان جدية العروض المقدمة. كما يقوم بإشهار الإذن بافتتاح الأجال لتلقى العروض فى إحدى الصحف القومية.

٣/ يتم تقديم العروض فى ضوء كراسة الشروط خلال الأجل الذي حددته المحكمة، وعلى صاحب العرض أن يبين به الثمن المعروض للشراء. كما عليه أن يبين طرق التمويل المعتمدة والضمانات المقدمة وعدد العمالة التي يلتزم بالمحافظة عليها وبرنامجها فيما يتعلق بتطوير نشاط الشركة واستثماراتها. ولا يجوز لمدير الشركة وأصوله وفروعه وأقاربه إلى الدرجة الرابعة وأصهاره تقديم عرض لشراء المؤسسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

٤/ يقدم المدير القضائي العروض الواردة عليه إلى المحكمة فى آجالها، مع كل العناصر التي تساعد على تقدير جدية العرض. وتقضى المحكمة بقبول العرض الذي يضمن أكثر من غيره استمرار العمالة وتغطية الديون. ويمكن للمحكمة دعوة أصحاب العروض إلى تحسين عروضهم.

٥/ يتولى مراقب التنفيذ إعلام صاحب العرض المختار بحكم المحكمة، وإتمام إجراءات الإحالة فى أسرع وقت. وعلى المحال إليه أن يدفع ثمن الإحالة وإلا عد ناكلاً. ويترتب عن النكول القيام من جديد بإجراءات طلب العروض واختيار عرض جديد ما لم تقرر المحكمة اختيار المحال إليه ضمن مقدمي العروض السابقين. ويتحمل الناكّل تعويض الضرر الناجم عن نكوله. كما لا يمكنه استرجاع المبالغ التي سبق أن دفعها فى أى مرحلة.

وقد تبنى القانون التونسى حكماً قرر من خلاله، أنه ليس للمحال إليه طلب فسخ الإحالة لوجود عيوب خفية أو إبطالها لعيوب فى الرضا، الأمر الذي ينفى الطابع التعاقدى بمفهومه التقليدى عن هذه العلاقة، ويؤكد أنها علاقة قانونية ذات طبيعة خاصة، يصعب تفسيرها فى إطار قانونى معين.

وقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن الإجراءات السابقة مطولة ومعقدة بالقدر الذى من شأنه أن يجعلها تفقد جدواها فى تحقيق الإنقاذ. خاصة وأن الحكم الصادر بالإحالة قابل للطعن عليه بالاستئناف من الشركة أو من الدائنين العاديين الذين يضارون من تقدم وأسبقية أصحاب الديون الممتازة. وقد يستغرق الاستئناف بالتبعية لذلك زمناً كبيراً، كل هذا من شأنه أن يؤدى إلى إضاعة فرص الإنقاذ على الشركة. وقد استطرد هذا الاتجاه بطرح بعض الحلول التى من شأنها التخفيف من غلواء صعوبة الإجراءات السابقة، لذلك اقترح أن تسير إجراءات الإنقاذ على النحو التالى:

١/ المرحلة التحضيرية: حيث يتم فيها البحث عن برنامج إنقاذ يناسب حال الشركة، ويسمح بإمكانية الرجوع فيه بسهولة، كما لو تبين أن الشركة قادرة على استعادة توازنها الاقتصادى دون حاجة إلى الإحالة للغير.

٢/ الحكم بالإحالة إن توافرت شروطها: وبعد هذا الحكم بيعاً ناقلاً للملكية لا يحتاج إلى عقد بين مراقب التنفيذ والمحال كأصل عام.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع رأى الأخير؛ حيث إن إحالة الشركة للغير نظام قانونى ذات طبيعة استثنائية يخرج عن إطار القوالب القانونية التقليدية المعروفة، الغرض منه فى الأساس إنقاذ الشركة، ومن ثم فالإجراءات السابقة ضمانات تهدف إلى اختيار الأنسب لاستكمال نشاط الشركة وسداد ديونها. وأنه يفضل لمواجهة الإطالة اختصار المدد الزمنية المقررة لإتمام الإجراءات.

وقد جسدت قضية شركة السكك الحديدية الأمريكية خيار إحالة الشركة للغير بهدف إنقاذها. حيث قامت المحاكم الأمريكية بتعيين حارس مستلم receiver على الشركة لحصر أصولها وإدارتها لصالح الدائنين^(٢). وقد امتنع من وقتها على أى محكمة أخرى نظر إفلاس الشركة^(٣).

(١) د. منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ٧٠.

Mann v. Pentz, 2 Sand. Ch. 257, 265 (N.Y. Ch. 1845).

(٢) راجع:

(٣) راجع:

Douglas G. Baird, the Elements of Bankruptcy (Foundation Press, 1992), p 57-61.

وقد تم تشكيل لجان مختلفة للدائنين، وقد اجتمعت ووافقت على خطة إعادة الهيكلة، وتم تعيين لجنة أخرى لتنفيذ الخطة المتفق عليها. وقامت لجنة إعادة الهيكلة باستلام كافة المطالبات الخاصة بالدائنين، وعلى أساسها حددت المبلغ المستحق لكل دائن. وبعد تنازل الدائنين عن مطالبتهم بالديون تجاه شركة السكك الحديدية قامت لجنة إعادة الهيكلة بتسوية مستحقات الدائنين، إما من خلال سداد ديونهم من ثمن بيع الشركة أو من خلال تمليكهم أسهما في رأس مال الشركة المحالة بنسبة ما لهم من ديون. وقد سمحت هذه الإجراءات بإعادة هيكلة ديون الشركة بشكل كبير، مع السماح لها بمواصلة نشاطها كشركة عاملة^(١).

وبغية معاملة جميع الدائنين معاملة موحدة فإن المحكمة قد سعت إلى وضع حد لسعر بيع الشركة، بما يسمح بتوفير القدر الكافي لحصول الدائنين على حقوقهم^(٢)، وتجنب التقديرات الجزافية التي حدثت من قبل^(٣).

- الإحالة إلى الغير بدون فترة مراقبة:

١٠٤- أجازت التشريعات^(٤) المنظمة لفكرة الإحالة للمحكمة أن تحيل الشركة للغير دون المرور بفترة مراقبة، وذلك إذا تبين لها بشكل قاطع أنه لا جدوى من الانتظار لفترة مراقبة، حيث لم يعد هناك أمل في أن تتمكن من استعادة توازنها الإقتصادي. ولعل هذا الإجراء يسهم بشكل كبير في اختصار الآجال وعديد من الخطوات المتعلقة بالمراقبة وتعيين الأشخاص المسؤولين عنها وأخذ رأى القاضى المختص فيما يُثار من منازعات. حيث يتم المرور بشكل مباشر نحو الإحالة. ويتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة في تقرير مدى إمكانية الإحالة بشكل مباشر دون مراقبة، وذلك بعد أن تؤكد له وقائع الدعاوى أن استعادة الشركة لتوازنها أمر يصعب تحقيقه.

(١) راجع:

Edward S. Adams, Governance in Chapter 11 Reorganizations: Reducing Costs, Improving Results, op. cit, p586.

Ibid, p587.

(٢) راجع:

First Nat'l Bank of Cincinnati v. Florsheim, 290 U.S. 504 (1934)

(٣) راجع:

(٤) راجع الفصل (٤٣٦) من قانون الإنقاذ الفرنسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

وعلى الرغم من أن فكرة الإحالة دون مراقبة طرح تشريعي، فيبدو لنا عكوفه على إهدار لحقوق الشركة ودائنيها، لذلك لا نفضل أن يتم اللجوء إليه إلا في حالات ضيقة. فالقاضي عليه أن يتأكد من جدية عجز الشركة عن مواصلة نشاطها. كما لو تأكد أن هناك إختلافاً شديداً ومحتدماً بين الشركاء، أغلق سبل التفاهم بينهم، ونزع نية المشاركة من صدورهم. أو في حالة حدوث ارتباك شديد في الدورة الإنتاجية للشركة، مما زاد من أعباء استغلالها. وعلى القاضي أن يستعين بالخبراء المتخصصين للتأكد من وضعية الشركة، وأن السبيل الوحيد للإنقاذ هو الإحالة.

-آثار إحالة الشركة للغير:

١٠٥- مما لا شك فيه أن الإحالة ليست لذاتها، ولكن لما يترتب عليها من آثار ونتائج تجسد انقاذ الشركة. ومن ثم تبدو أهمية تسليط الضوء عليها على النحو الآتي:

١/ آثار الإحالة بالنسبة للمحال إليه:

تهدف هذه الآثار إلى تمكين الشركة من مواصلة نشاطها بعيداً عن المؤثرات السابقة، لذلك يمكن إجمالها فيما يلي^(١):

أ/ تطهر الشركة عند الإحالة من جميع الديون السابقة (العادية والممتازة)، وتنتقل ملكيتها إلى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن. وبهذا تستطيع الشركة أن تتخلص من ملاحقة الدائنين لها، وتفرغ لمواصلة نشاطها.

ب/ بالنسبة للعقود الجارية التي أذنت المحكمة بمواصلة العمل بها، يحل المحال إليه محل الشركة في ما له من حقوق والتزامات اكتسبت أو حل أجلها منذ تاريخ الإحالة.

ج/ إذا كانت الشركة تنتفع بامتيازات ضريبية أو غيرها من الامتيازات المالية قبل الإحالة، فإنها تظل محتفظة بها حتى بعد الإحالة، وذلك بغرض تعزيز قدرة الشركة على العمل، وتحفيزاً للمحال إليه على قبول الإحالة.

٢/ آثار الإحالة بالنسبة للدائنين:

تتلخص أهم الآثار المترتبة على الإحالة بالنسبة للدائنين، في أن الثمن الناتج عن بيع الشركة سوف يخصص للوفاء بديون الدائنين وذلك بحسب مرتبة كل منهم. فإذا

(١) راجع الفصل (٤٦٤) من قانون الإنقاذ التولسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

لم تكف حصيل البيع لسداد هذه الديون، يبقى للدائنين الحق في الرجوع على الشركاء والضامنين^(١).

٣/ الاكتفاء بتغيير إدارة الشركة:

١٠٦- يفهم من التشريعات^(٢) المنظمة للإنقاذ أنها اتسمت بقدر كبير من المرونة، وذلك على النحو الذي لم تظهر معه حلول الإنقاذ على أنها قوالب جامدة غير قابلة للتطويع. لذلك حرصت هذه التشريعات على تمكين المحكمة بالاكتفاء بتغيير الهيكل الإداري للشركة من غير بيعها للغير. أي الاحتفاظ بملكية الشركة وتغيير الأشخاص القائمين على إدارتها.

ويبدو أن الأمر يحتاج إلى مزيد من التوضيح على النحو التالي:

أ- مفهوم تغيير الهيكل الإداري:

١٠٧- من المتصور أن تكون العروض المقدمة لشراء الشركة غير مناسبة، إما لأنها أقل مما يتناسب مع قيمة الشركة، أو لأنها لن تكفي لسداد الديون المستحقة على الشركة بنسبة كبيرة، أو لأن المحال إليه لن يتمكن من توفير السيولة اللازمة لتسيير الشركة. وعليه، قد لا ترى المحكمة من حل سوى الاكتفاء بتغيير الهيكل الإداري للشركة، خاصة إذا كان هيكلها القائم قد أثبت فشله، وعدم قدرته على كسب ثقة المتعاملين مع الشركة.

وهذا الأمر لا يبدو له من حل سوى تغيير الهيكل الإداري للشركة بإدخال عناصر إدارية جديدة. وهذا الحل سوف يضمن استمرار الشركة بذات عمالها وموظفيها وبذات الملكية، فقط سيتم تغيير هيكلها الإداري.

ب- إجراءات تغيير الهياكل الإدارية:

١٠٨- تمر إجراءات تغيير الهيكل الإداري للشركة بمجموعة من الخطوات، وذلك على التفصيل التالي^(٣):

١/ أن تتأكد المحكمة من تعذر مواصلة الشركة لنشاطها بهيكلها الإداري القائم، وأن من شأن تغيير هذا الهيكل ضمان استمرار نشاط الشركة والاحتفاظ بالعمالة فيها أو

(١) القانون السابق ذات الموضع.

(٢) راجع الفصل (٤٦٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع الفصل (٤٦٧) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

بعضها وسداد ديونها. وتحتاج المحكمة لعقد جلسات مع المساهمين لمناقشة أمر تغيير الهيكل الإداري للشركة، باعتباره مسألة استثنائية. كما يجب عليها المصادقة على الحسابات السنوية والقوائم المالية، ورصد النتائج التي تم التوصل إليها في هذا الشأن. ولضمان سلامة الجلسات وصحة ما يصدر عنها من قرارات، يجب التأكد من توجيه الدعوة للمساهمين وفق إجراءات الإشهار القانوني المقررة في قانون الشركات.

٢/ تقضى المحكمة بإقالة الهيكل الإداري للشركة حتى ولو كانوا من الشركاء، وتحدد أجلا لتحرير كراسة شروط من قبل المدير القضائي. ويجب أن تتضمن هذه الكراسة شروط عمل الإدارة الجديدة، خاصة ما يتعلق بتنفيذ التعهدات الواقعة على الشركة، والحفاظ على العمالة، وجرد جميع أصولها ومعداتها والآلات التي تستعمل في استغلالها، وتحديد العقود الجارية التي تربط الشركة بالغير. كما يجب أن يتضمن تعهد الهيكل الإداري الجديد كتابة بعدم التفريط في العناصر المادية للشركة وعدم تبديدها، أو استغلالها لفائدته الشخصية أو الإفراط في استعمالها.

٣/ تأذن المحكمة للمتصرف القضائي القيام بالإشهارات اللازمة بقصد تلقى العروض، ويقوم الأخير بتقديم العروض الواردة عليه في آجالها إلى المحكمة. ٤/ تختار المحكمة العرض الذي يضمن استمرار العمالة وتغطية الديون والمحافظة على أصول الشركة. كما تراعى الالتزامات الواقعة على عاتق الشركة بموجب العقود الجارية.

٥/ يتولى مراقب التنفيذ إتمام إجراءات تغيير الهيكل الإداري، على أن تتحمل الإدارة الجديدة الأعباء والالتزامات والضرائب المرتبطة باستغلال الشركة.

٦/ يجب على المحكمة أن تحدد مدة زمنية بحد أقصى معين لعمل الإدارة الجديدة^(١). وتتشابه إلى حد كبير إجراءات تغيير الهيكل الإداري للشركة مع الإحالة للغير، وذلك مع الفارق في أن الأول لا يعد من قبيل التصرف في الشركة بنقل ملكيتها،

(١) راجع الفصل (٤٦٨) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

وإنما مجرد توكيل بالإدارة، بحيث تحتفظ الشركة بأصولها وديونها وكافة العقود المرتبطة بها، ويقصر الأمر فقط على مجرد تغيير هيكلها الإداري.

ج- الآثار المترتبة على تغيير الهيكل الإداري للشركة:

١٠٩- يترتب على تغيير الهيكل الإداري للشركة مجموعة من الآثار، أهمها^(١):

١/ تحتفظ الشركة بكافة الديون السابقة، أى إن هذا التغيير ليس من شأنه تطهير الشركة من ديونها. كما تعلق آجال التقادم والسقوط.

٢/ يرفع مراقب التنفيذ عند انتهاء الوكالة تقريراً إلى رئيس المحكمة التي أصدرت حكم التسوية يبيّن نتائج العملية وما إذا تم خلاص كافة الديون.

٣/ تلتزم الإدارة الجديدة برد كافة العناصر المادية والمعنوية للشركة بعد انتهاء فترة عملها، ويجرى جرد لعناصر الشركة بمعرفة مراقب التنفيذ تحت رقابة المحكمة^(٢).

د- نتائج عدم تنفيذ تغيير الهيكل الإداري:

١١٠- يحق لشركاء الشركة وكذلك لمراقب التنفيذ إذا لم تقم الإدارة الجديدة بسداد ديونها المستحقة عليها في آجالها المقررة، المطالبة بفسخ وكالة الشركة بشرط إثبات إخلال الإدارة الجديدة لها في إطار العقد المذكور بالتزاماته المضمنة بكراسة الشروط وبالتشريع الجاري به العمل^(٣).

وفي حالة الحكم بالفسخ تنظر المحكمة في إمكانية إحالة الشركة إلى الغير إذا ما توافرت شروطها. وإن تعذر ذلك تقضي بتفليسها ويجوز لمن له مصلحة المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر من جراء الفسخ^(٤).

وجدير بالإشارة، أن استمرار تنفيذ الخطة ومقترحاتها مرهون باستمرار الصعوبات، ومن ثم إذا زالت هذه الصعوبات، واستردت الشركة عافيتها، فإن إجراءات الإنقاذ وما يترتب عليها من آثار تتوقف، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي صراحة (Article 222-12).

(١) راجع الفصل (٤٧١) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) راجع الفصل (٤٧٢) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع الفصل (٤٦٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٤) راجع الفصل (٤٧٠) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

وبناء عليه، إذا ما توفر لدى الشركة الأموال الكافية لمواجهة ديونها والتزاماتها المالية، فإن المحكمة سوف تضع نهاية لإجراءات الإنقاذ، بعد التأكد من استقرار أوضاع الشركة. ولن تقدم المحكمة على هذه الخطوة إلا بعد أن تعقد جلسات استماع في حضور النيابة العامة، وممثل العمال والمراقبين.

ومن ناحية أخرى إذا باء تنفيذ خطة الإنقاذ بالفشل، فيجب التحول إلى التصفية القضائية، من خلال حصر أموال الشركة وإيراداتها المختلفة، تمهيدا لشهر إفلاسها. ويجب على المدير القضائي أن يقوم بالحفاظ على مصالح الدائنين، وهذا ما أكده أيضا القانون التجارى الفرنسى صراحة (Article L. 626-4).

وجدير بالذكر أن المبالغة في إجراءات الإنقاذ يمكن أن تتسبب في إحداث نتائج عكسية. لذلك تبدو أهمية وجود جدول زمنى لتنفيذ الخطة، يقيم خلالها نجاح خطة الإنقاذ أو فشلها⁽¹⁾. فما يلحق من تغير سريع فى ظروف الشركة بعد الانتهاء من تنفيذ برنامج الإنقاذ لا يمكن معه القول بأن الإنقاذ قد نجح. أيضا يقدر نجاح برنامج الإنقاذ من عدمه فى ضوء قدرة الشركة أو المؤسسة على مواجهة المشاكل والأزمات المستقبلية⁽²⁾.

وأيا ما كان برنامج الإنقاذ المتبع، فإنه سيقوم فى ضوء أمرين: الاستقرار والاستدامة، فنجاح البرنامج يعنى أنه مكن الشركة من تخطى مشاكلها الاقتصادية والمالية ومواصلة نشاطها لفترة زمنية طويلة، بمعنى آخر يجب أن يؤدي إلى نتائج تتسم بالثبات والاستقرار وليست مجرد نتائج عرضية مؤقتة. ومع ذلك توجد بعض الحالات يكون فيها استمرار الشركة لفترة زمنية ليست طويلة، لكنه رغم ذلك تعد ناجحة، لأنها تسببت خلال هذه المدة فى عديد من الفوائد للشركة. فمثلا؛ الشركة التى تعاني من مشاكل مالية يتم إصلاحها من خلال محاولة الإنقاذ ولكنها لا تستمر لفترة

(1) راجع:

Vanessa Finch, Corporate insolvency law Perspectives and Principles, op.cit, p188.

(2) راجع:

FM Zimmerman, The Turnaround Experience: Realworld Lessons in Revitalizing Corporations (McGraw Hill Inc, 1991), p48.

طويلة ويتم تصفيتهما، ولا يمكن مع ذلك التعامل معها على أنها فاشلة، لأن الفترة القصيرة التي عملت خلالها الشركة يمكن أن تقوم الشركة خلالها بسداد بعض الديون فيكون الأمر أفضل بالنسبة للدائنين عما إذا تم تصفية الشركة^(١).

وعلى الرغم من أن قانون إعادة الهيكلة المصري قد غاب عنه كثير من التفاصيل السابقة الخاصة بخطة إعادة الهيكلة كما فعلت التشريعات الأخرى، فإنه حرص على تنظيم سلطة المحكمة في إنهاء خطة إعادة الهيكلة بعد إقرارها، وذلك بانتهاء تنفيذها أو تعذر، أو الإخلال بها لأي سبب وبناء على طلب من الأطراف^(٢).

ويبدو لنا أنه من الأفضل للقانون المصري بعد التمييز بين أسباب الإنهاء على النحو السابق، أن يقرر تحمل الطرف المتسبب في الإنهاء بخطئه أو تقصيره في تعويض الأضرار الناشئة عن ذلك. فطلب إعادة الهيكلة يشكل إلى حد كبير انتقاصاً لكثير من حقوق الدائنين، سواء على صعيد تخفيض الديون المستحقة لهم أو تأجيلها أو حتى على صعيد وقف تنفيذ الدعاوى الخاصة على أثر طلب إعادة الهيكلة. ومن ثم لا يقبل بعد كل هذا أن يكون سبب الإنهاء عائداً إلى تقصير من الشركة دون تحملها لمسئولية تعويض الأضرار الناشئة عن ذلك.

(١) راجع المادة (٢٨) من الفصل الأول من الباب الثاني من قانون إعادة الهيكلة المصري، سابق الإشارة.
(٢) راجع:

Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, op.cit, p 39.

الفصل الثالث

تصور القانون المصرى فى تنظيم ضمانات تنفيذ تدابير الإنقاذ

١١١- تبدو أهمية الحديث عن ضمانات تنفيذ التدابير الوقائية، لارتباط نجاح الخطة ومقتضياتها بتوافر هذه الضمانات. وقد غاب عن قانون إعادة الهيكلة المصرى تبنى الضمانات الكفيلة بتنفيذ خطة إعادة الهيكلة وما تم الاتفاق عليه بين الشركة ودائنيها، وهو ما حرصت عليه عدد من التشريعات الأخرى. وتتصرف هذه الضمانات فى الأساس إلى تقرير المسؤولية عن عدم تنفيذ برنامج الإنقاذ المتفق عليه، والآليات الخاصة بتحصيل الديون، وذلك على التفصيل التالى:

المبحث الأول

المسؤولية عن عدم تنفيذ برامج الإنقاذ ودور النيابة العامة

١١٢- مما لا شك فيه أن خطة الإنقاذ تتطوى على عديد من الالتزامات والتعهدات المختلفة، وتوجب بتحمل عديد من الأفراد لواجبات أو مهام محددة. كل ذلك من شأنه أن يثير الحديث عن طبيعة المسؤولية الجنائية والمدنية ودور النيابة العامة، كضمانة مهمة لتنفيذ برنامج الإنقاذ، وذلك على البيان التالى:

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية عن عدم تنفيذ برنامج الإنقاذ

١١٣- حرصت التشريعات التى عالجت نظام الإنقاذ على إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص الفاعلين فى نشاط الشركة، وذلك عما ينطوى على نشاطهم من أفعال تشكل جرائم، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً/المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات:

١١٤- المستقر عليه فى التشريعات التى عالجت أحكام الإفلاس أنها حتى وإن اعترفت بمسؤولية مراقب الحسابات، فإن الأمر ينصرف إلى حد تقرير مسؤوليته المدنية. إلا أن تشريعات الإنقاذ حرصت على تقرير المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات^(١) ^(٢)، وذلك بحكم الدور الاستثنائى الذى يلعبه فى بيان حقيقة الوضع المالى للشركة^(٣)، وما له من سلطة فى الكشف عن المستندات والوثائق السرية^(١).

7. art. 216 - 2016-727 n° Ordonnance L. 654-12 (١) راجع:

(٢) راجع:

Mayer Brown JSM, Criminal Liability for Auditors - Who's next? Legal Update Restructuring, Bankruptcy & Insolvency Corporate & Securities, Hong Kong 10 August 2012, p1.

(٣) راجع:

Niklaus B Müller, Restructuring and insolvency in Switzerland, The European Restructuring and Insolvency Guide 2005/2006 published by Globe White Page, p6.

وذلك في الأحوال الآتية:

١/ يعاقب بغرامة من ألف إلى عشرة آلاف دينار مراقب الحسابات الذى لا يقوم بالإشعار رغم علمه بالصعوبات التى تمر بها المؤسسة^(٢).

٢/ يعاقب بالسجن من شهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة تتراوح من خمسمائة إلى عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين، مراقب الحسابات الذى يقوم بتصريح كاذب أو يعتمد افتعال أو استعمال وثيقة من شأنها أن تؤثر على إنطلاق إجراءات التسوية أو على برنامج الإنقاذ. أو عطل عمداً أو حاول أن يعطل إجراءات التسوية القضائية في أي طور من أطوارها^(٣).

ويستفاد من طبيعة الجزاءات السابقة انتفاء الطابع التطوعى لدور مراقب الحسابات فى مجال الإنقاذ، فهو ملزم بالإشعار عند التأكد من وجود صعوبات اقتصادية، كما أنه ملزم بالصدق وعدم الافتعال فيما يدلى به من بيانات، والسعى بقوة إلى عدم تعطيل إجراءات التسوية فى أية مرحلة من مراحلها. ويعكس هذا الأمر تشدداً مبرراً. فمراقب الحسابات الأكثر قرباً للشركة والأكثر دراية بشؤونها المالية. فسكوته وتقصيره فى الإشعار جريمة من جرائم الامتناع، القصد الجنائى فيها مفترض لمجرد العلم بالصعوبات دون اتخاذ موقف ايجابى بالإشعار.

ومما لا شك فيه أن هذا الحكم يحمل عدة دلالات؛ أهمها الجدية التى اكتسبت بها نصوص قانون الإنقاذ التونسى، وتصنيفه على أنه من قوانين النظام العام، التى لا تهدف فقط إلى مجرد حماية مصالح فردية للمدين أو الدائنين، وإنما حماية الاقتصاد القومى فى مجموعه، باعتبار أن الشركات التجارية والمؤسسات الهادفة للربح هى محور ارتكاز هذا الاقتصاد^(٤).

ولا يوجد لهذا الحكم مثيل فى قانون إعادة الهيكلة المصرى الجديد، الأمر الذى يعكس التطور النسبى الذى يشهده القانون التونسى فى هذا المجال.

٢/ المسؤولية الجنائية للمتصرف القضائى ومراقب التنفيذ:

1. art. 1. Décret n°2009-335 du 26 mars 2009 - R. 461-9 (١) راجع:

(٢) راجع الفصل (٥٩٤) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع الفصل (٥٩٣) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٤) د. منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٣٠.

١١٥- لم يسلم الأمناء على تسيير إجراءات الإنقاذ من إمكانية المساءلة الجنائية؛ فالمدير القضائي ومراقب التنفيذ يمكن أن يسألوا عن جريمة خيانة الأمانة عن كل تبيد يقع منهم للأموال التي تسلم إليهم بمناسبة عملية الإنقاذ^(١). فما يصل لهؤلاء من أموال بسبب تسيير شئون الإنقاذ يتسلموه على سبيل الوديعة، ومن ثم تبيدها يشكل جريمة خيانة أمانة.

ولعل هذا الحكم يكمل ما سبق أن تشددت فيه التشريعات من ضوابط خاصة باختيار المدير القضائي ومراقب التنفيذ، من حيث إنهم لا تجمعهم صلة قرابة (نسب أو مصاهرة) بالمدين، وذلك للاطمئنان إلى حيادهم ونزاتهم. حيث يجب أن يؤكد ذلك بالتعامل معهم كأمناء على ما يتلقوه من أموال.

وقد حرص القانون الفرنسي على تحديد الأفعال التي تؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية للمتصرف القضائي ووكيل التنفيذ عن جريمة خيانة الأمانة، وهي^(٢):

أ/ استخدام الأموال المتحصل عليها بمناسبة الإنقاذ والمؤتمن عليها لمصلحته الخاصة، سواء باستيلائه عليها أو حصوله على مزايا غير مستحقة، إضراراً بمصالح الشركة أو الدائنين.

ب/ إساءة استخدام سلطاته لتحقيق مصلحته الشخصية، مع علمه أنها تتعارض مع مصالح الشركة والدائنين.

ويقف وراء تبرير المسؤولية الجنائية بالمعنى السابق ليس فقط لكون المدير القضائي ووكيل التنفيذ من الأمناء على مصالح الشركة، ولكن أيضاً للظروف الاستثنائية التي تمر بها وهشاشة موقفها المالي، الأمر الذي يبرر التشديد من مسؤوليتهم^(٣).

(١) راجع الفصل (٥٩٦) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) L. 654-12, Ordonnance n°2016-727 du 2 juin 2016 - art. 7.

(٣) راجع:

La responsabilité du mandataire judiciaire, Sur les difficultés procédurales et humaines qui entravent la liberté à agir du débiteur contre le mandataire judiciaire, Le 30 mai 2017, bilan disponible sur le site web suivant:

http://www.avocat-melvini-scrivano.com/la-responsabilite-du-mandataire-judiciaire_ad15.html#sdfootnote1sym

ويرى البعض أن توجه المحاكم الفرنسية في هذا الصدد يتسم بالحذر الشديد، حيث لا تقرر المسؤولية الجنائية لهؤلاء الأشخاص إلا بعد أن تتيقن بشكل بات من وقوع المخالفة منهم، خاصة وأن الاتهامات الكيدية يمكن أن تحيط بهم لخصوصية الدور الذي يقومون به^(١).

٣/ المسؤولية الجنائية لكل من يعطل إجراءات الإنقاذ:

١١٦- قرر القانون التونسي أن يعاقب بالسجن من شهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسمائة إلى عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبات، كل من يقوم بتصريح كاذب أو بإخفاء ممتلكاته أو ديونه ولو جزئياً أو يعتمد افتعال أو إستعمال وثيقة من شأنها أن تؤثر على إنطلاق إجراءات التسوية أو على برنامج الإنقاذ. كما يستهدف بالعقوبة ذاتها كل من يعطل عمداً أو يحاول أن يعطل إجراءات التسوية القضائية في أي طور من أطوارها^(٢).

ويمكن تسجيل عدة ملاحظات على موقف هذا القانون، أهمها:

أ/ أنه وسع من دائرة الأشخاص الذين من الممكن أن تثار مسؤوليتهم الجنائية. فيستوى أن يكون الشركة أو مراقب الحسابات أو غيرهم من المشاركين في عملية التسوية. بل يمكن أن يصل الأمر إلى حد تقرير مسؤولية الدائن إذا ما ارتكب أحد هذه الأفعال. وذلك كما لو حاول إجراء مقاصة بينه وبين الشركة المدينة بقصد إيقاف النشاط، ومن ثم تعطيل أعمال التسوية.

ب/ يمكن أن تنشأ مسؤولية الشركة عن جريمة تعطيل إجراءات التسوية في إحدى الصور الآتية:

- في الحالة التي تتخلف فيها الشركة عن تقديم الوثائق والمعطيات التي طلبها رئيس المحكمة. وإن تخلف عن تقديمها، فإنها تعد مرتكبة لجريمة تعطيل إجراءات التسوية

(١) راجع:

Par Laurent Latapie, Responsabilité de l'administrateur judiciaire en cas de poursuite de contrat, Village de la justice – la communauté des métiers du droit, vendredi 29 juillet 2016, disponible sur le site web suivant:

<https://www.village-justice.com/articles/Responsabilite-administrateur-judiciaire-cas-poursuite-contrat,22762.html>

(٢) راجع الفصل (٥٩٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

المنصوص عليها هذا القانون. ويجب إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بالقرارات المتخذة عملاً بأحكام الفقرة المتقدمة.

- إذا تخلفت الشركة عن تقديم بيان موقع يتضمن ما له وما عليه من ديون، مع تحديد أسماء الدائنين وذلك بعد إعلامه بطلب التسوية القضائية.

ج/ الملاحظ على الأفعال في الحالتين السابقتين أنها تمثل جريمة، لكن الاختلاف فيما بينهما يتركز في وقت ارتكاب أي منهما؛ حيث إن الحالة الأولى تجرم الأفعال السابقة على بدء إجراءات التسوية. أما الحالة الثانية فهي تتعلق بالأفعال التي تحدث أثناء سير إجراءات التسوية في أي مرحلة من مراحلها.

٤/ مصادرة الأموال المتحصلة من جرائم الإنقاذ:

١١٧- تستدعي اعتبارات الشفافية بغرض حماية مصالح الدائنين مصادرة كافة المكتسبات المتحصلة من جرائم الإنقاذ السابق ذكرها. فأى اختلاسات أو غيرها من الأفعال التي من شأنها أن تشكل جريمة تتعلق بتسيير الشركة يجب أن تقرر المحكمة مصادرتها^(١)، خاصة إذا كانت تلك الأموال قد تحصل عليها أحد الأمناء (مراقب التنفيذ أو الوكيل القضائي أو المدير القضائي)^(٢).

وتعود الحكمة من وراء هذا الإجراء إلى حماية مصالح الدائنين، لأن هذه الأموال التي يتم تحصيلها وإيداعها ستكون صالحة لتنفيذ كل حكم سوف يصدر ضد المسؤول عن التصرفات السابقة.

٥/ المسؤولية الجنائية للدائنين:

١١٨- حرص القانون الفرنسي على تقرير المسؤولية الجنائية لكل دائن يقوم بإبرام اتفاق خاص مع الشركة بعد مصادرة المحكمة على إجراءات الإنقاذ أو التسوية القضائية أو التصفية القضائية، وذلك بالعقوبات المقررة بموجب المادة (١/٣١٤) من قانون العقوبات الفرنسي، بالإضافة إلى عدم نفاذ هذا التصرف في حق باقى الدائنين^(٣).

(١) راجع الفصل (٤٤٨) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) L. 654-12, Ordonnance n°2016-727 du 2 juin 2016 - art. 7.

(٣) راجع:

L. 654-13, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190

ويعكس هذا الحكم طابعا شديداً الخصوصية، حيث إن المشرع الفرنسي لم يكتف فقط بمجرد عدم نفاذ التصرفات التي تجريها الشركة بعد المصادقة على إجراءات الإنقاذ من قبل المحكمة، ولكنه قرر مساءلة الدائن جنائياً، بالنظر إلى وجود نوع من سوء النية الشديد لديه، دفعه استغلال الظروف المضطربة التي تمر بها الشركة، والضغط عليها للحصول على اتفاقات تمثل له مزايا نسبية، الأمر الذي يضر بهذه الشركة وأيضاً بباقي الدائنين.

ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا الأمر، ولكنه قرر أيضاً تقرير المسؤولية الجنائية لكل دائن يدعى كذباً ديوناً مستحقة له في مواجهة الشركة، أو أى شخص يعتمد إخفاء أموال أو أصول خاصة به ليعيق عملية الإنقاذ، حيث قرر المشرع الفرنسي معاقبتهم بالعقوبات المقررة في المادتين (٥/٦٥٤ - ٣/٦٥٤) من أحكام قانون العقوبات الفرنسي^(١).

ويجسد هذا الحكم بوضوح تجرد دوافع الإنقاذ من المصالح الشخصية للدائنين بالشركة، ليظهر الهدف منه وهو إنقاذ الشركة أو المشروع التجارى، الأمر الذى دفع المشرع الفرنسي إلى تقرير المسؤولية الجنائية لكل دائن يسعى للتأمر على برنامج الإنقاذ أو تعطيله.

المطلب الثانى

المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ برنامج الإنقاذ

١١٩- حرصت التشريعات الخاصة بالإنقاذ على إضفاء مزيد من الجدية على تنفيذ برامج الإنقاذ، فقررت المسؤولية المدنية لكل من يخل أو يخفق فى التنفيذ بالكيفية التى تم الاتفاق عليها. وقد كان من أهم ما تم تقريره فى هذا الشأن ما يلى:

أ/ فى حالة إيجار الشركة أو التوكيل فى تسييرها:

١٢٠- إذا نكل المستأجر أو الوكيل عن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه فى برنامج الإنقاذ أو ما قرره القانون فى هذا الصدد، فإنه يحق للمحكمة إحالة الشركة للغير أو إعادة تأجيرها أو إعادة التوكيل فيها. ويتحمل المستأجر الناكل الفارق فى القيمة

6. art. 654-14, Ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 - (١) L. راجع:

والمصاريف التي ترتبت على نكوله^(١). ولا يخل ذلك بحق الشركة أو الدائنين مجتمعين أو منفردين في طلب التعويض عما لحقهم من ضرر نتيجة لذلك^(٢).

ويحق للمدين والدائنين وكذلك لمراقب التنفيذ طلب فسخ الاتفاق، وذلك بعد أن يثبت أمام المحكمة وجود إخلال في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه^(٣).

وقد أضاف المشرع الفرنسي لما سبق حكما اضافيا، قرر من خلاله سحب إجراءات التسوية القضائية على المستأجر الناكل بناء على طلب من ممثل الدائنين أو مراقب التنفيذ أو غيرهم ممن له مصلحة. ولا يشترط في ذلك أن يكون الناكل متوقفا عن الدفع^(٤).

والملاحظ على هذا الحكم خروجه على القواعد العامة في الإنقاذ، حيث قرر وعلى سبيل الجزاء المدني خضوع مستأجر الشركة أو من تم توكيله في إدارتها لإجراءات التسوية القضائية بكل ما يترتب على ذلك من آثار، حتى ولو لم يكن قد ثبت توقفه عن الدفع.

والدافت للانتباه أن الصياغة التي ظهرت عليها النصوص المنظمة للجزاءات السابقة لم تلزم القاضى بالحكم بها في كافة الأحوال، وإنما أخضع الأمر لسلطته التقديرية. ومن ثم المحكمة سوف تحكم بالتعويض متى ثبت لها سوء نية المستأجر أو الوكيل أو لجوئه للغش، وذلك بما يبرر الحكم بالتعويض.

ب/ في حالة إحالة الشركة إلى الغير:

١٢١- يعد ناكلاً أيضاً طبقاً لقوانين الإنقاذ، المحال إليه الذي يبيع الشركة له، إذا ما أدخل بدفع ثمن الإحالة في الميعاد المحدد في كراسة الشروط. ويترتب على ذلك إعادة طرح الشركة للإحالة من جديد واختيار أفضل العروض^(٥). وللمحكمة في مثل هذه الحالة أن تلزم الناكل بتعويض الضرر المترتب على نكوله، كما تقضى بحرمانه

42. - art. 631-19-2, LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (١) راجع:

(٢) راجع الفصل (٤٦٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

42. - art. 631-19-2, LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (٣) راجع:

6. - art. 631-22, ORDONNANCE n°2014-1088 du 26 septembre 2014 (٤) راجع:

(٥) راجع:

L. 631-21, Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous reserve art. 190

من استرجاع المبالغ التي سبق أن دفعها بخصوص إتمام الاحالة، حيث توظف لسداد ديون الدائنين^(١).

وقد أجاز القانون الفرنسي استغلال المبالغ التي تدفع على سبيل التعويض المدني نتيجة الاخلاطات والأخطاء التي تقع من الملتزمين، في زيادة حجم رأس مال الشركة إذا ما كان هذا هو أحد الخيارات التي أوصت بها خطة الإنقاذ^(٢).

وجدير بالذكر، أنه في حالة سحب الشركة وإعادة إحالتها للغير على سبيل الجزاء المدني، فإنها تنتقل للغير بكل ما لها من حقوق سواء أكانت نقدية أم عينية (مادية أم معنوية) وموارد، بالإضافة إلى التعويضات التي حكم بها للشركة^(٣).

والملاحظ أن قانون إعادة الهيكلة المصري لم يكن بعيداً عن المشهد، حيث قرر جزاءات على من يتخلف أو يخل في تنفيذ خطة إعادة الهيكلة، حيث نصت المادة (٢٨) منه على " ينهى القاضى الطلب بانتهاء تنفيذ خطة إعادة الهيكلة أو تعذر ذلك أو الإخلال بها لأى سبب بناء على طلب أى من أطرافها".

والملاحظ على النص السابق أنه أعطى للقاضى سلطة إنهاء إجراءات خطة إعادة الهيكلة إذا ما ثبت له أن هناك إخلالاً في تنفيذها، ولم يحدد أسباب الإخلال كما فعل المشرع التونسي. كما أنه لم يقرر إلزام من ثبت إخلاله في تنفيذ الخطة بتعويض الأضرار الناتجة عن ذلك.

المطلب الثالث

دور النيابة العامة في مجال الإنقاذ

١٢٢- تحظى النيابة العامة بدور كبير في برامج الإنقاذ المختلفة، انطلاقاً من كون مصير الشركات وإنقاذها لا يهم الشركاء فقط، وإنما المجتمع بأسره^(٤). ويظهر دور النيابة العامة بخصوص تطبيق قانون الإنقاذ على أكثر من صعيد، وذلك على التفصيل التالي:

(١) راجع الفصل (٤٦٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) L. 626-3, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

(٣) L. 711-10, LOI n°2016-298 du 14 mars 2016 - art. 1.

(٤) راجع:

The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, p12, available at: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/isabelledidiernewrigime.pdf>

أولاً/ دور النيابة العامة في التتبع الجنائي في نظام الإنقاذ:

١٢٣- عرفت التشريعات المنظمة للإنقاذ ما يسمى بجريمة تعطيل إجراءات التسوية، والتي تقع بتخلف الشركة عن تقديم الوثائق والمستندات المطلوبة، الأمر الذي استدعى دور النيابة العامة في التتبع الجنائي لمرتكبي هذه الجرائم (١) (٢).

والمطالعة ما جاء في القانون المصري يلاحظ أنه لم يقرر المسؤولية الجنائية في مجال إعادة الهيكلة بشكل صريح، رغم أنه حرص على تقريرها في مجال الصلح الواقي من الإفلاس وكذلك في حالة الإفلاس. وهذا يعد تقصيرا يجب أن يتداركه المشرع، خاصة إذا ما تعلق الأمر ببيانات أو وثائق كاذبة قدمتها الشركة لتحصل على اتفاق بإعادة الهيكلة وهي لا تستحقه. أو أنه بعد أن حصل على الاتفاق، قصر في تقديم المستندات المطلوبة.

ثانياً/ دور النيابة العامة في مباشرة الدعوى المدنية:

١٢٤- حرصت تشريعات الإنقاذ على تنظيم دور للنيابة العامة في مباشرة الدعاوى المدنية، وذلك في الحالات الآتية:

١/ يمكن للنيابة العامة أن تطلب من قاضي الأمور المستعجلة وضع المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة إلى من يشتبه في مسؤوليته في اختلاسات أو غيرها من الأفعال التي تشكل جريمة تتعلق بتسيير الشركة قيد التحفظ (٣). ويعد هذا الإجراء ذات طبيعية احترازية، يهدف إلى وضع أموال الشركة سواء أكانت عقارات أم منقولات تحت يد القضاء، لضمان الوفاء بحقوق الغير. ويعكس هذا النص الطابع الجماعي لنظام الإنقاذ، فتدخل النيابة العامة يهدف إلى الحفاظ على أموال الشركة، بهدف الحفاظ على مصالحها الاقتصادية والاجتماعية وحقوق الدائنين والعمال (٤).

٢/ تشترك النيابة العامة في الجلسات التي تجريها المحكمة عند نظر المقترحات الخاصة ببرامج الإنقاذ بعد سماع ممثل الشركة وممثل الدائنين والكفلاء والضامنين

7. art. 2 du 2 juin 2016 - Ordonnance n°2016-727 L. (١) راجع: 654-12.

(٢) راجع الفصل (٥٩٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع الفصل (٤٤٨) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٤) د.منصف الكشو، المرونة الواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٣٥.

والمدينين المتضامنين^(١). وتقضي المحكمة برفض طلب الإنقاذ إذا تبين لها أن الشركة لم تتوقف عن الدفع. وتصادق المحكمة على برنامج الإنقاذ وذلك بمواصلة الشركة لنشاطها أو بإيجارها أو بإعطائها في نطاق وكالة حرة أو بإحالتها للغير^(٢).
ثالثاً/ الدور الرقابي للنيابة العامة:

١٢٥- تلعب النيابة العامة دوراً رقابياً مهماً في مجال تنفيذ برنامج الإنقاذ، فإذا لم توف الشركة بالتزاماتها المالية، فإن الدائن له الحق في إجباره على الوفاء بالطرق القانونية. ويمكن في هذه الحالة للنيابة العامة أن تطالب بإبطال برنامج الإنقاذ^(٣).
وبهذا يصبح للنيابة العامة دوراً في الرقابة على تنفيذ برنامج الإنقاذ، بحيث إذا لم تقم الشركة بالوفاء بالتزاماته المالية، كان من حقها أن تطالب بإبطال البرنامج^(٤).
ولعل هذا الأمر من شأنه أن يضمن جدية تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في برنامج الإنقاذ.
من ناحية أخرى، يجب أن تخطر النيابة العامة بالقائمة التي تضم أسماء المديرين القضائيين الذين يمكن أن يسند إليهم الإشراف على خطة الإنقاذ^(٥).
كل هذه الأدوار التي تتمتع بها النيابة العامة تعكس أهمية الاعتبارات الاجتماعية التي تقف وراء صياغة برنامج الإنقاذ، وتؤكد أن الهدف منها ليس فقط حماية للشركة، ولكن الحفاظ على الشركة ككيان يمثل جزءاً من التركيبة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، فإنقاذها ليس فقط لضمان حصول الدائنين على حقوقهم، ولكن للمحافظة أيضاً على مواطن الشغل والعاملين فيها.

(١) راجع الفصل (٤٥٣) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
(٢) وهذا الاختصاص للنيابة العامة يوجد له أساس في الفصل (٢٥١) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية، حيث أكد على دور النيابة ومشاركتها في تكوين هيئة المحكمة، وذلك على النحو الذي يجلبها باطلة إذا لم يراع وجودها في تركيبة اللجنة. وقد جاء في هذا الفصل ما يلي "ممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام كما له أن يحضر بكل جلسة وأن يطلع على كل قضية يرى لزوم تداعله فيها. وللمحكمة أن تقرر من جهتها تمكنه من الاطلاع على القضايا مع طلب إيداء ملحوظاته إن رأت في ذلك فائدة، ويجب على رئيس المحكمة أن ينهي قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل إلى ممثل النيابة العمومية قصد الاطلاع القضايا المتعلقة:
أولاً : بالدولة أو الهيئات العمومية.
ثانياً : بالاحتجاج بعدم الاختصاص بالنظر الحكمي.
ثالثاً : بعديمي الأهلية أو المقفودين.
رابعاً : بالتجريح في الحكم أو مؤاخذتهم.
خامساً : بمخالفة القانون الجزائي أو دعاوى الزور.
ومن واجب ممثل النيابة العمومية تقديم ملاحظاته كتابة وتعمق القضايا التي يقوم بها ممثل النيابة العمومية من المعاليم. راجع: مجلة المرافعات المدنية والتجارية - الفصل ٢٥١ (نقحت الفقرة الثانية بالقانون عدد ٤٠ لسنة ١٩٦٣ المؤرخ في ١٤ نوفمبر ١٩٦٣).
631-20-1, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 85.
L. 632-4, Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 90.
R. 811-39, Décret 2007-431 2007-03-25 JORF 27 mars 2007.
(٥) راجع:

ولعل الدور الذي تلعبه النيابة العامة في مجال الإنقاذ بشكل عام يعكس تعلق أحكامه بالنظام العام، ويضفي على قواعده إلزامية، لا يقبل معها قيام الأطراف بالاتفاق على ما يخالفها.

المبحث الثاني

آليات تحصيل الديون

١٢٦- تظهر آليات تحصيل الديون المستحقة على عاتق الشركة بمناسبة تنفيذ برنامج الإنقاذ على مرحلتين؛ وهما الآليات المترامنة مع سير الإجراءات، وتقرير مسؤولية مدير الشركة؛ وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

الآليات المترامنة مع سير إجراءات الإنقاذ

١٢٧- تتمثل أهم هذه الآليات في الحد من إجراءات وقف التتبع والتنفيذ، وتنظيم الوضع القانوني للكفيل، وإفراد الدائنين بصلاحيات الحد من ديونهم، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ الحد من إجراءات وقف التنفيذ والتتبع:

١٢٨- تظهر أهمية الحد من إجراءات التوقيف والتنفيذ بخصوص التسوية الرضائية والتسوية القضائية، وذلك على التفصيل التالي:

١/ الحد من إجراءات وقف التنفيذ والتتبع في مرحلتى التسوية الرضائية والتسوية القضائية:

١٢٩- تعد إجراءات وقف التنفيذ والتتبع من أهم القيود التي ترد على سلطة الدائنين في استيفاء ديونهم أثناء الإنقاذ. لذلك حرصت تشريعات الإنقاذ على وضع عديد من الضوابط المنظمة لها للحد من اللجوء إليها إلا بمقدار ما تقتضيه متطلبات الإنقاذ، لعدم الإضرار بحقوق الدائنين^(١).

ومن خلال استقرار ما جاء بتشريعات الإنقاذ يمكن رصد النتائج التالية^(٢):

(١) L. 622-7, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 21.
(٢) راجع الفصل (٤٢٧) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

أ/ يشترط لقيام المحكمة بوقف إجراءات التقاضى والتنفيذ التى تهدف إلى استيفاء دين سابق لتاريخ فتح التسوية الرضائية أو التسوية القضائية أن يثبت لها أنه ليس فى أداء هذه الديون ما يعكس نشاط الشركة أو يعرقل إجراءات الإنقاذ.

ويعكس هذا الشرط أهمية خاصة، تتمثل فى أن وقف التنفيذ لا يقع بقوة القانون، وإنما بناء على حكم المحكمة بعد التأكد من أنه ضرورى لعملية الإنقاذ، بحيث إذا ما ثبت للمحكمة عكس ذلك فلا تحكم بوقف التنفيذ، وتمكن الدائنين من مباشرة إجراءات التنفيذ لاستيفاء ديونهم. فالضرورة يجب أن تقدر بقدرها، حتى لا تشكل إجراءات الإنقاذ إهداراً لحقوق الدائنين.

ب/ الأصل أنه يحق للدائنين أصحاب منقولات أو عقارات تحت يد الشركة أن يطالبوا باسترجاعها حتى خلال التسوية الرضائية أو التسوية القضائية، إلا إذا تبين للمحكمة أن هذه الأشياء ضرورية لنشاط الشركة.

ج/ يخضع إيقاف سريان الفوائد وغرامات التأخير وتعليق آجال السقوط للسلطة التقديرية للمحكمة. بمعنى أنها تملك أن تقضى به أو تعدل عنه وفق ما تراه محققاً لمصلحة الشركة ومصلحة الدائنين. وإذا ما حكمت به المحكمة بوقف السريان، فإنه يستمر حتى صدور الحكم فى طلب التسوية.

د/ إذا كانت الديون المستحقة على الشركة مضمونة بكفالة أو غيرها من الضمانات الشخصية، فإن رئيس المحكمة لا يقرر تعليق إجراءات التقاضى والتنفيذ الهادفة إلى استيفاء هذه الديون إلا بعد استدعاء الكفيل أو الضامن وكل مدين متضامن والدائن طبق القانون لسماع أجوبتهم. ولعل القصد من وراء استدعاء هؤلاء، هو الرغبة فى استطلاع آرائهم بشأن إمكانية رجوع الدائنين مباشرة على الكفلاء أو المتضامنين، دون أن يدفعوا بالتجريد أو بالتقسيم، وإلا قررت المحكمة وقف التنفيذ. وفى الحالة الأخيرة يجب الحصول على موافقة الدائنين.

ه/ لا يجوز كأصل عام للمحكمة تعليق تنفيذ حكم خاص بمستحقات العمال والموظفين، إلا إذا ثبت أن من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ الشركة. ويتسم هذا الحكم بالمنطقية الشديدة، فأجور العمال والموظفين يجب أن تحظى بأولوية فى السداد، بالنظر إلى أنها مصدر ارتزاقهم، ويصعب عدم تمكينهم من المطالبة بها.

ومن ثم وجب عدم التعليق إلا إذا ثبت للمحكمة أن في تمكينهم من المطالبة ما يضر بإنقاذ الشركة. ويجب على المحكمة أن تتشدد في هذا الأمر، بحيث لا تقرر التعليق إلا في أضيق الحدود، وبعد أن يثبت لها أن من شأنه منع إنقاذ الشركة. وفي كافة الأحوال ينتهى تعليق وقف التنفيذ بنهاية مدة الاتفاق التسوية الرضائية، ويسترد من بعدها الدائنون حقهم في مطالبة الشركة بديونهم لديها.

والملاحظ على ما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي تلعب الدور الأكبر في تقرير وقف التنفيذ من عدمه، كما أنه في الحالة التي يتخذ فيها قراره بالوقف يجب أن يكون هذا القرار محدد المدة، سواء تم وقف التنفيذ خلال الفترة السابقة على الوصول إلى اتفاق (في حالة التسوية الرضائية)، أو خلال الفترة الفاصلة بين تقديم طلب التسوية القضائية واتخاذ القرار بشأنه.

وقد حرص المشرع الفرنسي على تقرير استثناءات على رفع الدعاوى وإيقاف التنفيذ، تمثل في^(١):

١/ الدعاوى الخاصة بالمطالبات التي تنشأ بعد افتتاح إجراءات التسوية.

٢/ التعويضات المستحقة على الشركة نتيجة خدمات الإنقاذ أو فترة المراقبة، حيث يجب دفعها عند الاستحقاق.

٣/ المقاصة بين الديون الناشئة قبل افتتاح إجراءات التسوية والديون الناشئة بعدها. ويبدو أن الحكمة من هذه الاستثناءات تتمثل في الرغبة في تشجيع المتعاملين مع الشركة خلال فترة الإنقاذ وفترة المراقبة على التعامل مع الشركة وتقديم كل ما يلزم لمساعدتها على الإنقاذ، من خلال طمأننتهم بأن مستحقاتهم الناشئة عن هذه المساعدات سوف تدفع وقت استحقاقها، وأنها لن تدخل ضمن إجراءات وقف التنفيذ^(٢).

L. 622-7, Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 21. (١) راجع:

(٢) راجع:

Wolf-Georg Ringe, Louise Gullifer, Philippe Théry, Current Issues in European Financial and Insolvency Law: Perspectives from France and the UK, Bloomsbury Publishing, Law, Jun 2, 2009, pp8-254.

ويضاف لما سبق، أن المشرع الفرنسي أجاز للمتصرف القضائي أن يقترح على القاضى أن يسمح بتنفيذ حتى المطالبات التى نشأت قبل تاريخ افتتاح الإجراءات، متى أثبت أن فى الوفاء بها ما يخدم الإنقاذ^(١).

ولعل هذا الحكم يعكس قدرا كبيرا من المرونة فيما يتعلق بوقف التنفيذ، يبرره تمكين القاضى من تسيير إجراءات الإنقاذ لانتقال الشركة من عثرتها، دون التفريط فى حقوق الدائنين.

وتعليقاً على ما سبق، يمكن القول بأن وقف التنفيذ خلال مرحلتى التسوية الودية أو القضائية يتميز بمجموعة من الخصائص؛ وذلك على التفصيل التالى:

١/ الطابع الاختيارى: لأن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى إعمال قرار التوقيف أو عدم إعماله وفق ما يراه محققاً لمصلحة برنامج الإنقاذ.

٢/ الطابع الاستثنائى: لأن القاضى لا يحكم به إلا إذا تبين أن أداء الدين سوف يؤدى إلى الإضرار بالشركة وسوف يقلل من فرص إنقاذها. أو أن المنقولات أو العقارات المطلوب إسترجاعها بسبب عدم أداء الدين مسألة ضرورية لنشاط الشركة.

٣/ الطابع الانتقائى: ويعنى هذا الأمر أن القاضى ليس ملزماً بتعميم قرار التوقيف على جميع الديون، ولكنه يقوم فقط بانتقاء الديون التى يراها مناسبة.

٤/ الطابع المؤقت: لأن مدة وقف التنفيذ مؤقتة، ففى خلال الفترة السابقة على المراقبة تمتد فقط لدراسة طلب التسوية وجدواه. أما فى التسوية القضائية فإنها تمتد فقط للبت فى طلب التسوية، سواء بفتحها أو غلقها.

٢/ الحد من إجراءات وقف التنفيذ فى مرحلة المراقبة:

١٣٠- يتعطل أيضاً خلال فترة المراقبة كل نتج فردى أو عمل تنفيذى يهدف إلى استيفاء الديون السابقة لفترة المراقبة، أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين.

كما يتوقف سريان جميع الفوائد وغرامات التأخير وتعلق آجال السقوط. ولا تعلق إجراءات التقاضى والتنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن إلا بالنسبة إلى من رضي بذلك من الدائنين^(١).

ويستثنى مما سبق تنفيذ الأحكام المتعلقة بمستحقات العمال والموظفين، بشرط أن لا يكون من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ الشركة.

ويبرر وقف التنفيذ خلال فترة المراقبة، أن هذه الفترة يتم خلالها تقييم الأوضاع المالية والاقتصادية للشركة، ومن ثم محاولة التنفيذ من شأنها أن تتسبب فى إرباك أعمال التقييم. وبناء عليه، لا يسمح للدائنين سوى بالإجراءات الجماعية، ولا يملك أحدهم اتخاذ إجراءات فردية. ومما لا شك فيه أن مثل هذه الضوابط من شأنها أن تضمن التوازن بين علاقات الشركة ودائنيها. كما أنها سوف تغلق أبواب التحايل فى وجه أى شركة تسعى للإضرار بمصالح دائنيها تحت ستار الإنقاذ، كما أنها سوف تسهم بشكل كبير فى ضمان جدية تنفيذ برنامج الإنقاذ، من خلال تقليل فترة المراقبة، ومن ثم عدم تعطيل مصالح الدائنين.

وعلى صعيد الموقف المصرى، فقد نصت المادة (٢٩) من قانون إعادة الهيكلة المصرى على أنه " لا يجوز بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة رفع دعوى بين التاجر وأى من الدائنين الموقعين، تكون متعلقة بهذه الخطة أو السير فيها أو رفع الدعاوى الفردية أو اتخاذ الإجراءات الفردية، وتوقف مدد التقادم المتعلقة بالدعاوى والمطالبات والديون الخاصة بهم، وذلك كله لحين انتهاء خطة إعادة الهيكلة".

والملاحظ أن هذا النص دل بجلاء على وقف الدعاوى والإجراءات الفردية، ووقف مدد التقادم للدعاوى التى يمكن أن ترفع على المدين التاجر بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة وطوال مدة تنفيذ هذه الخطة، وحتى الانتهاء منها.

وعلى الرغم من عدم تصريح النص السابق بشكل مباشر، يسترد الدائنون حقهم فى رفع الدعاوى الفردية وكافة المطالبات فى حالة انتهاء هذه الخطة دون تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

(١) راجع الفصل (٤٤٩) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

ولعل هذا الموقف من المشرع المصرى يوحى بإضفاء الطابع الجماعى على إجراءات إعادة الهيكلة، كما هو مقرر بالنسبة لدعوى شهر الافلاس والحكم الصادر فيها^(١).

لكن بالنظر إلى أن القانون المصرى لم يضع تنظيمًا مفصلاً لأحكام الإنقاذ، فإنه لم يتضمن إجراءات خاصة للتسوية الودية والتسوية القضائية وفترة المراقبة، وبالتالي لم يضع تنظيمًا أكثر تفصيلاً لأحكام وقف التنفيذ. ثانياً/ وضع الكفيل:

١٣١-تقرر القواعد العامة فى القانون المدنى أن الكفيل يستفيد من كافة الدفوع التى يستفيد منها المدين الأصلي. وبناء عليه، يجب على الدائن أن يعود على المدين الأصلي أولاً قبل أن يعود على الكفيل، وإلا قام الأخير بالدفع بالتجريد. كما لا يجوز مباشرة إجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل إذا كان هناك ما يمنع من مباشرتها فى مواجهة المدين الأصلي. فالقاعدة أن الكفيل يتمتع بما يتمتع به المدين الأصلي من تعليق إجراءات التنفيذ. (وهذا ما قرره القانون المدنى المصرى لسنة ١٩٤٨ فى المادة ٧٨٢).

والملاحظ على موقف قوانين الإنقاذ التونسية (١٩٩٥-١٩٩٩) أنها خلت من تقرير استفادة الكفيل مما يستفيد منه المدين الأصلي من تعليق إجراءات التنفيذ والتتبع بنص صريح. الأمر الذى قد يفهم على أنه تقرير بعدم استفادة الكفيل مما يستفيد منه المدين الأصلي من تعليق إجراءات التنفيذ خلال فترة المراقبة أو تنفيذ برنامج الإنقاذ بشكل عام.

والملاحظ أن القوانين السابقة لم تحظر تعليق إجراءات التنفيذ بشكل مطلق فى مواجهة الكفيل، ولكنها ربطت استفادته من هذا التعليق برضاء الدائنين. لكن إذا لم يتحقق هذا الرضاء كان من حق الدائنين العودة على الكفيل رغم تعليق الإجراءات فى مواجهة المدين الأصلي.

(١) راجع المادة (٦٠٥) من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

وقد جاء في نص الفصل (١٢) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠٠٣ ما يفيد " ... أن رئيس المحكمة لا يقرر تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استخلاصها إلا بعد استدعاء الكفيل أو الضامن وكل مدين متضامن والدائن طبق القانون لسماع جوابهم".

وقد بدت هذه الصياغة تتسم بالغرابة، حيث لم يظهر النص الغرض من استدعاء الكفيل وسماع جوابه. فهل تتوقف إجراءات التسوية ومن ثم تعطيل إجراءات التنفيذ في حق المدين الأصلي على موافقة الكفيل، أم أن استدعاءه لمجرد اعلامه فقط بعدم استفادته من تعطيل إجراءات التنفيذ؟

وعلى فرض أن تفسير عبارة " لسماع جوابهم" الواردة في النص السابق يميل أكثر إلى منح الكفيل سلطة الموافقة من عدمه على برنامج الإنقاذ، فإن الحكمة من إعطائه هذه السلطة، ليس له معنى إلا أن موافقته على تعطيل إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين الأصلي يعد بمثابة قبوله أن تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهته رغم تعليقها في حق المدين الأصلي. على ألا تعلق إجراءات التقاضي والتنفيذ في حق الكفيل أو الضامن إلا بالنسبة لمن رضى عنهم الدائنون.

لكن هل في حالة عدم موافقة الكفيل، فإن هذا من شأنه أن يعطل تعليق سريان إجراءات التنفيذ في مواجهة الشركة، ومن ثم تعطيل برنامج الإنقاذ برمته، أم أن رأيه استشاري تستأنس به المحكمة دون أن يكون ملزماً لها؟

وعلى الرغم من أن السؤال الأخير ليس له إجابة في النصوص السابقة، فإنه يبدو لنا أن رفض الكفيل في هذه الحالة يعني تمسكه بالاستفادة من وقف التنفيذ المقرر للمدين الأصلي، شريطة موافقة الدائنين. كما يبدو لنا عدم وجود مبرر لموافقة الدائنين ورضائهم في مثل هذه الحالة، حيث إنه لا قيمة لوقف التنفيذ في مواجهة الشركة والسماح به في مواجهة كفيله، خاصة في ظل قدرة الأخير على معاودة الرجوع على الشركة التي كانت تكفله. ولعل هذا هو ما دفع المشرع التونسي إلى العدول عن هذا الموقف في قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦، حيث نص في الفصلين (٤٢٧)، (٤٤٩) منه على " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن". وبشكل هذا النص تحولاً

بعض الشيء، حيث قرر منح القاضى سلطة تقديرية لإعفاء الكفيل من عدمه، ولم يتركها كما كان الحال من قبل لرضاء الدائنين.

والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية الرجوع على الكفيل، رغم صدور الحكم القاضى بالتسوية القضائية على أساس جدولة ديون الشركة؟ ذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول بأنه لا يجوز للدائن أن يتتبع الكفيل إذا ما صادقت المحكمة على اتفاق معين لتسوية الديون (كتقسيط الدين وفق جدول معين). حيث إن مثل هذا الإتفاق من شأنه أن ينهى تتبع الإجراءات ضد الشركة بشكل فردى، ومن ثم لا يجوز بالتبعية ممارسة الدعوى ضد الكفيل، وذلك على أساس أنه لا يجوز الجمع بين دعوتين بخصوص دين واحد ضد طرفين فى ذات الوقت.

ونحن من جانبنا نتفق مع هذا الرأى، ونرى أنه من غير المقبول أن تعطل إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين الأصلي ولا تعطل فى مواجهة الكفيل، فالأخير مدين احتياطى وليس أصلياً، يستمد التزامه فى مواجهة الدائن من التزام المدين المكفول، ويستفيد من ذات الدفوع والإعفاءات التى يستفيد منها الأخير. ومن ثم فإذا كان النص السابق يسرى فى حق المدين المتضامن، فهو لا يسرى فى حق الكفيل.

ولم يعالج قانون إعادة الهيكلة المصرى الوضع القانونى الخاص بالكفيل فى إجراءات إعادة الهيكلة، وهو ما يمثل قصوراً فى هذا الجانب. ثالثاً/ أفراد الدائنين بصلاحيات التنازل الجزئى عن ديونهم:

١٣٢- يعد من أهم الضمانات التى يتمتع بها الدائنون فى برامج الإنقاذ، أن الحط من ديونهم أو تأجيل استحقاقها يتم بموافقتهم^(٢).

وقد حرص قانون إعادة الهيكلة المصرى على ربط أعمال برنامج إعادة الهيكلة بموافقة الدائنين. فقد نصت المادة (٢١) على " يعتمد قاضى الإفلاس خطة إعادة الهيكلة إذا وافق جميع الأطراف عليها.....".

(١) د.منصف الكشور، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٢) راجع:

Out-of-Court Debt Restructuring, by The World Bank, Law, Jan 12, 2012, pp 37-72.

ولعل الصياغة التي ظهر عليها هذا النص توحي بأن الأمر يحتاج إلى إجماع الدائنين على الخطة، وهو أمر من شأنه أن يعيق عملية إعادة الهيكلة برمتها، باعتبار أن الوصول لهذا الإجماع يصعب تحقيقه في مثل هذه الظروف. ومن ثم يفضل للمشرع وقت أن ينظر هذا المشروع أن يتدارك هذا الأمر باكتفاء موافقة الأغلبية الدائنين؛ العددية أو القيمية.

أما موقف المشرع التونسي بخصوص إلزامية موافقة الدائنين على الحط من ديونهم عند إعداد برنامج الإنقاذ، وطرح ديونهم جزئياً أو كلياً، فقد كان متبايناً. وقد كانت البداية عند قانون الإنقاذ لسنة ١٩٩٥، الذي استلزم موافقة الدائنين على البرنامج المقترح^(١). أما قانون الإنقاذ الصادر سنة ١٩٩٩ فقد عدل من الموقف السابق، وقرر أن المدير القضائي له أن يستطلع رأي الدائنين دون أن يكون رأيهم ملزماً له^(٢).

وعلى ما يبدو فإن هذا الوضع كان منتقداً، لذلك سرعان ما تم العدول عنه في التنقيح الذي تم عام (٢٠٠٣)، الذي عاد معه المشرع مرة أخرى يؤكد إلزامية الحصول على موافقة الدائنين على برنامج الإنقاذ^(٣). وأيضاً أكد قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦ هذا الأمر^(٤).

وبهذا يؤكد المشرع التونسي أهمية موافقة الدائنين على الحط من ديونهم وفق المتفق عليه، سواء تعلق الأمر بأصل الدين أم بتوابعه.

ويلاحظ بخصوص الموقف التونسي أنه اشترط موافقة الدائنين بخصوص الحط من الديون، أما تأجيل ميعاد سدادها فقد جعله من سلطة المحكمة، التي تملك أن تمنح

(١) فقد نص الفصل (٣٩) من قانون الإنقاذ (١٩٩٥) على "يتولى المتصرف القضائي إعداد برنامج الإنقاذ الذي يتضمن وسائل النهوض بالمؤسسة ومنها عند الاقتضاء جدولة ديونها ونسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائد المترتبة عنها وله أن يقترح تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في راسمالها، ويأخذ وجوباً رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في إعداد البرنامج ويستشير ممثلي الدائنين كما يأخذ موافقة الدائنين على الطرح من ديونهم. وإذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود شغل أو تخفيضاً من الأجر والامتيازات، يعلم المتصرف القضائي تفيدية الشغل، وينتظر خمسة عشر يوماً نتيجة المساعي الصلحية قبل إحالة البرنامج على المحكمة.

(٢) فقد نص الفصل (٣٩) جديد على " يتولى المتصرف القضائي إعداد برنامج الإنقاذ الذي يتضمن وسائل النهوض بالمؤسسة ومنها عند الاقتضاء جدولة ديونها ونسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائد المترتبة عنها وله أن يقترح تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها، ويأخذ وجوباً رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في إعداد البرنامج ويستشير ممثلي الدائنين كما يأخذ برأي الدائنين حول الطرح من ديونهم".

(٣) فقد نص الفصل (٤٣) جديد على "مع مراعاة أحكام الفصل ٥٧ من هذا القانون، لا يجوز للمحكمة الحط من دين إلا برضاء الدائن. ولها أن تقرّر تأجيل دفع الثبوت وفق ما تضمنته برنامج الإنقاذ أو بعد تعديله طبق ما تراه صالحاً بعد سماع رأي الدائنين".

(٤) فقد نص الفصل (٤٥٦) " ولا يمكن لبرنامج مواصلة النشاط أن يتضمن الحط من أصل الدين إلا برضاء الدائن. كما لا يمكنه أن يتضمن جدولة الديون إلا في حدود مدة لا تتجاوز السبع سنوات ما لم يوافق الدائن أو الدائنون على خلاف ذلك".

الشركة آجالاً جديدة دون أن تتوقف عند موافقة الدائنين على ذلك. ولعل الحكمة من وراء هذا الأمر هو الرغبة في تفعيل دور المحكمة في تسيير إجراءات التسوية، دون التقيد بموافقة الدائنين على ذلك. ويبدو لنا أن المحكمة لن تلجأ إلى استعمال سلطتها في التأجيل إلا إذا عجزت عن الحصول على موافقة الدائنين على الحط من ديونهم. ومن ثم سيكون التأجيل هو البديل الأمثل لتمكين الشركة من الإنقاذ. ويبدو لنا أن حق الدائنين في التنازل عن جزء من ديونهم يتسم بعدة خصائص، أهمها:

- ١/ أن رأى الدائنين في الحط من الديون وجوبى وليس استشارياً. بمعنى أن إقرار برنامج الإنقاذ مرهون بموافقتهم، وليس مجرد استطلاع لآرائهم.
 - ٢/ أن موافقة الدائنين على الحط من الديون يجب أن تكون صريحة، من خلال الحصول على موافقتهم الكتابية مثلاً على ما تم الاتفاق عليه.
 - ٣/ أن موافقة الدائن تشمل الحط من أصل الدين وكذلك توابعه كالفوائد مثلاً.
 - ٤/ أن الحكمة من وراء هذا الأمر هو تمكين الدائنين من حماية مصالحهم، حتى لا يكون برنامج الإنقاذ محاباة لمصلحة الشركة فقط. ومن ثم يجب على المحكمة أن تتأكد من خلو هذه الموافقة من شبهة التعسف في استعمال الحق.
- والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد يتعلق بمدى احتمالية تعطيل إجراءات الإنقاذ بفعل انفراد الدائنين بسلطة الحط من الدين؟

يبدو أن هذا الأمر كان حاضراً في ذهن المشرع التونسي، فرغم حرصه على تقرير السلطة للدائنين في الحط من ديونهم، فإنه حرص في ذات الوقت على تقرير سلطة للمحكمة في جدولة الديون، ليكون خياراً يمكن معه للمحكمة أن تحد من تعسف الدائنين في تعطيل برنامج الإنقاذ. ومن ثم يمكن للمحكمة إذا ما رأته تعنتاً من قبل الدائنين برفضهم الحط من ديونهم، أن تلجأ إلى جدولة هذه الديون إذا ما رأته أنها محققة لمصلحة الإنقاذ.

وما سلف ذكره من أحكام تتصرف إلى الديون المستحقة. أما الديون المؤجلة فإنها تخرج عن نطاق التسوية، فالدين الذي يدخل في نطاق التسوية هو الذي يحل أجل استحقاقه قبل تاريخ فتح التسوية القضائية ويتم إثبات تاريخه (١).

وتجدر الإشارة إلى أن الدين الذي لا يتم إثبات تاريخه مع مرور آجال استحقاقه لا يندرج ضمن ديون التسوية، ويفقد الدائن الحق في استيفائه ضمن إجراءات التسوية. مما يوجب على الدائن رفض استمرار إجراءات التسوية والخضوع للإجراءات الجماعية. ولا يكون أمامه سوى الانتظار حتى انتهاء برنامج الإنقاذ أو توزيع حصيلة الإحالة لطلب دينه من الباقي (٢).

ومما يخفف من غلواء هذا الأمر، ما سمح به المشرع التونسي من إمكانية إثبات تاريخ الديون التي مضت آجالها، بموجب إذن من المحكمة منعقدة في غرفة المشورة. وفي كافة الأحوال لا يجوز إثبات تاريخ أي دين مضى على استحقاقه سنة.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد يتعلق بموقف الدين المتنازع عليه؟
١٣٣-الأصل أن الدين المتنازع عليه دين احتمالي، لن يتحدد مصيره إلا بعد حسم المنازعات الخاصة به. ولا يمكن القول بأن مثل هذه الديون تستبعد بشكل مطلق من الاستفادة من معطيات الإنقاذ، خاصة إذا كانت هناك مؤشرات ترجح ثبوتها. وقد حرص قانون الإنقاذ التونسي على التأكيد على هذا الأمر؛ حيث قرر أن تقيّد جميع الديون الثابتة حسب ترتيبها، وإذا ظهر نزاع في أصل الدين أو في مقداره وكانت هناك مؤيدات ترجح ثبوته، تأذن المحكمة بثبوت تاريخه احتياطياً، ويقع تأمين المبالغ الخاصة به عند التوزيع (٣).

وقد منح هذا النص للمحكمة سلطة تقديرية لثبوت تاريخ الدين المتنازع فيه، متى كانت هناك مؤيدات ترجح ثبوته. وقد يثير النص السابق شيئا من الغرابة، حيث إن الأصل أن إثبات الدين لا يعد من قبيل الأعمال التنفيذية، إذ الغرض منه ينحصر في إثبات الدين فقط، ومن ثم ليس من المتصور أن تعيق إجراءات التسوية. وقد تبدو

(١) راجع الفصل (٤٤٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.
R. 622-23, Décret 2007-431 2007-03-25 JORF 27 mars 2007. (٢) راجع:
(٣) راجع الفصل (٤٤٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.

الحكمة من وراء ما قرره الفصل (٣٣) سابق الذكر يتمثل في أن الدين غير ثابت التاريخ لا يمكن المطالبة بالوفاء به.

ولا يوجد تنظيم مماثل للنصوص السابقة في القانون المصري أو الإماراتي في مجال الإنقاذ وإعادة الهيكلة.

وعن موقف المشرع الإماراتي في هذا الصدد، فالملاحظ أنه قصر حق التصويت على الدائنين المقبولة ديونهم بشكل نهائي فقط^(١). ويستفاد من ذلك، أن حق التصويت ومن ثم الموافقة على الحط من الديون أمر مقصور في القانون الإماراتي فقط على الدائنين العاديين وليس أصحاب الضمانات، بشرط أن تكون ديونهم مقبولة بشكل نهائي. واستثناءً، يجوز السماح للدائنين المقبولة ديونهم بصفة مؤقتة الاشتراك في التصويت، بشرط تقديم اقتراح من الأمين (المشرف على إعادة الهيكلة).

ويلاحظ تفوق الموقف التونسي على الموقف الإماراتي في هذا الصدد، حيث إن الأول لم يسمح باشتراك الدائنين المتنازع في أصل ديونهم أو مقدارها إلا إذا كانت هناك مؤيدات ترجح ثبوت ديونهم. وهو ما سيدفع المحكمة إلى تحقيق هذه الديون (دون أن تفصل فيها)، للتأكد من رجحان ثبوت هذه الديون، مما يسمح لأصحابها الاشتراك.

ويبدو لنا أن توسيع نطاق الديون المشاركة في عملية الإنقاذ (سواء المستحقة بشكل نهائي أم المتنازع فيها) من شأنه أن يضمن نجاحها، وذلك بحكم ما يترتب على ذلك من توسعة نطاق استفادة الشركة من تخفيض جميع الديون التي يكون طرفاً فيها أو جدولتها، بما يضمن له تجنب المطالبات الفردية بعد إقرار برنامج الإنقاذ لفترات طويلة، ومن ثم تمكينه من الإنقاذ واستقرار مركزه القانوني. ومن ناحية أخرى يسمح

(١) نصت المادة (١/١٠٦) من هذا القانون على أنه " يقتصر حق التصويت على مشروع خطة إعادة الهيكلة على الدائنين العاديين المقبولة ديونهم بشكل نهائي"، وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة " يجوز للمحكمة أن تأذن للدائنين المقبولة ديونهم بصفة مؤقتة بالتصويت على مشروع خطة إعادة الهيكلة بناءً على اقتراح من الأمين، وتحدد المحكمة في قرارها شروط وحدود منح هذا الإذن". راجع المرسوم بقانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، الجريدة الرسمية العدد ٦٠٤ لسنة ٢٠١٦ والأربعون بتاريخ ٢٠١٦/٩/٢٩.

نصت أيضاً المادة (٤٥) من قانون الإفلاس الإماراتي على " يقتصر حق التصويت على مشروع خطة الصلح الواقي على الدائنين العاديين المقبولة ديونهم بشكل نهائي".

- نصت أيضاً المادة (١٠٢) من القانون سالف الذكر على " يجب أن تتضمن خطة إعادة الهيكلة جدولاً زمنياً لتنفيذها لا يجاوز (٥) خمسة سنوات من تاريخ مصادقة المحكمة على الخطة، ويجوز تمديدتها لمدة لا تجاوز (٣) ثلاث سنوات أخرى بموافقة أغلبية الدائنين الذين يملكون ثلثي الديون التي لم يتم تسديدها وفقاً للخطة وأية تعديلات طرأت عليها".

هذا الأمر باستفادة جميع الدائنين من معطيات الإنقاذ، والمساهمة فيما يتم من الحط من الديون.

١٣٤- خصوصية الديون العامة في مجال التسوية:

حرص المشرع التونسي عبر تاريخه الممتد في مجال الإنقاذ على حظر التنازل عن الديون العامة المستحقة للدولة. بل إنه قرر أن القضاء لا يملك الحط من هذه الديون، وأن وزير المالية التونسي فقط هو صاحب صلاحية الحط منها. بل إن المشرع حرص على أن يقرر بأن الديون العامة تتمتع بأفضلية على غيرها من الديون عند الخلاص^(١). وقد كان هذا الأمر يبرر دائماً بأن ديون الدولة أولى بالوفاء حتى تكون قادرة على تسيير مرافقها وشئون أفرادها. وعلى الرغم من كل هذا فالمشرع التونسي قد عدل عن موقفه السابق، نزولاً على الرغبة في إنجاح برنامج الإنقاذ، وسمح بالتنازل عن الديون العامة بغرض إنقاذ الشركات^(٢).

وقد كان موقف قانون إعادة الهيكلة المصري أقوى في هذا الصدد، حيث نصت المادة (١٨) منه على "تهدف إعادة الهيكلة إلى وضع خطة لإعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية تتضمن كيفية خروجه من مرحلة الاضطراب المالي وسداد ديونه مع بيان مصادر التمويل المقترحة، ويكون ذلك بعدة طرق؛ منها إعادة تقييم الأصول، وإعادة هيكلة الديون ومنها ديون الدولة....".

والملاحظ على هذا النص أنه قرر بشكل مباشر وصريح أن كافة الديون العامة المستحقة للدولة تدخل في برنامج إعادة الهيكلة. يأتي هذا في ظل معاملة مصر للديون العامة على أنها من قبيل الديون الممتازة، التي تتمتع بأولوية في السداد. ولعل المشرع الفرنسي كان يتمتع بموقف أكثر توازناً في هذا الصدد؛ حيث إنه رغم سماحه بدخول الديون المستحقة للدولة وهيئاتها المختلفة في برنامج الإنقاذ، فإنه في ذات الوقت سمح للمتصرف القضائي أن يطلب من المحكمة استثناء هذه الديون، متى أثبتت ضرورة هذا الأمر لنجاح الإنقاذ^(٣).

(١) راجع: للفقرة (٤) من الفصل (١٩٩) من مجلة الحقوق العينية. وأيضاً الفصل (٣٣) و (٣٤) من مجلة المحاسبة العمومية. وأيضاً الفصل (١١٥) من مجلة التسجيل والطابع الجبائي.

(٢) راجع الفصل (٣٩) من قانون عدد ١١١ لسنة ١٩٩٠ مؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ يتعلق بقانون المالية لسنة ١٩٩١.

(٣) L. 622-8, Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7.

والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية تقسيط الديون؟ وهل تملك المحكمة تقسيط الديون دون موافقة وزير المالية؟

ولا يوجد فى قانون اعادة الهيكلة المصرى نص يجيب عن هذه الأسئلة. أما موقف القانون التونسى فقد أكد بشكل صريح أن أى إجراء يمس ديون الدولة فى مجال التسوية الرضائية أو القضائية، سواء بالخط منه أو تقسيطه أو جدولته، يجب الرجوع بشأنه إلى وزير المالية^(١).

وقد أظهر العمل القضائى فى تونس أن الدولة تتحمل الجزء الأكبر من الدين المستحق على الشركة لتطبيق برامج الإنقاذ، سواء بتخليها عن بعض ديونها بشكل مباشر أو غير مباشر. فعبارة التسوية الخاصة بديون الدولة تتسم بالعمومية لكل ما يتعلق بالتعامل على ديون الدولة. أيضاً كشف التطبيق العملى أن الدولة لا تلجأ إلى الحط من ديونها، وإنما تلجأ إلى الجدولة، وتضمن إتمام الوفاء من خلال ما يفرض من غرامات للتأخير ومصاريف التتبع. وغالباً ما تتصرف الديون العامة إلى ديون الضرائب التى تتخلف الشركة عن دفعها، وتعود الحكمة من صعوبة تصور الحط منها إلى أن أموال الضرائب لا تمثل خصماً من موارد الشركة أو إيقالاً لحساباته، وإنما الأمر يتعلق بأداء غير مباشر. فلا يستساغ أن يتم قبض أموال من الغير بغية إيصالها إلى الخزينة العامة للدولة، ثم يتم الحط منها بدعوى تطبيق برنامج الإنقاذ، فلا يجوز للدولة أن تسمح لطرف استولى على أموالها بأن تحط منه^(٢).

وما سبق ذكره يسرى على الأموال المستحقة كاشتراكات خاصة بالصناديق الإجتماعية. ومن ناحية أخرى فهذه الضمانات المخولة للدولة لا تحول دون التزامها بإثبات تاريخ ديونها، لتتضمن إلى جماعة الدائنين ويمتنع عليها مباشرة إجراءات التنفيذ خلال فترة المراقبة.

(١) راجع الفصل (٤٧٤) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

(٢) د.منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص١٥٨.

المطلب الثاني

مسئولية مدير الشركة عن ديونها وفق قانون الإنقاذ

١٣٥- من المعلوم أن الشركة شخص اعتباري مستقل يتمتع بأهلية قانونية، ينوب عنها مباشرة مقتضيات هذه الأهلية مديرها، يعمل باسم الشركة ولحسابها. ومن المتصور أن يتجاوز هذا المدير حدود اختصاصاته أو يسيء استخدامها، وذلك على النحو الذي يحمل الشركة بديون والتزامات، قد تؤدي إلى تعثرها أو توقفها عن الدفع^(١). ويمكن القول بأن كثيرا من حالات إفلاس الشركات يعود إلى الإدارة. فهناك صلة تاريخية قوية بين الإفلاس والإدارة الفاشلة، دفعت قوانين الإنقاذ بجانب تقرير المسؤولية الجنائية لمدير الشركة، إلى تقرير مسؤوليته المدنية عن ديونها والتي أدت إلى تعثرها الاقتصادي والمالي.

وليس هناك نص في قانون إعادة الهيكلة المصري يتبنى هذه الرؤية، رغم أهميتها التصوي لضمان تحصيل الديون المستحقة على الشركة بمناسبة الإنقاذ^(٢). وذلك على عكس الحال في القانون التونسي، الذي حرص على تقرير مسؤولية مدير الشركة سواء في قانون الإجراءات الجماعية^(٣) أو في قانون الشركات التجارية^(٤)، وهو ما يقتضى التعرض لها على التفصيل التالي:

(١) د. علي البارودي - د. محمد فريد العريضي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧، ص ٣٨٦.
(٢) والملاحظ على موقف القانون المصري في هذا الصدد، أنه قرر مسؤولية مدير الشركة وأعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس الشركة وفق الضوابط المقررة في نص المادة (٧٠٤) من قانون التجارة المصري. ولكنه لم يتبن ذات الموقف في قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، وذلك كما فعل قانون الإنقاذ التونسي وقانون الإجراءات الجماعية.
(٣) راجع الفصل (٥٧٥) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقا.
(٤) وقد أكدت مجلة الشركات التجارية التونسية في أكثر من موضع تحمل مدير المؤسسة مسؤولية الوفاء بالديون المستحقة على المؤسسة. فقد نص الفصل (١٢١) منه على " إذا أظهرت التسوية القضائية أو التقليل عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين القلمة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة بتحملها كليا أو جزئيا الوكيل أو الوكلاء أو كل مسير فعلي وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم. ولا يعفى الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنها بذلا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه. وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتقليل". نص أيضا الفصل (٢٥٤) منه على " إذا أظهرت التسوية القضائية أو التقليل عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين القلمة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة بتحملها كليا أو جزئيا رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو أعضاؤها أو المدير العام الوحيد أو كل مسير فعلي آخر وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم. ولا يعفى الأشخاص المذكورون من المسؤولية إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه. وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتقليل". راجع: مجلة الشركات التجارية (نقح بالقانون عدد ١٦ لسنة ٢٠٠٩ المؤرخ في ١٦ مارس ٢٠٠٩)، الرائد الرسمي عدد (٨٩)، وتاريخ ٩ نوفمبر لسنة ٢٠٠٠، ص ٢٩٣٦.

١/ تحمل ما تبقى من الديون:

١٣٦- تتطرق أهمية الحديث عن تحمل الإدارة المسؤولية عن ما تبقى من ديون الشركة مما أخذته الفقه القانوني على عاتقه — منذ فترة ليست ببعيدة — من مهمة إرساء مبدأ "أولوية المساهمين"، بهدف الفصل بين الملكية والإدارة في الشركة^(١). فقد أكدوا أن حملة الأسهم بشكل عام مالكون سليون للشركة، وأن من يتحمل المخاطر المتنوعة عامة من لديه حافز أو قدرة على رقابة أنشطة المديرين في الشركة التي يستثمر فيها المساهمون أموالهم. وعلى العكس من ذلك فإن المديرين عادة ما يمتلكون القليل من الأسهم، ومن ثم فإنهم لا يحرصون على مصلحة الشركة بقدر ما يحرصون على مصالحهم الخاصة. ولهذا الأمر، تم اقتراح انتخاب الإدارة من المساهمين لضمان ولاء الإدارة. لكن هذا الأمر ثبت عدم جدواه في الشركات الكبيرة. فقد أكدوا أن الإدارة تتحكم في نتيجة الانتخابات، ومن ثم لا يجدي معها إلا التنظيم الخارجي^(٢). فالعلاقة بين المديرين وأصحاب الأسهم تتطوى على وكالة، يتحمل فيها المديرون مصير الشركة والمخاطر التي يمكن أن تتعرض لها. ومع ذلك، هذه العلاقة المؤسسية لا تخلو من المخاطر، والتي تتمثل في سوء استخدام الإدارة لأموال المساهمين، مما يؤدي إلى تحميل الشركة بتكاليف وأعباء تؤدي إلى إفلاسها. ومن هذا المنطلق، ينظر إلى الفصل بين الملكية والإدارة كغطاء قانوني لإعفاء المساهمين من المسؤولية، وتحميلها للمديرين إذا ثبت أنهم تسببوا في خسارة الشركة وتردى أوضاعها الاقتصادية.

وقد حرصت تشريعات الإنقاذ وإعادة الهيكلة على الحد من مسؤولية الشركة بإسناد المسؤولية المباشرة إلى مديريها إذا ثبت إخلالهم بالتزاماتهم الائتمانية. ويقاس حرص المدير في هذا الصدد بمعيار الرجل الحريص حسن النية في ذات المركز وبطريقة

(١) راجع:

ADOLF A. BERLE, JR. & GARDINER C. MEANS, the Modern Corporation and private property, 1932, p 244.

(٢) راجع:

Eugene F. Fama; Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution. (Jun, 1983), pp.306-325.

معقولة يعتقد أنها الأفضل في إدارة الشركة^(١). وتتص القاعدة القضائية على أنه يجب على المحاكم أن تتأكد من أن المديرين قد استوفوا الواجبات المطلوبة، ما لم يثبت أن المدير قد ارتكب غشاً جسيماً^(٢).

والأمر على هذا النحو يتطلب من المديرين التزاماً منهم بواجب الولاء أن يتخذوا القرارات التي في مصلحة الشركة، وهذا الأمر يتمتع معه على الإدارة التعامل بشكل شخصي مع الشركة. وللتأكيد على الامتثال لهذا الواجب استخدمت المحاكم معياراً صارماً لمراجعة قرارات المديرين التي تتطوى على تضارب في المصالح^(٣).

وجدير بالذكر أن مسؤولية المدراء في هذا الصدد ليست مطلقة، وذلك بالنظر إلى أن تردى الأوضاع الاقتصادية للشركة أو حتى إفلاسها قد يتسبب فيه عوامل أخرى؛ مثل الأزمات المالية العالمية وتقلبات أسعار الصرف وغيرها... بالإضافة إلى أن المساهمين يمكن أن ينسب لهم تقصير في هذا الصدد، يتمثل في سوء مراقبة إدارة الشركة والحد من إساءتها الإدارية، بحكم ما لهم من حق في الرقابة والعزل^(٤).

ومن ناحية أخرى يجد الحكم الخاص بتحمل المدير مسؤولية ما تبقى من ديون الشركة تأصيله في أن إحالة الشركة إلى الغير كأحد حلول الإنقاذ لا يستند على ما يتوافر من أموال لدى هذا الغير لسداد ديون الشركة، بقدر ما يستند على ضمان استمرارها والحفاظ على العمالة وتطهير ديونها. ومن ثم فإن مثل هذا الفرض سوف

(١) راجع:

Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *the Corporate Contract*, 89 COLUM. L. REV. 1416, 1419-21 (1989).

(٢) راجع:

Senior ARONSON, et al., *Defendants Below, Appellants, v. Harry LEWIS, Plaintiff Below, Appellee*, Supreme Court of Delaware, March 1, 1984.

(٣) راجع:

Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945 (1989), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1150>

(٤) راجع:

Martin Lipton and Steven A. Rosenblum, *New System of Corporate Governance: The Quinquennial Election of Directors*, *The University of Chicago Law Review*, 196-97 (1991), p187.

يؤدي إلى عدم الوفاء بالديون المستحقة للدائنين، الأمر الذي يتحمله المدير بضوابط معينة تضمن ثبوت مسؤوليته.

وقد شهد موقف القانون التونسي تطوراً في هذا الصدد. حيث كان الفصل (٤٩) من قانون الإنقاذ التونسي القديم ينص على " خلافاً للفصل ٢٩٢ من مجلة الحقوق العينية، تطهر المؤسسة، عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة وتنتقل ملكية المؤسسة إلى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن، ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين. ولهم حق المطالبة الفردية ضد الشركة والضامنين والمتضامنين معه فيما تبقى من ديونهم". فقد قرر هذا النص صراحة أن الشركة عند إحالتها تطهر من جميع ديونها، حتى الممتازة منها. وأن الدائنين يستردون حقوقهم في المطالبة الفردية فيما تبقى لهم من ديون في مواجهة الشركة والضامنين والمتضامنين. وقد تغير هذا الموقف بصدور قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦، الذي نص الفصل (٤٦٤) منه على "خلافاً لمقتضيات الفصل ٢٩٢ من مجلة الحقوق العينية، تطهر المؤسسة عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة وتنتقل ملكيتها إلى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين. وبالنسبة للعقود الجارية التي أذنت المحكمة بمواصلة العمل بها وفق أحكام الفصل ٤٦١ من هذه المجلة، يحل المحال إليه محل المتعاقد المحال عنه في ما له من حقوق والتزامات اكتسبت أو حل أجلها منذ تاريخ الإحالة".

وقد لوحظ أن هذا النص قد خلا مما يفيد منح الدائنين حق المطالبة الفردية في مواجهة الشركة أو المتضامنين. ثم عاد المشرع في نص الفصل (٥٧٥) وقرر أنه لا يمكن للدائنين استرجاع حق المطالبة الفردية ضد المدين والضامنين والمتضامنين معه فيما تبقى من ديونهم بشكل مطلق، ولكنه قيد هذا الأمر بقيود معينة، تتمثل في أن حق المطالبة الفردية لا يكون إلا بالنسبة:

١/ للأموال المكتسبة قبل تاريخ الإحالة.

٢/ للأموال المكتسبة بعد تاريخ الإحالة بشرط ثبوت تمويلها بأموال مكتسبة قبل هذا التاريخ.

١٣٧- ويخضع التتبع الفردي وفق هذه النصوص الجديدة لمجموعة من القيود؛ أهمها:

أ/ الشروط الشكلية:

١٣٨- وتتعلق الشروط الشكلية بأطراف عملية التتبع، وهم:

١/ صاحب الصفة فى المطالبة الفردية(المدعى):

الدائنون هم أصحاب الحق فى المطالبة الفردية، يستوى فى ذلك أن يكونوا من الدائنين العاديين أو الممتازين.

٢/ المدعى عليه:

يحق للدائنين مطالبة كل من:

الشركة: وذلك باعتبارها المسئولة الرئيسية عن الديون.

الضامنين: وهم من يضمنون قيام الشركة بالوفاء بدينه، وإلا قام الضامنون بالوفاء سواء بشكل كلى أو جزئى.

ب/ الشروط الموضوعية:

١٣٩-لا يمكن للدائنين استئناف إجراءات التتبع فى مواجهة مدير الشركة بعد إحالتها إلا بتوزيع متحصل ثمن الإحالة على الدائنين. ولا يكفى فى هذا الصدد مجرد صدور الحكم بالإحالة من المحكمة ودفع الثمن لمباشرة التتبعات الفردية. وتتجلى الحكمة من وراء هذا الشرط فى أن الدائن يكون من ذلك التاريخ على علم بالجزء المتبقى من دينه ولم يتم الوفاء به.

ومن ناحية أخرى حرص قانون الإجراءات الجماعية على التغيير من موقف النص السابق، الذى كان يعطى الحق للدائنين بشكل مطلق فى استئناف إجراءات المطالبة الفردية، حيث فرض شروطاً، تتمثل فى أن حق المطالبة الفردية لا يكون إلا بالنسبة:

١/ للأموال المكتسبة قبل تاريخ الإحالة.

٢/ للأموال المكتسبة بعد تاريخ الإحالة بشرط ثبوت تمويلها بأموال مكتسبة قبل هذا التاريخ.

ولعل التنظيم السابق ينصرف للمدير الشريك المتضامن فى شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة، حيث إن النصوص السابقة لم تصرح بانصراف حكمها

إلى المدير بصفته، وإنما إلى المتضامنين مع الشركة. ولا يتصور أن يكون مدير الشركة متضامنا مع الشركة في الوفاء بديونها إلا عندما يكون من الشركاء المتضامنين.

ويلاحظ على التنظيم السابق أنه لم يؤسس لمسئولية المدير بناء على فكرة الخطأ أو حتى الضرر (المسئولية الموضوعية)، وإنما على أساس فكرة التضامن في المسئولية. ومن ثم ستكون هذه المسئولية مقصورة على المدير المتضامن فقط. وكنا نود لو أضيف إلى ذلك تقرير مسئولية كل مدير للشركة عن الديون التي تكبدها الشركة نتيجة تجاوزه حدود سلطاته أو إساءة استعمال سلطاته، مما أدى إلى اضطراب الأوضاع المالية لها. وأن تؤسس مسئوليته على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، حيث إن مثل هذا الحكم سيضفي مزيداً من الجدية والضمآن للدائنين.

٢/ التحفظ على المكاسب:

١٤٠- بالإضافة إلى قدرة الدائنين على التتبع الفردي فيما تبقى من دين، نصت المادة (٤٤٨) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ على " يتولى رئيس المحكمة أو القاضى المراقب أو المحكمة تحرير تقرير يرفعه فوراً إلى وكيل الجمهورية كلما تبين له من وثائق الملف وجود اختلاسات أو غيرها من الأفعال التي من شأنها أن تشكل جريمة تتعلق بتسيير المؤسسة على معنى التشريع الجاري به العمل. ويمكن للنيابة العمومية أن تطلب من القاضي الاستعجالي وضع المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة لمن يشتبه في مسئوليته عن تلك الأفعال قيد الائتمان".

والملاحظ على هذا النص أنه استخدم عبارة واسعة الدلالة، وهي " لمن يشتبه في مسئوليته"، الأمر الذي يوحي بأن النيابة العامة تستطيع أن تطلب التحفظ على أى شخص تفيد الدلائل على تورطه في أى جريمة لها علاقة بتسيير الشركة. ومما لاشك فيه أن مدير الشركة هو من أكثر الأشخاص الذين من الممكن أن يدخلوا في دائرة الاتهام، وذلك بحكم تأثيره المباشر والقوى على تسييرها.

وجدير بالملاحظة، أن إجراءات التحفظ سابقة الذكر لا تحمل معنى العقوبة الجنائية، بقدر ما تدرج تحت مسمى التدابير الاحترازية للحيلولة دون تهريب أموال الشركة.

ويمكن أن تلعب هذه الأموال دورًا كبيرًا في حالة مصادرتها في سداد ديون الشركة، والتخلص من التزاماتها تجاه الدائنين.

وقد أقر القانون الفرنسي المصادرة كجزء يوقع على المدير الذي يتحصل على أموال الشركة^(١).

ولم يرد في قانون إعادة الهيكلة المصري نص مماثل لما عليه حال القانون التونسي، وهو ما يمثل قصورًا شديدًا يجب تداركه من خلال إعادة النص صراحة على وضع المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة لمن يشتبه في مسؤوليته عن تلك الأفعال قيد الائتمان، وذلك لتوسعة نطاق المسؤولين الذين يمكن مطالبتهم.

المطلب الثالث

شهر إفلاس مدير الشركة

١٤١- الأصل وفق أحكام قوانين الشركات في مصر، أن الشركة كشخص معنوي مستقل تتحمل تبعات التصرفات التي يمارسها مديرها باسمها ولحسابها، مادام أنه لم يتجاوز حدود اختصاصاته. كما أن الشركة تسأل حتى عن التصرفات التي تجاوز فيها المدير حدود اختصاصاته، متى لم تلتزم الشركة بإشهار هذه الاختصاصات، وكان الغير حسن النية^(٢).

ورغم كل هذا، فقد أورد قانون التجارة المصري نصًا كاملًا حمل عديدًا من الاستثناءات على الحكم السابق، كان أهمها:

١/ قضت المادة (١/٧٠٤) أنه إذا طلب شهر إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضى أيضًا بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه

(١) راجع:

R. 123-169-1, Décret n°2007-750 du 9 mai 2007 - art. 27 - JORF 10 mai 2007.

(٢) راجع: د. محمد سيد رزق حرب، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة - دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٧٣.

الخاص وتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة. والملاحظ أن هذه المادة أعطت المحكمة سلطة تقديرية، يكون لها بموجبها أن تقضى بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه وتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة. وعلى الرغم من أن هذا النص لم يُشير إلى المدير بشكل خاص ومباشر، فإنه الأكثر عرضة لتطبيق هذا النص، وذلك بحكم سيطرته على أموال الشركة، ومن ثم إمكانية التصرف فيها كما لو كانت أمواله الخاصة. واللافت للانتباه أن هذا النص لم يشترط لشهر إفلاس المدير أن يكون حاملاً لصفة تاجر، الأمر الذي قد يفهم منه أن هذه المسؤولية سوف تقتصر فقط على المدير الحامل لصفة التاجر.

٢/ قضت المادة (٢/٧٠٤) أنه إذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي لوفاء ٢٠% على الأقل من ديونها، جاز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أن تقضى بإلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم أو بغير تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شئونها عناية الرجل الحريص. والواضح من هذا النص أنه وضع قرينة بسيطة تتمثل في افتراض مسؤولية مدير الشركة في حالة إفلاسها واكتشاف أن موجوداتها لا تكفي لوفاء ٢٠% على الأقل من ديونها، وذلك دون حاجة لإثبات خطأ المدير في هذه الحالة، حيث إنه مفترض. فتدنى قيمة موجودات الشركة إلى الحد الذي يجعلها غير كافية لوفاء ٢٠% من ديونها على الأقل معيار تحكمي استدلل المشرع من خلاله على أن إفلاس الشركة يعود إلى إهمال المدير ورعونته في إدارتها. لكن هذه القرينة ليست قاطعة، حيث يمكن للمدير أن ينفي هذه المسؤولية، بإثبات أنه بذل في تدبير شئون الشركة عناية الرجل الحريص.

٣/ قضت المادة (٣/٧٠٤) ويجوز للمحكمة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب قاضي التفليسة أن تقضى بإسقاط الحقوق المنصوص عليها في المادة (٥٨٨) من هذا القانون عن أعضاء مجلس إدارة الشركة أو مديريها الذين ارتكبوا أخطاء جسيمة أدت إلى اضطراب أعمال الشركة وتوقفها عن الدفع. وتتعلق المادة (٥٥٨) بإسقاط بعض الحقوق السياسية والمهنية والتجارية، كشكل من أشكال العقوبة. ومن ثم إذا

ثبت أن مدير الشركة ارتكب أخطاء جسيمة كانت سبباً مباشراً في إفلاس الشركة أو توقفها عن الدفع (كما لو دخل مضاربات جزافية أو تقاعس عن حماية مصالح الشركة)، فإنه يحرم من مزايا ممارسة الحقوق السياسية والمهنية والتجارية. والملاحظ على النص السابق بقراته المختلفة أنه عالج مسؤولية المدير بأشكال أو صور مختلفة، لكن جميعها مقصورة على حالة إفلاس الشركة. بمعنى أنه لو صدر عن المدير أى شكل من أشكال التقصير أو الإهمال الذى تسبب فى الإضرار بالمركز المالى للشركة، فإنه لن يسأل، مادام الأمر لم يصل بعد إلى حد إفلاسها أو توقفها عن الدفع.

ولعل هذه النظرة المحدودة للمشرع المصرى يقف وراءها غياب فلسفة الإنقاذ بمعانيها المختلفة عن ذهنه وقت وضع قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الأمر الذى تسبب فى بلورة جميع مفردات المسؤولية بما يخدم الإفلاس وأهدافه. ولعل هذه النظرة لم تعد ملائمة لواقع مسؤولية المدير بما يتناسب مع أهداف الإنقاذ وإعادة الهيكلة، الأمر الذى يجب معه تقرير مسؤولية المدير عن الأعمال التى من شأنها إضعاف المركز المالى للشركة حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد توقفها عن الدفع وشهر إفلاسها.

وعن الوضع فى القانون التونسى، فقد حرص على التأكيد على حق المحكمة فى إشهار افلاس مدير الشركة فى حالة إشهار إفلاس الشركة، وذلك متى ثبت أنه تستر بالشركة لممارسة أنشطة لمنفعته الخاصة^(١). وهو ما أخذ به المشرع الفرنسى أيضاً^(٢).

١/ المدراء المسئولون:

١٤٢- الملاحظ على الصياغة التى جاء بها القانون التونسى أنها اتسمت بالعمومية الشديدة، وذلك على النحو الذى يسمح بامتداد حكمها لكل مدير سواء أكان مديراً قانونياً معيناً بموجب العقد التأسيسى للشركة أو أى اتفاق لاحق، أو وكيله. كما يمتد هذا الحكم أيضاً لكل مدير فعلى، وهو كل شخص يمارس الصلاحيات المخولة للمدير

(١) راجع الفصل (٥٦٩) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.
L. 653-6, Ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 - art. 6. (٢) راجع:

القانونى فى مواجهة الغير وتكون ملزمة للشركة، دون أن يكون له تسمية قانونية فى عقدها أو نظامها الأساسى.

وتحديد من يُعد مديرا أو مسيرا فعليا، هى مسألة واقع يتولى تحديدها قاضى الموضوع. وهو يحدد هذا الأمر فى ضوء عدة معايير: أهمها؛ ممارسة نشاط إيجابى فى الإدارة، كما لو حل محل المدير القانونى فى إدارة شئون الشركة بشكل عملى ولموس، ولا يقتصر الأمر على مجرد إبداء الآراء والتوصيات. أيضا يعتمد القضاء فى تحديد صفة المدير الفعلى على ما يتمتع به الشخص من حرية أو استقلالية فى تسيير الشركة وإدارتها. أيضا من المعايير التى يعتمد عليها القضاء تكرار وقوع أعمال الإدارة^(١). ولا يجوز لمن تثبت له صفة المدير الفعلى أن يتخلص من مسؤوليته بدعوى عدم وجود صفة قانونية له فى إدارة الشركة^(٢).

٢/ أساس مسؤولية مدير الشركة ووسائل دفعها:

١٤٣- عكس نص المادة (٧٠٤) سالف الذكر نوعا من التشدد فى مواجهة مدير الشركة، وذلك عندما قرر تأسيس مسؤوليته على فكرة الخطأ المفترض؛ فمجرد إفلاس الشركة تقوم مسؤولية المدير، دون حاجة إلى إثباتها من قبل الطالب، ويكتفى بالاستشهاد على ذلك بتقرير الخبير أو أمين التفليسة.

ولعل هذه المسؤولية المشددة لمدير الشركة تجد تبريرها فى مبادئ الإدارة الرشيدة ودعم حقوق الشركاء فى الشركاء ومصالح المتعاملين معها وحمايتهم، وهو ما أكدته مبادئ حوكمة الشركات وقواعدها، والتى حرصت مصر على أن تتبناها^(٣).

ويعكس هذا الأساس قدرا كبيرا من التوازن، حيث أعفى الطالب من إثبات خطأ المدير لصعوبة هذا الأمر من الناحية العملية، بحكم سيطرته على مستندات الشركة وخصوصياتها، الأمر الذى يبرر جعل مسؤوليته مفترضة. ومن ناحية أخرى، نجد أن مسؤولية المدير ليست قطعية، وإنما يمكنه دفعها وهدم القرينة بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه.

(١) د. شيبانى نصيرة، هوية المسير فى ظل الشركة التجارية، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول لسنة ٢٠١٣، ص ٢٢٩.

(٢) د. منصف الكشو، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات إقتصادية، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) راجع: دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية، فبراير ٢٠١١، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها.

ويقدر الخطأ هنا بمعيار موضوعي وفق رؤية وتقدير المحكمة التي تقدر حقيقة عدم صدور الخطأ من المدير من عدمه. كما لو أثبت أن الضرر الذي لحق الشركة وقع على أثر التقلبات السريعة وغير المتوقعة لحركة الأسواق العالمية كانت السبب الحقيقي وراء حدوث الأزمة.

والملاحظ على موقف المشرع التونسي في هذا الصدد، أنه لم يبين مسؤولية المدير على ذات الأساس الذي تبناه المشرع المصري. وإن كانت الصياغة التي ظهر عليها نص الفصل (٥٨٩) توحي بأن مسؤولية المدير قائمة على الخطأ واجب الإثبات^(١)، حيث يكلف صاحب الصفة في طلب شهر إفلاس المدير بإثبات خطئه الجسيم المنطوي على التستر بأموال الشركة والتصرف فيها كما لو كانت أمواله الخاصة. وبالطبع، يحق للمدير وفقاً للقواعد العامة أن يدفع مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه.

وقد أضاف المشرع التونسي سبباً آخر يمكن للمدير أن يدفع به مسؤوليته — لم يعرفه القانون المصري — وهو سقوط دعوى المسؤولية بمضي المدة. حيث قرر سقوط الدعوى بإفلاس المدير بعد أكثر من ثلاث سنوات من صدور الحكم بإفلاس الشركة^(٢).

ولعل الحكمة من وراء هذا الحكم يتمثل في سرعة استقرار الأوضاع، حتى لا يبقى المدير مهدداً بالملاحقة القضائية عن عجز الشركة مدة زمنية طويلة. والملاحظ أن المشرع المصري في قانون التجارة لم يقرر أجلاً لسقوط دعوى مسؤولية المدير كما فعل نظيره التونسي في هذا الصدد.

٣/ صاحب الصفة في دعوى مسؤولية المدير:

١٤٤ - حرص قانون التجارة المصري على منح قاضي التفليسة الصفة في دعوى دفع ما تبقى من ديون الشركة أو شهر إفلاس مدير الشركة، أو إسقاط الحقوق المهنية والاقتصادية والسياسية عن المدير.

(١) وقد نص الفصل (٥٨٩) من قانون الإجراءات الجماعية على " إذا تم تفليس شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركاً بينها وبين كل شخص التجأ إلى التستر بها لإخفاء تصرفاته وقام لمنفعته الخاصة بأعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما ولو كانت مكاسبه الخاصة.

(٢) راجع الفصل (٥٩١) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

وقد حرص المشرع التونسي على توسعة نطاق أصحاب الصفة في رفع الدعوى ضد مدير الشركة أو لتقرير مسؤوليته عن العجز، حيث سمح لكل من^(١):
١/ الدائنين: وذلك بالنظر إلى أنهم أصحاب الصفة الأصليين في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالإفلاس وبرامج الإنقاذ، كونهم أصحاب الدين والأكثر حرصًا على استيفائه.

٢/ أمين التفليسة: وذلك بالنظر إلى أن القائم على مباشرة ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات، ومباشرة الدعاوى القضائية المرتبطة بذلك.

٣/ المدير القضائي: وقد كان غريبًا أن يذكر المشرع التونسي المدير القضائي ضمن أصحاب الصفة في دعوى مسؤولية المدير، وذلك بالنظر إلى أنه دوره ينصرف في الأساس إلى مراقبة أعمال التصرف في إدارة الشركة عند إعداد برنامج الإنقاذ، ويحل مراقب التنفيذ محله، ولكنه ليس ممثلًا قانونيًا عن جماعة الدائنين أو الشركة من حيث الأصل.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد يتعلق بإمكانية قيام مراقب التنفيذ برفع مثل هذه الدعاوى، رغم أن النص لم يقرر له ذلك صراحة؟

ويبدو لنا من خلال مطالعة نص الفصل (١٢١) من مجلة الشركات التجارية التونسي أن المشرع انصرف ذهنه إلى حلول مراقب التنفيذ محل المدير القضائي في رفع الدعاوى خلال فترة التنفيذ، لأنه من غير المتصور قيام المدير القضائي بهذه المهمة خلال فترة المراقبة، بالنظر إلى أن العجز لا يظهر إلا بعد التصديق على التسوية القضائية، وإغلاق التفليسة من قبل أمينها.

والأفضل بالنسبة للمشرع المصري أن يعدل من موقفه، وذلك بمنح الدائنين وكذلك أمين التفليسة أو مراقب التفليسة.

ولعل مثل هذا التنظيم الذي يقر المسؤولية المدنية للمدير في حالة إفلاس الشركة أمر يتسم بالجدية، خاصة لما له من انعكاسات تدفع المديرين إلى الالتزام بحسن إدارة المؤسسات والشركات التجارية.

(١) راجع الفصل (١٢١)، مجلة الشركات التجارية، الرائد الرسمي، عدد ٨٩ بتاريخ ٩ نوفمبر لسنة ٢٠٠٠، المنقح بالقانون عدد ١٦ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ١٦ مارس ٢٠١٦.

الفصل الرابع

الطعن على أحكام التسوية وسلطة المحكمة فى إنهاء بعض العقود الجارية

١٤٥- يقسم الحديث عن الطعن على أحكام التسوية إلى أحكام خاصة بالطعن على الأحكام السابقة على حكم التسوية القضائية، والطعن على حكم المصادقة على التسوية الرضائية، وذلك على التفصيل التالى:

المبحث الأول

الطعن على أحكام التسوية

١٤٦- من الغريب أن يقرر قانون إعادة هيكلة المصرى فى المادة (١٢) منه أن قرارات قاضى الإفلاس فى جميع الأحوال الخاصة بالتسوية أو إعادة الهيكلة نهائية فى جميع الأحوال، ولا يجوز الطعن عليها.

ولا نجد مبررًا لجعل أحكام القاضى بخصوص مسائل التسوية وإعادة الهيكلة نهائية محصنة ضد الطعن، خاصة وأن هناك عديد من دواعي الاعتراض على مثل هذه الأحكام لتعلقها بمصير الشركة وحقوق الدائنين، وقد يصدر الحكم من القاضى غير محقق لمصلحة أحد الأطراف، الأمر الذى يبرر وبقوة ضرورة تنظيم آلية للطعن والاعتراض على هذه الأحكام.

وقد حرص المشرع التونسى فى قانون الإنقاذ على تنظيم طرق للطعن على أحكام التسوية؛ حيث نص الفصل (٥٦٤) على " يمكن الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة فى مادة التسوية القضائية من الشركة أو الدائنين أو المحال له أو المكتري أو النيابة العمومية فى أجل عشرين يوما من تاريخ نشرها بالرائد الرسمى للجمهورية التونسية. كما يمكن الاعتراض على تلك الأحكام من الغير فى نفس الأجل".

والملاحظ على هذا النص أنه عالج وبوضوح إمكانية الطعن على الأحكام الصادرة فى التسوية القضائية حيث تنظيم الإجراء وأجاله. لكنه سكت عن الأحكام السابقة على صدور حكم التسوية القضائية؛ مثل الحكم الخاص بوقف التنفيذ، والحكم الخاص بالمصادقة على برنامج الإنقاذ، الأمر الذى يثير تساؤلًا حول مدى استيعاب النص السابق لهذه الأحكام من حيث إمكانية الطعن عليها. ومن ثم سوف نعرض بنظرة

تحليلية للنصوص التي نظمت اجراءات الطعن ومدى استيعابها لهذه الاحكام؛ وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

الطعن على حكم وقف إجراءات التقاضي والتنفيذ

١٤٧- تقتضى معالجة هذا الموضوع التعرض للطعن على حكم وقف إجراءات التقاضي والتنفيذ، ثم للطعن على حكم فتح إجراءات التسوية القضائية، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ الطعن على حكم وقف إجراءات التقاضي والتنفيذ قبل بدء التسوية:

١٤٨- تشكل أحكام تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ قيدياً على الدائنين في استيفاء ديونهم، لذلك تبدو لهم مصلحة قوية في الطعن عليها، سواء لإلغائها تماماً أو لتقليل مدتها. ويقتضى الأمر التعرض للطعن على أحكام وقف التنفيذ الخاصة بالديون السابقة على فتح التسوية، والطعن على أحكام وقف التنفيذ الخاصة بالديون السابقة على فترة المراقبة، وذلك على التفصيل التالي:

١/ الطعن على حكم وقف التنفيذ الخاص بالديون السابقة على بدء التسوية:

١٤٩- من خلال مطالعة قانون الإجراءات الجماعية التونسي لسنة ٢٠١٦ يلاحظ أنه نص في الفصل (٤٢٧) على أنه "لا يمكن لرئيس المحكمة أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استخلاص دين سابق لتاريخ فتح التسوية الرضائية إلا إذا تبين له أن في أدائه تعكيراً لوضع المؤسسة وعرقلة لإمكانية إنقاذها، كما ليس له أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استرجاع منقولات أو عقارات إلا إذا تبين أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدينة. ويجوز له أن يأذن بتعليق آجال السقوط. ويبين في الإذن أعمال التنفيذ التي يأذن بتعليقها. ولا يقرر رئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ إلا بعد استدعاء الدائن والكفيل أو الضامن وكل مدين متضامن طبق القانون لسماع أجوبتهم. ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن. ولا يمكن لرئيس المحكمة المتعهددة بمطلب التسوية الإذن بتعليق إجراءات تنفيذ حكم متعلق بمستحققات عامل إلا إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ المؤسسة. وتستثنى من ذلك المبالغ غير القابلة للحجز من

مستحقات العملة. وتُبين في الإذن الأعمال التي يأذن بتعليقها. وينتهي التعليق آلياً بصدور قرار في مطلب التسوية الرضائية".

ويلاحظ على النص السابق أن وقف التنفيذ الخاص بالديون السابقة على فتح التسوية لا يقع بقوة القانون، وإنما بموجب حكم من المحكمة بناء على طلب من الشركة، أي إنه يتوقف على السلطة التقديرية للمحكمة.

وقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول بأن الحكم الصادر بوقف التنفيذ على مقصود النص السابق غير قابل للطعن عليه. ويرر ذلك بأن المدة الزمنية لوقف الإجراءات في هذه الحالة قصيرة، وسوف تستمر لفترة بسيطة بين تقديم طلب التسوية واستطلاع رأى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية والبت في الطلب، ومن ثم لا جدوى من وقف التنفيذ، بالنظر إلى أن إجراءات الطعن قد تستغرق زمناً أطول من مدة وقف التنفيذ.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي؛ حيث إن ارتباط وقف التنفيذ من عدمه بالسلطة التقديرية للمحكمة أمر يبرر ضرورة الطعن، بالنظر إلى وجود شبهة الخطأ أو سوء التقدير من قبل المحكمة، الأمر الذي يجب معه إتاحة الفرصة للطعن لتدارك هذه السلبات. أما عن قصر المدة الزمنية التي قد يستغرقها وقف التنفيذ والتي لا تبرر الطعن، فإن ذلك مردود عليه بأن مصلحة الطاعن قد تظهر في الطعن على وقف التنفيذ رغم ذلك، الأمر الذي لا يجب الحجر على حقه في تلافى الأضرار عن الحكم من خلال الطعن عليه.

٢/ الطعن على حكم وقف التنفيذ الخاص بالديون السابقة على فترة المراقبة:
١٥٠- نص أيضاً الفصل(٤٤٩) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي على أنه "يتعطل خلال فترة المراقبة ولمدة لا تتجاوز في جميع الحالات اثنا عشر شهراً كل عمل تنفيذي يرمي إلى استخلاص ديون سابقة لفترة المراقبة أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين كما يتوقف خلال الفترة نفسها سريان جميع الفوائد وغرامات التأخير وتعلق آجال السقوط. ويرفع تعليق إجراءات التنفيذ و

(١) د.منصف الكشو، المرونة الواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٧٨.

آجال السقوط آليا بانتهاء فترة المراقبة وفي جميع الحالات في الأجل الأقصى المبين أعلاه. ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن. ولا تعلق إجراءات التنفيذ ولا يتوقف سريان جميع الفوائد وغرامات التأخير ولا تعلق آجال السقوط في صورة تقديم مطلب التسوية من قبل أحد الدائنين وتخلف الشركة عن تقديم كافة الوثائق المطلوبة دون سبب جدي، ويصرح رئيس المحكمة بذلك في قرار فتح فترة المراقبة. فإن قدمها يعاين رئيس المحكمة تحقق الشرط ويصرح فورا بتعليق إجراءات التنفيذ وتوقيف سريان جميع الفوائد وغرامات التأخير وتعليق آجال السقوط. ولا يجري تنفيذ حكم متعلق بمستحقات عامل إلا بإذن من رئيس المحكمة بشرط أن لا يكون من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ المؤسسة. ويستثنى من ذلك المبالغ غير القابلة للحجز من مستحقات العملة. ولا يترتب عن التوقف عن خلاص قسط من أقساط دين حلول بقية الأقساط خلال فترة المراقبة وذلك بصرف النظر عن كل اتفاق مخالف. ويترتب عن فتح فترة المراقبة تعليق إجراءات العقل^(١) المضروبة على أموال المؤسسة في الطور الذي بلغته. وتودع المحكمة المتعهدة بالعقلة الملف بكتابتها. ويرفع التعليق آليا في صورة الحكم برفض طلب التسوية. وفي صورة الحكم بمواصلة النشاط أو بإحالة المؤسسة أو بكرائها^(٢) أو بكرائها كراء مشفوعا بإحالتها أو بإعطائها للغير في إطار وكالة حرة، ترفع العقل آليا. ولا يشمل التعليق المنصوص عليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل الديون التي يحل أجل الوفاء بها خلال فترة المراقبة ولو كانت نشأتها سابقة عن فتح فترة المراقبة".

ويتضح من النص السابق أن وقف التنفيذ طبقاً له يقع بقوة القانون، أي بدون سلطة تقديرية من المحكمة. ومن ثم يبدو لنا أن مثل هذه الحالة لا تقبل الطعن عليها، وذلك بالنظر إلى عدم إمكانية مخالفة حكم القانون لا من محكمة الدرجة الأولى أو من محكمة الاستئناف. وبالتالي مثل هذه الأحكام على معنى النص السابق لا تقبل الطعن عليها.

(١) يقصد بكلمة العقل "التنفيذ".

(٢) يقصد بكلمة كراء "إيجار".

ويبرر عدم الطعن على وقف التنفيذ في هذه الحالة بمنح المدير القضائي مجالاً واسعاً كي يبحث في فرص إنقاذ الشركة، دون أن تكون خاضعة للملاحقة بالإجراءات التنفيذية، التي قد تؤدي إلى تعطيل برنامج الإنقاذ، لأن من شأنها انشغال الشركة بتفادي إجراءات التنفيذ وضغوط الدائنين، على حساب تنفيذ برنامج الإنقاذ. ثانياً/ الطعن على حكم وقف التنفيذ الخاص ببدء إجراءات التسوية القضائية:

١٥١- تحدثت الفصول (٤٢١) و(٤٣٢) و(٤٣٦) من أحكام قانون الإجراءات الجماعية التونسي عن صلاحية رئيس المحكمة باتخاذ إجراءات فتح التسوية القضائية وانطلاق فترة المراقبة، سواء تم تقديم الطلب من الشركة أو من أحد الدائنين أو بناء على إخطار من قبل لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية، وذلك بما له من سلطة ولاية تخوله اتخاذ القرارات، حتى في ظل غياب الأطراف ودون مواجهة. ولاشك في أن اتخاذ مثل هذا القرار من شأنه تعطيل جميع إجراءات التتبع والتنفيذ التي يستهدف الدائنون من ورائها الحصول على ديونهم، الأمر الذي يشكل لهم ضرراً، فتبدو لهم مصلحة في الطعن على فتح إجراءات التسوية القضائية. وقيام رئيس المحكمة بالإذن باتخاذ إجراءات فتح التسوية يعد من قبيل الأوامر على عرائض، التي لا تخضع من حيث الأصل إلى الطعن عليها بالطرق العادية للطعن، وإنما بالتظلم.

ويتضح من كل ما سبق أن المشرع التونسي لم ينظر لقرار فتح التسوية القضائية على أنه حكم قضائي، وإنما هو من قبيل الأعمال الولائية، التي لا تقبل الطعن بالطرق القضائية. ومن ناحية أخرى يكشف هذا الموقف عن توجه المشرع التونسي نحو تقليل الإجراءات واختصارها بغية الإسراع فيها، خاصة وأن مثل هذه القرارات لا تمس أصل النزاع ولا ترتب حقوقاً معينة أو تمس مراكز قانونية ثابتة. وحسناً فعل المشرع التونسي؛ حيث إن موقفه ينم عن تمكين المحكمة من اتخاذ الموقف الذي تراه مناسباً، ودون السماح بتعطيل ذلك من خلال الطعن على قراراتها، لما له من أثر سييء على تعطيل إجراءات التسوية.

والملاحظ على موقف القانون الفرنسي في هذه المسألة تحديداً أنه سمح بالطعن بالاستئناف على قرار فتح التسوية من الشركة والدائن وأيضاً من قبل النيابة العامة

والغير. كما سمح للنيابة العامة أن تطعن حتى على تعيين أشخاص التسوية (المديرين القضائيين أو المصنفين باستثناء القاضى المراقب)^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن وفق القانون الفرنسى يتم بإحدى الطرق الآتية:
- الطعن بالاعتراض: وهو الذى يقوم به الغير الذى ليس طرفاً فى إجراءات التسوية، والذى له مصلحة فى الاعتراض على إجراءات فتح التسوية.
- الطعن بالاستئناف: يحق للمدين والدائن طالب التتبع وللنيابة العامة القيام به، شريطة أن يتم خلال الآجال المقررة.
- الطعن بالنقض: وهو الذى يستهدف الحكم الصادر فى الاستئناف، ويقدم من قبل الشركة أو الدائن أو النيابة العامة.

المطلب الثانى

الطعن على حكم المصادقة على برنامج الإنقاذ

١٥٢- تمر المصادقة على برنامج الإنقاذ بعدد من المراحل التى تصدر خلالها المحكمة مجموعة من الأحكام، الأمر الذى يثير تساؤلاً حول الأحكام القابلة للطعن، وآجاله، وذلك على التفصيل التالى:
أولاً/ الحكم القابل للطعن:

١٥٣- شهدت أحكام الطعن على أحكام المصادقة على برنامج الإنقاذ عدة تطورات فى القانون التونسى؛ ففى قانون الإنقاذ لسنة ١٩٩٥ قرر الفصل (٥٣) أن الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف هى الأحكام الأصلية التى قضت ببرنامج الإنقاذ وفق الحالات المحددة فى الفصل (٣٨) من القانون^(٢).
ويلاحظ على موقف هذا القانون أمران:

الأول/ أن الأحكام التى تقبل الطعن هى فقط الأحكام الأصلية الصادرة فى مادة التسوية القضائية وليست التمهيدية أو التحضيرية، بالنظر إلى أن الأخيرة تتعلق فى الأساس بتسيير الدعوى ولا تخرج عن ولاية المحكمة التى تنظرها.

(١) راجع:

L. 661-1, LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 238 (V).

(٢) نص الفصل (٥٣) من قانون الإنقاذ التونسى لسنة ١٩٩٥ على " يمكن الطعن عن طريق الاستئناف فى الأحكام الصادرة فى مادة التسوية القضائية فيما عدا التصريح بالإفلاس وكذلك الاعتراض عليها من الغير، فى ظرف عشرين يوماً وتحسب الآجال من تاريخ النشر إن كانت خاضعة للإشهار أو من تاريخ صدور الحكم فيما عدا ذلك".

الثاني/ أن الأحكام الصادرة بالاستئناف في مجال التسوية القضائية أحكاماً نهائية، حيث لم يرد في هذا القانون أي ذكر لإمكانية الطعن بالنقض على هذه الأحكام. والملاحظ أن المشرع التونسي قد تبنى موقفاً مغايراً في قانون الإنقاذ لسنة ٢٠١٦، حيث نص الفصل (٥٦٣) منه على أن " يكون الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى فسخ اتفاق التسوية الرضائية في أجل عشرين يوماً من تاريخ صدوره. ويكون الطعن بالتعقيب في الحكم الاستئنافي في أجل عشرين يوماً من تاريخ صدوره".

نص أيضاً الفصل (٥٦٤) من قانون الإنقاذ على أنه " يمكن الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية من المدين أو الدائنين أو المحال له أو المكثري أو النيابة العمومية في أجل عشرين يوماً من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية. كما يمكن الاعتراض على تلك الأحكام من الغير في نفس الأجل".

ويتضح أن هذه النصوص قد أضافت تعديلات على النص السابق؛ أهمها إمكانية الطعن بالنقض فقط على أحكام الاستئناف الصادرة فقط في دعوى فسخ اتفاق التسوية الرضائية، على أن تبقى باقي الأحكام الأخرى الصادرة في مادة التسوية لا تقبل الطعن عليها بالنقض. ومن ناحية أخرى وسع النص السابق من نطاق الأشخاص الذين يمكنهم الطعن على الحكم؛ ليشمل المدين أو الدائنين أو المحال له أو المكثري أو النيابة العمومية. ولم تظهر النصوص السابقة مدى إمكانية وقف تنفيذ الحكم على أثر الطعن عليه، لكن يبدو لنا أنه أمر مفترض، حيث يجب وقف تنفيذ الحكم الصادر في التسوية بمجرد الطعن عليه، إلى أن يتم الفصل في هذا الطعن. كما يجب من ناحية أخرى سرعة البت في الطعن.

ولم يتضمن قانون إعادة الهيكلة المصري نصاً يسمح بالطعن على قرار المحكمة بإعادة الهيكلة، رغم أنه نظم إمكانية الطعن على قرارات قاضي الصلح في المادة (٤٢). كما منحت المادة (٤٣) منه للمحكمة السلطة التقديرية في وقف تنفيذ القرار من عدمه حتى تفصل المحكمة في أمره.

والأمر على هذا النحو يكشف عن توجه القانون المصري تجاه الاعتراف بنهاية الأحكام الصادرة بخصوص إعادة الهيكلة، وهو أمر محل نقد، حيث يجب على المشرع المصري عند تناول هذا المشروع بالمناقشة، أن يلتفت لتدارك هذا الأمر، من خلال تقرير إمكانية الطعن، مع تقصير الآجال المقررة لذلك، تقديراً لطول الإجراءات.

وقد استطاع المشرع الإماراتي أن يجسد هذه التوصيات في قانون الإفلاس الجديد، حيث قرر فيه إمكانية الطعن على الأحكام الصادرة بخصوص المصادقة على برنامج إعادة الهيكلة، وقرر أن تكون مدة الطعن خمسة أيام من تاريخ صدور الحكم. وهو بذلك يكون قد سمح بإعادة النظر في قرار محكمة أول درجة لاحتمالية الخطأ أو سوء التقدير من ناحية، وخفض مدة الطعن (خمس أيام) تجنباً لطول الإجراءات من ناحية أخرى^(١).

ومن ناحيته حرص المشرع الفرنسي على السماح بالطعن على أحكام التسوية القضائية، لكنه استثنى منها الأحكام الخاصة بتعيين المفوض القضائي^(٢).

وقد سمح قانون الإفلاس الأمريكي بإمكانية الطعن على أحكام إعادة الهيكلة أمام محكمة الاستئناف. وقد كان من أشهر القضايا التي جسدت هذا الأمر قضية شركة Dow Corning^(٣)، والتي تتلخص وقائعها في أن شركة Dow Corning تقدمت في ١٥ مايو لسنة ١٩٩٥ طواعية بطلب لإعادة الهيكلة طبقاً للفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي. وكانت هذه الشركة وقت تقديم الطلب في حالة إعسار شديدة، حيث وصلت إلى حد التوقف عن الدفع، وقد ظلت في هذه الحالة طوال فترة

(١) نصت المادة (٢/١١١) من قانون الإفلاس الإماراتي على "يجوز الطعن في القرار الصادر عن المحكمة أمام محكمة الاستئناف المختصة خلال (٥) خمسة أيام عمل من تاريخ قرار المحكمة، ولا يترتب على الطعن وقف الإجراءات، ويعد القرار الصادر في الطعن نهائياً". راجع المرسوم بقانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، الجريدة الرسمية العدد (٦٠٤) السنة السادسة والأربعون بتاريخ ٢٠١٦/٩/٢٩.

راجع: (٢) L. 661-4, Ordonnance n°2008-1345

du 18 décembre 2008 - art. 149

راجع: (٣)

United states court of appeals, for the sixth circuit, In re: Bears Terns government securities, INC., et al., v. Dow corning corporation, for the Eastern District of Michigan at Detroit. No. 01-71843—Denise Page Hood, District Judge. Argued: July 27, 2005 Decided and Filed: July 26, 2006

إجراءات إعادة الهيكلة. وقد قبلت المحكمة طلبها واستمرت المفاوضات بينها وبين دائئتها فترة زمنية طويلة، وخلال هذه الفترة استمرت الشركة في ممارسة نشاطها. وبعد الانتهاء من خطة إعادة الهيكلة في عام ١٩٩٩ انطوت الخطة على اتفاق بسداد الديون المستحقة على الشركة (مبلغ مليار دولار) من خلال منح الشركة أجلا للسداد بفائدة ٦.٢٨% وستضاعف بشكل سنوي. وقد اعترض الدائنون أصحاب الديون غير المضمونة على نسبة الفائدة التي حددها الحكم، وهو ما دفعهم إلى استئناف الحكم.

وطبقاً لقانون الإفلاس لا يجوز إقرار الخطة من قبل المحكمة في ظل معارضة فئة من الدائنين الا باستيفاء مجموعة من الشروط، أهمها:

١/ إذا كان الدائنون سوف يحصلون على مبلغ أكبر أو على الأقل مساو لما سوف يحصلون عليه في حالة تصفية الشركة.

٢/ أن الخطة عادلة ومنصفة وفقاً لأحكام الفصل (١١) (11 U.S.C. § see (1)(b)1129).

وقد ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة، وذلك على أساس أن ما سيحصل عليه الدائن بموجب اتفاق خطة إعادة الهيكلة أقل مما سيحصل عليه في حالة تصفية أصول الشركة، لذلك رأت المحكمة أن الخطة غير عادلة أو منصفة. وقد استجابت محكمة الاستئناف بتعديل الخطة من خلال تعديل سعر الفائدة. وقد دخلت الخطة حيز النفاذ بعد تعديلها في عام ٢٠٠٤.

ثانياً/ آجال الطعن:

١٥٤- تفاوتت موقف التشريعات بخصوص تحديد آجال الطعن على الأحكام الخاصة، وإن كانت هذه التشريعات قد حرصت على وضع آجال قصيرة، لسرعة استقرار الأوضاع. حيث حدد المشرع الإماراتي المدة بخمسة أيام^(١)، بينما حددها المشرع التونسي بعشرين يوماً^(٢).

(١) راجع نص المادة (٢/١١١) من قانون الإفلاس الإماراتي المشار إليه سابقاً.

(٢) راجع الفصل (٥٦٤) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

لكن المثير للانتباه أن هذه التشريعات قد اختلفت واقعة احتساب مدة الطعن؛ حيث قرر المشرع الإماراتي بدء سريان مدة الخمسة أيام من تاريخ صدور الحكم، بينما قرر المشرع التونسي بدء سريان مدة العشرين يوماً من تاريخ إشهار الحكم. الأمر الذي أثار تساؤلاً حول سريان الطعن على جميع الأحكام الصادرة في مجال التسوية أم اقتصره فقط على الأحكام التي يجب إشهارها فقط؟

وتبدو أهمية هذا السؤال بالنسبة للقانون التونسي بالنظر إلى أن الحكم الصادر بمواصلة الشركة لنشاطها لا يتم إشهاره، الأمر الذي يعنى وفق حكم النص السابق عدم جواز الطعن على هذا الحكم.

ويبدو لنا أن جميع هذه الأحكام تقبل الطعن، ولكن وفق التمييز التالي:

١/ الأحكام التي يتم إشهارها:

١٥٥- تتعدد الأحكام التي يتم شهرها وفق قانون الإجراءات الجماعية التونسية، وهي الحكم الصادر بإحالة الشركة للغير، والحكم الصادر بالوكالة الحرة لإنقاذ الشركة، والحكم القاضى بانعدام إمكانيات الإنقاذ، والحكم الصادر بالتصريح بحكم التفليس. حيث يجب أن تشهر هذه الأحكام، ومن ثم يقبل الطعن على هذه الأحكام خلال مدة عشرين يوماً من تاريخ النشر بالرائد الرسمى.

٢/ الأحكام التي لا يلزم إشهارها:

١٥٦- إذا قامت المحكمة بالمصادقة على مسألة الإنقاذ بمواصلة الشركة لنشاطها طبقاً لحكم الفصل (٤٥٥) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية لسنة ٢٠١٦، فإن مدة الطعن (عشرين يوماً) سوف تبدأ من تاريخ صدور الحكم.

ثالثاً/ آثار الطعن بالاستئناف:

١٥٧- تدور آثار الطعن بالاستئناف حول تساؤل محدد، وهو مدى قابلية الحكم للتنفيذ رغم الطعن عليه. ولم يعالج قانون إعادة الهيكلة المصرى هذا التساؤل. وهو ما حرص على تداركه قانون الإفلاس الإماراتي الذي قرر صراحة في المادة (٢/١١١) أن الطعن على أحكام إعادة الهيكلة لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون عليه. أيضاً قرر قانون الإنقاذ التونسي في الفصل (٥٦٦) بشكل صريح أن الطعن على الأحكام الصادرة في مادة التسوية يؤدي إلى إيقاف تنفيذ الحكم، إلا إذا كان الطعن

على الحكم من قبل النيابة العامة. وهو بهذا المعنى يكون قد أقر التنفيذ المعجل أو المؤقت للأحكام، الأمر الذى يعكس رغبة المشرع التونسى فى التعجيل فى مساعدة الشركات المعسرة بهدف إنقاذها، بالنظر إلى ما تحظى به إجراءات الإنقاذ من خصوصية، تتمثل فى أن تعطيلها من شأنه أن يفقدها جدواها.

ولم يسلم هذا الموقف من قبل القانون التونسى من أوجه النقد. كان أهمها: أن تنفيذ حكم التسوية قد يؤدي إلى رفع يد الشركة عن إدارة أموالها وتجريدها من كل حقوقها، خاصة إذا تمثلت التسوية فى إحالة الشركة للغير. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان الحكم صادراً بإفلاس الشركة، حيث يؤدي ذلك إلى تجريد المفلس من جميع حقوقه المدنية وتغل يده عن إدارة أمواله، فتزداد هذه النتائج سوءاً، خاصة عندما يؤدي الطعن بالاستئناف إلى إلغاء الحكم الابتدائي الذى قضى بالتسوية أو بالإفلاس، حيث سيكون من الصعب الرجوع إلى الوضع السابق. ولعل حرص النص السابق على استثناء الطعن المقدم من النيابة العامة أراد المشرع من ورائه التخفيف من النقد السابق.

ونحن من جانبنا نتفق مع جانب من الفقه^(١) يرى أن الأولى تطبيق حكم القواعد العامة فى قانون المرافعات، والذى يقضى بأن الطعن بالاستئناف يوقف التنفيذ، مادام لم يصدر عن المحكمة أحكاماً تخالف ذلك. على أن يبقى للقاضى السماح بالتنفيذ المعجل إذا ما توافرت شروطه، أو إذا دعت إليه مقتضيات استمرار نشاط الشركة. والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد حرص على معالجة هذه المسألة، فقرر أنه يسمح بالإنفاذ المعجل بقوة القانون لأحكام فتح التسوية دون إشهار الأحكام ودون انقضاء آجال الطعن، بحيث لا يكون للطعن بالاستئناف أثر فى وقف تنفيذ الأحكام، ويستثنى من ذلك^(٢):

- ١/ الطعن بالإستئناف المقدم من النيابة العامة، حيث إن استئنافها يوقف التنفيذ.
- ٢/ الأحكام الصادرة فى التسوية القضائية بالإحالة أو التصفية. لكن إذا ثبت أن الحكم صادر بمواصلة النشاط، فإن التنفيذ المعجل يبقى قائماً بشأنهما.

(١) د.منصف الكشور، المرونة والواقعية فى الإنقاذ - قراءة فى قانون إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات اقتصادية، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢) L. 661-6, LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).

ويبدو لنا ضرورة انتباه المشرع المصري لضرورة هذا الأمر، من خلال تنظيم آلية للطعن على أحكام إعادة الهيكلة، وتحديد آجالها، وتنظيم أحكام وقف تنفيذ الأحكام المطعون عليها، وذلك لإضفاء الجدية على الأحكام المنظمة لعملية التسوية، بما يضمن حقوق الأطراف.

المطلب الثالث

الطعن على حكم المصادقة على التسوية الرضائية

١٥٨- من المقرر أن المحكمة تقوم بالمصادقة على ما تنتهي إليه نتائج الاتفاق بين الشركة والدائنين، ليصير من بعدها هذا الاتفاق ملزماً، وليتعطل على أثرها التبعات الفردية ضد الشركة، ويجد الدائنون أنفسهم في نهاية الأمر ملزمين بجدول معين لسداد ديونهم، قد لا يوافق تطلعاتهم في استخلاصها.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية قيام الدائنين بالطعن على حكم المصادقة على التسوية الرضائية من عدمه؟

ولعل الإجابة على هذا السؤال سوف تتوقف على ما إذا كان حكماً ابتدائياً يتم الطعن عليه بالاستئناف، أو أنه عمل ولائى لا يقبل الطعن؟

والإجابة عن هذا السؤال من واقع قانون إعادة الهيكلة المصري طبقاً لنص المادة (١٢) تنصرف إلى تحصين جميع الأحكام الصادرة من قبل القضاء بخصوص أعمال الوساطة أو التسوية الرضائية التي تتم بين الشركة والدائنين ضد الطعن. ومن ثم تعامل هذا المشروع مع هذه الأحكام على أنها نهائية لا تقبل الطعن عليها بأى طريق.

لكن الوضع على صعيد القانون التونسي اقتضى مزيداً من التدقيق؛ حيث إن الصياغة التي تبناها بخصوص المصادقة على التسوية الرضائية في أكثر من موضع^(١) توحي بأنه استبعد وصف الحكم القضائي عن ما تصدره المحكمة من قرارات في هذا الشأن، وإنما الأمر أقرب إلى العمل الولائى، وذلك بالنظر إلى أن الأمر لا يتعلق بخصومة قضائية، وإنما بمجرد تصديق من قبل المحكمة على إرادة

(١) حيث استعمل المشرع عبارة "الحكم في طلب التسوية" وكلمة "الاتفاق" راجع الفصل (٤٢٨) من قانون الإنقاذ التونسي لسنة ٢٠١٠، المشار إليه سابقاً.

الأطراف بعد الإتفاق. بمعنى آخر، الأمر يميل إلى أن يكون مجرد عمل ولائى، يتمثل فى تصديق المحكمة أو إقرارها. ومن ناحية أخرى إجازة المشرع فسخ اتفاق التسوية عند عدم احترام بنودها يوحى بأن الأمر ما هو إلا اتفاق. وبناء عليه فالقرار الصادر عن المحكمة فى مادة التسوية يعد من قبيل الأعمال الولائية التى يتم الاعتراض عليها بطريق التظلم.

المبحث الثانى

سلطة المحكمة فى إنهاء بعض العقود الجارية لأسباب اقتصادية

١٥٩- لا ينصرف معنى إنقاذ الشركة إلى مجرد جدولة الديون المستحقة أو الإعفاء الجزئى منها فحسب، وإنما ينصرف أيضاً إلى التخفيف من الأعباء التى تثقل كاهلها دون جدوى. فمن المحتمل أن تكون الشركة قد ارتبطت بعقود كانت مهمة وقت إبرامها، وفقدت هذه الأهمية بعد ذلك، وصارت عبئاً عليها^(١). ومن ثم يجب أن تمكن المحكمة من إعادة النظر فى العقود الجارية والمستمرة التى تكون الشركة فيها طرفاً، وذلك بغية التأكد من أهمية استمرار ارتباط الشركة بها، أو إنهائها حتى لا تشكل عبئاً يعيق نهوضها من كبوتها^(٢).

والملاحظ أن قانون إعادة الهيكلة المصرى لم يتبن هذا الطرح رغم أهميته. وهو الأمر الذى حرص نظيره التونسى على الأخذ به وتنظيمه بشكل مفصل. وقد قرر قانون الإجراءات الجماعية التونسى بشكل صريح أن للمحكمة سلطة إنهاء العمل بالعقود التى تربط الشركة بالغير بناء على طلب من المدير القضائى أو الشركة، متى ثبت أنها غير ضرورية لمواصلتها لنشاطها، وأنه ليس فى إنهائها ضرر بالمتعاقدين^(٣).

(١) راجع:

Anton steenkamp and delene warrassaly, The effect of insolvency on contracts of employment: The 2002 amendments to the Insolvency Act and the Labour Relations Act, Law democracy & development, The university of south africa- faculty of law, 6 Law Democracy & Dev. 151 (2002), p151.

(٢) راجع: A Guide on Employee's Rights in, Bankruptcy, Winding-up and Receivership, Labour department, 2014, p2.

(٣) نص الفصل (٤٥١) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى على " يقطع النظر عن كل شرط مخالف، يستمر العمل بالعقود التى تربط المؤسسة بالغير من حرفاء ومزودين وغيرهم. ويمكن للمحكمة إنهاء العمل بها بطلب من المتصرف القضائى أو المدين إذا كانت غير ضرورية لمواصلتها لنشاط المؤسسة ولم يكن فى

ومما لا شك فيه أن هذا التوجه محمود من قبل المشرع التونسي، وذلك بالنظر إلى أن جانبا مهما من مقتضيات إنقاذ الشركة التي تمر بصعوبات اقتصادية تقتضى إنهاء العقود التي لا تشكل أهمية لها، بل أضحت تمثل عبئا عليها، وأن الأئفء إنهاء هذه العقود.

ولعل هذا الوضع سوف يفرض على المدير القضائى ضرورة تصنيف العقود المرتبطة بها الشركة، بغية تحديد ما يلزم منها وما لا يلزم. لكن هذا لم يمنع المشرع التونسي من أن يكشف عن رغبته فى إعادة النظر فى عقود العمل تحديداً، وذلك بالنظر إلى ما ترتبه هذه العقود من إلتزامات دورية بدفع الأجرور والمكافآت، يمكن أن يكون من أكثر ما يتقل كاهل الشركة^(١).

وعلى الرغم من كامل الاقتناع بجدوى إنهاء عقود العمل، وتأثير ذلك على حسن تسيير الشركة، فإن التأثير الاجتماعى لهذا الأمر سوف يكون سيئا، بالنظر إلى ما سوف يسفر عنه إنهاء هذه العقود من زيادة نسبة البطالة، الأمر الذى يجب أن يتم فى أضيق الحدود وبضوابط خاصة، تكفل التوازن بين المصالح المختلفة^(٢). ويقتضى هذا الأمر معالجة ضوابط الحكم بإنهاء عقود العمل، وآلية تنفيذ هذه الأحكام، وذلك على التفصيل التالى:

المطلب الأول

ضوابط الحكم بإنهاء عقود العمل

١٦٠- مما لا شك فيه أن حكم إنهاء عقود العمل لابلء وأن يحمل على شروط تمثل ضمانات تكفل أنه جاء يحقق المصلحة الاقتصادية للشركة، وليس مجرد تعسف فى

قطعها ضرر فادح للمعاقد. وتبقى عقود الشغل خاضعة للقوانين والاتفاقيات الخاصة بها. وعلى المتصرف القضائى أن يوجه إعلاما إلى المتعاقدين مع المؤسسة الذين تقرر إنهاء العمل بالعقود التى تربطهم بها، خلال الخمسة عشر يوما السابقة لتاريخ إنهائها، وذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ".
(١) وقد أكد الفصل (٤٥٢) هذا المعنى، حيث جاء فيه ".... وإذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود الشغل أو تخفيضا من الأجرور والامتيازات، يعلم المتصرف القضائى تفقدية الشغل، وينتظر ثلاثين يوما نتيجة المساعى الصلحية قبل إحالة البرنامج على القاضى المراقب".

(٢) راجع:

Gordon W. Johnson, Insolvency and social protection: Employee entitlements in the event of employer insolvency, the Fifth Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR) which was held on 27-28 April 2006, p2.

مواجهة العمال. والأمر يحتاج إلى التعرض لشروط إنهاء هذه العقود، ودور المحكمة في هذا، وذلك على التوضيح التالي:

أولاً/ شروط صدور الحكم بإنهاء عقود العمل:

١٦١- تتعدد الشروط الواجب توافرها لتحكم المحكمة بإنهاء عقود العمل، وذلك على النحو التالي:

الشرط الأول/إثبات وجود صعوبات اقتصادية:

١٦٢- يتضح من مطالعة قانون الإجراءات الجماعية التونسية أنه اشترط لإنهاء عقود العمل أن تكون هناك صعوبات اقتصادية سوف تعاني منها الشركة إذا ما استمرت هذه العقود^(١). بمعنى أنه لا مجال للإنهاء التعسفي لهذه العقود، حتى لا ينعكس الأمر بالسلب على مصالح العمال المشروعة. ومن ناحية أخرى لا يشترط لإنهاء صدور أخطاء من قبل العمال، حيث يكفي أن تمثل عقود عملهم صعوبات اقتصادية للشركة، بما يبرر إنهاءها حتى ولو كان العمال في أقصى درجات الالتزام مع الشركة.

ولم يحدد هذا القانون آلية التأكد من علاقة السببية بين عقود العمل والصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركة، أو أن إنقاذها مرتبط بإنهاء هذه العقود. ولعله أراد أن يترك الأمر لتقدير المحكمة، وذلك بالاستعانة بتقرير المدير القضائي والخبراء المتخصصين.

وفي كافة الأحوال يجب ألا يؤثر هذا الإنهاء على حقوق العمال المترتبة على هذا الإنهاء.

الشرط الثاني/ وجود مخاطر مالية:

١٦٣- لم يصرح قانون الإنقاذ باشتراط وجود مخاطر مالية لإنهاء عقود العمل، ولكنه تبنى عديداً من الدلالات الضمنية للتعبير عن هذا الشرط؛ فقد نص الفصل (٤١٨) من قانون الإجراءات الجماعية على " وتبادر اللجنة وجوباً بإشعار رئيس

(١) وقد أكد الفصل (٤٥٣) من قانون الإجراءات الجماعية التونسية هذا الأمر، حيث جاء فيه " ويعد إنهاء عقد الشغل المصادق عليه ضمن برنامج الإنقاذ واقعا لأسباب اقتصادية وفنية بقطع النظر عن كل نص قانوني مخالف. ويحتفظ المعنويون بكل حقوقهم المترتبة عن ذلك".

المحكمة بكل مؤسسة بلغت خسارتها ثلث رأس مالها وكذلك في صورة وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها بناء على تقرير معلل".

ويظهر من هذا النص أنه اعتمد على المخاطر المالية كأساس لتقرير إنهاء عقود العمل. وهو ما تجسد في اشتراط أمرين:

الأول/ يجب أن تخسر الشركة جزءا من رأس مالها يصل إلى الثلث، كدلالة على تعرضها لخطورة مالية تقتضى إنقاذها من خلال إنهاء عقود العمل، فهذه الخسارة مؤشر على زيادة احتمالات الأزمة واستقبالها.

الثاني: أن يكون هناك مخاطر تهدد نشاط الشركة. وقد عبر المشرع التونسي عن هذا الأمر بعبارة " وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها". والملاحظ أن الصياغة التي ظهر بها هذا النص اتسمت بالعمومية الشديدة، لتشمل المخاطر الداخلية والخارجية التي يمكن أن تتعرض لها الشركة، والتي من شأنها أن تعرض توازنها المالي للخطر.

والملاحظ على النص السابق أنه تطلب وجود صعوبات اقتصادية وليست قانونية، رغم الترابط الشديد فيما بينهما. أما المشرع الفرنسي فقد سمح بفتح التسوية سواء لصعوبات اقتصادية أو قانونية⁽¹⁾.

ولا ينصرف مفهوم الصعوبة الاقتصادية بالضرورة إلى وجود توقف عن الدفع، لكن يغلب أن يكون كذلك، وهو ما يبرر الإنقاذ. ويبدو لنا أنه يجب على القضاء أن يتأكد قدر الإمكان من الحالات التي تعد من قبيل الصعوبات الاقتصادية التي تبرر الإنقاذ، لتقتصر فقط على الحالات التي تهدد الشركة بشكل خطير، وتهدد استمرارها.

(1) راجع:

L. 611-4 II "est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation don't peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours".

ويبدو وجود فارق بين المخاطر الاقتصادية بالمعنى السابق والقوة القاهرة؛ حيث إن الأولى تعد من الحوادث المتوقعة لكل نشاط اقتصادي، وذلك على عكس القوة القاهرة التي تتسم بصعوبة التوقع واستحالة الدفع^(١).

المطلب الثاني

دور المحكمة في إنهاء عقود العمل

١٦٤- يظهر دور المحكمة في إنهاء عقود العمل بمناسبة الإنقاذ في حالتين:

الحالة الأولى/ الدور التوجيهي للمحكمة:

١٦٥- ينصرف مفهوم الدور التوجيهي للمحكمة في هذا الشأن إلى التأكد من جدية أسباب إنهاء عقود العمل. أي إن الإنهاء ليس تعسفياً، بل لاعتبارات الإنقاذ.

وقد أكد قانون الإجراءات الجماعية التونسي هذا المعنى^(٢)، حيث ألزم بضرورة عرض برنامج الإنقاذ المقدم من الشركة على القاضي المراقب، والذي يجب عليه أن يقوم بدراسة أوضاع الشركة بمنتهى الدقة، ليقف على طبيعة الإجراءات المطلوبة للوفاء بالتزاماتها. وبموجب هذه الدراسة يقوم بتوجيه المدير القضائي بعرض الأمر على مكتب العمل، للتأكد من جدوى إنهاء عقود العمل، ومن خطورة المعوقات الاقتصادية وتأثيرها على عقود العمل.

ويجب على المحكمة في نهاية الأمر أن تحرر تقريراً تبين فيه مدى جدوى البرنامج المقدم، بما في ذلك إنهاء عقود العمل، ومدى ما سوف يسهم به هذا الأمر في نجاح خطة الإنقاذ.

الحالة الثانية/ الدور الرقابي للمحكمة:

١٦٦- يظهر الدور الرقابي للمحكمة في الحالة التي يتأكد فيها ضرورة إنهاء عقود العمل أو تخفيض الأجور أو الامتيازات المستحقة للعمال، حيث يقوم المدير القضائي بإعلام مكتب العمل، ليقوم الأخير بمساعي الصلح اللازمة قبل أن يصدر القاضي

(١) راجع: د.محر جبار يعقوب، فسح العقد الإداري لإستحالة تنفيذه بسبب الظروف الطائفة، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨، ص ١٥٣.

(٢) راجع الفصل (٤٥٢) من قانون الإجراءات الجماعية التونسي، لسنة ٢٠١٦، المشار إليه سابقاً.

المراقب حكمه النهائي بالرفض أو القبول حسب قناعة المحكمة التي تكونها في ضوء التقارير المرفوعة إليها. وهنا يظهر الدور الرقابي للمحكمة^(١).

وجدير بالذكر أنه في حالة انتهاء مساعي الصلح تحت إشراف مكتب العمل بالنجاح، فإن المدير القضائي يقوم بإخطار القاضي المراقب بذلك، ليأذن له بإنهاء عقود العمل بشكل ودي، وذلك تحت رقابة القاضي وإشرافه.

ومما لا شك فيه أن الدور الرقابي للمحكمة من شأنه التأكيد من حقيقة الأسباب الاقتصادية الدافعة لإنهاء عقود العمل، والتأكد من سلامة الإجراءات، خاصة في ارتباط إنهاء هذه العقود بتحسين أوضاع الشركة، والتأكد أيضاً من حصول العمال الذين تم إنهاء عقودهم على مستحقاتهم.

المطلب الثالث

تنفيذ حكم إنهاء عقود العمل

١٦٧- يقتضى الحديث عن تنفيذ حكم إنهاء عقود العمل التعرض لأحكام إجراءات تنفيذ هذا الحكم، والتدابير اللازمة لهذا، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ إجراءات تنفيذ حكم إنهاء عقود العمل:

١٦٨- تمر إجراءات تنفيذ قرار إنهاء عقود العمل بثلاث مراحل، وذلك على التفصيل التالي:

المرحلة الأولى/ الصلح بواسطة مكتب العمل:

١٦٩- تهدف هذه المرحلة إلى تنفيذ حكم المحكمة بإنهاء عقد العمل أو تعديل امتيازات العامل المقررة بموجب هذا العقد بطريقة ودية، وذلك من خلال تكليف مكتب العمل بالوساطة بين الشركة والعمال وعقد جلسة صلح، للتوصل إلى تفاهم مشترك.

ويتضح من الصياغة التي عالجها المشرع التونسي^(١) من خلالها هذا الأمر أنها اتسمت بالإلزام، الأمر الذي يرتب بطلان إجراءات إنهاء عقود العمل إذا لم يتم المرور بهذه المرحلة. مع اعتبار هذا الأمر من قبيل التعسف.

(١) وقد جسدت الفقرة الأخيرة من الفصل (٤٥٢) من قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦ الدور الرقابي للقاضي المراقب بخصوص إنهاء عقود العمل. حيث جاء فيها، " وإذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود الشغل أو تخفيضاً من الأجور والامتيازات، يعلم المتصرف القضائي تنفيذية الشغل، ويبتظر ثلاثين يوماً نتيجة المساعي الصلحية قبل إحالة البرنامج على القاضي المراقب".

ولا يخفى على أحد مدى أهمية هذا الإجراء، وتأثيره الشديد فى التوفيق بين الأطراف.

المرحلة الثانية/ العرض على لجنة مراقبة إنهاء عقود العمل:

١٧٠- إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق بين الأطراف بمعرفة مكتب العمل، يتم عرض الأمر على لجنة تسمى بلجنة مراقبة إنهاء عقود العمل. وهى لجنة تراقب مشروعية إنهاء عقود العمل فى ضوء الأسباب والدوافع والمبررات ومراعاة أحكام القانون فى ذلك.

ويجب على اللجنة أن تبدي رأيها بشأن مسألة الإنهاء خلال ١٥ يوما من تاريخ وصول الأمر إليها^(٢).

وقد حرص هذا القانون على وضع تشكيل خاص لهذه اللجنة من أعضاء من مكتب العمل وأعضاء عن النقابة المهنية، كما أن اللجنة لها أن تستدعى أى شخص ترى أن فى حضوره ضرورة^(٣).

وتتظر اللجنة أمر إنهاء عقود العمل فى ضوء الحالة العامة للشركة والأوضاع الخاصة بالعمال. ولها أن تقرر رفض إنهاء عقود العمل أو قبولها مع التعليل فى كافة الأحوال^(٤).

وإذا قررت اللجنة أن توصى بإنهاء عقود العمل فعليها أن توصى بمقدار مكافأة نهاية الخدمة، وتسعى للتوفيق بين الأطراف حول مقدار هذه المكافأة^(٥).
وجدير بالذكر أن مهمة مكتب العمل وكذلك لجنة إنهاء عقود العمل مرتبطة بمدى زمنى محدد، بحيث يجب على كل منها إنهاء مهمتها فى الأجل المقرر لها^(٦).

(١) وقد نص على ذلك صراحة الفصل (٤٥٢) من قانون الإجراءات الجماعية لسنة ٢٠١٦ حيث جاء فيه " وإذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود الشغل أو تخفيضها من الأجور والإميازات، يعلم المتصرف القضائي تفقدية الشغل، وينتظر ثلاثين يوما نتيجة المساعي الصلحية قبل إحالة البرنامج على القاضي المراقب".

(٢) راجع: الفصل ٣/٢١ مجلة الشغل التونسية، الرائد الرسمى عدد ٢٠، تاريخ ٦-٣ مايو ١٩٦٦، المعدل بالقانون ٦٢ لسنة ١٩٩٦.

(٣) راجع: الفصل ٥/٢١ من مجلة الشغل، سابقة الإشارة.

(٤) راجع: الفصل ٩/٢١ من مجلة الشغل، سابقة الإشارة.

(٥) راجع: الفصل ١٠/٢١ من مجلة الشغل، سابقة الإشارة.

(٦) نص الفصل (٢١) فقرة (٣) من مجلة الشغل التونسية على " يتعين على تفقدية الشغل المختصة ترابيا أو الإدارة العامة لتفقدية الشغل حسب الحالة إجراء بحث بشأن طلب الطرد أو الإيقاف عن العمل والقيام بمحاولة صلحية بين الطرفين المعنيين وذلك فى أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ تعهدها. ويقدم الموجر لتفقدية الشغل جميع المعلومات والوثائق التي يتطلبها البحث. وإذا تعذر الصلح فعلى تفقدية الشغل أو الإدارة العامة لتفقدية الشغل أن تعرض ملف الطرد أو الإيقاف عن العمل على اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية لمراقبة الطرد حسب الحالة وذلك خلال الثلاثة أيام الموالية لانتهاج المحاولة الصلحية. يتعين على اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية لمراقبة الطرد أن تبدي رأيها فى ملف الطرد أو الإيقاف عن العمل فى أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ تعهدها. غير أنه يمكن بإتفاق الطرفين تمديد هذا الأجل".

المرحلة الثالثة/ مرحلة التقاضى:

١٧١- تسير هذه المرحلة فى أحد الإتجاهين الآتيين:

الإتجاه الأول/ التصديق على قرار اللجنة بإنهاء عقود العمل :

تسير المحكمة فى هذا الإتجاه إذا ما اقتنعت بالأسباب التى بنت عليها اللجنة قرارها بالإنتهاء وجدواها فى إنقاذ الشركة. فالإنهاء لا يكون نافذاً إلا بتصديق المحكمة عليه^(١).

الإتجاه الثانى/ إعادة النظر فى قرار اللجنة:

عند عدم الاقتناع بالوسائل والتدابير المتخذة من مكتب العمل ولجنة مراقبة الإنتهاء، يحق للأطراف اللجوء إلى المحكمة لإعادة النظر لتقدير مدى جدية الإنتهاء. وللمحكمة أن تبحث أسباب جدية الإنتهاء وجدواها. ويجب على المحكمة أن تحرص على استعراض رأى الشركة والمدير القضائى ورأى العمال أو من يمثلهم. وآخر ما انتهت إليه لجنة إنهاء عقود العمل ومكتب العمل.

ثانياً/ تسوية الحقوق المترتبة على إنهاء عقود العمل:

١٧٢- يقتضى الحديث عن هذا الأمر التعرض لأمرين، وذلك على التفصيل التالى:

١/ تقدير التعويض بالتراضى:

١٧٣- كما سبق أن ذكرنا، تتولى لجنة مراقبة عقود العمل بذل المساعى للصلح والتوفيق بين الشركة والعمال المزمع إنهاء عقودهم بغية التوصل إلى تبعات الإنتهاء، مثل التعويض المستحق عن الإنتهاء المبتسر لعقد العمل وأيضاً مكافأة نهاية الخدمة^(٢).

وتلتزم اللجنة وهى بصدد إبرام اتفاق الصلح بين الأطراف بمراعاة معايير معينة عند التصالح، بالنظر إلى أنها تسعى إلى التوفيق بين مصالح تتسم بشىء من التعارض. فالشركة لها مصلحة فى إنهاء عقود العمل تنفيذاً لبرنامج الإنقاذ، والعمال له رغبة فى الحصول على تعويض عادل يجبر ما أصابه من ضرر نتيجة فقد عمله،

(١) راجع الفصل (٤٥٣) من قانون الإجراءات الجماعية التونسى، لسنة ٢٠١٦، المشار إليه سابقاً.

(٢) راجع الفصلين (٢١) و(٣٦) من مجلة العمل التونسىة سابقة الإشارة .

فالصلح يجب أن يسير فى اتجاه التفاوض حول أسباب إنهاء العقود والتعويضات المستحقة والحلول الملائمة للأطراف المختلفة.

وقد حرص القانون الفرنسى على أن يكون هناك ممثل للعمال منتخب من قبلهم للتعبير عن مصالحهم فى إجراءات التسوية^(١). ويلعب ممثل العمال دوراً كبيراً فى التحقق من مطالبات الأجور، وغيرها من حقوقهم التى لم يتمكنوا من الحصول عليها بمناسبة الصعوبات الاقتصادية التى مرت بها الشركة. كما يجب أن يعد قائمة بالأجور غير المدفوعة عند إعلان حالة التوقف عن الدفع. وبالتبعية سوف يلعب دوراً كبيراً فى المفاوضات الخاصة بتحديد التعويضات الخاصة بالعمال بمناسبة إنهاء عقودهم.

٢/ تقدير التعويض بمعرفة القضاء:

١٧٤- إذا لم تتجح المساعى الودية فى توافق الأطراف، فإن المحكمة تتدخل لتفصل فى الأمر. ولم يرد فى القوانين المعنية معايير محددة يقدر التعويض المستحق فى ضوءها. لكنها فى الغالب لن تخرج عن أحد المعيارين الآتيين؛ الأول: معيار موضوعى، يتعلق بعدد العمال المنهى لهم عقودهم، وقدرة الشركة على الدفع، والسنوات التى تم قضاؤها فى العمل. والثانى: معيار ذاتى، يراعى الظروف الشخصية للعامل، وتأهيله المهنى، وفرص حصوله على وظيفة جديدة.

الخاتمة

١٧٥- لم يعد إقصاء الشركة على أثر إفلاسها عقابًا لها على تقصيرها فى سداد ديونها، وإنما عقابًا للمجتمع بأسره، الذى بعد أن ارتبطت مصالحه بهذه الشركة وكانت ركنا رئيسا فى اقتصاده القومى، بانت أثرًا بعد عين على أثر الإفلاس، الذى يغض الطرف عن جميع الكوارث الناتجة عن الإفلاس، ولا ينظر سوى لسداد ديون الدائنين، دون أن يبحث عن بدائل قانونية تحمى وجود الشركة واستثمارتها، وتحمى مصالح العاملين فيها وتحفظ على الاقتصاد الوطنى أحد عناصره.

فالتوقف عن الدفع لم يعد سببه تقصير الشركة فقط، وإنما أيضًا بسبب التقلبات الإقتصادية غير المتوقعة على المستويين المحلى والدولى. ومن ثم بات من الضرورى أن تتخلى التشريعات التجارية عن الفكر الإقصائى للشركات المعسرة، وتتبنى أيدولوجية قوامها مد يد العون لإنقاذ الشركات من الافلاس، ليس فقط لتمتكن من سداد ديونها، ولكن أيضًا لتخطى كبوتها، ومواصلة نشاطها والحفاظ على حقوق العمال فيها.

وقد انتفضت عديد من الأنظمة القانونية ذعرًا على أثر الأزمات المالية المتلاحقة سعيًا لتغيير أيدولوجياتها تجاه الإبقاء على الشركة ككيان اقتصادى واجتماعى له أهميته، سواء من خلال إعادة هيكلة ديونها المستحقة مع الإبقاء على جهازها الإدارى والمالى، أم من حيث إحالة الشركة ببيعها للغير أم من حيث إسناد تسييرها لإدارة جديدة فى إطار وكالة عامة.

وقد قامت هذه الدراسة على مواجهة اشكالية محددة، وهى حالة الفراغ التشريعى فى مصر بخصوص إعادة هيكلة الشركات المعسرة لإنقاذها من الإفلاس، وأثيرت حول هذه الإشكالية عديد من التساؤلات القانونية، المتعلقة بالمفهوم القانونى للإنقاذ، وطرق الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركة، وصاحب الصفة فى الإشعار، والأثار القانونية المترتبة عليه. أيضًا أثيرت تساؤلات حول أحكام التسوية الودية وشروط الاستفادة منها، والأثار المترتبة عليها. وتطرقت للتساؤل حول مفهوم التسوية القضائية والإجراءات المتبعة بشأنها، والأثار المترتبة عليها؛ من حيث غل اليد ووقف التنفيذ والدعاوى وتاريخ التوقف عن الدفع وغيرها. كان أيضًا من

التساؤلات التي دارت في خلد هذه الدراسة ما يتعلق بطبيعة الضمانات التي تضمن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في خطة إعادة الهيكلة، وأحكام الطعن على الأحكام الصادرة، ومدى ما تتمتع به المحكمة من سلطة أو صلاحية في إنهاء بعض العقود التي تمثل إرهاباً للشركة.

ولم تجد هذه الدراسة إجابة شافية عن هذه التساؤلات، بل على العكس أظهرت بوضوح حجم القصور الذي تعاني منه أحكام الإفلاس في مصر، ودليل ذلك عدد الدعاوى الجنائية الخاصة بالشيكات بدون رصيد، وعدد القروض البنكية التي يتهرب الحاصلون عليها من السداد، وحالات تعسف بعض البنوك في فرض أسعار للفائدة بالمخالفة لحكم القانون. وقد ترتبت هذه الآثار والنتائج بسبب ترك المشرع المصري مصير الشركة المفلسة في يد مجموعة من الدائنين، دون مراعاة للأسباب القهرية التي تكون قد دفعتها للإفلاس، وما يترتب عليه من آثار سلبية تطل المجتمع بأسره، وهو ما حرصت عديد من التشريعات على تفاديه، كما أنه وضع تنظيمًا قانونيًا موحدًا لشهر الإفلاس وقرر سريانه على جميع الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية. بل إنه جعل الأحكام الخاصة بإفلاس الشخص الطبيعي تسرى على الأشخاص الاعتبارية فيما عدا الأحكام الخاصة بوصف الشخص الطبيعي، غير مبال بطبيعة الاختلافات فيما بينهما، وأن الأحكام التي تسرى على الشخص الطبيعي قد لا تلائم خصوصية الشركات. فالأصل هو تبعية إفلاس الأشخاص الطبيعية لإفلاس الشركات وليس العكس. يضاف لكل ذلك أنه لم يتضمن نصوصًا خاصة تراعى حقوق العمال والموظفين بالشركة، سواء من حيث محاولة إنقاذ الشركة بهدف الحفاظ على عقود عملهم، أو من حيث إنهاؤها بطريقة تضمن أو تصون حقوقهم في حالة تصفية الشركة. يأتي هذا في ظل أن هناك كثيرًا من التشريعات باتت تولى أهمية خاصة لهذا الأمر.

وقد غاب عن المشرع المصري إسناد مهمة متابعة الأحوال الاقتصادية والمالية للشركات لإحدى الجهات ذات الصلة (مثل هيئة الاستثمار والمناطق الحرة - اتحاد الصناعات - الغرف التجارية والصناعية). أو حتى إنشاء صندوق للتأمين ضد مخاطر تعثر هذه الشركات، مع وضع لائحة تنظم شروط استحقاق الصرف منه،

والجهات التي سوف يسند إليها مهمة تمويل هذا الصندوق، وطبيعة الدور المنوط للغرف التجارية في هذا الصدد. وقد ترتب على هذا الأمر أن نظام المعلومات الائتمانية في مصر غير كاف لتوفير المعطيات التي تسمح للدائنين بالاستعلام عن الوضع المالي للشركة ومديونياتها قبل منحها ائتمناً معيناً (كبيع أجل أو قرض)، وأن الأمر يحتاج إلى إنشاء شركات خاصة أو مؤسسات عامة لتوفير مثل هذه المعلومات، وهذا ما تأخذ به التشريعات الحديثة، خاصة بعد أن صدرت المعايير الدولية الحديثة؛ مثل: مبادئ البنك الدولي لنظام الإعسار، وإرشادات الأونيسترال (الدليل التشريعي لقانون الإعسار).

وقد كشف هذا الوضع عن الطبيعة النظرية لكثير من نصوص قانون التجارة والإفلاس. ناهيك عن الثغرات التي تمكن المتقاضين من استغلالها لإضاعة الحقوق وإطالة أمد المنازعات. وقد تسببت هذه العوامل وغيرها في إحداث نوع من الصعوبة في الخروج من الاستثمار، خاصة بعد ثورة يناير ٢٠١١، التي أحدثت هزة عنيفة لكثير من المشاريع الاستثمارية. الأمر الذي دعا عديداً من المستثمرين إلى التحسب قبل الاستثمار في مصر، مما أسفر عن تأخر ترتيب مصر على مؤشر قياس حسن ممارسة أنشطة الأعمال (Doing Business) الصادر عن البنك الدولي، الذي كشف عن أن مصر تحتل مركزاً متأخراً بين الدول التي تسهل الخروج من الاستثمار.

وعلى صعيد آخر، أثبتت التجربة العملية قبل التحليل الفقهي والأكاديمي أن قواعد الصلح الواقي من الإفلاس كأحد البدائل التي يمكن من خلالها تفادي شهر الإفلاس لم يحقق الطموحات المرجوة منه في وقاية الشركات من الإفلاس.

وقد دفعت هذه العوامل مجتمعة الحكومة المصرية مؤخراً إلى وضع مشروع قانون تحت مسمى " مشروع قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس"، وقد أقره البرلمان المصري في فبراير لسنة ٢٠١٨، وكان أهم ما يميز هذا القانون حرصه على وضع تنظيم قانوني مستقل عن أحكام قانون التجارة لتنظيم أحكام الإفلاس وإعادة الهيكلة.

لكن هذا القانون قد غاب عنه كثير من القواعد والتفصيلات مقارنة بغيره من الأنظمة الأوربية والأمريكية بل وحتى العربية (كالقانون التونسي) في هذا الشأن. وقد أظهرت هذه الدراسة ضرورة إعادة النظر في المنظومة التشريعية للإفلاس، خاصة ما يتعلق بتبني نظام قانوني كامل لإنقاذ الشركات وإعادة هيكلتها، لتمكينها من تخطي كيوتهها، ومواصلة نشاطها والحفاظ على حقوق العمال فيها، وسداد الديون المستحقة لدائنيها. وأن هناك حاجة لوضع تنظيم قانوني يحكم إنشاء لجنة خاصة بمتابعة الشركات التجارية على غرار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في تونس، تعمل على مراقبة الأوضاع المالية والاقتصادية للشركات، للكشف المبكر عن ما تمر به من صعوبات اقتصادية، والمساعدة في تقديم المقترحات المناسبة لإنقاذها من الإفلاس. كما يجب تبني تعريف قانوني للإنقاذ لتمييزه من غيره من النظم التي قد تختلط به؛ مثل الصلح الواقي من الإفلاس. وقد تبين أن التعريف الأكثر ملاءمة في الصدد أن الإنقاذ عبارة عن مجموعة الوسائل والإجراءات الجماعية التي تهدف إلى تجنب الشركات التجارية الصعوبات المالية التي تواجهها، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد التوقف عن الدفع، سواء تحت إشراف المحكمة أو كان بعيداً عنها، وفق خطة إنقاذ تتسم بالمرونة الكافية، وتضمن تسوية عادلة لمستحقات الدائنين.

كشفت هذه الدراسة أيضاً عن تنوع الوسائل والبدائل التي يمكن الاعتماد عليها لتجنب الشركة الإفلاس، مثل الإشعار بالصعوبات الاقتصادية والتسوية الودية والتسوية القضائية. وسلط الضوء على كافة التفاصيل القانونية المتعلقة بشروط الاستفادة من كل نظام والآثار المترتبة عليه، وتقنين عديد من آليات أو طرق الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التي تمر بها الشركة التجارية وتوسيع نطاق أصحاب الصفة في الإشعار لتعظيم الاستفادة من معطياته. كما أثبتت ضرورة تنظيم فكرة التسوية الودية تحت إشراف قضائي وبمشاركة عدد كاف من خبراء لجنة إعادة الهيكلة والإداريين والكتابين وإقرار فكرة تحضير الدعوى. كما حرصت على استعراض مواقف التشريعات المختلفة وتحليلها في كثير من المسائل المتعلقة بهذه الأنظمة، كخطة الإنقاذ، وضمان تنفيذه خلال فترة زمنية محددة، بهدف ضمان جدية الإنقاذ، وذلك دون الانتقاص من حقوق الدائنين.

أكدت هذه الدراسة أيضًا أهمية توسيع نطاق أصحاب الصفة في تقديم طلب إعادة الهيكلة وعدم قصرها على الشركة المدينة فقط؛ كالدائنين والنيابة العامة والمحكمة وغيرهم. وربطت استفادة الشركة من إعادة الهيكلة والإنقاذ بثبوت توقفها عن الدفع، وليس مجرد الاضطراب المالي. كما تعرضت للدراسة المستفضية لمرحلة المراقبة كإجراء ملزم قبل التحول إلى مرحلة التصفية، بهدف منح الشركة فرصة أخيرة، بحيث إذا ما فشلت في الاستفادة من هذه الفرصة تحولت إلى التصفية. ورأت أن على المحكمة أن تعين مديرا قضائيا، ولا يكفي مجرد تشكيل لجنة لإعادة الهيكلة، ليتولى المشاركة في وضع خطة إعادة الهيكلة، مرورًا بإدارة أصول الشركة وانتهاءً بتحقيق الخطة لأهدافها. كما رأت أهمية عدم غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل عام خلال فترة إعادة الهيكلة، وذلك بضوابط معينة، تضمن حظر أي تصرف من شأنه الإضرار بمصالح الدائنين وإلا وقع التصرف غير نافذ في مواجهة الدائنين. وأظهرت كذلك أهمية اعطاء الدائنين (أصحاب البضائع والسلع) الحق في الاسترداد إذا ما ثبت أن الشركة قامت بالتصرف خلال فترة الريبة، وليس مجرد عدم النفاذ. ورأت منح المحكمة سلطة تقديرية في تقرير غل يد الشركة من عدمه وتحديد نطاقه إذا ما قررت الأخذ به، وذلك بحسب ظروف كل شركة ما يناسبها وما لا يناسبها. وتجنب الحظر المطلق لكونه يضر بأهداف إعادة الهيكلة وإنقاذ الشركة.

تعرضت هذه الدراسة بمزيد من التفصيل لأحكام وقف إجراءات التنفيذ لجميع الدعاوى بقوة القانون كأثر لإقرار خطة إعادة الهيكلة، ورأت أن يمتد هذا الحكم ليشمل حتى الإجراءات السارية بالفعل قبل رفع الدعوى وأي إجراء يتم بالمخالفة لذلك لا يرتب أي أثر، ويلغى بأثر رجعي. ويستمر الوقف طوال مدة إعادة الهيكلة. ولا يمنع هذا الدائنين من تقديم طلب للحد من آثار الوقف أو تعديل إجراءاته. كما رأت أنه من الأفضل أن يمتد وقف التنفيذ في حق الشركة ليشمل الكفيل والضامن والمدين المتضامن، حتى لا يعودوا بعد ذلك على الشركة بما دفعوه. كما تقتضى حماية الدائنين تأقيت فترة وقف التنفيذ، وعدم تقرير وقف التنفيذ بشكل مطلق، حيث

يجب تمكين المحكمة من حفظ حقوق الدائنين التي لا تتعارض مع خطة إعادة الهيكلة.

كشفت هذه الدراسة أيضًا عن ضرورة أن تتضمن خطة إعادة الهيكلة والإنقاذ تحديد الالتزامات والمسئوليات بدقة، خاصة ما يتعلق بتسوية الديون المستحقة، والآلية المتبعة في ذلك وأيضًا حقوق العمال، بما يضمن نجاح الخطة وتحقيق أهدافها. وأيضًا ضرورة تنظيم عمل لجان الدائنين، التي يُصنف الدائنون فيها لمجموعات، لمناقشة خطة الإنقاذ المقدمة من الشركة والتصويت عليها، واقتراح أى تعديلات تراها. وضرورة تبنى الضمانات الكفيلة بتنفيذ خطة إعادة الهيكلة وما تم الاتفاق عليه بين الشركة ودائنيها، من حيث تقرير المسؤولية عن عدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، والآليات الخاصة بتحصيل الديون. وضرورة الحرص على تقرير مسؤولية مدير الشركة عن أخطائه في اضطراب الأوضاع الاقتصادية للشركة، سواء من حيث تحمله مسؤولية سداد ما تبقى من الديون المستحقة على الشركة، أم من حيث التحفظ على المكاسب، أم شهر إفلاس مدير الشركة.

أظهرت هذه الدراسة أيضًا أن قانون إعادة الهيكلة المصري قد غاب عنه تنظيم أحكام الطعن على الأحكام القضائية الصادرة في مسائل التسوية الودية وإعادة الهيكلة، خاصة وأن هناك عديدا من دواعي الاعتراض على مثل هذه الأحكام لتعلقها بمصير الشركة وحقوق الدائنين. وعرضت لتجارب التشريعات التي نظمت الطعن على هذه الأحكام، والإجراءات الخاصة بذلك.

وقد حرصت هذه الدراسة على أن تنتهي رحلتها بالتعرض لأحكام تمكين المحكمة من إعادة النظر في العقود الجارية والمستمرة التي تكون الشركة فيها طرفاً، بغية التأكد من أهميتها للشركة، أو إنهائها حتى لا تشكل عبئاً يعيق نهوضها من كبوتها. مع تقرير التعويض المناسب للمتضرور من هذا الإنهاء.

النتائج

١٧٦- كشفت هذه الدراسة عن مجموعة من النتائج، أهمها ما يلي:

١/ اكتسب إفلاس الشركات التجارية مفهومًا جديدًا في الآونة الأخيرة، فلم يعد التوقف عن الدفع نتيجة تقصيرها فقط، وإنما أيضًا رغبةً عنها بفعل التقلبات الاقتصادية غير المتوقعة. فمن الضروري مد يد العون لإنقاذ الشركات من الإفلاس، ليس فقط لتتمكن من تخطي كيوتها، ومواصلة نشاطه والحفاظ على حقوق العمال فيها، ولكن أيضًا لسداد الديون المستحقة لدائنيها.

٢/ عكست هذه الدراسة بوضوح حجم القصور الذي تعاني منه أحكام الإفلاس في مصر، ودليل ذلك عدد الدعاوى الجنائية الخاصة بالشيكات بدون رصيد، وعدد القروض البنكية التي يتهرب الحاصلون عليها من السداد، وحالات تعسف بعض البنوك في فرض أسعار للفائدة بالمخالفة لحكم القانون. كما أثبتت أن نظام المعلومات الائتمانية غير كاف لتوفير المعطيات التي تسمح للدائنين بالاستعلام عن الوضع المالي للشركة ومديونياتها قبل منحها ائتمانًا، خاصة بعد أن صدرت المعايير الدولية الحديثة؛ مثل: مبادئ البنك الدولي لنظام الإعسار، وإرشادات الأونيسترال (الدليل التشريعي لقانون الإعسار).

٣/ أثبتت التجربة أن نظام الصلح الواقى من الإفلاس في القانون المصرى عديم الجدوى، لمحدودية الفائدة التي يمكن أن تعود على الشركة من تطبيقه.

٤/ يخلو القانون المصرى من نظام قانونى متكامل خاص بإعادة هيكلة الشركات لإنقاذها من الإفلاس، وهو ما تسبب فى خلق وضع حرج للمحاكم المصرية، التى تحرص على تجنب إفلاس الشركات لإدراكها خطورة الآثار المترتبة على ذلك (كتسريح العمال وإهدار حقوق الدائنين)، ولا تتمكن فى الوقت ذاته من تفاديه لعدم وجود الغطاء القانونى الذى يسمح لها بهذا. وهو ما يكشف عن وجود فراغ تشريعى فى واحدة من أهم الموضوعات خطورة فى الوقت الراهن، خاصة فى ظل السعى الحثيث لتهيئة المناخ التشريعى الجاذب للاستثمار فى مصر.

٥/ غموض مفهوم الإنقاذ من الإفلاس ليس فقط لحدائته، ولكن أيضًا لاختلاطه بكثير من الأنظمة التى تتشابه معه، كالصلح الواقى من الإفلاس. فضلًا عن صعوبة تحديد

ما إذا كان مرتبطًا بالضائقة المالية أو بالصعوبات الاقتصادية، أو أن الأمر يرتبط بوجود توقف عن الدفع بمفهومه المستقر في نظام الإفلاس التقليدي.

٦/ تتطوى تدابير الإنقاذ على العديد من أوجه الاستفادة للشركات المعسرة، ومن ثم لن يكون متاحًا لجميع الشركات، وإنما فقط التي تحتاج إليه. فتمكين الشركات غير الجديرة بالاستفادة منه من شأنه أن يضر بالدائنين والجهات المانحة للقروض مثل البنوك وشركات الإيجار التمويلي.

٧/ تعددت صور التدابير القانونية للإنقاذ، والتي ظهرت في صورة بدائل تتلاءم مع الظروف المالية والاقتصادية لكل شركة. كما شهد معيار التوقف عن الدفع كأساس قانوني للاستفادة من التدابير الواقية من الإفلاس تطورًا كبيرًا.

٨/ يعد الإشعار المبكر بوجود صعوبات اقتصادية من مستحدثات قوانين الإنقاذ، وهو ما أثار عديدًا من التساؤلات حول ماهيته، ومن له صفة القيام به، والنتائج المترتبة عليه.

٩/ تعد التسوية القضائية من أهم آليات الإنقاذ، للدور الفاعل الذي يمارسه القضاء في تسيرها، وما تتطوى عليه من خضوع الشركة للمراقبة كإجراء ملزم يهدف إلى منحها فرصة أخيرة لاعادة هيكلة أصولها وترتيب أوضاعها، بحيث إذا ما فشلت في الاستفادة من هذه الفرصة تحولت إلى التصفية.

١٠/ شهد غل اليد مفهومًا جديدًا في التشريعات التي نظمت الإنقاذ، حيث سمحت الأخيرة للمحكمة بفرضه بشكل كلي أو جزئي بحسب ظروف كل شركة، وما تحتاجه لإنقاذها.

١١/ حرصت تشريعات الإنقاذ على تنظيم وقف إجراءات التنفيذ لجميع الدعاوى بقوة القانون "automatic stay" – "moratorium". ويمتد ليشمل حتى الإجراءات السارية بالفعل قبل رفع الدعوى. ولا يمنع هذا الدائنين من طلب الحد من آثاره أو تعديل إجراءاته.

١٢/ اتسمت تشريعات الإنقاذ بقدر كبير من المرونة، من خلال تعدد الحلول والبدائل وإمكانية تطويعها بما يحقق مصلحة الشركة ودائنيها.

١٣/ يعتمد نجاح عملية الإنقاذ فى تحقيق أهدافها بشكل كبير على خطة الإنقاذ المقترحة؛ فكلما كان تقييم طبيعة الصعوبات الاقتصادية للشركة وحجمها دقيقاً ومنضبطاً، كانت الآليات والوسائل المقترحة فى خطة الإنقاذ ذات جدوى وفاعلية.

١٤/ تتطوى خطة الإنقاذ على عديد من الالتزامات والتعهدات المختلفة، الأمر الذى دفع التشريعات إلى تقرير المسؤولية الجنائية والمدنية للملتزمين، وتفعيل دور النيابة العامة، كضمانة مهمة لتنفيذ برنامج الإنقاذ.

١٥/ تحظى النيابة العامة بدور كبير فى برامج الإنقاذ المختلفة، انطلاقاً من كون مصير الشركات وإنقاذها لا يهم الشركاء فقط، وإنما المجتمع بأسره. وقد ظهر دورها فى التتبع الجنائى، وفى مباشرة الدعوى المدنية، بالإضافة لدورها الرقابى.

١٦/ حرصت تشريعات الإنقاذ على تبنى آليات لتحصيل الديون المستحقة على عاتق الشركة بمناسبة تنفيذ برنامج الإنقاذ، وقد تجلت فى الحد من إجراءات وقف التتبع والتنفيذ، ورد الاعتبار لضمان الكفيل، وإفراد الدائنين بصلاحيات الحد من ديونهم، وتقرير مسؤولية مدير الشركة عن ديونها وفق قانون الإنقاذ.

١٧/ أظهرت الدراسة أهمية تمكين المحكمة من إعادة النظر فى العقود الجارية والمستمرة التى تكون الشركة فيها طرف، وذلك بغية التأكد من أهمية استمرار ارتباط الشركة بها، أو إنهائها حتى لا تشكل عبئاً يعيق نهوضها من كبوتها.

التوصيات

١٧٧- خلصت هذه الدراسة لمجموعة من التوصيات، التى نأمل أن تحظى بعناية المشرع المصرى، وهى:

١/ إعادة النظر فى المنظومة التشريعية للإفلاس، خاصة ما يتعلق بتبنى نظام قانونى كامل لإنقاذ الشركات وإعادة هيكلتها، لتمكينها من تخطى كبوتها، ومواصلة نشاطه والحفاظ على حقوق العمال فيها، وسداد الديون المستحقة لدائنيها.

٢/ إنشاء لجنة خاصة بمتابعة الشركات التجارية على غرار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية فى تونس، تعمل على مراقبة الأوضاع المالية والاقتصادية للشركات،

للكشف المبكر عن ما تمر به من صعوبات اقتصادية، والمساعدة فى تقديم المقترحات المناسبة لإنقاذها من الإفلاس.

٣/ تبنى تعريف قانونى للإنقاذ، باعتباره مجموعة الوسائل والإجراءات الجماعية التى تهدف إلى تجنب الشركات التجارية الصعوبات المالية التى تواجهها، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد التوقف عن الدفع، سواء تحت إشراف المحكمة أم بعيداً عنها، وفق خطة إنقاذ تتسم بالمرونة الكافية، وتضمن تسوية عادلة لمستحقات الدائنين.

٤/ استخدام مصطلح "الصعوبات الاقتصادية" كمؤشر على حاجة الشركة لإعادة الهيكلة، بدلا من مصطلح "الاضطراب المالى" لكونه يزيد من فرص الاستفادة من الإنقاذ المبكر.

٥/ تنوع الوسائل والبدائل التى يمكن الاعتماد عليها لتجنب الشركة الإفلاس، مثل الإشعار بالصعوبات الاقتصادية والتسوية الودية والتسوية القضائية.

٦/ وضع تنظيم قانونى خاص لخطة الإنقاذ كوسيلة لترتيب خطوات إنقاذ الشركة، وضمن تنفيذها خلال فترة زمنية محددة، بهدف ضمان جديّة الإنقاذ، وذلك دون الانتقاص من حقوق الدائنين.

٧/ تقنين عديد من آليات أو طرق الإشعار بالصعوبات الاقتصادية التى تمر بها الشركة التجارية وتوسيع نطاق أصحاب الصفة فى الإشعار لتعظيم الاستفادة من معطياته.

٨/ تنظيم فكرة التسوية الودية تحت إشراف قضائى وبمشاركة عدد كاف من خبراء لجنة إعادة الهيكلة والإداريين والكتابيين، وإقرار فكرة تحضير الدعوى.

٩/ توسيع نطاق أصحاب الصفة فى تقديم طلب إعادة الهيكلة وعدم قصرها على الشركة المدينة فقط؛ كالدائنين والنيابة العامة والمحكمة وغيرهم.

١٠/ ربط استفادة الشركة من إعادة الهيكلة والإنقاذ بثبوت توقفها عن الدفع، وليس مجرد الاضطراب المالى.

١١/ تبنى مرحلة المراقبة كإجراء ملزم قبل التحول إلى مرحلة التصفية، بهدف منح الشركة فرصة أخيرة ، بحيث إذا ما فشلت فى الاستفادة من هذه الفرصة تحولت إلى التصفية.

١٢/ على المحكمة أن تعيين متصرف قضائي، ولا يكفي مجرد تشكيل لجنة لإعادة الهيكلة، ليتولى المشاركة في وضع خطة إعادة الهيكلة، مروراً بإدارة أصول الشركة وانتهاءً بتحقيق الخطة لأهدافها.

١٣/ عدم غل يد الشركة عن إدارة أموالها والتصرف فيها كأصل عام خلال فترة إعادة الهيكلة، وذلك بضوابط معينة، تضمن حظر أى تصرف من شأنه الإضرار بمصالح الدائنين وإلا وقع التصرف غير نافذ في مواجهة الدائنين.

١٤/ إعطاء الدائنين (أصحاب البضائع والسلع) الحق في الاسترداد إذا ما ثبت أن الشركة قامت بالتصرف خلال فترة الريبة، وليس مجرد عدم النفاذ.

١٥/ منح المحكمة سلطة تقديرية في تقرير غل يد الشركة من عدمه وتحديد نطاقه إذا ما قررت الأخذ به، وذلك بحسب ظروف كل شركة وما يناسبها. وتجنب الحظر المطلق لكونه يضر بأهداف إعادة الهيكلة وإنقاذ الشركة.

١٦/ تنظيم وقف إجراءات التنفيذ لجميع الدعاوى بقوة القانون كأثر لإقرار خطة إعادة الهيكلة، ويجب أن يمتد هذا الحكم ليشمل حتى الإجراءات السارية بالفعل قبل رفع الدعوى وأى إجراء يتم بالمخالفة لذلك لا يرتب أى أثر، ويلغى بأثر رجعى. ويستمر الوقف طوال مدة إعادة الهيكلة. ولا يمنع هذا الدائنين من تقديم طلب للحد من آثار الوقف أو تعديل إجراءاته.

١٧/ أن يمتد وقف التنفيذ في حق الشركة ليشمل الكفيل والضامن والمدين المتضامن، حتى لا يعودوا بعد ذلك على الشركة بما دفعوه. كما تقتضى حماية الدائنين تأقيت فترة وقف التنفيذ.

١٨/ عدم تقرير وقف التنفيذ بشكل مطلق، حيث يجب تمكين المحكمة من حفظ حقوق الدائنين التي لا تتعارض مع خطة إعادة الهيكلة.

١٩/ أن تتضمن خطة إعادة الهيكلة والإنقاذ تحديد الالتزامات والمسئوليات بدقة، خاصة ما يتعلق بتسوية الديون المستحقة، والآلية المتبعة في ذلك وأيضاً حقوق العمال، بما يضمن نجاح الخطة وتحقيق أهدافها.

٢٠/ تنظيم عمل لجان الدائنين، يُصنف الدائنون فيها لمجموعات، لمناقشة خطة الإنقاذ المقدمة من الشركة والتصويت عليها، واقتراح أى تعديلات تراها.

٢١/ تبنى الضمانات الكفيلة بتنفيذ خطة إعادة الهيكلة وما تم الاتفاق عليه بين الشركة ودائتيها، من حيث تقرير المسؤولية عن عدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، والآليات الخاصة بتحصيل الديون.

٢٢/ الحرص على تقرير مسؤولية مدير الشركة عن أخطائه في اضطراب الأوضاع الاقتصادية للشركة، سواء من حيث تحمله مسؤولية سداد ما تبقى من الديون المستحقة على الشركة، أم من حيث التحفظ على المكاسب، أم شهر إفلاس مدير الشركة.

٢٣/ السماح بالطعن على الأحكام القضائية الصادرة في مسائل التسوية الودية وإعادة الهيكلة، خاصة وأن هناك عددا من دواعي الاعتراض على مثل هذه الأحكام لتعلقها بمصير المدين وحقوق الدائنين.

٢٤/ تمكين المحكمة من إعادة النظر في العقود الجارية والمستمرة التي تكون الشركة فيها طرفاً، بغية التأكد من أهميتها للشركة، أو إنهاؤها حتى لا تشكل عبئاً يعيق نهوضها من كبوتها. مع تقرير التعويض المناسب للمضروب من هذا الإنهاء.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

المراجع العربية:

أولاً/ الكتب العامة:

- ١- د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ٢٠١٦.
 - ٢- د. صفوت بهنساوى، الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية - بنى سويف، ٢٠٠٣، ص ٢٥.
 - ٣- د. عاطف الفقى، الإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٨.
 - ٤- د. حسين الماحى، أحكام الإفلاس فى ظل قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
 - ٤- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، التنظيم القانونى للإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
 - ٦- د. عبد الرحمن السيد قرمان، الوسيط فى القانون التجارة الجديد - الإفلاس والصلح الواقى منه، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
 - ٧- د. على البارودى - د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧.
 - ٨- د. على جمال الدين عوض، الإفلاس فى قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، (بدون تاريخ نشر).
 - ٩- د. فايز نعيم رضوان، أحكام القانون التجارى الجديد فى الإفلاس، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
 - ١٠- د. محمد فريد العرينى، الشركات التجارية (المشروع الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
 - ١١- د. محمد محمد هلالية، الإفلاس، (بدون دار نشر)، (بدون سنة نشر).
- ثانياً/ الأبحاث الخاصة:

- ١- د. أحمد الورفلى، التوقف عن الدفع فى قانون الإجراءات الجماعية، تقرير تمهيدى، مقدم للمعهد الأعلى للقضاء - تونس، ٢٠٠٣.

- ٢- د. السيد رؤوف ملكي، إنقاذ المؤسسات بين التسوية والرضائية والتسوية القضائية، بحث مقدم للدورة التدريبية بعنوان " إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، للمعهد العالي للقضاء -وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤.
- ٣- د.بشار حكمت ملكاوي، إنقاذ المشروعات التجارية المعسرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة والافلاس الاماراتي، بحث منشور بمجلة عجمان للدراسات والبحوث، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
- ٤- د.بليغ عبد النور حاتم، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام شهر الإفلاس، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول ٢٠١١.
- ٥- د.حاکم محسن محمد - م.م. على عبد الامير فليفل، استخدام دالة Z-score للتنبؤ بإفلاس الشركات، بحث متاح على الموقع الالكتروني التالي: (تاريخ زيارة الموقع: يناير ٢٠١٧).
- www.uobabylon.edu.iq/publications/economy_edition7/economy7_2.doc
- ٦- د.حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠١٥.
- ٧- د.حسين الماحي، الشركات التجارية وقواعد سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠١٧.
- ٨- د.حسين فتحى عثمان، دور المصفي في انهاض وتصفية المشروعات، (بدون دار نشر)، (بدون تاريخ نشر).
- ٩- د.خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات من الإفلاس، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر).
- ١٠- د.رحاب محمود داخلي، النظام القانوني لدور الجمعيات العمومية فى إدارة شركات المساهمة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
- ١١- د.سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لإستجالية تنفيذ هذه بسبب الظروف الطائفة، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨.

١٢- د.سلوى العنتري، أداء الاقتصاد المصرى بعد ثورة يناير ٢٠١١ المهام العاجلة والاستراتيجية البديلة، ، مقالة متاحة على الموقع الالكتروني التالى:
<http://nwrcegypt.org>

١٣- د.شريف مكرم، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائتى المفلس، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٢

١٤- د.شيبانى نضيرة، هوية المسير فى ظل الشركة التجارية، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول لسنة ٢٠١٣.

١٥- د.صلاح الدين الجورشى، ربيع تونس - التآرجح بين الأمل والخوف، التقرير العربى السابع للتنمية الثقافية، مقالة منشورة بمجلة الفكر العربى، العدد الأول، ١٤٣٦-٢٠١٤.

١٦- د.طرايش عبد الغنى، آليات إنقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع فى القانون الجزائرى، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية - قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، العدد ١٥، جانفى ٢٠١٦.

١٧- د.عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠١.

١٨- د.عبد الرحمن السيد قرمان، الجوانب القانونية لتشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية (دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى)، دار النهضة العربية- القاهرة، (بدون تاريخ نشر).

١٩- د.على سيد قاسم، مراقب الحسابات - دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات فى شركة المساهمة، دار الفكر العربى، بدون تاريخ نشر

٢٠- د.مبارك الخماسى، مهام لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية على ضوء التنقيح الجديد لقانون الإنقاذ، بحث مقدم للدورة الدراسية بعنوان "إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات إقتصادية"، المعهد الأعلى للقضاء، وزارة العدل وحقوق الإنسان، ٢٢ يناير ٢٠٠٤.

٢١- د.محمد سيد رزق حرب، مسئولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة - دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥.

- ٢٢- د.محمد رضا التميمي، مفهوم التوقف عن الدفع بين الإلغاء والتطوير - دراسة بين القانون التجاري الجزائري والمصري، مجلة السياسة والقانون، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - الجزائر، العدد التاسع، يونيو ٢٠١٣.
- ٢٣- د.مسعود يونس عطوان عطا، إنهاض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- ٢٤- د.منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ - قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، (بدون دار نشر)، ٢٠١١.
- ٢٥- صالح الذهبي، دور الخبير المحاسب في تقصى الوضع الإقتصادي والمالي للمؤسسة وإمكانية مساعدتها، بحث مقدم للدورة التدريبية بعنوان " إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، للمعهد العالي للقضاء وزارة العدل التونسية، ٢٠٠٤.

ثالثًا/ الرسائل العلمية:

- ١- الشايب أمال، أثر نزاعات العمل الجماعية على إنتاجية المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية، رسالة ماجستير - كلية العلوم والحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٣.
- ٢- بوجلال فاطمة الزهراء، الرقابة القضائية على إجراءات الحجز، رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٥.
- ٣- فوراية بلبشير، نماذج التشخيص التنظيمي ودورها في إعداد إستراتيجية المؤسسة E.MORIN & A.SAVOIE و McKinsey 7'S نموذجي حالة دراسة للمؤسسة الوطنية لتسويق وتوزيع المواد البترولية، رسالة ماجستير - كلية العلوم الإقتصادية، التجارية وعلوم التسيير - قسم علوم التسيير، جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة، الجزائر، (بدون تاريخ نشر).
- ٤- لرزق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير، جامعة وهران - كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤.

٥- ماهر الخزاعي، إدارة السيولة والربحية، رسالة ماجستير، كلية الإقتصاد - جامعة دمشق، ٢٠٠٩.

رابعاً/ المؤتمرات العلمية:

عصمانى عبد القادر، أهمية بناء أنظمة لإدارة المخاطر لمواجهة الأزمات فى المؤسسات المالية، ورقة عمل مقدمة للملتقى العلمى الدولى حول " الأزمات المالية والإقتصادية الدولية والحكمة العالمية"، كلية العلوم الإقتصادية والتسيير، بتاريخ ٢٠ - ٢١ أكتوبر ٢٠٠٩.

خامساً/ التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية:

١/ القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ بتاريخ ١٧ أبريل لسنة ١٩٩٥ الخاص بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، الرائد الرسمى، العدد (٣٣)، السنة ١٣٨، الثلاثاء ٢٥ ذو القعدة ١٤١٥ - ٢٥ أبريل ١٩٩٥.

٢/ القانون العدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٩٩ الخاص بتقوية القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ أبريل ١٩٩٥ والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الرائد الرسمى للجمهورية التونسية، عدد (٥٧)، السنة ١٤٢، الجمعة ٣ ربيع الثانى ١٤٢٠ - ١٦ يوليو ١٩٩٩.

٣/ القانون عدد ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٣ يتعلق بتقوية القانون عدد ٣٤ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٧ أبريل ١٩٩٥ المنقح بالقانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩٩ المؤرخ في ١٥ يونيو ١٩٩٩ المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإتمامه، العدد (١٠٤)، السنة ١٤٦، الثلاثاء ٧ ذو القعدة ١٤٢٤ - ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٣.

٤/ الأمر رقم ٣٠١ لسنة ٢٠١١ بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١١ الخاص بضبط صيغ وإجراءات وشروط تطبيق أحكام المرسوم عدد ٩ لسنة ٢٠١١ المؤرخ في ٢٨ فبراير ٢٠١١ المتعلق بإجراءات ظرفية لمساندة المؤسسات الاقتصادية لمواصلة

نشاطها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد (١٧)، السنة ١٥٤، الثلاثاء ١٠ ربيع الثاني ١٤٣٢ - ١٥ مارس ٢٠١١.

٥/القانون عدد ٣٦ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٩ أبريل لسنة ٢٠١٦ الخاص بالإجراءات الجماعية، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد (٣٨)، سنة (١٥٩)، الثلاثاء ٣ شعبان ١٤٣٧ هـ - ١٠ مايو ٢٠١٦.

٦/مدونة التجارة المغربية الصادر بتنفيذها الظهير الشريف رقم ١٩٦.٨٣ المؤرخ ب ١٥ من ربيع الأول ١٤١٧ فاتح أغسطس ١٩٩٦ - منشور بالجريدة الرسمية عدد ٤٤١٨ بتاريخ ١٠/٣/١٩٩٦.

٧/ قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرراً في ١٧/٥/١٩٩٩.

٨/ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منظمة الأمم المتحدة - نيويورك، ٢٠١٢.

٩/ إتفاقية إقامة منطقة التبادل الحر بين الدول العربية المتوسطة، راجع الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.tas.gov.eg/NR/rdonlyres/BD477EE4-DFB6-4680-AECB-91B37458A43F/1298/agadirtext.doc>

١٠/الدليل التشريعي لقانون الإعسار، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، الأمم المتحدة - نيويورك ٢٠٠٥، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf

١١/ القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ في أول أكتوبر ١٩٨١. وقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨.

١٢/ برامج الإحاطة بالعمال المسرحيين لأسباب اقتصادية أو فنية أو على اثر الغلق النهائي والفجئي وغير قانوني للمؤسسات، المنشور عدد ١٦ المؤرخ في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٢ بين وزير الشؤون الاجتماعية والتضامن ووزير التشغيل موجّه إلى

السيدات والسادة الرؤساء المديرين العامين والمديرين المركزيين والمديرين الجهويين للشؤون الاجتماعية والتضامن والمديرين الجهويين للتشغيل، تونس، ٣٠/١١/٢٠٠٢.
متاح على الموقع الالكتروني التالي:

<http://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=260>

١٣/ المرسوم بقانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن الإفلاس، دولة الامارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية العدد (٦٠٤) السنة السادسة والأربعون بتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٦.

١٤/ القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر رقم (٧٥-٥٩) بتاريخ ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥.

١٥/ قانون النقد والقرض المغربي رقم (١٠-٤) ١٦ رمضان عام ١٤٣١ الموافق ٢٦ أغسطس لسنة ٢٠١٠، والمعدل بالأمر ٣-١١ بتاريخ ٢٧ جمادى الثانية لعام ١٤٢٤ الموافق ٢٦ أغسطس لسنة ٢٠٠٣.

١٦/ القانون المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد والمعدل بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٤ وبالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥، منشور بالجريدة الرسمية العدد (٢٤) مكرر، بتاريخ ١٥ يونية لسنة ٢٠٠٣.

١٧/ الوقائع المصرية، العدد (٢٣)، قرار مجلس الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ١٨/١/٢٠١٧ بشأن إصدار المعايير المصرية للتقييم المالي للمنشآت.

سادسًا/ التقارير:

١/ تحديث نظام الافلاس (مصر والأردن)، تقرير صادر عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، لبنان - بيروت، ٢٠١٤.

٢/ المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي يختتم مشاورات المادة الرابعة لعام ٢٠١٢ مع تونس، نشرة معلومات معممة رقم ١٢/٩٦، ٣ أغسطس ٢٠١٢، متاح على الموقع الالكتروني التالي:

<file:///C:/Users/a-1/Downloads/pn1296apdf.pdf>

٣/ دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات بجمهورية مصر العربية، فبراير ٢٠١١،

ص ٢٢ وما بعدها. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

[tp://www.ecgi.org/codes/documents/code_cg_egypt_13feb2011_ar.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/code_cg_egypt_13feb2011_ar.pdf)

٤/ مقالة بعنوان: «المزايا» - إعادة هيكلة «مجموعة دبي» تفتح الباب لإعادة ضبط

الشركات الحكومية، منشورة بجريدة النهار الكويتية، العدد (٨٠٧)، بتاريخ

٢٠٠٩/١٢/٠٦. تاريخ زيارة الموقع (٢٤/١٠/٢٠١٧).

ثانيًا/ المراجع الأجنبية:

١/ الأبحاث الخاصة الأجنبية:

- 1- A Belcher, Corporate Rescue: A Conceptual Approach to Insolvency Law (Sweet& Maxwell, London, 1997).
- 2- A Smith and M Neill, "The Insolvency Act 2000" (2001). 17 Insolvency Law & Practice 84; Cork Report, paras.428430.
- 3- ADOLF A. BERLE, JR. & GARDINER C. MEANS, the Modern Corporation and private property, 1932.
- 4- Anton steenkamp and delene warrassaly, The effect of insolvency on contracts of employment: The 2002 amendments to the Insolvency Act and the Labour Relations Act, Law democracy& development, The university of south africa- faculty of law, 6 Law Democracy & Dev. 151 (2002).
- 5- B Eichengreen, Toward a New International Financial Architecture: A Practical PostAsiaAgenda, (Institute for International Economics Washington, D.C. 1999).
- 6- BG Carruthers and TC Halliday, Rescuing Business: The Making of Corporate bankruptcy Law in England and the United States (Clarendon Press, Oxford, 1998).
- 7- Comparison of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom The Rescue Procedure in France - Insolvency Proceedings in Germany and The

- Extraordinary Administration for Large Insolvent Companies in Italy, Jones Day, one firm.(n.d)
- 8- D Milman, "Moratoria on enforcement rights: revisiting corporate rescue" ,2004, *Conveyancer and Property Law*
 - 9- D Skeel, "The Past, Present and Future of DebtorInPossession Financing" *Cardozo Law Rev*, 25:5, 2004
 - 10- D.Milman, "Schemes of Arrangement: Their Continuing Role" [2001] *Involv. L.* 145.
 - 11- Daniel R. Wong, bankruptcy and cramdowns: adopting a contract rate approach, *Northwestern University Law Review* Vol. 106, No. 4 1927 chapter 11, 2012.
 - 12- Daniel Valdman, *Loi de sauvegarde: quelle proce'dure pour quelles difficulte's des entreprises?*, *Gazette du Palais*, 23 and 24 January 2008.
 - 13- David Bartos, partnership disputes and remedies, p2, available at :
 - 14- David K. Spiro, Robert S. Westermann, Sheila deLa Cruz, summary of chapter 11 procedures, *Hirschler Fleischer*,(n.d).
 - 15- Donald S Bernstein, *The International Insolvency Review*, Second Edition, Law Business Research Ltd, 2014.
 - 16- Douglas G. Baird, *the Elements of Bankruptcy* (Foundation Press, 1992).
 - 17- E Ehlers, "Statutory Corporate Rescue Proceedings in Germany: The Insolvenzplan Procedure" in K Gromek Broc and R Parry (eds), *Corporate Rescue: An Overview of Recent Developments from Selected Countries*, (2 nd edn, Kluwer Law International, 2006).
 - 18- EDITH S. HOTCHKISS and others, *Bankruptcy and the resolution of financial distress*, Chapter 14, E.S. Hotchkiss et al, 2008.
 - 19- Edward S. Adams, *Governance in Chapter 11 Reorganizations: Reducing Costs, Improving Results*, 73 *B.U. L. Rev.* 581 (1993).

- 20- Eugene F. Fama; Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution. (Jun., 1983).
- 21- Eugene F. Fama; Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution. (Jun., 1983).
- 22- Farouk Mechri, *Droit des entreprises en difficultés économiques*, Sud Editions – Tunis 2008.
- 23- Fiche pratique, *La procédure de sauvegarde*, CCI Paris Ile-de-France, Mis à jour le 19/04/2016.
- 24- FM Zimmerman, *The Turnaround Experience: Realworld Lessons in Revitalizing Corporations* (McGraw Hill Inc, 1991)
- 25- Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, the Corporate Contract, 89 *COLUM. L. REV.* 1416, 1419-21 (1989).
- 26- G Lightman, "Voluntary Administration: 'The New Wave or the New Waif in Insolvency Law'" 2 *Insolvency Law Journal* 59, 1994.
- 27- G McCormack, "Control and corporate rescue –an AngloAmerican evaluation" (2007) 56 *I.C.L.Q.*
- 28- G McCormack, "Superpriority new financing and corporate rescue" [2007] *J.B.L.*
- 29- Gabriella Covino and Rita Gismondi – Gianni, Origoni, Grippo, *The New Extraordinary Administration Proceedings for Large Insolvent Companies in Italy*, May 2009.
- 30- GD Pont and L Griggs, "A Principled Justification for Business Rescue Laws: A Comparative Perspective (Part II)" (1996) 5 *International Insolvency Review* 47.
- 31- GD Pont and L Griggs, "A Principled Justification for Business Rescue Laws: A Comparative Perspective (Part II)" (1996) 5 *International Insolvency Review* 47, 51.

- 32- Georges Cavalier. French Bankruptcy Law and Enforcement Procedures Commercial Code – Article L. 632-2 §2. Nagoya Symposium, Mar 2008, Nagoya, Japan. HAL Id: hal-00325825.
- 33- Gordon W. Johnson, Insolvency and social protection: Employee entitlements in the event of employer insolvency, the Fifth Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR) which was held on 27-28 April 2006.
- 34- Haizheng Zhang, Making an efficient and well-functioning corporate rescue System in Chinese bankruptcy laws: from the perspective of a Comparative study between England and China, Thesis at School of Law - University of Leicester, September 2008.
- 35- Hervé LE NABASQUE, La cession de l'entreprise en redressement judiciaire, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - 10 Mai 1990 - n° 19.
- 36- IF Fletcher, "UK Corporate Rescue: Recent Developments—Changes to Administrative Receiverships, Administration, and Company Voluntary Arrangements—the Insolvency Act 2000, the White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002" (2004) 5 EBOR 119, 127.
- 37- J Friedman, "What courts do to secured creditors in Chapter 11 cram down", *Cardozo Law. Rev.* (1993) 14.
- 38- J Weiner, "Corporate Reorganization: Section 77B of the Bankruptcy Act 1934" (1934) 34 *Colum L Rev.* 1173.
- 39- J Westbrook, "The Control of Wealth in Bankruptcy" (2004) 82 *Texas.L.R.* 795.
- 40- John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, The Essential Elements of Corporate Law What is Corporate Law?, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 643 7/2009.
- 41- John Michael Wood, Corporate Rescue: A Critical Analysis of its Fundamentals and Existence, Centre for Business Law and Practice, The University of Leeds School of Law, May, 2013.

- 42- José M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring*, (n.d), p5 available at :
- 43- K Gromek Broc, "England and Wales: The Impact of the Revised Company Voluntary Arrangement Procedure", in K Gromek Broc and R Parry (eds) *Corporate Rescue: an overview of recent developments from selected countries* (2 nd edn, Kluwer Law International, Hague, 2006).
- 44- K Pranai and R Miller, "Company Voluntary Arrangements: the landlord position" (2003) 19 I.L.
- 45- Keith Steven, *Expert Guide to The Company Voluntary Arrangement Process, company rescue*, available at: <http://www.companyrescue.co.uk/documents/company-voluntary-arrangement-CVA-guide-v2.pdf>
- 46- Klaus J. Hopt, *Modern Company Law Problems: A European Perspective Keynote Speech, Company Law Reform in OECD Countries A Comparative Outlook of Current Trends Stockholm, Sweden 7-8 December 2000*.
- 47- Kokou Serge Evelamenou. *Le concordat préventif en droit Ohada. Droit. Université Paris-Est, 2012. Français.*
- 48- koseleck, Reinhart, *historical criteria of the modern concept of revolution, clompuia UP issue, 2004, pages:43-57*
- 49- LAURENT GAILLOT, *sweeping reform for French bankruptcy law, International Insolvency Institute, February 14, 2006.*
- 50- M Hunter, "The Nature and Functions of a Rescue Culture" [1999] J.B.L. 491.
- 51- M. Xavier de roux, *papport (no 3651), d'information depose, en application de l'article 86, alinéa 8, du Règlement , par la commission des lois constitutionnelles, de la legislation et de l'administration generale de la république, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, de sauvegarde*

- des entreprises. Disponible sur: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i3651.asp>
- 52- M.Estelle MORIN, Efficacité Organisationnelle: Sens du Travail et Sante des Personnes, Synthèse de la Communication, HEC Montréal, Québec, Canada, (n.d).
 - 53- Martin Lipton and Steven A. Rosenblum, New System of Corporate Governance: The Quinquennial Election of Directors, The University of Chicago Law Review, 196-97 (1991).
 - 54- Mayer Brown JSM, Criminal Liability for Auditors - Who's next? Legal Update Restructuring, Bankruptcy & Insolvency Corporate & Securities, Hong Kong 10 August 2012.
 - 55- Melvin A. Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and officers, 51 U. Pitt. L. Rev. 945 (1989), Available at:
 - 56- Mihaela Carpus Carcea and others, The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, septamper 2015.
 - 57- Milton Harris and Arturraviv, The Theory of Capital Structure, the Journal of Finance, Vol. 46, No. 1. (Mar, 1991), pp. 297-355.
 - 58- N Davis, "The Rescue Culture in the United Kingdom", (1997) 2 I. L. & P. pp. 3- 4.
 - 59- Nahid Lyazami. La prévention des difficultés des entreprises: étude comparative entre le droit français et le droit marocain. Droit. Université de Toulon, 2013. Français.
 - 60- Niklaus B Müller, Restructuring and insolvency in Switzerland, The European Restructuring and Insolvency Guide 2005/2006 published by Globe White Page.
 - 61- Par Laurent Latapie, Responsabilité de l'administrateur judiciaire en cas de poursuite de contrat, Village de la

justice – la communauté des métiers du droit, vendredi 29 juillet 2016, disponible sur le site web suivant:

- 62- Patrick Bolton and David S. Scharfstein Charfstein , A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, *The American Economic Review*, Vol. 80, No. 1 (Mar., 1990).
- 63- Paul H. Zumbro Partner, DIP and Exit Financing Trends and Strategies in a Changing Marketplace, Cravath, Swaine & Moore LLP, Thomson Reuters/Aspatore, 2016.
- 64- Paul Omar, "Benchmarking Voluntary Administration on its 20-Year Anniversary" his paper is based on a presentation titled "Corporate Rescue in the UK: Ten Years after the Enterprise Act 2002 Reforms", organized by the Bankruptcy and Insolvency Law Scholarship Unit at the Adelaide Law School, Adelaide, Australia on 26 July 2013.
- 65- PL Davies, Gower and Davies' the Principles of Modern Company Law (7 th edn, Sweet & Maxwell, London, 2003).
- 66- R Goode, Principles of Corporate Insolvency Law (3 rd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005), paras.10.16.
- 67- R Goode, Principles of Corporate Insolvency Law (3 rd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005), paras.4.154.23.
- 68- Raymond T. Nimmer & Richard B. Feinberg, Chapter 11 Business Governance. Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity, 6 BANKR. DEV. J. 1
- 69- Riz Mokal, Administrative Receivership and Administration - An Analysis, Faculty of Laws, UCL; Centre for Business Research, Cambridge University; 3-4 South Square Chambers, ExpressO Preprint Series, paper 1372.
- 70- S Davies QC (ed), Insolvency and the Enterprise Act 2002 (Jordans, Bristol, 2003).
- 71- S Frisby, "In Search of a Rescue Regime: the Enterprise Act 2002" (2004) 67 M.L.R.

- 72- S Frisby, Interim report to the insolvency services on returns to creditors from pre- and post-Enterprise Act insolvency procedures (Insolvency service, London, 2007).
- 73- Salerno, Kroop & Hansen, The Executive Guide To Corporate Bankruptcy Second Edition (Beard Books 2010).
- 74- Salerno, "Reorganisation Of The Financially Distressed Business Enterprise In The US – Just How Far Afield Is It From The Rest Of The World?", Global Insolvency & Restructuring Review, 2008/09.
- 75- Stephen J. Lubben, Railroad Receiverships and Modern Bankruptcy Theory, 89 CORNELL L. REV 1420, (Sept. 2004)
- 76- Stuart C. Gilson, Kose John and Larry H.P. Lang, Troubled debt restructurings an empirical study of private reorganization of firms in default, Journal of Financial Economics 27 (1990) 315-353. North-Holland.
- 77- TETLEY, Andrew and BAYLE, Marcel, "Insolvency Law in France" in Otto Eduardo Fonseca Lobo, World Insolvency Systems: A Comparative Study (Toronto, Carswell Company Ltd, 2009).
- 78- Thomas H. Jackson, Logic and the Limits of Bankruptcy Law, Harvard university press, November 1986.
- 79- V Finch, "Reinvigorating Corporate Rescue" [2003] J.B.L.527, p333-334.
- 80- Vanessa Finch, Corporate insolvency law Perspectives and Principles, second edition, Cambridge University Press, 2009.
- 81- William (Gang) Li, Corporate Financial Distress and Bankruptcy Prediction in North American Construction Industry, Thesis, Duke University - Durham, North Carolina, April 16, 2014
- 82- Wolf-Georg Ringe, Louise Gullifer, Philippe Théry, Current Issues in European Financial and Insolvency Law: Perspectives from France and the UK, Bloomsbury Publishing, Law, Jun 2, 2009.

٢ / الأحكام القضائية الأجنبية:

- 1- United States District Court, in re: TEXACO INC., Texaco Capital Inc., Texaco Capital N.V., Debtors. Bankruptcy Nos. 87 B 20142-87 B 20144. S.D. New York. April 5, 1988.
- 2- Trust indenture act of 1939, (as amended through P.L 111-229), august 11, 2010, available at: <https://www.sec.gov/about/laws/tia39.pdf>
- 3- Official committee of unsecured creditors, et al, v. Dow corning corporation, united states court of appeals for the sixth circuit, Nos. 04-1608/1643/1720/ 1721/1722.
- 4- Roger Herring, Respondent, v. TEXACO, INC.; Supreme Court of Washington, En Banc, 165 P.3d 4 (2007).
- 5- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 27 février 2007, 06-10.170, Publié au bulletin.
- 6- Senior ARONSON, et al., Defendants Below, Appellants, v. Harry LEWIS, Plaintiff Below, Appellee, Supreme Court of Delaware, March 1, 1984.
- 7- United states court of appeals, for the sixth circuit, In re: Bears Tears government securities, INC., et al., v. Dow corning corporation, for the Eastern District of Michigan at Detroit. No. 01-71843—Denise Page Hood, District Judge. Argued: July 27, 2005 Decided and Filed: July 26, 2006.
- 8- First Nat'l Bank of Cincinnati v. Florsheim, 290 U.S. 504 (1934).
- 9- Cass. Com. 22 June 1999, Revue des proce'dures collectives 2000.
- 10- In re: TEXACO INC., Texaco Capital Inc., Texaco Capital N.V., Debtors. Bankruptcy Nos. 87 B 20142-87 B 20144. United States District Court, S.D. New York. April 5, 1988.
- 11- Mann v. Pentz, 2 Sand. Ch. 257, 265 (N.Y. Ch. 1845).

- 12- Institutional Creditors of Continental Air Lines v. Continental Air Lines, Inc, 780 F.2d 1223, 1226 (5th Cir. 1986)
- 13- Richmond Leasing Co. capital Bank, NA, United States Court of Appeals, Fifth Circuit.762 F.2d 1303 (5th Cir. 1985).
- 14- In re Southern Biotech, Inc., 37 B.R. 318, 322-23.

٣ / أهم القوانين والاتفاقيات الدولية الأجنبية:

- 1- Code de commerce, Livre v: les mrsures de prevention et de traitement des difficultes de l'entreprise, version consolidée en date du 06 October 2016.
- 2- S.256 - Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, 109th Congress (2005-2006).
- 3- The Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012.
- 4- A Guide on Employee's Rights in, Bankruptcy, Winding-up and Receivership, Labour department, 2014
- 5- FEDERAL RULES OF BANKRUPTCY PROCEDURE, DECEMBER 1, 2014 UNUM E PLURIBUS, 113TH CONGRESS, "COMMITTEE PRINT No. 7, 2nd Session.
- 6- "Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist".
- 7- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Legislative Guide on Insolvency Law, 2004.
- 8- The Bankruptcy Reform Act of 1978 (Bankruptcy Code), 11 U.S.C. §§ 101-1330 (1988 & Supp. IV 1992).
- 9- Chapter 11 - US Bankruptcy Code.
- 10- UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012, part (1).

- 11- Droit des affaires, Partie I : Entreprises en difficulté, p6.available at:<http://www.cours-univ.fr/documents/cours030308.doc>
- 12- Enterprise Act 2002, s 251 (1); the EA 2002, s 252.
- 13- Company Voluntary Arrangement (CVA) Law, Section 1 of the Insolvency Act 1986.
- 14- Company voluntary arrangements, April 2004, available at:
https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch13-24/Chapter20/part2/part_2.htm
- 15- Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, Last amended on February 26, 2015, Published by the Minister of Justice at the following address: <http://laws-lois.justice.gc.ca>
- 16- Companies Act 2006 chapter 46, part 26 "arrangements and reconstructions", available at :
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf
- 17- UK Administration - Schedule B1 of the Insolvency Act 1986, the Act is applied, with modifications, by the Charitable Incorporated Organisations (Dissolution and Insolvency) Regulations 2012.
- 18- LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Disponible sur le site suivant:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645&categorieLien=id>
- 19- Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, disponible sur:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000878028>
- 20- Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, disponible sur:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068829>

21- Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693911>

22- Code de commerce Dernière modification: 30/06/2017
Edition: 29/06/2017.

٤/ اهم التقارير الأجنبية:

- 1- A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms, Report by the Review Group, Department of Trade and Industry and HM Treasury, the Insolvency Service May 2000.
- 2- Out-of-Court Debt Restructuring, by the World Bank, Law Jan 12, 2012.
- 3- Rescue of Business in Insolvency Law, Instrument of the European Law Institute, 2017.
- 4- Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, TENDER No. JUST/2012/JCIV/CT/0194/A4, Annex 1, Date: 08/05/2014.
- 5- Corporate Governance Disclosure in Emerging markets, statistical analysis of legal requirements and company practices, United Nations Conference on trade and development, United Nations, New York, 2011.
- 6- Compromise Arrangement and reconstructions, Report: The institute of chartered accountants of india, (without date of publishment) available at:
http://www.icaiknowledgegateway.org/littledms/folder1/c_hapter-6-compromise-arrangements-and-reconstructions.pdf
- 7- The French judicial conciliator, Euro-Info-Consommateurs Centre, August 2005.
- 8- Une analyse comparative des procédures de faillite: France, Allemagne, Royaume-Uni, Regards sur les PME n° 16, Observatoire des PME, OSEO, 2008.

- 9- Corporate Governance and the Financial Crisis, key findings and main messages, June 2009, this document was considered by the OECD Steering Group on Corporate Governance and approved for publication on 29 May 2009.
- 10-White Paper issued by the UK Department of Trade and Industry entitled "Insolvency – A Second Chance", 2001 (Cm. 5234).
- 11-Doing Business, 2017 Egypt, Arab Rep, International Bank for Reconstruction and Development / the World Bank, available at:<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/Egypt>
- 12-The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems (Revised Draft 2005).
- 13-THE NEW YORK AND NEW JERSEY PARTNERSHIP DISPUTE GUIDE, Charles N. Internicola, Esq, Charles N. Internicola, 2012.
- 14-Cf CCIP, Rapport Commission des droits de l'entreprise, Pistes pour l'évolution des textes relatifs à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Études Actualités no 13, déc. 2007.
- 15-The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, p12, available at:<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/isabelledidiernewrigime.pdf>.
- 16-La responsabilité du mandataire judiciaire, Sur les difficultés procédurales et humaines qui entravent la liberté à agir du débiteur contre le mandataire judiciaire, Le 30 mai 2017, bilan disponible sur le site web suivant:
http://www.avocat-melvini-scrivano.com/la-responsabilite-du-mandataire-judiciaire-_ad15.html#sdfootnote1sym
- 17-The reform of insolvency proceedings in France, a professional's point of view, available

at:<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/isabelledidiernewrigime.pdf>

18-Report of the insolvency law review committee, final report, 2013, p53, available at :

<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/ipto/assets/documents/Report%20of%20the%20Insolvency%20Law%20Review%20Committee.pdf>

٥ / أهم الاختصارات والمصطلحات:

١ / إجراءات الإعسار في ألمانيا (InsO)

٢ / مؤشر قياس حسن ممارسة أنشطة الأعمال (D- Business)

٣ / إعادة تدوير الشركة "corporate recycling"

٤ / الإجراءات خارج نطاق المحكمة out-of-court procedures.

٥ / الإجراءات الرسمية داخل المحكمة formal in-court

٦ / اختبار التدفق النقدي للإعسار "cashflow test of insolvency"

٧ / نظام لإنقاذ شركات التأمين المعسرة، عرف باسم " a rescue vehicle"

٨ / قانون الترتيبات البريطاني لسنة ١٩٨٦ (CVAs))

٩ / المدين الحائز (DIP)

١٠ / نظام الإدارة البريطاني An administration order

١١ / الإنقاذ الحر "Mandataire ad hoc"

١٢ / القانون الأمريكي لحماية المستهلك من الإفلاس (BAPCPA)

١٣ / إعادة الهيكلة Reorganization

١٤ / وقف الإجراءات automatic stay

٣ / لجان الدائنين Des comités de créanciers

**التنظيم القانوني لتعثر الشركات المساهمة العامة في قانون
الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته**

د. مؤيد احمد عبيدات

استاذ القانون التجاري المشارك/ جامعة الشارقة/ كلية القانون

الملخص

ركزت هذه الدراسة على البحث في موضوع تعثر الشركات المساهمة العامة في قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته، حيث برزت مشكلة الدراسة في عدم كفاية وغموض النصوص القانونية التي أوردها المشرع الاردني والتي تعالج موضوع تعثر الشركات المساهمة العامة التي تعد عماد الثروة الوطنية في أي دولة، وقد اعتمدت هذه الدراسة على تحليل النصوص الواردة في هذا القانون وبيان الثغرات ومواطن النقص والغموض خاصة في نص المادة (١٦٨) من القانون ذاته.

وقد قسّمت هذه الدراسة الى أربعة مباحث ركزت بشكل أساسي على بيان ماهية التعثر وتحديد أسبابه ، كما حددت مفهوم التعثر المالي والاداري وأساليب معالجته لدى المشرع الاردني، ومدى نجاعة هذه الأساليب في انفاذ الشركة من تعثرها والوصول بها الى بر الأمان ، وقد خلصت هذه الدراسة الى نتائج كان أهمها عدم كفاية وغموض النصوص التي أوردها المشرع الاردني لمعالجة تعثر الشركات المساهمة العامة، وأن ما أورده المشرع الاردني من معايير للكشف عن التعثر المالي والاداري للشركة ماهي الا معايير عامة وليست محددة أو مرتبطة بخسارة الشركة لجزء من رأس مالها، أو عدم تحقيقها لأرباح خلال فترة زمنية معينة، وانما ترك المشرع تحديد هذه المسائل لمراقب عام الشركات . وأبرز ما أوصت به هو تعديل نص المادة (١٦٨) من قانون الشركات الاردني من خلال ربط التعثر المالي بخسارة الشركة لجزء من رأس مالها، أو عدم توزيعها للأرباح على المساهمين لمدة ثلاث سنوات متتالية، وعدم المساواة في المعالجة والمعاملة بين التعثر الذي يكون سببه أحد أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة ككل.

الكلمات المفتاحية: تعثر الشركات، فشل الشركات، التعثر المالي، التعثر الإداري.

Abstract

This study focuses on the faltering of public shareholding and its companies in the Jordanian Companies Law No (22) of 1997 amendments. The study main concern is to clarify the inadequacy and ambiguity of the legal provisions in the law by the Jordanian legislator with regard to the faltering of public shareholding companies. These companies considered as the mainstay of the Jordanian national wealth. The main concern of this study also and ambiguities in the text of Article (168) of the law shortcomings specifically. The study was divided into four sections focused mainly identifying the financial and administrative faltering and its causes and the methods the Jordanian legislator used to handle such faltering and the extent of the efficacy of these methods to save the company from such faltering.

This study has concluded a few results such as the inadequate and the ambiguity of the texts regarding the faltering of public shareholding and the standards of the detection of the financial and administrative faltering of the Public shareholding company are general standards and are not specific or linked to the loss of the company for a fraction of its capital or the non-achievement of the Jordanian earnings over a certain period of time. In these issues legislator left the determination of such issues to the company controller. The main recommendation of the study is to amend the text of Article (168) of the Jordanian company's law by linking the financial or non-administrative faltering to the loss of the company for part of its capital distribution of dividends to shareholders for three consecutive years and inequality in treatment of faltering caused by one of the members the Board of Directors or the Board of Directors as a whole.

Financial Companies Failure·**Keywords: Faltering Companies**
· **Administrative Faltering**·**Faltering**

تعد الشركات وما تقوم به من مشاريع اقتصادية ذات أثر فعال على الاقتصاد الوطني لأي دولة، الأمر الذي حدا بالتشريعات المختلفة لفرض رقابة ادارية وقضائية عليها لا تقتصر على مرحلة التأسيس، بل تمتد الى طيلة حياة الشركة، حتى يتم ضمان احترامها لأحكام القانون وعقدها ونظامها عند مباشرتها لنشاطها حمايةً للمساهمين فيها، خاصةً إذا كانوا خارج مجلس الادارة من قرارات هذا الاخير الماسة بهم وبحقوقهم.

وفي الشركات بشكل عام فإن ارادة الشركاء تتصرف الى التعاون الايجابي بينهم من أجل انجاح مشروع الشركة الذي قامت من أجله، إلا أن نشاطها قد ينتهي به الأمر الى تحقيق خسائر ولأسباب عدة، لذا فإن الشركة قد تتعرض لمشاكل أثناء نشاطها سواء كانت هذه الشركة ذات رأس مال كبير وبالتالي تعد قوية أم ذات رأس مال صغير فتعد ضعيفة.

لذا تدخل الشركات ونتيجة هذه الصعوبات في مرحلة تعثر، الأمر الذي يستدعي اتخاذ كافة الأساليب والوسائل لإقالتها من عثرتها سواء كانت اجرائية لا تمس كيانها المالي والقانوني أو موضوعية تمس هذا الكيان¹. علماً بأن رأس مال الشركة يلعب دوراً مهماً في وجودها واستقرارها لما له من أثر على الضمان العام لدائنيها، على اعتبار أنه يشكل القلب النابض فيها، ويعد عنصراً أساسياً في تكوين الشركة من النواحي القانونية والاقتصادية²، فوجود رأس مال للشركة بالإضافة الى ادارة قادرة ومتخصصة تملك الخبرة من شأنه أن يؤدي الى نجاح الشركة في أعمالها، وبعبارة أخرى فإنها غير قادرة على القيام بذلك، الأمر الذي يؤثر على حقوق المساهمين والدائنين فيها.

1 . سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ١١.

2 د. معن عبد الرحيم جويحان، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال الخاصة: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٩، ١٨.

وقد تنبأ المشرع الاردني في قانون الشركات رقم (٢٢) وتعديلاته بحالة تعثر الشركات أثناء عملها، وهو واضح في المادتين (٧٥،١٦٨) من هذا القانون، وأورد بعض مؤشرات هذا التعثر، سواء تعلق الأمر بالأحوال المالية أم الادارية السيئة التي تعتري نشاط الشركة، أو تلك الراجعة الى أسباب شخصية تتعلق بأعضاء مجلس الادارة أو الأشخاص القائمين على ادارتها كمديرها العاميين.

وتبرز مشكلة هذه الدراسة في أنه وعلى الرغم من إيراد مثل هذه المؤشرات على التعثر في قانون الشركات الاردني، إلا أنه لا يوجد نصوص تشريعية كافية تغطي موضوع التعامل مع الشركات المتعثرة، كما لم يورد المشرع الأردني سبباً ناجعاً لإقالة هذه الشركات من عثرتها ومعالجة الموضوع بشكل جذري، كما لم يضع آليه واضحة لتحديد الشركات المتعثرة وسبل توفيق أوضاعها والخطط والبرامج المطلوبة منها، وآليه متابعتها من أجل التغلب على المشكلة.

وتطرح هذه الدراسة تساؤلات عدة تتعلق خصوصاً ب:

- ١- هل وضع المشرع الاردني مفهوماً للتعثر، وهل هناك وسائل لمواجهته؟
- ٢- ما هي صور تعثر الشركات، وهل هناك مؤشرات للتنبؤ بوجوده؟
- ٣- هل وضع المشرع الاردني نصوصاً قانونية كافية للرقابة على الشركات قبل حصول التعثر يمكن من خلالها تنبيه الشركة بوجوده قبل حصوله؟
- ٤- ما مدى وجود أدوات تشجيعية ومراجعة تحليلية معمقة للوضع المالي للشركة بشكل يكفل أو يضمن عدم حصول التعثر؟
- ٥- هل هناك خطط لإدارة موجودات الشركة والتزاماتها، وما مدى وجود آليه قانونية لقياس الانحرافات الموجودة داخل الشركة؟
- ٦- هل اصاب المشرع الاردني بتشكيل لجان لإدارة الشركات المتعثرة من ذوي الخبرة والاختصاص، وهل تم تفعيل النصوص المتعلقة بذلك، وما مدى كفاءة هذه اللجان المشكلة، وما هي صلاحياتها ومدى الزامية قراراتها المتخذة؟

٧- ما مدى امكانية الطعن بالقرار الصادر من وزير الصناعة والتجارة بحل مجلس ادارة الشركة وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص، ومن هي المحكمة المختصة بنظر الطعن؟

٨- ما مدى مراعاة المشرع الأردني لقواعد الحوكمة عند وضعة للحلول القانونية في حال وجود التعثر؟

وتبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تعالج موضوعاً يتمتع بأهمية بالغة وكبيرة كونه يتعلق بالشركات المساهمة التي تعد عماد الاقتصاد الوطني، وما يترتب على تعثرها من اثار على الشركة والمساهمين اضافةً الى الدائنين، لذا فإن هذه الدراسة ستحاول اعطاء مفهوم واضح للتعثر ووسائل الكشف عنه، ومؤشرات وجوده وأسبابه ، اضافةً الى أنها تسعى لأن تكون دليلاً مرشداً للشركات والمراقب والمساهمين، كما ستضع آليه لإقالة الشركات من عثرتها، وستحدد مدى نجاعة الحلول التي وضعها المشرع الاردني في معالجة أوضاع الشركة عند تعثرها، كما ستقترح بعض المعايير الثابتة المنضبطة والتي يمكن من خلالها معرفة وضع الشركة المتعثر.

وهذه الدراسة تعتمد منهج البحث الوصفي التحليلي لأحكام وقواعد قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة (١٩٩٧) وتعديلاته، كما ستستعين بنصوص القوانين والتشريعات المقارنة عند الاقتضاء، اضافةً الى آراء الفقهاء والأحكام القضائية المختلفة وكلما دعت الحاجة لذلك.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة الى أربعة مباحث، خصص الأول لتحديد ماهية التعثر، وببحث الثاني في أوضاع الشركة المالية (التعثر المالي)، أما الثالث فقد تعرض لأوضاع الشركة الادارية (التعثر الاداري)، وعالج المبحث الرابع اجراءات المعالجة وكفائتها.

المبحث الأول

ماهية تعثر الشركات

تعد الرقابة على الشركات واجباً يمنح الجهات المختصة سلطة إصدار القرارات التي تكفل الأداء المطلوب من هذه الشركات ضمن خطة التنمية المعتمدة في كل دولة¹، وكما تعد الرقابة واجباً فهي حق بنفس الوقت لهذه الجهات تمارسه في مواجهة الشركات².

وعند ممارسة الشركات لأعمالها فإن الوضع الطبيعي هو سيرها وفق أحكام قانون الشركات والأنظمة الصادرة بموجبه من أجل تحقيق الغايات التي انشئت من أجلها، إلا أن هذه العملية والمتمثلة بممارسة الشركة لنشاطها قد لا تسير وفق ما هو مرسوم لها، سواء من قبل الشركاء أم من قبل إدارة الشركة أو الدولة ممثلة بوزير الصناعة والتجارة ومراقب الشركات، لذا يكون من حق هؤلاء جميعاً اتخاذ كافة الإجراءات التي يرونها مناسبة إذا ما انحرفت الشركة عن التقيد بأحكام قانون الشركات، أو مخالفتها لعقود تأسيسها وأنظمتها الأساسية وتطبيق القرارات الصادرة من هيئاتها العامة، فهي قد تتعثر أثناء عملها لأسباب عدة، لذا سيتم تناول ماهية التعثر من خلال هذا المبحث بتناول مفهوم التعثر في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فقد خصص لتحديد أسباب التعثر التي حددها المشرع الأردني في قانون الشركات وعلى النحو التالي :

المطلب الأول

مفهوم التعثر

إن تحديد مفهوم تعثر الشركات يعد مسألةً في غاية الصعوبة نظراً لكثرة أسباب التعثر وتنوعها واختلاف مصادرها، وأهم تلك الأسباب ضعف الجانب الإداري والمالي للشركة إضافةً إلى افتقارها لاستراتيجية وخطة عمل واضحتين،

¹ فلوريدا العامري، رقابة الدولة على شركات القطاع الخاص في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص٣٤.

² د. مؤيد عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٣٥.

وكذلك الديون الكبيرة المترتبة على الشركة¹، لذا فإن قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة (١٩٩٧) قد جاء خالياً من تحديد مفهوم للتعثر.

ويرى اتجاه في الفقه بعدم امكانية ضبط مفهوم لتعثر الشركات، وأن كل ما يمكن القول به هنا يدور حول ذكر اسباب التعثر^٢.

ويعرف التعثر على أنه المرحلة التي وصلت اليها الشركة من الاضطرابات المالية الخطيرة، بحيث تجعل تلك المرحلة الشركة قريبة من إشهار إفلاسها، وهذه الاضطرابات قد تكون عدم مقدرة الشركة على الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها في مواعيد استحقاقها، أو تلك التي من شأنها تحقيق خسائر متكررة للشركة أو الشكليات مما يضطرها إلى إيقاف انشطتها^٣. ويلاحظ على هذا التعريف في أنه قد قصر أسباب التعثر على الأسباب المالية دون غيرها فلم يتعرض للأسباب الادارية أو الجنائية.

كما يرى اتجاه آخر في الفقه بأن التعثر إذا أدى الى تصفية الشركة في نهاية المطاف فإنه يعد فشلاً لها، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس سلباً على الاقتصاد من خلال فقدان الاف الوظائف القائمة والمتوقعة، كما من شأن ذلك أن يؤدي الى اضعاف الجهود المبذولة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية في الاردن^٤.

وفي ظل الشح التشريعي والفقهي في بيان مفهوم التعثر لابد من العودة الى نص المادتين (٧٥، ١٦٨) من قانون الشركات الاردني وذلك لاستخلاص تعريف للتعثر، ويمكن القول هنا بأن التعثر هو حالة تمر على الشركة بعد تأسيسه وأثناء مزاوله نشاطها تعود لأسباب ادارية أو مالية أو جنائية بحيث تجعل الشركة غير قادرة على مباشرة نشاطها بشكل طبيعي، أو أن تؤدي الى أن تشكل هذه الأسباب عائقاً أمام

¹ زيان زوانه، مقال منشور في موقع الغد بعنوان "تعثر الشركات والاقتصاد الاردني"، منشور بتاريخ ٢٠١٠/٢/٣، الموقع الالكتروني <http://www.alghad.com/articles>.

² محمد العموي، مقال بعنوان تعثر الشركات، منشور على الموقع الالكتروني www.amawi.info/?p=19، ص٢، تاريخ الدخول للموقع ٢٥/٩/٢٠١٥.

³ مقال بعنوان ماهي مفاهيم "التعثر والفشل والاعسار والافلاس" في المنشآت والشركات، منشور على الموقع الالكتروني <http://b2b-sy.com/news/19431> / تاريخ الدخول الى الموقع ١/٢/٢٠١٧.

⁴ د. علي عباس، بحث بعنوان تحديد الأسباب الادارية والمالية لفشل الشركات: دراسة تحليلية على شركات التضامن الاردنية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، ع٢٥، سنة ٢٠١٠، بغداد، ص٢-٤.

استمرار نشاطها بالشكل والصورة المراد لها من قبل المساهمين والدولة والمتعاملين معها.

المطلب الثاني

أسباب التعثر

يمس موضوع التعثر شريحة كبيرة من شرائح المجتمع خاصة المستثمرين في قطاع الشركات والمساهمين فيها وبالأخص صغار المساهمين، لأن التعثر من شأنه أن يؤدي بحياة الشركة وبوجودها، كما أن هؤلاء قد يقعون في فخ التعثر عندما يقوموا باستثمار أموالهم من خلال الشركات، وتتعدد أسباب التعثر وتختلف تبعاً لمصادرها فهي قد تكون ادارية أو مالية أو جنائية، أما الأولى فتدور حول ضعف الإدارة ممثلة بمجلس الإدارة وأهلية الإدارات التنفيذية، ولأن الثانية تعد نتيجة للأولى، فمن الطبيعي أن يقود كل ذلك الى فشل مالي في الشركة ناجم عن أسباب عدة أهمها سوء التخطيط والتحوط والقرارات الخاطئة وضعف السياسة التسويقية والمصاريف المبالغ فيها¹، وسيتم البحث في أسباب التعثر على النحو التالي :

الفرع الاول: التعثر الاداري

تناط مهمة ادارة الشركة المساهمة العامة الى مجلس إدارة يتم انتخاب أعضائه بالاقتراع السري من قبل الهيئة العامة ولمدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ انتخابه²، ويستطيع هذا المجلس أن يفوض عضواً أو أكثر من أعضائه أو اختيار أحد موظفي الشركة للتوقيع نيابة عنها في حدود الصلاحيات التي يفوضها لهم³.

ومن أهم المسائل التي تعترض عمل الشركات المساهمة هو أساليب اختيار القائمين على اداراتها والكفاءات التي يملكونها في ادارة الشركة، من أجل توفير كافة الفرص اللازمة للوصول بالشركة الى تحقيق غاياتها، خاصة إذا علمنا بأن ادارة الشركات تعد علماً وفناً بذات الوقت، وأن نجاح أي ادارة للشركة يتوقف أساساً في

¹ عصام قضماني، مقال بعنوان " الشركات المتعثرة وعلى الطريق "، منشور على الموقع الالكتروني <http://www.jo24.net/post.php?id=184751> ، تاريخ الدخول للموقع ٢٢/١/٢٠١٧.

² انظر نص المادة (١/١٣٢) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

³ نص المادة (١/١٣٧) ب) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته وانظر في تفصيل ذلك د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٤٥٠ وما بعدها.

قدرتها على اتخاذ القرارات السليمة، وتطوير قدرتها على التنبؤ بالمشاكل والصعوبات التي تحيط عمل الشركة، واتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لتجنب تلك المشاكل والتخفيف من أثارها المحتملة، وهي مسألة ركز عليها قانون تنظيم أعمال التأمين الاردني في اشتراطه الكفاءة والخبرة في أعمال التأمين في كل من مدير عام الشركة والمدير المفوض والموظفين الرئيسيين فيها¹.

ويعد فقدان أو افتقار القيادات الادارية للكفاءة القادرة على التخطيط الاستراتيجي للشركة، التي تضع أمام أنظارها التغيرات الحاصلة على البيئة الخارجية لها بما تتضمنه من فرص وتهديدات، وكذلك البيئة الداخلية وما تتضمنه من صراعات بين القائمين على ادارتها والتجاوزات الحاصلة من قبلهم من أهم الأسباب الادارية لفشل الشركات وتصفيتها².

ويجدر أن يلاحظ هنا أن التعثر الاداري للشركة وفشلها يعود الى أسباب داخلية تتمثل بضعف الادارة³، شأنه شأن سوء التخطيط وفشل السياسات المالية المتبعة في الشركة ومثاله ضعف التخطيط وسوء السياسة المتبعة في تسعير السلع المنتجة⁴.

ولابد من الإشارة هنا الى أن ضعف الادارة للشركة من شأنه أن يؤدي الى مضاعفات أثناء عملها تتمثل بإهمال النظام المحاسبي، وعدم استجابة الشركة للتغيرات الداخلية والخارجية، والى ارتكابها للأخطاء أثناء عملها كتوسعها في الأعمال وتورطها في مشاريع خاسرة، واعتمادها على القروض بشكل أساسي في تمويلها لمشاريعها⁵.

1 المادة (٣٣) من قانون تنظيم أعمال التأمين الأردني، ونشر هذا القانون على الصفحة (٤٢٧١) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٣٨٩) بتاريخ ١٩٩٩/١١/١ والمعدل بموجب قانون مراقبة أعمال التأمين المؤقت المعدل رقم (٦٧) سنة ٢٠٠٢ والمنشور على الصفحة (٥٤٨٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٥٧٢) بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٧.

2 د. علي عباس، المرجع السابق، ص ١٩٩.

3 احمد نواف عبيدات، بناء نموذج لتقييم قدرة الشركات الصناعية المساهمة العامة الاردنية على الاستمرار باستخدام قائمة التدفقات النقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، الاردن، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٩-٢٢.

4 محمد ابراهيم عبد الفتاح، المشروعات المتعثرة (أسبابها، علاجها)، دراسة بالتعاون مع البنك الاهلي المصري، دن، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢.

5 حمزة محمود الزبيدي، التحليل المالي (تقييم الاداء والتنبؤ بالفشل)، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٠٦.

وأشير هنا الى ضرورة أن يتم توخي الدقة أثناء اختيار رجال القيادات العليا للإدارة في الشركة خاصةً مجلس الإدارة ومديرها العام، والابتعاد في الاختيار عن كل ما يمس أمانة وشرف هؤلاء أثناء حياتهم العملية والمهنية، وأن يتم اختيارهم من بين الكفاءات وأصحاب الخبرة، خاصةً إذا علمنا أننا أمام شركة مساهمة عامة، وما يترتب على ذلك من مساس بحقوق المساهمين والدائنين بنفس الوقت.

الفرع الثاني: التعثر المالي والجناي

يقصد بالتعثر المالي هو عدم قدرة الشركة على سداد التزاماتها المترتبة عليها¹. ويأخذ هذا التعثر صوراً عدة أهمها أزمة السيولة النقدية التي تمر بها الشركة، والتي بدورها تؤدي الى عدم قدرتها على مواجهة التزاماتها قصيرة الأجل، أو عجزها عن مواجهة التزاماتها بسبب عدم قدرتها على توفير رأس المال من أجل تغطية دورتها التشغيلية².

يأخذ التعثر المالي أحد صورتين : فقد يكون بصورة حكمية ، ويحصل في الحالات التي تعجز فيها الشركة عن سداد التزاماتها ، مع بقاء موجوداتها بشكل يفوق ما هو مطلوب منها، كما قد يكون حقيقياً فعلياً ، كما لو عجزت الشركة عن سداد التزاماتها مع زيادة مطلوباتها عن موجوداتها، وهنا وكما يبدو لي في كلا الحالتين تعد الشركة متعثرة، ومن أهم مظاهره هو وصول مشروع الشركة الى درجة العسر المالي، وعجزها عن تسديد أقساط ديونها المستحقة، وظهور أحوال وظروف اقتصادية ومالية من شأنها أن تترتب اثاراً سلبية على نشاط الشركة، كطلبها تسهيلات جديدة دون وجود أسباب حقيقية وفعلية من وراء طلبها، وكذا الأمر في حال ظهور دائنين جدد للشركة³.

ولابد من الإشارة هنا الى أن المشرع الاردني قد ربط التعثر المالي والاداري في الشركة المساهمة العامة من خلال علاقة سببية تربط بين هذا التعثر وحقوق

¹ هيثم محمد الزعبي، الإدارة والتحليل المالي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٧.

² محمد العماوي، المرجع السابق، ص ١.

³ د. محمد مطر، الاتجاهات الحديثة في التحليل المالي والائتماني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣٦٢-٣٦٤.

المساهمين والدائنين، إذ اعتبر أن الشركة إذا ما تعرضت لأوضاع مالية أو ادارية سيئة من شأنها التأثير في حقوق المساهمين أو الدائنين هو مدعاة لتدخل مراقب عام الشركات للتحقق من هذا الوضع والتنسيق لوزير الصناعة والتجارة باتخاذ الاجراء اللازم بحق الشركة¹.

كما قد يكون سبب التعثر ما يرتكب من جرائم وأعمال تتطوي على تلاعب أو تعد اختلاساً أو احتيالاً أو تزويراً أو اساءة ائتمان، وقد ربط المشرع الاردني بين هذه الجرائم والأعمال وبين مساسها بحقوق الشركة أو المساهمين فيها أو الغير²، إذ اشترط لاعتبار الشركة في حالة تعثر أن يكون هناك علاقة سببية بين التعثر وهذه الجرائم والأعمال، وأن ينتج عنها ما يمس حقوق الغير والمساهمين والشركة.

المبحث الثاني

أوضاع الشركة المالية (التعثر المالي)

أخذ المشرع الاردني في قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته بمبدأ ثبات رأس مال الشركة من خلال تحديده بمبلغ معين من النقود ابتداءً، خاصة في شركات الأموال كالشركة المساهمة العامة، الأمر الذي بوجوده لا يمكن التغيير على رأس مالها الا بعد اتباع الإجراءات القانونية حمايةً للمساهمين ولمن يتعامل مع هذه الشركات، وقد استثنى هذا المشرع من ذلك شركات الاستثمار المشترك³.

وجدير بالذكر هنا أن الشركة قد تتعرض لحالة من نقص في السيولة وتراكم للخسائر بسبب القرارات المالية والادارية الخاطئة والمتراكمة عبر السنوات، أو بسبب عدم قدرتها على التكيف مع القوانين والقرارات المعنية بنشاطها⁴، وهي أثناء حياتها قد تتعرض لأوضاع مالية تؤثر وتنعكس على عملها، لذا سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين خصص الأول لمبحث الأوضاع المالية السيئة للشركة، أما الثاني فتناول تعرض الشركة للخسائر الجسيمة وعلى النحو التالي:

1 المادة (١٦٧/أ، ب) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

2 المادة (١/١٦٨) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

3 المادة (٢٠/ب/٢) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

4 د. ابو الفتوح علي فضالة، التحليل المالي وادارة الأموال، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٦٣.

المطلب الأول

سوء الوضع المالي للشركة

أشارت المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ الى الأوضاع المالية السيئة دون تحديد لطبيعة هذه الأوضاع أو أشكالها، الأمر الذي جعل الباب مفتوحاً على مصراعيه لتحديد طبيعتها وأشكالها، خاصة أن المشرع الاردني في ذات المادة قد جعل مسؤولية التبليغ عن هذه الأوضاع يقع على عاتق رئيس مجلس ادارتها أو أحد أعضائها أو مديرها العام أو مدقق حساباتها وتحت طائلة المسؤولية التقصيرية، وعلى الرغم من أن اتجاه في الفقه قد اعتبر هذا الواجب من الواجبات الايجابية ذات الأهمية البالغة، إلا أنه قد عدّ قيام المشرع الأردني بفرض الواجب وحسب منطوق النص "فعلى رئيس مجلس ادارتها أو أحد اعضائها" أمراً غير موفق، إذ أنه لو كان من المنطقي فرض هذا الواجب على رئيس مجلس الادارة فلا يمكن فرضه على أعضاء الشركة، كون هؤلاء يعدون بالعشرات والمئات وقد لا يطلعون على وضع الشركة المالي^١.

وكما يبدو لي فإنه على المشرع الأردني أن يفرض هذا الواجب على أعضاء مجلس الادارة وليس على أعضاء الشركة، وأن تقتصر هذه المسؤولية على هؤلاء دون أن تمتد الى باقي أعضاء الشركة (المساهمين).

وهنا لا بد من الإشارة الى أن أعضاء مجلس ادارة الشركة يسألوا عن تقصيرهم وإهمالهم في ادارة الشركة إذا ادى هذا التقصير أو الإهمال الى عجز في موجودات الشركة^٢.

ولم تحدد المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني الأوضاع المالية السيئة التي قد تتعرض لها الشركة، وبالتالي يتحقق التزام من أوجبت عليه هذه المادة التبليغ عن الأوضاع المالية السيئة، وبهذا الخصوص يرى اتجاه في الفقه أن هذا الأمر يتعلق بدورة حياة الشركة، على اعتبار أن لكل شركة دورة اقتصادية في السوق

^١ د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الشركات: دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٩٣، ٢٩٢.

^٢ د. محمود الكيلاني، الشركات التجارية، د، ن، عمان، ٢٠٠٧، ص ٣٩٤.

تكون مماثلة لدورة حياة السلعة التي تقوم بإنتاجها، وتتحدد بدايتها بعرض تلك السلعة للجمهور، أما نهايتها فتكون بعزوفهم عنها وتحولهم الى سلعة اخرى¹، ويمكن رد الأوضاع المالية السيئة التي تتعرض لها الشركة الى أمور عدة أهمها :

الفرع الاول

عدم قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها على المدى القصير

قد تصل الشركة الى حالة تكون فيها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها، وهو ما حصل مع الشركة المتكاملة للنقل المتعدد المساهمة العامة المحدودة في الاردن، حيث قررت محكمة العدل العليا الاردنية برد الدعوى التي أقامتها الشركة الكويتية(سي تي جروب) للطعن بقرار وزير الصناعة والتجارة الاردني الصادر بتاريخ (١٨/٧/٢٠١١) والقاضي بحل مجلس ادارة الشركة بناءً على تنسيب مراقب عام الشركات ، اذ بلغ مجموع المطلوبات المتداولة(١٢٤،٢١٥،٨)، وهي تشكل ما نسبته(١٣٦%) من اجمالي الموجودات المتداولة والبالغة (٦،٠٧٣،٠٧٩)دينارا أردنياً، اذ أنه بعد اجراء الكشف الحسي على موقع ادارة الشركة وجد بأن الشركة مغلقة وقامت بتسريح عمالها، الأمر الذي يؤثر سلباً على الوضع المالي للشركة وحقوق المساهمين فيها^٢.

الفرع الثاني

تجاوز مطلوبات الشركة لإيراداتها

يطرأ على الشركة حالات قد تتجاوز فيها مطلوباتها إيراداتها، فقد ورد في تقرير شركة (ارنست ويونغ) وهي شركة متخصصة في مجال التدقيق المالي والاستشارات الضريبية والمعاملات التجارية والخدمات الاستشارية بأن الوضع المالي لشركة الملكية الاردنية يستدعي تصفيتها، ويعود ذلك لتجاوز مطلوبات الشركة المتداولة موجوداتها المتداولة بمبلغ (١٢٣،٨) مليون دينار في ٣٠ حزيران ٢٠١٤ م^٣.

١ حمزة محمود الزبيدي، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

٢ الموقع الالكتروني (islahnews.net/39939.ht)، تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/١٤.

٣ الموقع الالكتروني (www.satelnews.com) تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/١٤.

وهنا وكما يبدو لي عندما تتجاوز ديون الشركة المستحقة الأداء مقدار الأموال التي تتحصل عليها بسبب أعمالها، فهذا الأمر يعني بالضرورة وجود خلل في مسار نشاط الشركة، سيؤدي بالنهاية الى تعذر إمكانية قيام الشركة بأعمالها بالصورة الطبيعية كونه ينبئ بوجود حالة مالية سيئة وصعبة تمر بها، لذلك لا بد من تدخل الجهات المسؤولة عن الرقابة عليها من أجل تدارك هذه المسألة.

الفرع الثالث

عدم وجود السيولة النقدية في الشركة

ويقصد بالسيولة النقدية أن تكون هناك أموال كافية سائلة سواء كانت نقدية أو شبه نقدية لدى الشركة في الوقت المناسب وبالكمية المناسبة يمكن لها من خلالها سداد التزاماتها في مواعيد استحقاقها، كما يمكنها من خلالها مواجهة الحالات الطارئة، وتعتمد هذه السيولة أساساً على سيولة أصولها وموجوداتها، وللسيولة أهمية تتبع من أهدافها فمن خلالها تستطيع الشركة مواجهة كافة التزاماتها اليومية من خلال توفيرها للنقد الكافي لمواجهة كافة استحقاقاتها الآتية، كما أنها تمكن الشركة من تغيير أنشطتها وتعديلها في حال انخفاض الطلب على السلع التي تنتجها، كما أنها تدعم الدورة التشغيلية للشركة واستمرارها ابتداءً من شراء المواد الأولية مروراً بتصنيعها ثم بيعها¹.

لا بد من الإشارة هنا أن دائرة مراقبة الشركات في الأردن تقوم بحصر الشركات المتعثرة مالياً ودراسة أوضاعها، إذ أشار مراقب عام الشركات في مقابلة أجريت معه الى أن الأوضاع المالية السيئة التي تمر بها الشركة هي سبب من أسباب تعثرها، وأن بعض الشركات قد تعثرت بسبب عدم وجود سيولة نقدية، وشركات أخرى تعمل لكنها تحقق خسائر كون نفقاتها تفوق إيراداتها، وهو أمر يستلزم بالضرورة إعادة النظر في قانون الشركات من أجل تشديد الرقابة على الشركات،

¹ ماهر الخزاعي، ادارة السيولة والربحية، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة دمشق، كلية الاقتصاد، دمشق، ٢٠٠٩، ص ٣، ٤.

والتي بدورها تقوم على طمأنة المستثمر والمساهم على أمواله وأنها بالحفظ و الصون¹.

ومن الأمثلة على تعرض الشركة لتعثر بسبب نقص السيولة النقدية ما تعرضت له شركة تصنيع وتسويق المنتجات الزراعية في الأردن، والمملوكة من الحكومة والقطاع الخاص ملكية مشتركة، حيث وصل التعثر بهذه الشركة الى حد عدم قدرتها على دفع رواتب للعاملين لديها، فهنا تم تشكيل لجنة سميت لجنة التسليف وهي لجنة مشتركة من البنك المركزي الأردني ووزارة الصناعة والتجارة في الأردن، ومنحت هذه اللجنة قرصاً للشركة وصل الى اربعة ملايين دينار أردني لإقالة الشركة من عثرتها².

المطلب الثاني

تعرض الشركة لخسائر جسمية

تعرض المشرع الاردني في المادة(١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ الى موضوع في غاية الأهمية يتمثل بتعرض الشركة لخسائر جسمية، وأعتبر أن ذلك يعد من أسباب تعثر الشركة أثناء حياتها، إلا أن المشرع الاردني لم يحدد طبيعة هذه الخسائر، وهل هي في رأس مال الشركة أم في موجوداتها؟ كما لم يضع معياراً واضحاً يحدد هذه الخسائر، أو مدى امكانية قياسها بجزء من رأس مال الشركة كنصف رأس المال أو ثلاثة أرباع، وكل ما جاء به هو لفظ الخسائر الجسمية بشكل مجرد.

وقد اشترط المشرع الاردني في ذات المادة شروط عدة لاعتبار الشركة في حالة تعثر الأمر الذي يستدعي تطبيق نص الفقرة(ب) من ذات المادة، وسيتم بحث هذه الشروط تباعاً على النحو التالي:

1 مقابلة مع مراقب الشركات الاردني منشورة على الموقع الالكتروني (www.addustour) تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/١٤.

2 زيان زوانه، المرجع السابق، تاريخ الدخول الى الموقع الالكتروني ٢٠١٧/١/٢١.

الفرع الأول

تأثير الخسائر الجسيمة في حقوق المساهمين

تمتاز الشركة المساهمة العامة بشكل عام بضعف الطابع التعاقدية فيها، وقد تدخل المشرع الاردني شأنه شأن باقي التشريعات بوضع قواعد أمره تحكمها، وقد تجلى ذلك في ثانيا قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته، الا أن موضوع حقوق المساهمين يمتاز بخصوصية كبيرة وعدم وضوح بشكل كافٍ، وفي ظل ذلك فقد اختلف الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة على هذه الحقوق، وكان المشرع الاردني من بين التشريعات التي لم توطر وتحدد هذه الحقوق ضمن مواد خاصة في قانون الشركات، وهو أمر قد يؤدي الى حدوث اختلاف حول طبيعة حق معين فيما لو كان من حقوق المساهم أم لا^١.

وبوجود هذا الاختلاف كما يبدو لي فإن المشرع الاردني في قانون الشركات قد ترك تحديد ماهية هذه الحقوق وموضوع تأثير الخسائر في حقوق المساهمين لمراقب عام الشركات في وزارة الصناعة والتجارة^٢.

كما لم يبيّن المشرع الاردني في قانون الشركات فيما إذا كانت هذه الخسائر قد تلحق بحقوق المساهمين المالية والتي تتضمن حقهم في الأرباح والفوائد وكذلك التصرف بالأسهم والأفضلية في الاكتتاب، أم حقوقهم غير المالية كالمشاركة في ادارة الشركة وتقرير سياستها العامة وحق الاطلاع على المعلومات والحصول عليها، وطلب بطلان قرارات الهيئة العامة في الشركة^٣.

كما لم يبيّن هذا المشرع المدى الذي قد تصل اليه الخسائر الجسيمة في التأثير على حقوق المساهمين سواء كانت المالية أم غير المالية. وكما يبدو لي هنا فإنه قد قصد حقوق المساهمين المالية دون غيرها، لأنه ربط ما بين الخسائر الجسيمة وحقوق المساهمين، والخسارة عادةً في اطار الشركات هي تلك الخسارة التي تلحق برأس المال، فإذا أثرت تلك الخسارة على قيمة الأسهم أو على حق المساهم في

^١ نص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

^٢ د. فاروق ابراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة العامة، ط٢، مج١، دن، ٢٠١٢، ص٤٣-٢٦٧.

الأرباح بأن منعت الشريك من استيفاء حقه في الحصول على الأرباح، أو أدت الى عدم توزيع أرباح فنحن هنا أمام خسارة جسيمة مؤثرة في حقوق المساهمين. ولا بد من القول هنا أن المشرع الاردني لم يبيّن لنا فيما اذا كانت الخسارة تعد جسيمة اذا كان من شأنها تنزيل مقدار الربح الذي اعتاد المساهم أن يأخذه سنوياً الى الربع أو الخمس مثلاً ، أو تعد كذلك اذا أدت الى نقصان رأس في مال الشركة ؟، للإجابة على ذلك لابد من الإشارة هنا الى أن المشرع الاردني في المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ لم يحدد تلك النسب التي تعد فيها الشركة المساهمة العامة في حالة تعثر، كما لم يبيّن لنا فيما اذا كان موضوع تنزيل الأرباح السنوية التي توزع على المساهمين سنوياً من شأنه أن يؤثر على وضع الشركة أو يجعلها في حالة تعثر، كما لم يربط ذلك بنسبة خسارة الشركة لجزء معين من رأس مالها، الأمر الذي بوجوده يستدعي التدخل لإصلاح الأوضاع في الشركة، وكما يبدو لي فإن هذا الأمر لا يعد تعثراً للشركة المساهمة العامة فهي والحالة هذه تحقق أرباح وما زالت كذلك، فلا يمكن اذن القول بأن انخفاض نسبة الربح التي تحققها الشركة يعد من قبيل الخسائر الجسيمة.

ويرى اتجاه في الفقه أن حقوق المساهمين في ميزانية الشركة قد تكون سالبة دون الصفر، لكون هذه الحقوق قد استخدمت في سداد الخسائر السابقة التي لحقت بالشركة، وهو أمر بوجوده لا توقف الشركة عن مزاوله نشاطها، كما لا يشهر افلاسها إذا كانت الشركة ما زالت قادرة على تأدية الالتزامات المترتبة عليها¹.

وقد وضعت المادة (٧٥) من قانون الشركات الاردني والتي تتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بعض المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد فيما إذا كانت الشركة في حالة تعثر أم لا، كزيادة خسائر الشركة عن نصف رأس مالها، وهو معيار يعتمد أساساً على نسبة محددة من رأس مال الشركة، فهنا يتوجب على مديرها أو هيئة المديرين فيها دعوة الهيئة العامة لعقد اجتماع غير عادي لأجل اصدار قرار بتصفية الشركة أو الاستمرار فيها، ويكون ذلك بعد إتخاذ كافة القرارات التي من

1 د. علي حسن يونس، الافلاس، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٩٨، ص ٣.

شأنها أن تحقق تصحيح وتوفيق لأوضاعها. وهنا لا بد من الإشارة الى أن المادة (٧٥) من قانون الشركات الاردني لم تبين تلك القرارات التي يمكن للشركة اتخاذها من أجل ذلك، وكما يبدو لي فإنه يمكن لها أن تتخذ قراراً بزيادة رأس مالها من أجل معالجة وضع الخسائر أو اطفائها وفقاً لمعايير المحاسبة والتدقيق الدولية المعتمدة.

وعند الرجوع لنص المادة (٥١/أ) من قانون تنظيم أعمال التأمين الاردني النافذ نجد أنها أجازت حل مجلس الادارة للشركات العاملة في التأمين إذا زادت نسبة خسائرها عن (٥٠%) من رأس مالها المدفوع، وبالتالي فإن هذا يعد مؤشراً على وجود الخسارة الجسيمة التي أشارت لها المادة (٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ، وأن بلوغ هذه النسبة من الخسارة من شأنه أن يكون مؤثراً في حقوق المساهمين.

الفرع الثاني

تأثير الخسائر الجسيمة في حقوق الدائنين

تعد الذمة المالية المستقلة للشركة من أهم النتائج المترتبة على اكتسابها الشخصية الاعتبارية، وبناءً على ذلك يكون هناك حق أولوية لدائني الشركة على ذمتها المالية التي تعد الضمان العام لدائنيها دون دائني الشركاء^١، والشركة عند تعاملها مع الغير فإنها قد تكون دائنة ومدينة بذات الوقت^٢، وفي شركات الأموال كالشركة المساهمة العامة والخاصة لا يكون أمام دائني الشركة سوى الرجوع عليها لاستيفاء حقوقهم منها^٣.

ولم يتطرق المشرع الاردني كما يبدو لي الى الخسائر الجسيمة التي تلحق بحقوق الدائنين بنص المادة (٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ، وبقيت حقوق الدائنين التي من شأنها أن تتأثر بالخسارة الجسيمة موضوعاً غامضاً غير واضح، وبالتالي

^١ علي نديم الحمصي، الشركات المساهمة في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٤٤.

^٢ د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١.

^٣ د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الشركات)، ط ٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٤١.

لم يعد بالإمكان في هذه الحالة تحديد مفهوم الخسائر الجسيمة ولا بيان حقوق الدائنين التي قد تتأثر بهذه الخسارة.

وبناءً على ذلك يمكن لي من تحديد بعض حقوق الدائنين على الشركة كحقوقهم في استيفاء ديونهم، وحقهم في عدم دخول دائنين آخرين على الشركة ومشاركتهم في الضمان العام بسبب كثرة دائني الشركة. وكما يبدو لي فإن الشركة إذا ما لحقت بها خسارة جسيمة تؤثر على حقوق دائنيها، فإنها قد تمتنع عن سداد هذه الديون في ميعاد استحقاقها، وهو الأمر الذي يؤثر مباشرةً على حقوق الدائنين.

ويعد كذلك وجود أزمة في السيولة النقدية لدى الشركة والتي من شأنها أن تؤدي إلى عجزها عن سداد ديونها قصيرة الأجل من أهم مظاهر الخسائر الجسيمة التي تؤثر على حقوق الدائنين، حتى في الأحوال التي تغطي فيها موجوداتها هذه الديون، أو عدم قدرتها على مواجهة التزاماتها بسبب عدم وجود رأس مال كافٍ لذلك أو لتغطية الكلفة التشغيلية لها، أو إذا أدت هذه الخسائر الجسيمة إلى قيام الشركة بإعادة جدولة ديونها وطلب فترات سداد أخرى بعد حلول آجال هذه الديون¹.

وكما يبدو لي فإن عجز الشركة عن الدخول في مشاريع رأس مالية أو تخفيضها يعد كذلك من قبيل الخسائر الجسيمة التي تؤثر على حقوق الدائنين، وهو الأمر الذي ينعكس سلباً على وضع الشركة مما يؤدي إلى ضعف السيولة النقدية لديها بشكل يؤثر على استيفاء الدائنين لحقوقهم.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن عدم قدرة الشركة على إجراء الموازنة بين حجم مصروفاتها وإيراداتها بحيث يصل ذلك الأمر إلى حد التنذير، وكذا الأمر في حال عدم مراعاتها لحجم الإيرادات التي تدخل في ميزانية الشركة يعدان من أهم أسباب حصول الفشل المالي لها، وبالتالي تعرضها لخسائر جسيمة تؤثر في حقوق المساهمين والدائنين معاً، إضافةً إلى عجزها عن الحصول على التمويلات اللازمة من مصادر أخرى لأسباب تعود لارتفاع في مديونيتها².

1 الموقع الإلكتروني (<http://ccd.gov.jo>)، تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١٠/١.

2 د. علي عباس، المرجع السابق، ص ١٩٩.

المبحث الثالث

أوضاع الشركة الادارية (التعثر الاداري)

يكون لكل شركة مساهمة عامة مجلس ادارة منتخب من مالكيها، ويجب أن يراعى عند الانتخاب غايات الشركة وديمومتها ومصالح الآخرين من المساهمين، على أن يتولى هذا المجلس ضمان التوجيه الاستراتيجي للشركة ومراقبة ادارتها التنفيذية بشكل فعال، كما يخضع هذا المجلس للمساءلة من قبل الشركة وأصحاب المصالح فيها¹.

وأثناء قيام الشركة بأعمالها فإن القائمين على ادارتها قد يرتكبوا بعض الأخطاء قصداً أو بدونه كعدم قدرتهم على ادارة الشركة والنهوض بها، لذا فإن عدم إجابة مجلس الإدارة لأعماله قد يؤثر سلباً على أوضاع الشركة الادارية ويجعلها في وضع متعثر، وسيتم تناول هذا المبحث من خلال مطالب ثلاثة: خصص الأول منها للأوضاع الادارية السيئة، أما الثاني فيبحث في صورة استغلال الصلاحيات والمركز من قبل مجلس الادارة، وتناول الثالث الأسباب الجرمية وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

الأوضاع الادارية السيئة

يعد اسلوب اختيار المديرين وأعضاء مجلس الادارة في غاية الأهمية، على اعتبار أن الادارة ماهي الا علم وفن وممارسة قيادية سليمة قبل أن تكون سلطة تستمد من ملكية رأس مال الشركة أو وظيفة القائمين على ادارتها، لذلك لا بد من اختيار مدراء متخصصين ومؤهلين ولديهم الرغبة في العمل وتحمل المسؤولية².

ولابد من الإشارة هنا الى أن عدم كفاءة الادارة وعدم قدرتها على اتخاذ القرارات الإدارية والمالية السليمة، أو عدم تطوير قدراتها على التنبؤ بالصعوبات، وكذلك عدم قيامها باتخاذ الاجراءات الاحتياطية لتلافي هذه الصعوبات والتخفيف من أثارها المحتملة يعد من الأسباب التي تؤدي الى تعثر الشركات³، ويرى اتجاه في

¹ دليل قواعد حوكمة الشركات في الاردن، الباب الثاني (مجلس الادارة، هيئة المديرين)، ص ٤.

² سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص ٣٩.

³ عبد خرابشة ومنصور السعيدة، تعثر بعض الشركات المساهمة العامة الاردنية، الأسباب وأساليب اعادة التأهيل، مجلة المنارة، مج ٥، ع ١٤، ٢٠٠٠، ص ٢٧٩.

الفقه أن وصول نسبة خسائر الشركة الى ما يزيد على (٧٥%) من رأس مالها يعد مؤشراً على تعثرها وضعف ادارتها، الأمر الذي يستوجب التدخل لحماية المساهمين والدائنين والغير من المتعاملين مع هذه الشركة^١.

ويرى اتجاه في الفقه أن من صور سوء الادارة للشركة هو قيام مجلس الادارة بتفضيل بعض دائئها على الآخرين، من أجل تقليص الأموال الواجب توزيعها على الدائنين^٢، وهنا لا بد من مساعلة مجلس الادارة عن سوء ادارته واهماله وتقصيره كونه يضطلع بمهام ادارة الشركة، على اعتبار أن هذه المسائل تعد من الأسباب الرئيسية لتعثر الشركات وتبخر رأس مالها^٣.

ويعد مجلس الادارة السلطة التنفيذية في الشركة المساهمة العامة، وله من الاختصاصات والصلاحيات الكافية واللازمة لقيام الشركة بنشاطاتها وأعمالها، لذا يتوجب عليه الالتزام بأحكام القوانين ونظام الشركة والقرارات الصادرة عن الهيئة العامة، وعدم تخطي الحدود المرسومة له، على اعتبار أن سلطته تكون محدودة بأغراض الشركة وأحكام القانون^٤، كما أن واجباته قد تفرض عليه بموجب أحكام الوكالة أو القانون^٥، على اعتبار أنه يعد الرأس المفكر واليد المنفذة لكافة أعمالها^٦.

ويجدر أن يلاحظ هنا بأن المشرع الاردني في نص المادة(١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ وعلى الرغم من اعتباره أن تعرض الشركة لأوضاع ادارية سيئة هو تعثر لها يستوجب التدخل، إلا أنه لم يحدد الحالات التي تكون فيها الشركة بأوضاع

١ سامي محمد الخرايشة، المرجع السابق، ص ٤١.

٢ د. عبد الله الخشروم، مقال بعنوان الحماية القانونية لأموال الشركات المساهمة العامة، مجلة رسالة مجلس الأمة، مج ٧، ع ٢٩٤، ١٩٩٨، ص ١٦.

٣ د. عبد خرايشة ومنصور السعيدة، المرجع السابق، ص ٢٨٠ وما بعدها. وانظر أيضا في تفصيل ذلك د. مروان بدري الابراهيم، تصفية الشركات المساهمة: دراسة مقارنة بين القانون المصري والاردني والانجليزي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٥٩ وما بعدها.

٤ أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص ٢٨٨-٢٨٩.

٥ د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية (الاحكام العامة والخاصة: دراسة مقارنة)، دن، عمان، ١٩٩٩، ص ٤٦٢.

٦ د. عزيز المعكيلي، شرح القانون التجاري (الشركات التجارية)، ج ٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٨٥ وما بعدها.

ادارية سيئة، كما لم يبيّن المدى الذي يمكن أن تصل اليه الأوضاع الادارية السيئة في الشركة من أجل تطبيق أحكام المادة(١٦٨/ب) من ذات القانون. ويمكن حصر بعض الحالات التي تؤثر على الأوضاع الادارية السيئة التي تمر فيها الشركة وعلى النحو التالي:

الفرع الاول

قيام مجلس الادارة بأعمال خارجة عند صلاحياته

قد يقوم مجلس ادارة الشركة المساهمة العامة بأعمال ليست من اختصاصه، وإنما من اختصاص الهيئة العامة باجتماعها العادي أو غير العادي، كأن يقوم بزيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه، أو تعديل عقد الشركة أو نظامها، أو الاقتراض بإصدار سندات قابلة للتحويل الى أسهم دون أخذ موافقة الهيئة العامة^١.

لذا وكما يبدو لي فإن تجاوز مجلس الادارة لسلطاته من خلال اتخاذ القرارات التي ليست من اختصاصه بل من اختصاص جهات أخرى في الشركة، من شأنه أن يؤدي الى استئنائه بالقرارات داخل الشركة وتعنّته في اتخاذها دون حسيب أو رقيب على ذلك، وهو أمر بوجوده تكثر الأخطاء في اتخاذ هذه القرارات، اضافةً الى التضارب الذي قد يحصل بسبب اتخاذ القرار من أكثر من جهة داخل الشركة، وما يسببه ذلك من نزاعات بين أجهزتها المختلفة.

الفرع الثاني

عدم تقييد مجلس الادارة بالقرارات الصادرة عن الهيئة العامة

قد تصدر بعض القرارات من قبل الهيئة العامة في الشركة المساهمة العامة، والتي من شأنها تقييد صلاحيات مجلس الادارة، على اعتبار أن الهيئة العامة هي مصدر سلطاته وأنها صاحبة السلطة العليا في الشركة، كما تعد الهيئة العامة بتمثابة السلطة التشريعية داخل الشركة وتصدر عنها كافة القرارات الهامة، وبما أن الشركات المساهمة تقوم بتنفيذ مشاريع ضخمة ذات تأثير في الاقتصاد الوطني، لذا لا بد من توافر تناغم قوي بين مجلس الادارة والهيئة العامة فيها.

^١ د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

وتباشر الشركة المساهمة العامة اعمالها من خلال جهازين مختلفين في الاختصاص ومتفاوتين في القوة، وعلى الرغم من الرقابة التي تباشرها الهيئة العامة على مجلس الادارة إلا أن هذه الرقابة قد تكون غير فعالة بسبب سيطرة مجلس الادارة فعلياً على الشركة، وعدم اهتمام المساهمين في حضور اجتماعات الهيئة العامة¹.

ولكن وكما يبدو لي قد يكون هناك رقابة فعلية وقوية من قبل الهيئة العامة على مجلس الإدارة، ويتحقق ذلك عندما تضطلع الهيئة العامة بكامل اختصاصاتها، وتصدر عنها القرارات المتعلقة بالشركة إلا أن مجلس الادارة لا يتقيد بهذه القرارات، الأمر الذي يؤدي الى حصول تضارب ما بين مجلس الادارة والهيئة العامة التي تمارس دورها الرقابي، الأمر الذي يؤدي الى حالة من عدم الاستقرار الاداري، إذ أن كثرة النزاعات وتعددتها من شأنه أن يتسبب في أوضاع ادارية سيئة داخل الشركة تقود الى تعثر كامل في نشاطاتها وأعمالها.

المطلب الثاني

صورة استغلال الصلاحيات والمركز من قبل مجلس الادارة

أعطى قانون الشركات الاردني النافذ صلاحيات واسعة تنفيذية لمجلس ادارة الشركة المساهمة العامة، وهذه الشركة تبقى بعيدة نوعاً ما عن التعثر طالما لم يقم رئيس وأعضاء مجلس الادارة ومديرها العام باستغلال مركزهم والصلاحيات الممنوحة لهم قانوناً، لأن من شأن استغلالهم لهذه الصلاحيات ولمركزهم القانوني أن يخرجهم عن الطريق السليم الواجب على الشركة السير فيه، الأمر الذي يترتب عليه كثرة الأخطاء مما ينعكس سلباً على نشاط الشركة وعملها، وهذه الصلاحيات تتعدد وتتنوع ومخالفتها من قبل رئيس وأعضاء مجلس الادارة ومديرها العام تأخذ صوراً¹ سيتم بحثها تباعاً وعلى النحو التالي:

¹ د. رشا محمد تيسير حطاب ود. أحمد قاسم فرح، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، الشارقة، سنة ٢٠١٧، ص ٢٥٢.

الفرع الأول

مخالفة مجلس الإدارة لواجباته الايجابية

يقصد بالواجبات الايجابية هنا الواجبات المفروض على مجلس الادارة القيام بها بموجب أحكام قانون الشركات الاردني النافذ، خاصة تلك المرتبطة بقواعد أمره، وهي كثيرة ومتعددة ومن الأمثلة على ذلك ما ورد بنصوص المواد (١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٤) من قانون الشركات الاردني، كعدم قيام مجلس الادارة مثلا بنشر تقرير كل ستة أشهر عن المركز المالي للشركة ونتائج أعمالها وحساب الأرباح والخسائر والتدفقات النقدية، والايضاحات المتعلقة بالبيانات المالية^١.

ويجدر أن يلاحظ هنا وكما يبدو لي فان هذه الواجبات هي متعددة وكثيرة، ولكن من المفروض هنا عدم اللجوء لتطبيق نص المادة (١٦٨/ب) إلا في حال تكرار المخالفة لمرات عدة، أي أن يتم تطبيقها في حال العود فقط.

الفرع الثاني

مخالفة مجلس الإدارة للواجبات السلبية

ويتحقق ذلك من خلال قيام مجلس الادارة بالأعمال والتصرفات المحظور عليه القيام بها بموجب أحكام القانون، ومن الأمثلة على ذلك قيام رئيس أو أعضاء مجلس الادارة في الشركة المساهمة العامة أو مديرها العام أو أي موظف فيها بالتعامل بأسهم الشركة بناءً على المعلومات المتوافرة لديه بحكم منصبه أو عمله في الشركة، أو قيامه بنقل هذه المعلومات لأشخاص بهدف احداث تأثير في أسعار الأسهم في الشركة^٢، أو قيام أي من هؤلاء بإفشاء أية معلومات أو بيانات تتعلق بالشركة لأي مساهم وكانت هذه المعلومات ذات طبيعة سرية بعد أن حصل عليها بحكم منصبه أو عمله في الشركة^٣، أو قيام رئيس وأعضاء مجلس الادارة بتولي عمل في الشركة مقابل أجر أو مكافأة أو تعويض باستثناء ما ورد به نص قانوني، إلا اذا اقتضت طبيعة العمل في الشركة ذلك وبموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الادارة^٤، أو قيام

^١ نص المادة (١٤٢) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

^٢ نص المادة (١٦٦) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

^٣ نص المادة (١٥٨) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

^٤ نص المادة (١٥٣/د) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

هؤلاء يشغل الوظائف العامة ، أو توليهم عضوية مجالس ادارة لشركات مشابهة في أعمالها للشركة التي يشغل فيها عضواً في مجلس الادارة وكان لأي من هؤلاء مصالح مباشرة أو غير مباشرة في عقود الشركة وارتباطاتها^١.

ويجدر أن يلحظ هنا أن الواجب يكون سلبياً إذا كان من شأنه أن يحرم رئيس وأعضاء مجلس الادارة ومديرها العام مباشرة أي تصرف يتعارض مع مركزهم القانوني^٢. كما يعد من هذه الواجبات ما من شأنه أن يحث على مراعاة آداب الادارة واصولها حفاظاً على مصلحة الشركة التي قد تتعارض مع مصلحة مدير ورئيس وأعضاء مجلس الادارة في الشركة المساهمة العامة^٣. وأضيف هنا على حالات مخالفة مجلس الادارة لواجباته السلبية حالة قيام رئيسه وأعضائه بأخذ قروض من الشركة المساهمة العامة دون أن يستهدف نشاطها الإقراض والتمويل كالبنوك.

المطلب الثالث

الأسباب الجرمية

أشارت المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ الى أسباب تقوى لوحدها لأن تكون كفيلة باتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في ذات المادة، حيث أعتبر المشرع الاردني أن هذه الأسباب من شأنها أن تعطي مؤشرات على تعثر الشركة، وأن هذه الشركة لا تسير في أعمالها ونشاطاتها ضمن الأطر القانونية المرسومة لها، وهذه الأسباب تعود الى القائمين على ادارة الشركة سواء تعلق الأمر بقيامهم بأعمال تنطوي على تلاعب أم ارتكابهم لأفعال تعد جرائم تخل بالشرف، الأمر الذي يستوجب بحثها في هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول

الأعمال التي تنطوي على التلاعب

أشار المشرع الاردني الى الأعمال التي تنطوي على التلاعب^٤، والتي يقوم بها رئيس أو أعضاء مجلس الادارة أو المدير العام في الشركة المساهمة العامة، دون أن

١ نص المادة (١٤٨/د) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

٢ د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

٣ د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٥٩٧.

٤ انظر في تفصيل ذلك المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

يشير الى مفهوم التلاعب وحالاته وبماذا يتم التلاعب؟ وما هي حدوده التي يبدأ بوجودها تنفيذ نص الفقرة الثانية من المادة (١٦٨) من قانون الشركات النافذ؟، كما لم يبيّن طريقة الكشف عن هذا التلاعب، الأمر الذي يعطي الاذن ويسمح بتدخل مراقب عام الشركات بناءً على التبليغ الوارد اليه ممن فرض عليهم القانون التبليغ في ظل وجود مثل هذه الحالة^١.

ويجدر أن يلحظ هنا وكما يبدو لي وفي ضوء تعدد حالات التلاعب التي قد يرتكبها رئيس وأعضاء مجلس الادارة والمدير العام في الشركة المساهمة العامة، فإن النص قد جاء غامضاً ويحتاج الى توضيح وتحديد لمفهوم التلاعب وحالاته ووسائل الكشف عنه، الأمر الذي يفتح الباب على مصراعيه للمراقب من أجل تقدير كل حالة على حدة كونها لم ترد على سبيل الحصر في قانون الشركات الاردني النافذ.

وفي ضوء هذا الغموض فيمكن تحديد بعض حالات التلاعب كقيام المدير العام للشركة بالتلاعب في حساباتها، كما حصل مع شركة (توشيبا) والتي استقال مديرها العام بعد اتهامه بالمسؤولية عن أخطاء في تقارير حسابات الشركة، وعلى أثر ذلك استقال نائب رئيس مجلس الادارة وخمسة آخرين من أعضائها، وبناءً على ذلك قامت الشركة بالاعتذار من أصحاب الأسهم والمستثمرين عن أخطاء المحاسبة والبالغة (١،١) مليار يورو^٢.

وأضيف هنا أن التلاعب يكون كذلك بإعداد الميزانية السنوية للشركة، وفي بيان الأرباح والخسائر، وكذلك في التقرير السنوي عن أعمال الشركة، كما يمكن تصوره في العقود التي تبرمها الشركة مع الغير من حيث كمية الانتاج أو البضاعة أو الخدمة التي تقدمها والمقابل الذي تتلقاه لقاء ذلك.

^١ الزم المشرع الاردني في المادة (١/١٦٨) كل من رئيس مجلس الادارة للشركة أو مديرها العام أو أحد أعضائها أو مدقق حساباتها بتبليغ مراقب الشركات تحت طائلة المسؤولية التصديرية في حالة عدم التبليغ.

^٢ نقلاً عن الموقع الالكتروني ((www.alhayat.com/Im/story10111999)) تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/٢.

وفي هذا الصدد أقترح هنا على المشرع الاردني أن يقوم بتحديد حالات التلاعب أو مجالته على الأقل، من أجل ضمان تطبيق نص المادة (١٦٨) من قانون الشركات، كما أقترح أن يكون تقرير وجود التلاعب من عدمه بناءً على قرار من لجنة مكونة من رئيس دائرة مراقبة الشركات وعضوية مساهم في الشركة من غير رئيس وأعضاء مجلس الادارة أو مديرها العام ، ومدقق حسابات قانوني وعضو من ديوان المحاسبة وأحد المحامين المزاولين لمهنة المحاماة.

الفرع الثاني

ما يعتبر جريمة مخلة للشرف

اشترطت المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني لتطبيق أحكام الفقرة (ب) من ذات المادة، أن يقوم مجلس الادارة أو أي من أعضائه بأي عمل يعد اختلاساً أو احتيالاً أو تزويراً أو اساءة ائتمان^١، وبشكل يؤدي الى المساس بحقوق الشركة أو المساهمين أو الغير.

ويلاحظ على الفقرة (أ) من المادة (١٦٨) أعلاه أمور عدة تتمثل ب:
اولاً: أنها قالت حسب النص "...أو يعتبر اختلاساً أو احتيالاً أو تزويراً أو اساءة ائتمان..." وهنا صياغة هذه الفقرة جاءت غير دقيقة خاصةً في كلمة "... أو يعتبر..."، كون النص لم يحدد الجهة التي لها الحق في اعتبار هذا العمل قد يشكل أحد الجرائم التي أشارت لها هذه الفقرة ، وهنا يطرح تساؤل حول مدى اشتراط صدور حكم قضائي من المحكمة المختصة على مجلس الادارة أو أحد أعضائه أو المدير العام يدين هؤلاء بارتكاب هذه الجرائم ؛ أم أن الأمر متروك لتقدير مراقب عام الشركات؟، لأن كلمة "أو يعتبر" قد تفيد كلا الحالتين، وهنا يعطي المشرع

¹ يجب أن يكون محل جريمة الاحتيال مالاً منقولاً مملوكاً للغير، كما يجوز أن يكون محلاً لهذه الجريمة أي سند قد يتضمن تعهداً أو ابراءً من التزام أو توقيع هذا السند أو الغائه أو اتلافه أو تعديله. كما يجب أن يكون محل جريمة اساءة الائتمان مالاً منقولاً مملوكاً للغير، وأن يكون الجاني قد تسلمه على سبيل الأمانة أي الحيابة الناقصة وليس الكاملة. انظر في تفصيل هذه الجرائم د. محمد شلال العاني، أحكام القسم الخاص في قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي (الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال)، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٣، ص ٣٥٩-٣٨٠ وكذلك ص ٤٠٩-٤٣٥. وقد تحدث هذه الجرائم جميعها بالمشاركة الجرمية من خلال تعدد الجناة ووحدة الجريمة، انظر في تفصيل المشاركة الجرمية د. مؤيد محمد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي (القسم العام)، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٤، ص ١٩٣-٢٣٩.

الأردني لمراقب عام الشركات الحق بإصدار الأحكام على هؤلاء حتى لو لم يصدر بحقهم قرارات ادانة من المحاكم المختصة بارتكابهم لهذه الجرائم ، وكما يبدو هنا لابد من صدور حكم قضائي من محكمة مختصة لأغراض تطبيق نص الفقرة الاولى من المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ.

ثانياً : أعطى المشرع الاردني في الفقرة(ب) من المادة(١٦٨) الحق لمراقب عام الشركات بالتنسيق للوزير بحل مجلس الادارة في حال تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها في الفقرة(أ) من ذات المادة ، وهو حسب ما أعتقد يعد صلاحية واسعة أعطيت ومنحت لهذا المراقب، علماً أن المشرع الاردني قد ساوى بين الأخطاء التي يرتكبها مجلس الادارة كمجموع بأكمله وبين الأخطاء التي يرتكبها المدير العام للشركة أو أي عضو من أعضاء مجلس الادارة، فليس من المنطق حل مجلس الادارة بسبب ارتكاب المدير العام للشركة أو أحد أعضاء مجلس الادارة فيها لإحدى الحالات الواردة في الفقرة(أ) من ذات المادة .

ثالثاً: كان من الأجدر بالمشرع الاردني أن لا يبادر الى حل مجلس الادارة اذا كان الخطأ فردياً صادراً من أحد اعضاء مجلس الادارة أو مديرها العام ، وإنما أن يقوم بتفعيل نص المادة(١٣٤) من قانون الشركات النافذ، ويتحقق ذلك من خلال انذار الشركة بوجوب اقالة مديرها العام ، أو عزل أي عضو من أعضاء مجلس الادارة ، كونه قد فقد أحد شروط العضوية في المجلس وضرورة ازالة هذه المخالفة خلال فترة زمنية تحدد للشركة ، ثم يلجأ بعد ذلك المشرع لخيار حل مجلس الادارة ككل في حال عدم استجابة الشركة لمتطلبات المادة (١٣٤) أعلاه ، وبذلك يتمكن المشرع الاردني من ضمان نزاهة وأهلية مجلس الادارة وأعضائه والمدير العام للشركة، وهو أمر يستلزم بالضرورة متابعة أعضاء مجلس الادارة حتى بعد توليهم مناصبهم

¹ تنص المادة (١٣٤) من قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته على أنه " لا يجوز أن يترشح لعضوية مجلس ادارة الشركة المساهمة العامة أو يكون عضواً فيه أي شخص حكم عليه من محكمة مختصة بما يلي:

أ- بأي عقوبة جنائية او جنحية مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقة والتزوير وسوء استعمال الامانة والشهادة الكاذبة أو أي جريمة اخرى مخلة بالأداب والاخلاق العامة، أو أن يكون فاقداً للاهلية المدنية أو بالافلاس مالم يرد له اعتباره "

² د. أكرم ياملي، المرجع السابق، ص٢٦٨.

علماء أن هذه المتابعة تعد شرط ابتداء وبقاء ، كون مجلس الإدارة وأعضائه هم أمناء على مصالح الشركة ، لذا لا بد أن يبتعد هؤلاء عن الأشياء التي تخل بالثقة بهم ، كون من يحكم عليه بمثل هذه الجرائم لا يؤتمن على الشركة ومصالحها¹.
رابعاً : جاء عجز الفقرة (أ) من المادة (١٦٨) كذلك مبهماً وغير واضح، إذ اشترطت أن تكون المسائل المذكورة أعلاه ماسةً بحقوق الشركة أو مساهميتها أو الغير، وظاهر النص يشير الى أن هذه الجرائم المرتكبة من قبل مجلس الإدارة أو أحد أعضائه أو المدير العام للشركة، وحتى تستدعي تدخلاً من قبل مراقب عام الشركات لا بد أن تكون مرتبطة بالشركة ونشاطاتها، دون محاسبة هؤلاء عن أنشطتهم الأخرى أو علاقاتهم غير المرتبطة بالشركة التي يشغلوا فيها عضوية مجلس الإدارة أو مديرين لها.

المبحث الرابع

اجراءات المعالجة وكفايتها

وضع المشرع الاردني في قانون الشركات الاردني اجراءات متعددة لمعالجة الوضع القائم داخل الشركة، سواء تعلق الأمر بمعالجة الأوضاع المالية أم الادارية والقانونية، من خلال الاستعانة بوسائل اجرائية وأخرى موضوعية، ويظهر جلياً بوضوح أن المشرع الاردني يحاول من خلالها الاحتفاظ بالشركة من أجل إعادة هيكلتها دون أن يوضح الآليات والطرق وكيفية إعادة هيكلة هذه الشركات، لذا سيتطرق هذا المبحث الى الاجراءات الواجب اتباعها عندما تكون الشركة في الوضع الموصوف بنص المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني ،ويتناول هذا المبحث الموضوع من خلال مطلبيين خصص الأول لمسؤولية التبليغ عن وضع الشركة ، أما الثاني فيبحث في أسلوب معالجة وضع الشركة وعلى النحو التالي:

¹ د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

المطلب الأول

مسؤولية التبليغ عن الوضع داخل الشركة

تمر الشركة بأوضاع مختلفة قد تكون عائدة الى أسباب مالية أو ادارية أو سوء استغلال للصلاحيات من قبل الأشخاص القائمين عليها، وهذه الأوضاع توجب التزامات على أشخاص حددهم المشرع الاردني في قانون الشركات، وتتمثل هذه الالتزامات بإحاطة مراقب عام الشركات علماً بهذه الأوضاع التي تحيط بالشركة، والتي من شأنها أن تؤثر على نشاطها وعملها وعلى حقوق المساهمين والدائنين، وسيتم تناول هذا الموضوع من خلال التالي:

الفرع الأول

التبليغ عن الوضع داخل الشركة

جعل المشرع الاردني في المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ مسؤولية التبليغ عن الأوضاع التي تتعرض لها الشركة على عاتق رئيس مجلس ادارتها أو أحد أعضائها أو مديرها العام أو مدقق حساباتها، إذ أوجب على هؤلاء تبليغ مراقب عام الشركات عن الأوضاع المالية والادارية السيئة ، وكذلك عن الخسارة الجسيمة المؤثرة في حقوق مساهميها ، أو استغلال أحد القائمين على ادارة الشركة وحساباتها لصلاحياته ومركزه القانوني¹، على اعتبار أن هؤلاء جميعاً يعدوا مسؤولين عن ادارة الشركة وعن القيام بكافة التصرفات والأعمال اللازمة في حدود أغراضها وضمن الحدود الواردة في نظامها الداخلي².

وبالعودة الى أحكام المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ فإنه يمكن

إيداء بعض الملاحظات عليها بهذا الخصوص وأهمها:

ولاً: أن المشرع الاردني قد جعل التزام التبليغ عن الأوضاع التي تتعرض لها الشركة يقع على عاتق رئيس مجلس الادارة فيها أو "أحد أعضائها" أو مديرها العام

¹ أشارت المادة (١٥١) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته الى أن الأمور المالية والمحاسبية والادارية للشركة المساهمة العامة تنظم بموجب أنظمة داخلية خاصة يعدها مجلس ادارة الشركة.

² تنص المادة (١٥٦) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته على أنه "أ- يكون لمجلس ادارة الشركة المساهمة العامة أو مديرها العام الصلاحيات الكاملة في ادارة الشركة في الحدود التي يبينها نظامها ..."

أو مدقق حساباتها، وعندما يتم التدقيق بنص المادة وفي منطوقها ، يتبين بأن المشرع الاردني لم يورد أعضاء مجلس الادارة في الشركة المساهمة العامة بل اكتفى بإيراد لفظ أو أحد أعضائها بالنسبة للأشخاص الذين أوجب عليهم مسؤولية التبليغ ، وهو أمر قد يفسر على أن ذلك لا يشمل أعضاء مجلس الادارة أو يشملهم ، وكما يبدو لي فإن ذلك قد يفتح الباب على مصراعيه للقول بأن أعضاء مجلس الادارة غير مشمولين بهذا النص ، كون المشرع الاردني لم يشر لهم صراحة ، ومن جانب آخر قد يدخلوا ضمن " أحد أعضائها" على اعتبار ان أعضاء مجلس الادارة هم أعضاء في الشركة ، وصياغة هذا النص لدى المشرع الاردني بهذه الصورة قد تتيح لأعضاء مجلس الادارة مستقبلاً بالاحتجاج بعدم شمولهم من أجل دفع مسؤوليتهم عن التبليغ .

ثانياً : لقد رتب المشرع الاردني مسؤولية في حال عدم الالتزام بالتبليغ من قبل الأشخاص الذين أوجب عليهم التبليغ ، وكما يبدو لي فإن المشرع الاردني لم يكن موقفاً في وضع هذا الالتزام على بعض الأشخاص الذين ألزمهم بالتبليغ ، فكان من باب اولى أن يعطي الحق لأعضاء الشركة بالتبليغ دون أن يكون ذلك واجبا عليهم يستلزم مسؤوليتهم ، فإذا كان من المنطقي والمعقول حسب رأي بعض الفقه فرض هذا الالتزام على رئيس مجلس الادارة وأعضاء المجلس ومدقق الحسابات ، فإنه من غير المعقول فرض هذا الالتزام على كافة أعضاء الشركة (المساهمين) لأنهم قد يعدوا بالمئات أو الألاف¹.

ويجدر أن يلحظ هنا وكما يبدو لي أنه قد يحصل تواطؤ بين مجلس ادارة الشركة ومدقق حساباتها، فكيف بعد ذلك ننتظر من هؤلاء أن يقوموا بالتبليغ خاصة إذا علمنا بأنهم المتسببين في الأوضاع التي تمر فيها الشركة، لذا يرى اتجاه فقهي بضرورة عدم اقتصار التبليغ على هؤلاء، وأن يعطى الحق في التبليغ لأي شخص اطلع أو بإمكانه الاطلاع على هذه الأوضاع وعلى تصرفات مجلس الادارة والمدير

¹ د. أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

العام ومدقق الحسابات¹. وأرى هنا بضرورة اعطاء الحق بالتبليغ عن أوضاع الشركة لكل ذي مصلحة في ذلك كدائني الشركة من أصحاب سندات القرض وغيرهم.

وكما يبدو لي هنا فإن الالتزام الذي أوردته المشرع الاردني في نص المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات لم يكن موفقاً في صياغته، إذ كان من المفروض أن يلزم فيه حصراً كل من رئيس مجلس الإدارة وأعضاء المجلس ومدقق حسابات الشركة وتحت طائلة المسؤولية، وأن يعطي الحق لأعضاء الشركة الآخرين وللدائنين ولكل ذي مصلحة أو كل متضرر من وضع الشركة بتبليغ المراقب بهذه الأوضاع.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على الإخلال بواجب التبليغ

جعل المشرع الاردني في المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ التبليغ عن أوضاع الشركة المالية والادارية السيئة والخسارة الجسيمة واستغلال الصلاحيات والمركز التزاماً قانونياً على الأشخاص المحددين في ذات المادة، اذ جعل هؤلاء تحت طائلة المسؤولية التقصيرية في حال عدم قيامهم بالتبليغ.

وهنا وكما يبدو لي فإن المشرع الاردني قد افترض الضرر اللاحق بالشركة بسبب عدم قيامهم بالتبليغ، وأن هذا يعد اخلالاً بالتزام قانوني فرضه المشرع الاردني في قانون الشركات على المسؤولين عن التبليغ عن أوضاع الشركة، وكان من الأجدر بالمشرع الاردني أن يرتب المسؤولية الجزائية على أعضاء مجلس الإدارة ومديرها العام اضافةً الى المدنية، خاصةً عند ثبوت مسؤولية أي واحد من هؤلاء عن الأوضاع التي تمر بها الشركة.

ونلاحظ هنا أن المشرع الاردني قد رتب المسؤولية التقصيرية على من يقع عليهم واجب التبليغ على اعتبار أن أساس المسؤولية التقصيرية يكون الإخلال بواجب أو التزام قانوني عام يتمثل بعدم الاضرار غير المشروع بالغير، وتختلف هذه

¹ سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص ٥٤.

المسؤولية عن المسؤولية العقدية من حيث التقدّم، ومدى جواز الاتفاق على الإعفاء منها، إذ يقع باطلاً الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، كما تختلفان من حيث التعويض إذ يسأل مرتكب الفعل في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المتوقع وغير المتوقع¹.

ولابد من التنويه هنا أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الإضرار، وهو الفعل أو عدم الفعل الذي من شأنه أن يؤدي إلى الضرر، والجدير بالملاحظة هنا إلى أن الإضرار لا يعني فقط مجرد الحاق الضرر بالغير، بل لابد أن يكون الحاق الضرر بالغير على شكل غير مقبول، ومصدر ذلك يتأتى من كون القيام بالفعل أو الامتناع عنه غير مأذون به من الناحية القانونية، الأمر الذي يترتب عليه أن يستبعد من نطاق الإضرار كافة الحالات التي من الممكن أن يلحق فيها شخصاً ضرراً بالغير وهو يمارس عمله مستنداً إلى جواز قانوني أو شرعي².

وكما يبدو لي بأن المسؤولين عن التبليغ بموجب المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني هم مسؤولين وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ، لذا فإن مسؤوليتهم لا تتحقق إلا اذا كانوا يمارسون أعمالهم في الشركة على خلاف أحكام القانون ، أما في حال علمهم بالأوضاع التي تمر بها الشركة والتي أشارت لها المادة أعلاه فهم بذلك قد تجاوزوا الواجبات والالتزامات المفروضة عليهم قانوناً، ويشكل امتناعهم عن التبليغ هنا لوحده ضرراً بالشركة ، على أساس أن امتناعهم عن التبليغ يشكل موقفاً سلبياً يعد بحد ذاته اخلالاً بالقانون.

المطلب الثاني

اسلوب معالجة وضع الشركة

لابد من بيان كيفية معالجة وضع الشركة من قبل الجهة الادارية المختصة، والتي تعد مسؤولة بدورها عن الرقابة على الشركة المساهمة العامة وغيرها من

1 انظر في تفصيل ذلك د. بشار طلال المومني وآخرون، شرح مصادر الالتزام غير الارادية، مكتبة الجامعة، الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٥، ص٢٢-٢٥.

2 د. عدنان سرحان، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار، الفعل النافع، القانون)، اثره للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٠، ص٢٠، ١٩.

الشركات، لأن هذا يعد من الأهداف التي تسعى الحكومة في الاردن الى تطبيقها، وخاصةً إذا تعلق الأمر بحماية المساهمين وأصحاب المصالح في الشركات، إضافةً الى ما تنشده من التأكد من وجود هيكل تنظيمي مناسب في الشركة، كما تسعى الحكومة للمحافظة على استمرارية عمل الشركات ونجاح سمعتها المالية والاقتصادية^١.

ولقد اعتمدت دائرة مراقبة الشركات في الاردن على تأسيس النموذج الوقائي لطبيعة العمل الرقابي الذي تمارسه على الشركات بشكل عام، لذا فقط أولت الشركات المتعثرة أو تلك التي تسير نحو التعثر أهمية بالغة، من خلال تبنيها لمجموعة من الأدوات الرقابية ونظم متابعتها مع مجالس ادارة الشركات ومدراءها العاميين، ومناقشة كافة الخطط البديلة لهذه الشركات والتغيرات اللازم احداثها في كافة العمليات التشغيلية والادارية والتسويقية، كما تساهم دائرة مراقبة الشركات في برنامج توفيق أوضاع الشركات المتعثرة، كما تقوم بالعمل مع مجالس ادارة الشركات المتعثرة على خفض خسائرها وديونها وصولاً الى المستوى المقبول^٢.

وسيحاول هذا المطلب بيان الأسلوب المتبع من قبل دائرة مراقبة الشركات في الأردن لمعالجة الأوضاع التي لحقت بالشركة حسب أحكام المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني وعلى النحو التالي:

الفرع الأول

اجراء عملية التحقق من أوضاع الشركة

تعد عملية التحقق التي يقوم بها مراقب عام الشركات في الأردن أول خطوة يتم اتباعها والتي تلي عملية التبليغ، وترتكز هذه الخطوة على التحقق من صحة ما ورد في التبليغ، وقد أعطت المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات الاردني هذه المهمة للمراقب^٣.

^١ عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني لحكومة الشركات، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ١٠٥.

^٢ عبد الصبور عبد القوي علي المصري، المرجع ذاته، ص ١١٢، ١١١.

^٣ يقصد بالمراقب حسب احكام المادة (١/٢) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته هو مراقب عام الشركات والذي يرأس دائرة مراقبة الشركات المرتبطة بوزير الصناعة والتجار.

ولا بد من الإشارة هنا الى أن المشرع الاردني لم يحدد الوسيلة والكيفية التي يتم فيها تبليغ المراقب، كما أنه لم يفرض أية جزاءات مدنية أو جزائية على القائم بالتبليغ في حال عدم صحة التبليغ أو في الأحوال التي يكون فيها التبليغ كيدياً ، وكما يبدو لي فإن عملية التحقق التي يقوم بها المراقب تعد أول الخطوات الاجرائية المتبعة للتأكد من مدى صحة التبليغ، ومدى تحقق أية حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات الاردني النافذ.

وفي ظل غياب النص عن الكيفية التي يتم فيها التبليغ فإنني أرى ضرورة أن يكون ذلك كتابةً ، وذلك من أجل الرجوع بالتعويض على القائم بالتبليغ عن الأضرار التي قد تلحق بمن تم التبليغ عنهم من رئيس وأعضاء مجلس الادارة أو المدير العام، أو عن الأضرار التي يلحقها ذلك في سمعة الشركة في حال عدم صحة التبليغ، كما تكمن الغاية من اشتراط الكتابة على اعتبار انها تعد بيئة على القائم بالتبليغ للتمكن من ملاحظته قانوناً خوفاً من انكاره مستقبلاً بقيامه بعملية التبليغ هروباً منه من المسؤولية التي قد تترتب عليه بسبب عمله.

ويجدر أن يلحظ كذلك أن المشرع الاردني لم يبين الآلية والوسيلة التي من خلالها يستطيع مراقب عام الشركات التحقق من أوضاع الشركة، وهل يتحقق من تلك الأوضاع بنفسه أم أن ذلك يتم من خلال لجنة من المختصين تقوم بالتفتيش على الشركة وملاحظة ورصد كافة أوضاعها؟

للإجابة على ذلك لا بد من الإشارة الى أن عملية التحقق تحتاج لإجراءات سريعة ودقيقة، كما تحتاج لتفتيش مفاجئ على الشركة من أجل رصد ما تم التبليغ عنه أو غيره من المسائل غير المكتشفة من قبل المبلِّغ ، وأود أن أشير هنا الى ضرورة أن يقوم المراقب بتشكيل لجنة برئاسته على أن لا يقل عدد أعضائها عن اثنين ، وأن تقوم هذه اللجنة بتطبيق مفهوم حوكمة الشركات، على اعتبار أن ذلك يعد أمراً ضرورياً من أجل مواجهة حالات الفساد المالي والمحاسبي الذي تعانیه الشركات المساهمة العامة، خاصةً قدر تعلق الأمر بإعداد التقارير المالية الشفافة واتباع كافة المعايير ذات الجودة العالية من قبل هذه الشركات، وتحديد حقوق حملة

الأسهم والأخرين ممن لهم مصالح فيها، ومسؤوليات مجلس الإدارة والمديرين من القائمين على ادارتها¹.

وهنا وكما يبدو لي يتم ضمان عدم تفرد مراقب عام الشركات في الاردن بقراره، كما أنه يعد أمراً من شأنه أن يضمن حيادية أكثر في التنسيب الصادر من قبله لوزير الصناعة والتجارة.

وحرى بالذكر هنا بأن المشرع الاردني في قانون الشركات لم يعطِ المراقب القدرة على التحرك للتحقق من أوضاع الشركة دون أن يكون لديه تبليغ مسبق بهذه الأوضاع، وهنا يطرح التساؤل حول تحقق علم المراقب بهذه الأوضاع بطريقة أو أخرى، فهل باستطاعته التحقق منها دون وجود مثل هذا التبليغ؟

للإجابة على ذلك لا بد من الإشارة الى أنه كان من الأجدر بالمشرع الاردني وفي ظل غياب النص أن يعطي الحرية للمراقب بالتحقق عن وضع أي شركة يسمع بطريقه أو بأخرى عن تعرضها لأوضاع مشابهة لما نصت عليه المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ، خاصة إذا علمنا بأن هذه الأوضاع من شأنها المساس بحقوق المساهمين والدائنين، وأن لا يتوقف تحققه من هذه الأوضاع على ورود تبليغ بخصوصها.

الفرع الثاني

التنسيب بحل مجلس الإدارة

يشترط قانون الشركات الاردني على مراقب عام الشركات التحقق من صحة ما ورد في التبليغ فإن تحقق من صحة هذا التبليغ، فإنه يقوم بالتنسيب الى وزير الصناعة والتجارة بحل مجلس ادارة الشركة المساهمة العامة والذي يعد الجهاز التنفيذي للشركة، والذي يرى اتجاه في الفقه ضرورة إعطائه سلطات كبيرة تساعد

¹ عامر بن محمد الحسيني ، دور الشركات والمؤسسات الاستثمارية في تحسين النظم الاقتصادية ، منتدى الامارات الاقتصادي ، الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨ .
١٠٦٨

على تحقيق اغراض الشركة، مقابل أن يقوم باحترام نصوص القانون ونظام الشركة وقرارات الهيئة العامة¹.

وهنا وكما يبدو لي فإن المشرع الاردني قد أعطى المراقب صلاحية التنسيب الى وزير الصناعة والتجارة بحل مجلس الادارة فقط دون اعطائه أية حلول اخرى قد تعالج وضع الشركة دون اللجوء الى ارباكها ادارياً.

إذ كان من الأجدر بالمشرع الاردني أن يقوم بإعطاء خيارات اخرى لمراقب عام الشركات في حال ثبوت صحة التبليغ لديه بعد التحقق من ذلك، وأرى هنا ضرورة أن يقوم المشرع في هذه الحالة بالتفريق بين ما اذا كانت الشركة قد تعرضت لأوضاع مالية أو ادارية سيئة لأسباب تعود الى مجلس الادارة بمجموعه أو الى الأغلبية من أعضائه، وبين ما اذا كان السبب فردياً يعود لعضو أو اكثر من أعضاء مجلس الادارة، وأقترح بهذا الخصوص أن يقوم بحل المجلس اذا كان ما أوصل الشركة الى هذه الأوضاع المالية أو الادارية السيئة هو أغلبية أو كافة أعضاء مجلس الادارة، أما اذا كان السبب هو امتناع أي عضو من أعضاء مجلس الادارة عن القيام بعمل يوجب القانون عليه القيام به، أو قيامه بأي عمل ينطوي على تلاعب أو اختلاس أو تزوير أو اساءة ائتمان، فهنا من المفروض أن يقوم مراقب عام الشركات بإنذار الشركة والدعوة لاجتماع هيئتها العامة لإقالة هذا العضو خلال مدة زمنية لا تتجاوز شهر، فإن لم تقم الشركة بذلك في اجتماع الهيئة العامة، يقوم المراقب هنا بإقالة هذا العضو من مجلس ادارة الشركة بقرار اداري صادر منه حفاظاً على الشركة ومصالحها، لأن أعضاء مجلس الادارة هم أعلم بوضع الشركة وطرق معالجة ذلك الوضع، ويعد ذلك أفضل من تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص من قبل وزير الصناعة والتجارة لإدارة الشركة²، وقد لا يكون لهذه اللجنة أية دراية بأوضاع الشركة.

1 د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٤، ص ٢١٣.

2 تنص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات الاردني على أنه " يقوم الوزير في أي من هذه الحالات بناءً على تنسيب المراقب بعد التحقق من صحة ماورد في التبليغ بحل مجلس ادارة الشركة وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص لادارة الشركة بالعدد الذي يراه مناسباً... "

الفرع الثالث

تشكيل لجنة لإدارة الشركة

يعد الأسلوب الذي وضعه المشرع الاردني في قانون الشركات لوضع حد للأوضاع التي تمر بها الشركة أثناء حياتها سواء كانت أوضاعاً مالية أو إدارية سيئة محل نقد، وقد عالج المشرع الاردني ذلك بضرورة أن يقوم مراقب عام الشركات بالتحقق من أوضاعها والتنسيب الى وزير الصناعة والتجارة بحل مجلس ادارتها في حال ثبوت تلك الأوضاع السيئة، ويقوم هذا الأخير بتشكيل لجنة بالعدد الذي يراه مناسباً لمدة ستة شهور قابلة للتמיד لمرتين على الأكثر، ويعين رئيساً ونائباً له من بين أعضائها¹.

ويشار هنا الى أن إعادة هيكلة الشركة المساهمة العامة تتطلب بالضرورة لدى المشرع الاردني تشكيل لجنة إدارة تتولى هذه العملية، خاصة في ظل انعدام ثقة المساهمين الآخرين والدائنين بإدارة الشركة بسبب حالة التعثر التي تمر بها، كون باقي المساهمين والدائنين قد لا يتعاونوا مع مجلس الإدارة القائم في الشركة إذا ما تم الإبقاء عليه وهو أمر يقود الى عدم نجاح عملية إعادة الهيكلة في الشركة².

وأعتقد أن اتجاه المشرع الاردني بخصوص تشكيل اللجنة محل نظر من جوانب

عدة أهمها:

اولاً: ان المشرع الاردني عندما أشار الى تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص، فإنه لم يحدد مجال خبرة واختصاص أعضاء اللجنة، ولم يشترط أن يكونوا ممن يقودوا شركات ناجحة، أو ممن يتمتعون بنفوذ سياسي، أو ممن لهم خبرة طويلة في التعامل مع الشركات كموظفي دائرة مراقبة الشركات، أو أن يكونوا من القانونيين أو من قطاع الأعمال. وبخصوص ذلك يرى اتجاه في الفقه ضرورة أن يتمتع هؤلاء بالإلمام بالأحكام القانونية الواردة في قانوني الشركات والتجارة

¹ تنص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات الاردني على أنه " ... وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص لإدارة الشركة وبالعدد الذي يراه مناسباً لمدة ستة شهور قابلة للتמיד لمرتين على الأكثر ويعين رئيساً لها ونائباً للرئيس من بين أعضائها وعليها في هذه الحالة دعوة الهيئة العامة خلال تلك المدة لانتخاب مجلس إدارة جديد للشركة ويمنح رئيس اللجنة وأعضائها مكافأة على حساب الشركة وفقاً لما يقرره الوزير ".
² سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص ٥٨.

والقوانين الأخرى ذات الصلة، وضرورة أن يكون لديهم خبرة فنية متخصصة ومهارات مناسبة لهذا العمل، وأن يتمتعوا بالاستقامة والنزاهة والتجرد من المصالح المتضاربة مع الشركة حتى لو كانوا من بين دائني الشركة¹.

ثانياً: لم يضع المشرع الاردني عدداً محدداً لأعضاء اللجنة، وإنما ترك الأمر لمشئئة وزير الصناعة والتجارة، اذ كان من الأجدر بالمشرع هنا أن يحدد عدد أعضاء اللجنة المشكلة من قبل الوزير وعدم ترك الأمر على غاربه، وأن يكون تدخله هذا مشابهاً لما ورد في نص المادة (١٣٢/أ) من قانون الشركات الاردني^٢، لأن من شأن ذلك أن يؤدي لأن تكون هذه اللجان وسيلة لإعطاء منافع شخصية لبعض الأشخاص من قبل الوزير على حساب الشركة، دون مراعاة لمصالحها واعداد هيكلتها، خاصة إذا علمنا بأن هذه اللجان تكون مأجورة^٣، واقترح بهذا الخصوص أن لا يقل العدد عن ثلاث ولا يزيد على ثلاثة عشر .

ثالثاً: لم يراع المشرع الاردني في تشكيل اللجنة أن يكون أعضائها من بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، حيث وردت عبارة الأشخاص عامة دون تحديد فهنا يحتمل أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وأرى هنا بضرورة أن يقوم المشرع بتحديدهم بالأشخاص الطبيعيين حصراً^٤.

رابعاً: ان المشرع الاردني عندما حدد مدة عمل اللجنة حددها بستة أشهر قابلة للتمديد لمرة واحدة على الأكثر، أي أن المدة بمجموعها سنة ونصف، وهي مدة طويلة بالقياس مع المهام التي أوكلها هذا المشرع لهذه اللجنة بنص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات النافذ، إذ أن المشرع قد حصر مهامها في دعوة الهيئة العامة للاجتماع لانتخاب مجلس ادارة جديد للشركة ، وكما يبدو لي فان مدة الستة أشهر

1 سامي محمد الخرابشة، المرجع ذاته، ص ٥٨-٥٩.

2 تنص المادة (١٣٢/أ) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ على أنه " أ- يتولى ادارة الشركة المساهمة العامة مجلس ادارة لا يقل عدد اعضائه عن ثلاثة اشخاص ولا يزيد عن ثلاثة عشر وفقاً لما يحدده نظام الشركة ... "

3 تنص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ على أنه " يمنح رئيس اللجنة وأعضائها مكافأة على حساب الشركة وفقاً لما يقرره الوزير "

4 تنص المادة (١٦٨/ب) من قانون الشركات النافذ على أنه " ... لمدة ستة شهور قابلة للتمديد لمرة واحدة على الأكثر ... "

الأولى هي كافية لدعوة الهيئة العامة للانعقاد، لذا كان من الأفضل عدم اجازة
المشرع الأردني تمديد هذه المدة أكثر من ستة أشهر، لأن من شأن ذلك أن يكون
وسيلة لتهرب لجنة الإدارة من دعوة الهيئة العامة للانعقاد لمدة سنة ونصف لانتخاب
مجلس إدارة جديد لعدة أسباب جلها رغبة هذه اللجنة بالحصول على مكافآت شهرية
عن عملها، خاصة إذا علمنا بأن المشرع الأردني لم يضع آلية مناسبة لاحتساب
المكافأة لأعضاء هذه اللجنة، فكان من الأجدر أن يعطي أعضاء اللجنة مكافأة
مقطوعة عن عملهم بغض النظر عن مدة العمل في حال إبقائه على حكم جواز تمديد
المدة، وبخصوص ذلك يرى اتجاه في الفقه أن السماح بتمديد هذه المدة من شأنه أن
يؤدي إلى التأخير في دعوة الهيئة العامة للانعقاد¹.

خامساً: لم يبيّن المشرع الأردني مدى جواز أن يكون من بين أعضاء اللجنة
مساهمين في الشركة أو دائنين لها، وكما يبدو لي فإنه لا يجوز أن يكون لدائنيها أي
مكان في هذه اللجنة لتضارب مصالحهم مع مصالح الشركة، وأن دخولهم في اللجنة
سيؤدي إلى تغليب مصالحهم الشخصية على مصالح الشركة، أما بخصوص مساهمي
الشركة فيمكن انضمامهم للجنة بشرط أن لا يكونوا من بين أعضاء مجلس الإدارة
الذي تم حله خاصة إذا كانت المسؤولية عن تعثر الشركة عائدة لمجلس الإدارة ككل.
ولا بد من التنويه هنا أن اللجنة المكلفة بإدارة الشركة تستحق مكافأة نظير عملها
، وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية أشارت فيه إلى أنه حتى في الأحوال التي يكون
فيها قرار وزير الصناعة والتجارة منعدماً لا يرتب أي أثر قانوني، كونه صادر من
غير مختص بإصداره، وهو قرار خاص يتمثل بحل هيئة مديري الشركة في الشركة
ذات المسؤولية المحدودة، إلا أن المدعين وهم هنا أعضاء اللجنة المشكلة بقرار من
وزير الصناعة والتجارة، قد قاموا بتسيير أعمال الشركة والعمل لمصلحتها خلال
فترة وجودهم في اللجنة، وبالتالي فقد قدموا خدمات لها وانتفعت من وجودهم، وهم
بوجودهم لا يعدوا غاصبين أو معتدين على المركز القانوني، كما أنهم ليسوا
متبرعين بما قاموا به من خدمات وأعمال لصالح الشركة المدعى عليها، بالتالي

1 د. أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

فإنهم يستحقون بدل أجر المثل عن الفترة التي عملوا فيها في هيئة مديري الشركة كأعضاء في اللجنة المشكلة، ويصار الى تحديده من قبل ذوي الخبرة بشرط أن لا يتجاوز مبلغ أجر المثل على الف دينار لكل منهم¹. وعلى الرغم من أن هذا القرار يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا انه يمكن تطبيقه على ذات الحالة في الشركة المساهمة العامة.

الفرع الرابع

الطعن بقرار الوزير

يعد موضوع حل مجلس ادارة الشركة المساهمة العامة وتشكيل لجنة ادارة لها في غاية الأهمية، كون أن المادة (١٦٨/أ، ب، ج) لم تحدد طريقة أو امكانية الطعن بقرار وزير الصناعة والتجارة، لذا فقد أثارت هذه المسألة الكثير من التساؤلات حول مدى امكانية الطعن بهذا القرار والجهة التي يتم الطعن أمامها، وهل يخضع ذلك للقاعدة العامة الواردة في نص المادة (١/٢) من قانون الشركات النافذ والتي عرّفت المحكمة؟².

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الإشارة الى أن المادة (١٦٨) أعلاه لم تشر الى إمكانية الطعن بقرار وزير الصناعة والتجارة الاردني أمام أي محكمة سواء كانت محكمة البداية أم المحكمة الادارية في الاردن، على اعتبار أن الأخيرة هي جهة الطعن بالقرارات الادارية سنداً لأحكام المادة (٥) من قانون القضاء الاداري الاردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤³.

1 قرار محكمة التمييز الاردنية رقم (٢٦٨٥/٢٠٠١)، هيئة خماسية بتاريخ ١٧ / ١٠ / ٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.

2 عرّفت المادة (١/٢) من قانون الشركات الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته المحكمة على أنها " المحكمة: محكمة البداية التي يقع المركز الرئيسي للشركة الاردنية أو مركز الفرع الرئيسي للشركة الاجنبية ضمن اختصاصها المكاني "

3 تنص المادة (٥) من قانون القضاء الاردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ على أنه " أ- تختص المحكمة الادارية دون غيرها بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الادارية النهائية بما في ذلك: ٧- الطعون التي يقدمها أي متضرر المتعلقة بإلغاء القرارات الادارية النهائية ولو كانت محصنة بالقانون الصادرة بمقتضاه . ٨- الطعون في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات ادارية ذات اختصاص قضائي ..."، نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد رقم (٥٢٩٧) على الصفحة رقم (٤٨٦٦) بتاريخ ١٧/٨/٢٠١٤.

وكما يبدو لي فإن القضاء الاردني قد تضاربت أحكامه بهذا الخصوص بشأن الجهة التي يطعن أمامها بالقرارات الصادرة عن وزير الصناعة والتجارة بشأن حل مجلس ادارة الشركة المساهمة ، أو هيئة المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، فقد قضت محكمة العدل العليا في أحد قراراتها الى أنه اذا كان القرار المطعون فيه صادراً من وزير الصناعة والتجارة طبقاً لنص المادة (١٦٨) من قانون الشركات الاردني رقم(٢٢) لسنة ١٩٩٧، والتي أعطت الحق للوزير في تشكيل لجنة لإدارة الشركة عند استقالة رئيس وأعضاء مجلس الادارة لتتولى ادارة الشركة ودعوة الهيئة العامة للاجتماع لانتخاب مجلس ادارة جديد ، وبما أن الدعوى المائلة أمام المحكمة قد أقيمت من أجل المطالبة بإلغاء القرار، بناءً على ذلك فإن محكمة العدل العليا تختص بالنظر بهذه الدعوى سنداً لأحكام المادة (٩/أ) من قانون محكمة العدل العليا رقم(١٢) لسنة ١٩٩٢. كما أعتبر هذا القرار بأن تقديم ثمانية من أعضاء مجلس ادارة شركة مصفاة البترول الاردنية وهي شركة مساهمة عامة لاستقلالتهم ، هو أمر يؤدي الى فقدان نصابه القانوني، وبالتالي فإن قرار المستدعي ضده وزير الصناعة والتجارة المشكو منه الصادر بناءً على تنسيب مراقب عام الشركات، والقاضي بتشكيل لجنة مؤقتة تتولى ادارة الشركة ودعوة الهيئة العامة للانعقاد قد صدر موافقاً للقانون، وكما يبدو لي فإن هذا القرار لم يفرق فيما اذا كان عضو مجلس ادارة الشركة منتخباً أو معيناً كمثل للحكومة أو المؤسسات العامة الرسمية أو أي شخصية اعتبارية.

وفي اتجاه آخر فإن محكمة العدل العليا قد عادت عن قرارها السابق بقرار لهيئتها العامة، إذ اعتبر هذا القرار بأن الاختصاص يعد من النظام العام، وتستطيع المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها حتى لو لم يثره أحد الخصوم، وأنه بالرجوع الى أحكام المادة (٢) من قانون الشركات الاردني رقم(٢٢) لسنة ١٩٩٧ والتي تناولت المقصود بالمصطلحات والمفاهيم الواردة في القانون، فإنه يستفاد من ذلك أن محكمة

¹ قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم (٢٠٠٢/٣٦٨)، هيئة خمسية، الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١، منشورات مركز عدالة، وأشير هنا الى أن قانون محكمة العدل العليا الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ قد تم استبداله بقانون القضاء الاداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ وقد حل هذا الاخير محل القانون الاول.

البداية بوصفها هي صاحبة الولاية العامة بالنظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون الشركات، وأن محكمة العدل العليا لا تختص بالنظر في أي نزاع يتعلق بتطبيق أحكام قانون الشركات الا اذا نص على اختصاصها صراحة ، كما هو الحال في نصوص المواد (٥ ، ٢١٩، ٩٤، ٦٩، ٥٩، ١١) من هذا القانون، وحيث أن هذا النزاع موضوع الدعوى ناتج عن تطبيق أحكام المادة(١٦٨) من قانون الشركات فإن الاختصاص بالنظر فيه يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا ويناط هنا لمحكمة البداية، لذا قامت محكمة العدل العليا برد هذه الدعوى شكلاً كون الاختصاص هو لمحكمة البداية^١.

وكما يبدو لي فإن محكمة العدل العليا لم توفق في قرارها الأخير، كون القرار محل الطعن هو قرار اداري بامتياز صادر عن وزير الصناعة والتجارة الاردني، وأن جهة الطعن بهذا القرار يجب ان تكون محكمة العدل العليا، وكان من المفروض أن تحكم هذه المحكمة باختصاصها بالنظر بهذا الطعن، وليس عدم اختصاصها ورد الدعوى شكلاً، لذا كان من المفروض أن تقوم محكمة العدل العليا بالاستناد الى نص المادة (٥) من قانون القضاء الاردني النافذ^٢، وأن تقضي باختصاصها بالنظر في هذه الدعوى.

١ قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم (٢٠١٢/١٨٨)، هيئة عامة، الصادر بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١٢، منشورات مركز عدالة.

٢ لقد حلت هذه المادة محل المادة (٩) من قانون محكمة العدل العليا الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

الخاتمة

لقد بحثت هذه الدراسة موضوعاً في غاية الأهمية كونه يتعلق بالتنظيم القانوني لتعثر الشركات المساهمة في قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته، من أجل الوقوف على مدى كفاية القواعد القانونية الواردة في هذا القانون لتغطية تعثر الشركات المساهمة والكشف عن تعثرها ومعالجة ذلك، وقد ركزت هذه الدراسة على نص المادة (١٦٨/أ، ب) من هذا القانون.

وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن المشرع الاردني قد حدد أسباب تعثر الشركات المساهمة العامة، وعزى ذلك الى أسباب مالية وأخرى ادارية وجرمية، وقد ظهر عند دراسة هذه الأسباب جميعها أن المشرع الاردني قد ترك أمر تقديرها لمراقب عام الشركات دون ربطها بمعيار محدد أو حصرها بحالات بعينها.

وقد خلصت هذه الدراسة الى جملة من النتائج والتوصيات يمكن اجمالها على

النحو التالي:

اولاً: النتائج

١- ان المشرع الاردني في نص المادة (١٦٨) من قانون الشركات الاردني قد حدد أسباب التعثر وأرجعها لأسباب ادارية تتعلق بمجلس ادارة الشركة بشكل عام أو بأحد القائمين على ادارتها، وأخرى مالية تتعلق بالأوضاع المالية السيئة التي تمر بها الشركة أو الخسائر الجسيمة التي تمنى بها، كما قد تكون جرمية من خلال القيام بأعمال ايجابية أو سلبية من قبل مجلس الادارة ككل أو من قبل أحد أعضائه دون الإشارة الى الأوضاع الاقتصادية التي تمر بها الشركة بسبب اوضاع الدولة بشكل عام، كما أنه لم يحدد مضموناً واضحاً للتعثر. كما خلصت هذه الدراسة الى أن قواعد قانون الشركات الاردني تعد قاصرة عن الاحاطة بالتعثر بكافة أشكاله وصوره، كما أنها لم تضع الحلول الناجعة للأوضاع التي تمر بها الشركة بشكل يكفل استمرارها وفق النموذج المطلوب للشركات المساهمة العامة.

٢- ان مصطلح تعثر الشركات لدى المشرع الاردني في قانون الشركات النافذ هو مصطلح غير منضبط بمعايير ثابتة يمكن أن يقاس على أساسها، لذا يكون من الصعوبة تحديد فيما إذا كانت الشركة في حالة تعثر اداري أو مالي حقيقي.

٣- ان فقدان الشركة وافتقارها للقيادات الادارية القادرة على التنبؤ والتخطيط الاستراتيجي سواء على الصعيد الخارجي أم الداخلي يعدان من الأسباب الرئيسية لتعثر الشركات وفشلها ادارياً.

٤- ان غياب التخطيط وفشل السياسات المالية التي تتبعها الشركة المتمثلة بضعف التخطيط وعدم امتلاك سياسة واضحة في تسعير السلع والمنتجات، والنقص الحاصل في السيولة النقدية وتراكم الخسائر العائد الى القرارات المالية الصادرة من القائمين على ادارتها يعدان من الأسباب الرئيسية لتعثرها مالياً.

٥- ان عدم تغطية الشركة لالتزاماتها المترتبة عليها بسبب نقص السيولة النقدية، أو عدم قدرتها على توفير رأس المال اللازم لمواجهة التزاماتها قصيرة الأجل أو تغطية نشاطاتها يعدان أحد صور التعثر المالي للشركة سواء كان التعثر حكماً أم فعلياً.

٦- ربط المشرع الاردني في قانون الشركات بين تعثر الشركة المساهمة العامة وبين تأثير ذلك على حقوق المساهمين أو الدائنين إذا كان سبب التعثر هو الأوضاع المالية أو الادارية السيئة، بينما إذا كان سببه الأوضاع الجرمية فإن المشرع الاردني لم يقصر تأثير ذلك على هؤلاء فقط وإنما امتد ذلك ليشمل حقوق الغير، دون اشتراطه أن يكون ذلك الغير من دائني الشركة أو المتعاملين معها، ودون النظر الى مدى تأثير ذلك التعثر على الاقتصاد الوطني في الأردن.

٧- لم يربط المشرع الاردني في قانون الشركات بين الخسارة الجسيمة وبين رأس مال الشركة، بالتالي فان مفهوم الخسارة الجسيمة لدى المشرع الاردني هو مفهوم غير منضبط بمعايير مرتبطة بخسارة نسبة معينة من رأس مال الشركة،

وإنما ترك أمر تقديرها لمراقب عام الشركات الذي ينسب لوزير الصناعة والتجارة والذي بدوره يتخذ القرار بناء على وضع الشركة.

٨- ان المشرع الاردني عندما أشار الى الأوضاع المالية السيئة التي تتعرض لها الشركة لم يربطها بتوزيع الأرباح من قبل الشركة، ولم يحدد المدة الزمنية التي لا تحقق فيها الشركة ارباحاً حتى تعد في وضع مالي سيء يستدعي التدخل من قبل المراقب والوزير لحل مجلس الادارة.

٩- لم يفرق المشرع الاردني بين التعثر الذي يكون سببه عضو واحد من اعضاء مجلس الادارة، وبين ذلك الذي يكون سببه مجلس الادارة ككل، حيث جعل تصويب أوضاع الشركة في حال تعثرها يكون من خلال حل مجلس ادارتها، إذا كان التعثر عائداً لأحد أعضاء مجلس الادارة أو مديرها العام المجلس ككل.

١٠- ان الخسارة الجسيمة التي تستدعي تدخل مراقب عام الشركات هي التي تؤثر على حقوق المساهمين المالية فقط أو المؤدية الى نقصان رأس مال الشركة.

١١- جعل المشرع الاردني مراقب عام الشركات هو الجهة التي تحدد فيما إذا كانت الشركة متعثرة أم لا، دون أن يحدد معايير واضحة يمكن الاعتماد عليها في قياس هذا التعثر، كخسارتها لجزء محدد من رأس مالها أو عدم توزيعها الأرباح لمدة معينة.

١٢- ان المشرع الاردني قد أشار الى جرائم في نص المادة (١٦٨) من قانون الشركات النافذ يعد ارتكابها سبباً من أسباب تعثر الشركة، إلا أنه لم يبين لنا الجهة التي تحدد فيما إذا كانت الأعمال المرتكبة تشكل هذه الجرائم من عدمه، ولم يشترط صدور حكم قضائي بخصوصها.

١٣- لم يبين المشرع الاردني في نص المادة (١٦٨) من قانون الشركات جهة الطعن بقرار وزير الصناعة والتجارة في حال صدوره بحل مجلس الادارة.

ثانياً: التوصيات

خلصت هذه الدراسة الى بعض التوصيات والاقتراحات وعلى النحو التالي:

- ١- أن ينص قانون الشركات على لجان مشكلة من مراقب عام الشركات أو وزير الصناعة والتجارة، مهمتها التفتيش على الشركات المساهمة العامة لرصد الحالات المؤدية الى تعثرها، إضافة الى ذلك ان تناط بهذه اللجان مهمة إجراء الدورات والتدريب العملي للقائمين على إدارة الشركات لإعطاء الحلول الناجعة لأوضاعها، وتقديم الاستشارات اللازمة.
- ٢- أدعو المشرع الاردني الى ربط الخسارة الجسيمة التي تؤثر في حقوق المساهمين أو الدائنين بخسارة جزء لا يقل عن ٥٠% من رأس مال الشركة، وعدم تركها لتقدير مراقب عام الشركات.
- ٣- أقترح على المشرع الاردني أن يقوم بربط الأوضاع المالية السيئة التي تتعرض لها الشركة والتي تجعلها في حالة تعثر بمدة زمنية، تتمثل بعدم قيامها بتوزيع أرباح لمدة ثلاث سنوات متتالية.
- ٤- ضرورة أن يميز المشرع الاردني في المادة (١٦٨) من قانون الشركات بين وضع الشركة اذا كان سببه مجلس الادارة ككل أو أغلبية أعضائه ، وهنا يقوم مراقب عام الشركات بالتنسيق الى الوزير بحل المجلس ويبقى الحال على ما هو عليه في الفقرة الثانية من المادة أعلاه ، أما إذا كان سبب أوضاع الشركة هو عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الادارة ، فهنا أقترح بأن يأخذ الحل أحد اتجاهين: اما أن ينسب مراقب عام الشركات لوزير الصناعة والتجارة بعزل ذلك العضو ، أو أن يقوم المراقب بإنذار الشركة بعزله خلال مدة معينة وتعيين بديل عنه ، فإن لم تستجب خلال المدة المحددة لها من قبل المراقب ، يحق له هنا بالتنسيق بحل مجلس الادارة لوزير الصناعة والتجارة والذي بدوره يقوم بإصدار قرار الحل وتشكيل لجنة لإدارة الشركة.
- ٥- أن يقوم المشرع الاردني بتعديل نص المادة (١٦٨/أ) من قانون الشركات النافذ من خلال استبدال عبارة "أو يعتبر" ب " أو الحكم عليه عن جريمة..."،

لأن من شأن هذا الأمر أن يخرج الموضوع من التقدير الذي قد يمارسه المراقب الى اليقين المتمثل بصدور قرار حكم من المحكمة.

٦- أقتراح على المشرع الاردني أن يعطي الصلاحية لمراقب عام الشركات بالتحرك في حال تعرض الشركة للأوضاع المنصوص عليها في المادة (١٦٨) من قانون الشركات النافذ، حتى لو لم يتلقى أي تبليغ ممن فرض عليهم القانون التبليغ عن أوضاع الشركة.

٧- توصي هذه الدراسة بأن تستبدل عبارة "فعلى رئيس مجلس ادارتها أو أحد أعضائها أو مديرها العام أو مدقق حساباتها..." والواردة في الفقرة الاولى من المادة (١٦٨) من قانون الشركات بعبارة "فعلى رئيس وأعضاء مجلس ادارتها أو مديرها العام أو مدقق حساباتها" دون أن يكون هناك إلزام على أعضاء الشركة، ووضوح في جعل ذلك الإلزام على أعضاء مجلس الادارة.

٨- ضرورة أن يقوم المشرع الاردني بتحديد عدد أعضاء اللجنة المشكلة من قبل وزير الصناعة والتجارة، وتحديد مهامها وعدم اقتصار عملها على دعوة الهيئة العامة للانعقاد، وإنما يجب أن تناط لها مهمة اعادة هيكلة الشركة ، وفي حال اقتصار عملها على دعوة الهيئة العامة للانعقاد اقترح بهذا الخصوص عدم جواز تمديد مدة عملها لأكثر من ستة شهور، لأن التمديد لها بعد ذلك دون أن يكون لديها أي مهام محددة من قبل المشرع سوى دعوة الهيئة العامة للانعقاد من شأنه أن يفاقم من أوضاع الشركة السيئة ، كما أدعو المشرع الأردني الى تحديد مكافأة أعضاء اللجنة بمبلغ مقطوع في حال بقاء الوضع على ما هو عليه في المادة (١٦٨) من قانون الشركات ، لأن تحديدها من شأنه أن يدفع اللجنة للعمل على دعوة الهيئة العامة للانعقاد في أقرب وقت لاختيار مجلس ادارة جديد يتولى ادارة الشركة وعدم التراخي في ذلك.

المصادر والمراجع

- ١- د. ابو الفتوح علي فضالة، التحليل المالي وادارة الاموال، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٢- احمد نواف عبيدات، بناء نموذج لتقييم قدرة الشركات الصناعية المساهمة العامة الاردنية على الاستمرار باستخدام قائمة التدفقات النقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، الاردن، عمان، ٢٠٠٦.
- ٣- د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الشركات: دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٤- د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الشركات)، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ٥- د. بشار طلال المومني وآخرون، شرح مصادر الالتزام غير الارادية، مكتبة الجامعة، الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٥.
- ٦- حمزة محمود الزبيدي، التحليل المالي (تقييم الاداء والتنبؤ بالفشل)، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٧- د. رشا محمد تيسير حطاب ود. أحمد قاسم فرح، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، الشارقة، سنة ٢٠١٧.
- ٨- سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٩- عامر بن محمد الحسيني، دور الشركات والمؤسسات الاستثمارية في تحسين النظم الاقتصادية، منتدى الامارات الاقتصادي، الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.
- ١٠- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني لحوكمة الشركات، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.

- ١١-د. عبد الله الخشروم، مقال بعنوان الحماية القانونية لأموال الشركات المساهمة العامة، رسالة مجلس الامة، مج٧، ع٢٩٤، ١٩٩٨.
- ١٢-د. عدنان سرحان، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار، الفعل النافع، القانون)، اثرء للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٠.
- ١٣-د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري (الشركات التجارية)، ج٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٤-د. علي عباس، بحث بعنوان تحديد الأسباب الادارية والمالية لفشل الشركات: دراسة تحليلية على شركات التضامن الاردنية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، بغداد، ٢٠١٠.
- ١٥-د. علي حسن يونس، الافلاس، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٩٨.
- ١٦-د. علي نديم الحمصي، الشركات المساهمة في القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣.
- ١٧-د. فاروق ابراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة العامة، ط٢، مج١، دن، ٢٠١٢.
- ١٨-فلوريدا العامري، رقابة الدولة على شركات القطاع الخاص في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣.
- ١٩-د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٤.
- ٢٠-د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية (الاحكام العامة والخاصة: دراسة مقارنة)، دن، عمان، ١٩٩٩.
- ٢١-د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د.ت.
- ٢٢- ماهر الخزاعي، ادارة السيولة والربحية، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة دمشق، كلية الاقتصاد، دمشق، ٢٠٠٩.

- ٢٣- د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٥٧.
- ٢٤- محمد ابراهيم عبد الفتاح، المشروعات المتعثرة (أسبابها، علاجها)، دراسة بالتعاون مع البنك الاهلي المصري، دن، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٢٥- د. محمد شلال العاني، احكام القسم الخاص في قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي (الجرائم الواقعة على الاشخاص والأموال)، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٣.
- ٢٦- محمد العمادي، مقال بعنوان تعثر الشركات، الموقع الالكتروني www.amawi.info/?p=19، ص ٢، تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/٩/٢٥.
- ٢٧- د. محمد مطر، الاتجاهات الحديثة في التحليل المالي والائتماني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.
- ٢٨- د. محمود الكيلاني، الشركات التجارية، د، ن، عمان، ٢٠٠٧.
- ٢٩- د. مروان بدري الابراهيم، تصفية الشركات المساهمة: دراسة مقارنة بين القانون المصري والاردني والانجليزي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٣٠- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١.
- ٣١- د. معن عبد الرحيم جويحان، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال الخاصة: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٣٢- د. مؤيد عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٣٣- د. مؤيد محمد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي (القسم العام)، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٤.
- ٣٤- د. هيثم محمد الزعبي، الادارة والتحليل المالي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.

• القوانين

- ١- قانون الشركات الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.
- ٢- قانون تنظيم أعمال التأمين الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩.
- ٣- قانون مراقبة أعمال التأمين الاردني رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٢.
- ٤- قانون القضاء الاردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

• المواقع الالكترونية

- 1- www.amawi.info/?p=19.
- 2- islahnews.net\39939.ht.(
- 3- www.satelnews.com.
- 4- www.addustour.
- 5- [1http:ccd.gov.jo](http://ccd.gov.jo).
- 6- www.alhayat.com\m\story\10111999.
- 7- <http://www.alghad.com/articles>.
- 8- <http://b2b-sy.com/news/19431>.
- 9- www.jo24.net/post.php?id=184751

ميزانية الأساس الصفري المفهوم، التقييم، الإعداد

دكتور

هيثم محمد حرمي شريف

أستاذ الاقتصاد والمالية العامة المساعد

كلية القانون الجامعة الأمريكية في الإمارات

في ظل التغيرات الاقتصادية والانفتاح على العالم الخارجي، والتطور التكنولوجي للعلوم المختلفة وتعدد المجالات التي تستوجب أن تتدخل فيها الدولة، لضرورة ديمومة الحياة والتي تتطلب استخدام الموارد المتاحة في المجالات التي تخدم المجتمع وتحقق رفاهيته، وضرورة أن توجه الموارد في المكان الصحيح، و للغرض الأكثر أهمية والذي يفترض أن يكون بأقل كلفة للحصول على أكبر منفعة. (1)

برزت أهمية اعتماد أسلوب سليم ومتقدم في تقدير المصروفات العامة لوحدة الدول المختلفة باستخدام الموازنة الصفرية التي حققت الكثير من النجاحات في الدول ومؤسسات العالم التي تأخذ بها لما تتميز به من أنها سائدة للإنفاق الاستراتيجي والاستثماري، حيث تعتبر من أهم الأدوات الرئيسية وراء انجازات الأداء العام. (2)

وبصفة عامة جاءت الموازنة الصفرية لتخدم أهداف الحكومة في مجال تحقيق كفاءة وفعالية أكبر في أداء الأنشطة الحكومية حيث يسمح بإعطاء الأولوية في التخصيص للمشاريع والبرامج ذات الأهمية الأعلى وتخفيض مخصصات البرامج ذات الأولوية المتدنية أو إلغاؤها، مما يحسن فاعلية البرامج بشكل كبير، ويساعد على عادة تخصيص الموارد بشكل أفضل.

وقد برزت في السنوات العشر الأخيرة كمحاولة للتغلب على المشاكل والعقبات التطبيقية التي صادفت النظم الأخرى للموازنة (3) خاصة وأنها تعد فلسفة متكاملة

1- أكد يونس حاجي الخوري وكيل وزارة المالية أن الإمارات تطبق الميزانية الصفرية و تأخذ بمبدأ توازن والميزانية بحسب قرار مجلس الوزراء ١/١٨١ لسنة ٢٠٠٨، الاعتمادات بمشروع الميزانية العامة للاتحاد لعام ٢٠١٥ شهدت نمواً بنسبة ٦.٣٢ % وقيمة ٢.٩٢ مليار درهم مقارنة باعتمادات السنة المالية ٢٠١٤ التي بلغت ٤٦.١٨ مليار درهم حيث تعد الأكبر في تاريخ

الإيرادات: ٤٦١٨٠.٠٤٩١٠٠

النفقات: ٤٦١٨٠.٠٤٩١٠٠

العجز التمويلي: ٠٠

انظر: موقع وزارة المالية لدولة الإمارات www.mof.gov.ae في ٢٥/١١/٢٠١٤

2- Kathryn. Batrol and David martin "Management" McGraw-Hill, INC. 1991 , P 595

3- د/زكريا محمد بيومي: الاتجاهات الحديثة في تطوير أساليب الموازنة العامة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الواحدة والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، مصر ١٩٨٣ ص ١٤

تتميز عن الموازنة التقليدية في أنها تستند إلى فكر علمي منطقي متقدم يساعد على توفير أفضل الظروف للإبداع والابتكار والتخلص من الروتين الحكومي، وذلك من خلال ممارسة التقييم والمراجعة المستمرة للقرارات الاستراتيجية للإدارة الحكومية، والتكيف مع الظروف غير المستقرة والمعاكسة. (١)

إشكالية البحث

تدور إشكالية البحث حول إعداد، وتنفيذ، الموازنة الصفرية وفق أسس علمية تكفل الوصول إلى تقديرات دقيقة بهدف تحقيق الأهداف المرجوة، خاصة في ظل الموارد المحدودة، والاستخدامات غير المحدودة، نتيجة قيام الدول بالتدخل في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي، بهدف توفير الرعاية والرفاهية للمواطنين بحيث تعد نموذج يمكن الأخذ به لما حققه من نجاحات عند تطبيقه.

أهداف الدراسة

١- بيان إجراءات، وطرق إعداد ميزانية الأساس الصفري، و تطورها في الفكر المالي المعاصر .

٢- بيان انتظام أوجه الإنفاق طبقاً للخطط الموضوعة و في إطار السياسة المقررة لتحقيق الأهداف المحددة في ظل ميزانية الأساس الصفري.

٣- التعرف علي المقومات الأساسية اللازمة لتطبيق الموازنة الصفرية.

أهمية الدراسة

١. إمكانية رفع كفاءة مستوى تخطيط وتنفيذ الموازنة العامة عند تطبيق الأسلوب الصفري.

٢. يوفر إمكانية التحكم بالنفقات بما ينعكس إيجاباً على الموازنة كونه سيتم إجراء مسح شامل لجميع احتياجات الوزارات وفق أحدث الأساليب العلمية في تقدير الإيرادات المحلية والنفقات العامة على المدى القصير والمتوسط، بحيث تتم مراعاة التطورات والمستجدات الاقتصادية، المحلية والدولية بما يساعد وزارة

¹ -L.Philip,Introduction a"Lexercice du pouvoir Financier du pariement"ECONOMICA,1996,P.4

المالية في تحديد توجهات السياسة المالية ورسم أبعادها المستقبلية وبما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الوطني.

٣. حداثة موضوع البحث كونه يتعرض إلى أسلوب جديد في إعداد الموازنة ولم يحظى بالاهتمام الكافي ومن الناحية العملية فإنه سيقدم توصيات لإعداد الموازنة العامة بفاعلية وكفاءة.

منهج البحث

اعتمد البحث منهجاً علمياً موضوعياً يتلخص في الآتي:

- المنهج الاستقرائي: في مجال تحديد نطاق المشكلة، وفهم العلاقات القائمة بين صورها ومصادرها، وأسبابها المختلفة، وكذلك بشأن استيعاب علاقات الربط بين أسبابها ونتائجها، وبيئها وبين غيرها من الظواهر المالية المرتبطة بها والمؤثرة فيها.

- المنهج المقارن: الذي يقوم على المقارنة بين الموازنات المختلفة، والموازنة الصفرية لبيان ما تتميز به من فكر علمي منطقي متقدم يساعد على توفير الظروف للإبداع والابتكار والتخلص من الروتين الحكومي.

خطة البحث

وفي ضوء ما تقدم يتم تقسيم هذا البحث على النحو التالي:

- المبحث الأول: ميزانية الأساس الصفري المفهوم، والتقييم.
- المبحث الثاني: خطوات إعداد ميزانية الأساس الصفري .
- المبحث الثالث: أنواع الموازنات ومقارنتها بالموازنة الصفرية .
- الخاتمة
- المراجع

المبحث الأول

ميزانية الأساس الصفري المفهوم، والتقييم

تمهيد:

فكرة إعداد الموازنات تتواجد منذ القدم، والقرآن الكريم أول من أشار إلى مفهوم الموازنة من خلال قصة نبي الله يوسف عليه السلام، فقد كانت فكرته التي عرضها على ملك مصر بأن يضع تقنيناً أشار به في استهلاك الغلال خلال السنوات السمان حتى تنتهي السنوات العجاف، حيث أصبحت هذه الفكرة فيما بعد والتي درساً وعلماً يستفاد منه في عمل الموازنات بكافة أشكالها وأنواعها، وكذلك كانت محوراً أساسياً لعلم الاقتصاد⁽¹⁾

ويتضح ذلك من قوله تعالى " قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأْبًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعَ شِدَادٍ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَحْصِنُونَ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ يَعْرِصُونَ" يوسف

٤٧،٤٨

تعتبر هذه أول موازنة تقديرية لما تحتاجه الدولة من القمح، ولمدة ١٥ عام متوالية للتغلب على المجاعة في مصر في حينه، وجاءت الرسالة الإسلامية التي لها الفضل الأول في تطوير الأفكار الاقتصادية إلى شكلها المعاصر والتي كان لها الدور الكبير في تنظيم القطاع العام المتمثل بالدولة، لذلك كانت الحكومات المركزية تعد الموازنات، عن طريق تقدير نفقاتها وإيراداتها المختلفة المتوقعة.

مصطلح الموازنة في الفكر المعاصر أصبح يطلق علي عدة أنواع، منها الموازنة التخطيطية، والتقديرية والرقابية، وكل هذا يعتبر صفة من صفات الموازنة، وتستخدم عند الحديث عن الموازنة، فمصطلح الموازنة، التخطيطية كونها خطة للمستقبل، والموازنة التقديرية لأنها تحتوي على بيانات تقديرية وليست فعلية، ويطلق عليها الرقابية لأنها تستخدم كأداة للرقابة، حيث تمثل الأساس الذي تقارن به التكلفة

1- فاطمة احمد عبد الله، الرقابة على تنفيذ الميزانية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، العراق ١٩٩٩، ص ٥

الفعالية لكشف الانحرافات أو الاختلافات بينهما، وهذا يساعد الإدارة على القيام بمهمة الرقابة.

عرفتها جمعية المحاسبين القانونيين في نيويورك CPAS على أنها " إيرادات تقديرية مستقبلية " (١)

ويمكن تعريفها بأنها " الوثيقة التي تتضمن تقديرات السلطة التنفيذية لأعباء وموارد الدولة، عن فترة زمنية قادمة، تقدر بعام واحد ويكون مصدقا عليها من السلطة التشريعية، وتعكس بطبيعتها، اختيارات الحكومة السياسية والاقتصادية والاجتماعية(٢)"

وقد عرف القانون ٥٣ لسنة ١٩٧٣ الموازنة المصرية بأنها " البرنامج المالي للخطة لتحقيق أهداف خطة التنمية الاقتصادية، وبما يتماشى مع السياسة العامة للدولة". إذا يمكن القول بأن الميزانية كشف بالإيرادات العامة والنفقات العامة المقدره على أسس علمية لسنة قادمة وتكمن

أهميتها في انها أداة تغيير وتطوير، وتشكل إطلالة على المستقبل، تتجسد فيها حاجات الدولة وأماني الناس، وعلى هذا الأساس ترتبط الموازنة العامة بالرؤية الاقتصادية والإنمائية الشاملة للدول.

وفي ضوء ما سبق سوف يتم تقسم المبحث على النحو التالي:

المطالب الأول : مفهوم ميزانية الأساس الصفري.

المطلب الثاني: تقييم ميزانية الأساس الصفري

1- New York State Society of Accounting Terminology Guide Public Relations Department, New York. of CPAs(2005)

2- د/ طارق محمود عبد السلام السالوس:المالية العامة، دراسة تطبيقية على دولة الإمارات، جامعة الجزيرة دبي ٢٠١٢ ص ٢٠٩

المطالب الأول

مفهوم ميزانية الأساس الصفري Zero-Base Budgeting

لفظ الصفرية لا يعني إنكار الجهود السابقة وعدم استمرارية البرامج والأنشطة وما يعكسه ذلك من آثار سلبية ، وإنما القصد أنها أداة لسد أوجه القصور الموجود في أساليب إعداد الموازنات وذلك بهدف الوصول إلي التوزيع الأمثل للموارد المتاحة خاصة في البلدان النامية التي تفتقر عادة إلى الموارد ومن ثم يستلزم إعداد الموازنة الصفرية، أن يتم بصورة تفصيلية، بحيث تلقي على عاتق الجهات الإدارية إعداد تقديراتها من البداية ، حسب احتياجاتها ، وبدون التأثير التام بالإنفاق والإتمادات السابقة، تبرير أي عمل أو نشاط يخطط لإنجازه من الصفر **Justify From Zero** بافتراض أن اعتماده في الموازنة السابقة كان صفراً، ومن ثم فإن هذا الأسلوب يمكن أن يحقق وفورات كبيرة في الإنفاق العام.

عرفها الرائد الأول لهذا النوع من الموازنة **Peter A. Pyhrr** "أنها أداة إدارية عملية لتقييم الإنفاق تهدف إلى إعادة توجيه ونقل المخصصات المالية من برامج ذات أفضلية متدنية إلى برامج ذات أولوية عالية وهذا يؤدي إلى تحسين الفاعلية والكفاءة وتقليل حجم المخصصات المالية المعتمدة وإنها باختصار أسلوب للتخطيط والموازنة. (1)

¹- يرجع اليبعد التاريخي لفكرة إعداد الموازنة الصفرية لعام 1924م **E Hilton young** حيث كان المسئول عن الموازنة العامة في المملكة المتحدة، وفي 1924م تم تجربتها في وزارة الزراعة الأمريكية ولكنها فشلت لتكلفتها المرتفعة، ولكن تم تطويرها 1968م بواسطة **peter pyhrr** كان يعمل مديراً للرقابة والبحوث بشركة **taxes** حيث قام بإعداد موازنة إدارته وفقاً لهذا الأسلوب وعام 1971م عمم على كل إدارات الشركة، فحقق نجاحاً، ويطبق في القطاع الحكومي في ولاية جورجيا عام 1984م انظر:

- "The Government Finance Officers Association " Zero-Base Budgeting" Research and Consulting Center 203 N. LaSalle Street, Suite 2700 Chicago, IL 60601 © 2011 P:6
- بهاء الدين أحمد العريني: إطار مقترح لتطبيق الأساس الصفري، رسالة ماجستير، كلية التجارة قسم المحاسبة والتمويل-الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين 2007م ص 29
- **pyhrr. Peter A., "The Zero-Base Approach to Government Budgeting". Public Administration Review. Washington. Jan/Feb. 1977. Vol. 37, pg1**

وهي تعد^(١)،تقدير المصروفات كل فترة مالية جديدة، يتم إعدادها في فترات منتظمة،بناء على قاعدة الصفر بحيث يتم تحديد تكلفة كافة أنشطة وخدمات الجهة وتحليل تكلفتها ثم تبنى الميزانية،ضمن السقف المحدد لها مسبقاً،بغض النظر عما إذا كانت أعلى أو أقل من الميزانية السابقة وتحدد تكلفة إجمالي الميزانية بشكل تصاعدي للأنشطة،ترتكز الميزانية الصفرية على التكلفة وأولويات الأنشطة وحسن استخدام الموارد المالية.

إذا بناء الميزانية لا يتعارض مع نظام التخطيط والبرمجة بل يعمل على تدعيمه فأعداد الميزانية على الأساس الصفري يبدأ بصياغة الأهداف ثم تقويم البرامج ثم اتخاذ القرار ثم إعداد الميزانية،إذا يتطلب إعداد الموازنة مشاركة جميع المديرين في جميع المستويات الإدارية بالمنشأة،وإغفال البرامج السابقة في بداية كل فترة، مالية حتى يتسنى مراجعة كل برنامج من الأساس" من الصفر "ووضع خطة جديدة للمخصصات دون أن يكون لأي برنامج أفضلية على البرامج الأخرى لسبب كونه تم اعتماده سابق^(٢)

إذا هي أسلوب متطور لعمل نظام الميزانية يتمثل في منطقه برفض افتراض جمود محددات اتخاذ قرارات تخصيص الموارد، و يعتمد إلي استمرار تقييم كل من البرامج الجديدة، وبعض البرامج القائمة،علي فترات وعند مستويات معينة من الإنفاق،وفقا لما يطرأ علي محددات اتخاذ قرارات تخصيص الموارد،وخطط التشغيل ومعايير الأداء من تغيرات بما يضمن استمرار الفاعلية في تخصيص الموارد، والكفاءة في استخدامها^(٣).

وفي ضوء ذلك سوف يتم تقسيم المطلب إلى الآتي:

الفرع الأول : أبعاد الميزانية الصفرية.

الفرع الثاني: خصائص الميزانية الصفرية .

١: اعداد الميزانية العامة للاتحاد -وزارة المالية الإمارات العربية المتحدة نوفمبر ٢٠١٥ ص١١

2- Richard E. Miller "zero-base Budgets". The Bureaucrat, (1977), vol . 5.pg 405

3-علي توفيق:المالية العامة،عصر ١٩٩٨ص١٩٧،١٩٦

الفرع الأول

أبعاد الميزانية الصفرية

كما أن للميزانية أبعاداً تقف وراء الأرقام، وعلى الرغم من اختلافات طرق إعداد الميزانية والرقابة عليها من دولة لأخرى إلا أن ما يجمعها الأبعاد الآتية^(١)

أ. البعد السياسي

ينعكس البعد السياسي للدولة في الإعداد والتشريع، حيث تختلف إجراءات اعتماد الميزانية في الدول الديمقراطية عنها في الدول الاستبدادية، ففي الأولي تقوم السلطة التشريعية بدور فعال في ذلك بينما تقوم بدور صوري في الأخيرة، الأمر الذي يمكن أن تتشكل معه الفلسفة السياسية للحكم من خلال موازنة الدولة^(٢)

ب. البعد الاقتصادي

الأهداف الاقتصادية الملقاة على عاتق الميزانية متعددة ومتغيرة من سنة لأخرى، ومنها ما هو طويل الأجل، ومنها ما هو قصير الأجل، كما أنها تساهم في تحقيق الفلسفة الاقتصادية للدولة مثال " الحد من التقلبات الاقتصادية، وحماية المنتج الوطني، وتوجيه الاستثمارات، وتشجيعها تجاه قطاع معين بواسطة المحفزات المالية التي تتضمنها

ج. البعد المالي

تعد الميزانية العامة هي البوصلة التي تهتدي بها الدولة على سلامة مركزها المالي واتجاهه سواء كان عجزاً أم فائضاً "من خلال أرقام النفقات العامة والإيرادات العامة"، كما أنها تساعد الأفراد على رسم الخطط المالية لما تتضمنه من مبالغ مستهدفة من الضرائب والرسوم^(٣)

^١ - أمين نمبر الصالح : "العلاقة بين مخاطر أسعار النفط وقرارات الموازنة العامة، رسالة ماجستير، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٨ ص٧

^٢ - د/ عادل احمد حشيش: اقتصاديات المالية العامة (اصول الفن المالي) مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية -حصر ١٩٨٢ م ص٣١٦

^٣ - يراجع هنا

- Muse grave, Rehand and Muse grave, Peggy, , Public Finance in Theory
- and Practice, McGraw-Hill, 5th ed., California University. 1989. P16

د. البعد الاجتماعي

يحتل البعد الاجتماعي أهمية كبرى عند إعداد الميزانية، حيث تعد الحقوق الاجتماعية محل اهتمام دولي، عن طريق الميزانية يتم تحويل الالتزامات القانونية، والسياسة الاجتماعية إلى واقع ملموس مثال " ما ينفق علي التعليم، والصحة، والإعانات، وإعادة توزيع الدخل لصالح الطبقات الفقيرة للحد من التفاوت الاجتماعي" وبالتالي يمكن معرفة السياسة الاجتماعية التي تؤمن بها الدول.

الفرع الثاني

خصائص الميزانية الصفرية^(١)

تتميز الميزانية بعدة خصائص تتمثل في الآتي:

- فحص كل الأنشطة على أساس البداية من الصفر، دون التأثير بالاعتمادات والإنفاقات السابقة.
- تحديد البرامج التي يجب تنفيذها والتي يجب استبعادها، مع تبرير كل البرامج المقترحة،
- اعتماد التخطيط كمرحلة أساسية في إعداد الموازنة.
- تحديد وبشكل سريع لأي قصور في فعالية التخطيط، أو عدم التنسيق الجيد للأنشطة المتشابكة لبعض الوحدات الإدارية، والتصحيح في الوقت المناسب.
- رفع الروح المعنوية للمشاركين في إعداد الموازنة لشعورهم بحاجة الآخرين لجهودهم.
- عدم وجود نماذج تخطيطية ثابتة، وذلك لأنها تخضع للتعديل باستمرار، مما يؤدي إلى أن يتخلص المديرين من مشكلة التجمد أمام النماذج الثابتة.
- يكون لدى الإدارة العليا مرونة كبيرة في إعادة تخصيص الموارد، لما تسمح به من تحويلات في الموازنة فيما بين الإدارات نتيجة وجود مجموعات القرار.

المطلب الثاني

تقييم موازنة الأساس الصفري

نظرا لحدثة عهد الموازنة الصفرية في التطبيق وحيث أنها مازالت في طور التجريب والمحاولة فإنه لا يمكن الحكم عليها وتقييمها بطريقة حاسمة، وبالرغم من أن الموازنة الصفرية حاولت علاج أوجه القصور في نظم الموازنة السابقة فقد أوضح التطبيق العملي بعض المشاكل ، و إيجابيات عديدة من أهمها وضع نهاية للبرامج الحكومية التي يثبت فشلها والتخلص منها ، كما أنها تلقي الضوء على جوانب التخفيض في موازنة الجهات المختلفة أو التوسعات في الموازنة الخاصة بها، كما أنها توفر معلومات مفيدة في مجال اتخاذ القرارات، وبالإضافة إلى ذلك فإنها تتيح الفرصة للمستويات الإدارية الدنيا للمشاركة بالإضافة إلى أنها تتطلب التخطيط السليم قبل إعداد الموازنة.

وفي ضوء ذلك سوف يتم تقسيم المطلب إلي الآتي

الفرع الأول: مميزات الميزانية الصفرية.

الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه تطبيق موازنة الأساس الصفري.

الفرع الأول

مميزات الميزانية الصفرية

١. تحسين إعداد الخطط والموازنات^(١)

حيث يتم فحص كل الأنشطة علي أساس البداية من الصفر، وبالتالي تحديد البرامج التي يجب تنفيذها والتي يتم استبعادها، دون التأثير بالاعتمادات السابقة والإنفاق، مما يؤدي إلي فاعلية تخصيص الموارد.

يتم اعتماد التخطيط كمرحلة أساسية في إعداد الموازنة ،ويمكن تحديد بشكل سريع لأي نقص في فاعلية التخطيط ،أو التنسيق بين الأنشطة المتشابهة في الوحدات

١- يراجع هنا:

• محمد الشناوي: تطوير موازنة الأساس الصفري لترشيد القرارات الإدارية في الصناعة بالتطبيق على قطاع الصناعات الدوائية في مصر، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، مصر ١٩٨٤ص١٦٠.

• Katugampola B. "Zero-Base Budgeting". Management Accounting – London. December 1977. Vol. 55, pg 492

المختلفة، وبالتالي التدخل في الوقت الملائم، مع عدم التقيد بنماذج تخطيطية ثابتة، لأنها تخضع للتعديل باستمرار، مما يؤدي أن يتخلص المديرين من مشكلة التجمد.

ب. استمرار الحصول على فوائد خلال سنة التشغيل

بعد الانتهاء من إعداد الموازنة وبدء تنفيذها، هناك العديد من الفوائد تتحقق نتيجة إعداد الموازنة على أساس الصفري خلال سنة التشغيل منها:

- يصبح لدى المديرين رغبة بالاستمرار في عملية التقييم التفصيلية لعملياتهم والكفاءة الإنتاجية، وفعالية التكاليف، وليس فقط خلال دورة الموازنة ولكن أيضا خلال التنفيذ، فبالرغم من أن مفهوم الأساس الصفري لا يتطلب هذه الاستمرارية في التقييم إلا إنه يصبح من المؤلف لدى المديرين إجراء دراسات وتحسينات خلال التنفيذ.
- عند إضافة عمل جديد غير متوقع في الموازنة التي تم الموافقة عليها، فإن مجموعات القرار ستساعد في تحديد تلك المصروفات الأخرى والتي يجب تخفيضها في هذا المجال.
- تقييم المديرين يتم خلال العام أولا بأول بالنظر إلى الأهداف والأداء والعوائد التي تم تحديدها من قبل مجموعات القرار وبالتالي في موازنتهم.
- قائمة مجموعات القرار الموافق عليها والتي تم ترتيبها حسب الأولويات، يمكن استخدامها خلال عام الموازنة، باعتبارها نقطة بداية لتبيين الأنشطة التي سوف تقلص، أو تلك التي سيتم توسيعها، إذا ما طرأ تغيير على مستوى حجم الإنفاق المسموح به.
- إمكانية التحديد وبشكل سريع لتلك النشاطات التي تتميز بضعف إدارتها، وتلك الإجراءات اللازمة لأغراض عمليات المتابعة، من خلال تنفيذ الموازنة الصفرية، وبذلك تتمكن الإدارة العليا من اتخاذ الإجراءات الضرورية المناسبة لتتغلب على هذه المشاكل

ت. فوائد متمثلة في تحسين كفاءة الإدارة والمديرين⁽¹⁾

- تعد عملية تعليمية يمكن أن تساعد في تطوير فريق الإدارة .
- ترفع الروح المعنوية للمشاركين في إعداد الموازنة للشعور بحاجة الآخرين لآرائهم خبراتهم مما يقود إلى درجة أعلى من التعاون الصادق.
- تساعد في تخفيض عبء العمل على المدير بعد السنة الأولى من استخدامها، عندما توجد آلية لمواجهة المشكلات وحلها.
- تحقق اللامركزية في إعداد الميزانية حيث تتدفق المعلومات الإدارية من المستوى الأدنى إلى الأعلى، مزودة الإدارة العليا بصورة عما يتم أو يمكن أن يتم على جميع المستويات مما يمكنها من تحقيق أفضل للأهداف.⁽²⁾

الفرع الثاني

الصعوبات و المعوقات التي تواجه تطبيق موازنة الأساس الصفري⁽³⁾:

1. إعداد الموازنة الصفرية يكلف وقت وجهد قد لا يستطيع معه الوحدات التوفيق بين الأهداف المستهدف تحقيقها خلال الموازنة ارتفاع تكاليف تطبيقها في بعض الأجهزة الحكومية، ولاسيما الصغيرة منها.
2. صعوبة التطبيق لأن أكثر المديرين المعنيين في العملية ليس لديهم التأهيل والمعرفة الكافية بالموازنة الصفرية وطريقة إعدادها .
3. صعوبة ترجمة الأهداف إلى مجموعات متوازنة يمكن تحليلها وقياسها.
4. ضعف أسلوب مراجعة وتقييم وترتيب المجموعات القرارية ويترك ذلك في أغلب الأحيان للحكم الشخصي وان التداخل بين هذه المجموعات يزيد من صعوبة عملية الترتيب.

¹ - السيد المتولي المرسي: التطوير المحاسبي للموازنة العامة قطاع الخدمات باستخدام مفهوم تحليل النظم" ،
المجلة

العربية للإدارة، عمان، ١٩٨٧ص٨٠.

Zero-Base Budgeting A Concept whose Time Has Come،² G. Chris Ha
P:4; October 2013

³ - د/جمال عادل الشرايري، د/ محمد ياسين الرحاطة: إمكانية تطبيق أسلوب الموازنة الصفرية في الوزارات
الأردنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 25 العدد الأول ٢٠٠٩ ص٥١٨

٥. عدم اهتمام هذه الموازنة بالأهداف الإستراتيجية أو طويلة الأجل حيث يلاحظ التركيز على الأهداف قصيرة الأجل إلى حد كبير.

٦. تحتاج إلى بيانات كثيرة قد يتعذر توفيرها من قبل الوحدات الحكومية لإعداد الموازنة مما قد تعطل عملية تحليل السياسة العامة. (١)

٧. سلوك العاملين تجاه تطبيق النظم الجديدة والذي يبدأ دائماً بمحاولة محاربة كل جديد وعدم قبوله بسهولة والتمسك بالنظم القائمة، وهذا يحتاج إلى جهد في تنمية الشعور لديهم بعدم الرضا عن النظم الحالية ، كما يتطلب التعريف بالنظام الجديد وبيان فوائده ، والتوعية والقيادة السليمة.

المبحث الثاني

خطوات إعداد وتنفيذ ميزانية الأساس الصفري

يلزم في البداية تحديد الجهة المختصة بإعداد الميزانية، ثم بيان الإجراءات التنفيذية لتحضير الميزانية،

ووبيان كيفية تنفيذ ميزانية الأساس الصفري في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبارها من الدول الرائدة في تنفيذ الموازنة الصفرية^(٢).

كافة الدول تقوم السلطة التنفيذية بإعداد الميزانية، بينما السلطة التشريعية تطالب السلطة التنفيذية باحترام الخطة الاقتصادية للدولة، فهي بذلك تقوم بالتوجيهات العامة ولا تتدخل في تفاصيل إعداد وتحضير الميزانية. ويبرر ذلك ما يلي

• فالسلطة التنفيذية أقدر من السلطة التشريعية في تقدير أوجه النفقات والإيرادات العامة، لأنها هي

المسئولة عن تسيير المرافق العامة فتقوم بإعداد و تحضير الميزانية وفقاً

للظروف الاقتصادية الملانمة

١-مادة (٥٣) مرسوم بقانون اتحادي رقم (٨) لسنة ٢٠١١ بشأن قواعد إعداد الميزانية العامة والحساب

الختامي-

2- د/طارق محمود عبد السلام السالوس: المالية العامة، دراسة تطبيقية على دولة الإمارات ، مرجع سابق

ص ٢٣٥

• الميزانية تمثل النشاط المالي للدولة، لذلك وجب أن يسودها الانسجام والتوافق، ولا يتحقق هذا إذا ترك

الأمر للسلطة التشريعية، البرلمان يقوم بإعداد ميزانية وفقا للمنتخبين فهي تخدم مصالحهم لا المصالح العامة.

تنتهي وزارة المالية من إعداد الميزانية، قبل بداية العام المالي بشهرين، بعد تدقيقها وإجراء التعديلات التي تراها ضرورية بالنظر إلى الوضع المالي للخزينة وتقديهما إلى مجلس الوزراء لاتخاذ ما يلزم لتشريعها. (1)

وتعد عملية التخطيط المسبق لأي إعداد والمبني على أسس علمية صحيحة، لابد أن يؤدي إلى نتائج سليمة وواقعية، وأكثر ما يلاحظ على إعداد الموازنات العامة في معظم دول العالم، وخاصة الدول النامية أنها تركز على أسس غير سليمة، وقد يعزو السبب إلى عدم اهتمام الحكومات بهذا الجانب وقصور الباحثين وعزوفهم على الاهتمام بذلك، مقارنة بالاهتمامات البحثية في المجالات الأخرى.

وتعتبر مرحلة إعداد التقديرات للفترة الزمنية القادمة من أهم المراحل التي تمر بها الموازنة لكونها تتضمن التعرف على الأهداف الرئيسية، والفرعية لكل وحدة حكومية، ضمن هيكل الدولة وفي ضوء الأهداف المقررة ضمن الخطة العامة لسياسة البلد.

وفي ضوء ما سبق يتم تقسيم هذا المبحث لآتي:

المطلب الأول: خطوات إعداد ميزانية الأساس الصفري.

1- إعداد الميزانية في دولة الإمارات العربية المتحدة

فصلت المواد (12 - 20) من القانون الاتحادي رقم 14/ 1973 والمادة 97 من المرسوم الاتحادي رقم 1977/97. والمادة 129 من الدستور قواعد إقرار الميزانية، وذلك كما يلي:

- تبحث وزارة المالية مع كل وزارة تقدير المصروفات والإيرادات الخاصة بها على حدة، وكذلك الهيئات ذات الميزانية المستقلة، وإذا أقرت وزارة المالية مصروفات جميع الوزارات أعدت مشروع الميزانية العامة من إيرادات ومصروفات، يعرض مشروع الميزانية العامة على وزير المالية للموافقة عليه، يعرض مشروع قانون الميزانية العامة من قبل وزارة المالية على مجلس الوزراء لإقراره، يحال مشروع قانون الميزانية السنوية من مجلس الوزراء إلى المجلس الوطني الاتحادي قبل بدء السنة المالية بشهرين على الأقل لمناقشته وإبداء ملاحظاته عليه، وذلك قبل رفع مشروع الميزانية إلى المجلس الأعلى للاتحاد مصحوبة بهذه الملاحظات لإقرارها.

المطلب الثاني: تنفيذ ميزانية الأساس الصفري في دولة الإمارات العربية.

المطلب الأول

خطوات إعداد ميزانية الأساس الصفري

يلعب جانب المشاركة بين كافة المستويات الإدارية دورا بارزا في إعداد ميزانية الأساس الصفري لأن تبادل المعلومات والمناقشات المتعمقة بين وزارة المالية والإدارات حول كيفية إنفاق المال، تأخذ الشكل الدائري الذي تتدفق به المعلومات من القمة إلى القاع، ثم من القاع إلى القمة، مما يؤدي إلى المزيد من التغييرات الإضافية في الميزانية، ويتضح ذلك من خلال استقراء خطوات إعداد الميزانية:⁽¹⁾

تحديد وحدات القرار (الأهداف)

تحديد وحدات القرار تتضمن تحديد الأهداف طويلة وقصيرة الأجل، وإعادة تشكيل الهيكل التنظيمي وفقا لبرامج تحقيق الأهداف، أو وفقا لهيكل مشروعات ومهام انجاز الأعمال

ويمكن تعريفها بأنها "تمثل أي نشاط يمكن للإدارة أن تغير مدخلاته كما تمثل الوحدة القرارية أدنى المستويات

التي تشملها الموازنة والتي يمكن أن توصف بأنها نشاط، برامج، عملية، وظيفة، مركز تكلفة، أو وحدة تنظيمية يتم تحديدها بأسلوب محدد حتى يمكن مقارنتها وتقييمها إداريا " (2)

عملية تحديد وحدات القرار تتطلب وجود قدر من المعلومات عن، الأهداف الرئيسية والفرعية لكل نشاط،

وكذلك بيان للموارد المتاحة والمشروعات والأنشطة، والبرامج القائمة والجديدة وذلك بالتعرف على حجم الأعباء الملقاة على القائمين على تأدية الأعمال، وكذلك التعرف

Ron Shelby "Zero-Base Budgeting for the 21st Century Public -1
Administrator "Fiscal Research Center Andrew Young School of Policy
Studies Georgia State University Atlanta, GA FRC Report No. 260 March
7;8-2013 P

2 - عبد الرحمن عليان: التكاليف والمحاسبة الإدارية، مصر ٢٠٠٥ ص ٣٥
١١٠٣

على نتائج الدراسة التحليلية للبدائل المتاحة واختيار أفضل البدائل وفق أسلوب التكلفة والعائد.

وعند تحديد وحدة القرار يجب أن يؤخذ في الاعتبار حجم القرار حيث يختلف حجم وحدة القرار باختلاف الأهمية النسبية للنشاط أو البرنامج أو مركز المسؤولية فقد يكون النشاط من الكبر بحيث يتطلب تجزئته إلى أنشطة فرعية يعتبر كل منها وحدة قرار وقد يكون صغيراً لا يحتاج الأمر إلى تصغيره ويعتبر بكامله وحدة قرار وتحديد الحجم الأمثل لوحدة القرار يتوقف على مقدار النفع الذي سيعود على الوحدة التنظيمية (1)

ويجب أن تشتمل وحدة القرار على العناصر الآتية (2)

- اسم وحدة القرار.
- أهداف وحدة القرار.
- بيان كيف تعمل وحدة القرار حالياً.
- بيان البرنامج الذي بواسطته يمكن تحقيق الأهداف.
- تحديد عبء العمل ومقاييس الأداء.
- تحديد وتقويم البدائل المتاحة وطرق العمل الحالية.
- تحديد وتقويم المستويات الإضافية للخدمة والتكاليف المرتبطة بها.

وفي ضوء ذلك سوف يتم تقسيم المطلب إلى الآتي:

الفرع الأول: تقويم البرامج.

الفرع الثاني: الطرق المستخدمة في عملية ترتيب حزم القرارات

1- بهاء الدين أحمد العرينى: إطار مقترح لتطبيق الأساس الصفري، مرجع سابق ص ٤٩
2- محمد أحمد البطراوى الموازنة العامة للدولة موازنة الأساس الصفري، مجلة الرأي، العدد 31 .
مصر ٢٠٠٢ ص ٥٨

الفرع الأول

تقويم البرامج

هي إعادة فحص وتقييم ودراسة كل البرامج والأنشطة، بحيث يؤخذ في الاعتبار كل الوسائل البديلة لأداء الأنشطة ومستويات الأداء والموارد اللازمة لذلك وعرفت بأنه "كتلة بناء عملية الموازنة بأساس الصفر، وهي توفر وصفا وتقييما لكل وحدة قرار لمراجعة الإدارة واتخاذ القرار وتصميم شكل حزمة القرار لتوفر تقييما"⁽¹⁾

و لكل وحدة قرار أن تحدد ما يلي:

- الغرض أو الهدف.
- وصف العمل ما الذي ينبغي علينا عمله وكيف سنقوم به.
- التكاليف والمنافع منها.
- قياس عبء العمل والأداء.
- الوسائل البديلة لتحقيق الأهداف
- المستويات المختلفة للجهد ما هي المنافع التي تحصل عليها بالنسبة لمختلف مستويات التمويل.

والأساس في وضع حزم مجموعات القرار يكمن في تحديد وتقييم البدائل لكل نشاط وفي هذا المجال هناك

نوعين من البدائل يجب أخذهما بعين الاعتبار:

1. الطرق البديلة لأداء النشاط: ويركز هذا التحليل على الطرق المختلفة لأداء النشاط ويتم اختيار البديل الأفضل، فمثلا قرار استخدام الحاسب الآلي في حسابات المنشأة له عدة بدائل أهمها، شراء حاسب آلي أو استئجار حاسب آلي، أو نظام مشاركة الوقت، يتم تقييم كل بديل واختيار الأفضل منها، ثم يلي إعداد مجموعة

¹ طارق حماد الموازنات التقديرية نظرة متكاملة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع،

مصر ٢٠٠٥ ص ٣٣٩.

قرار واحدة موضحا بها الطريقة الموصى بها والطرق البديلة مع شرح موجز لأسباب عدم اختيار أيها منها. (1)

ب. وضع مستويات متدرجة لجهود أداء العمل: ما أن يتم اختيار طريقة معينة لأداء العملية، أو النشاط من

بين الطرق البديلة المختلفة وتقييمها، فإنه ينبغي على المدير، أن يحدد المستويات البديلة للجهد والتمويل لأداء العملية أو النشاط وعلى المديرين وضع الحد الأدنى لمستوى الجهد الذي يجب أن يكون أدنى من المستوى الحالي للعملية وبعد ذلك يحددون مستويات إضافية أو زيادة حزم القرار المنفصلة، والمستويات الزائدة فوق الحد الأدنى قد ترفع العملية إلى أعلى من مستواه الحالي والمضاعفات عديدة للمستوى الحالي للجهد، وكل مدير يجب أن يعرض بدائل عديدة على الإدارة العليا لاتخاذ القرار منها

الاستبعاد : استبعاد العملية إذا لم تعتمد على أي حزم قرار .

تخفيض المستوى : تخفيض مستوى التمويل إذا ما وافق فقط على حزمة قرار المستوى الأدنى.

المستوى الحالي : الحفاظ على نفس المستوى من الجهد إذا كان المستوى الأدنى والمستوي الأعلى قداعتمد

مستويات متزايدة : زيادة مستويات التمويل والأداء إذا وافق على واحد أو أكثر من الزيادة فوق المستوى الحالي .

ويلاحظ أن عملية تحديد وتقييم المستوى الأدنى من الجهد، هو الوجه الأكثر صعوبة في تحليل الأساس الصفري، حيث لا يوجد رقم سحري يصلح لجميع العمليات، فتحديد رقم معين لا يكون له معنى بالنسبة لكل العمليات وعلى هذا يجب تحديد المستوى

From traditional budget planning to zero-" Dr Fong Chun Cheong, Steve,¹
School of Business, Macao Polytechnic Institute "based budgeting

الأدنى للجهد بمعرفة كل مدير حسب عملياته ويجب أن يكون الحد الأدنى أقل من مستوى الجهد الحالي .

مراجعة حزم القرارات وترتيبها تفاضلياً^(١)

بعد الانتهاء من عملية إنشاء حزم مجموعات القرار يتم ترتيب هذه المجموعات حسب الأهمية النسبية لكل منها، على ضوء المنافع الممكن تحقيقها من المجموعة وتكاليف تنفيذها، وتحاول عملية الترتيب أن تقدم للإدارة تقنية لتخصيص مواردها المحدودة بالإجابة على التساؤلات التالية

١- ما هي الأهداف التي يجب علينا محاولة تحقيقها ؟

٢- كم يجب علينا إنفاقه في هذه المحاولة ؟

٣- أين يجب أن يتم هذا الإنفاق ؟

وتستطيع الإدارة الإجابة على هذه الأسئلة عن طريق إعداد قائمة بكل مجموعات القرار وترتيبها على أساس

تنازلي، أي انخفاض أهميتها ومنفعتها، ويمكن للمديرين بعد ذلك تحديد المنافع التي يمكن الحصول عليها في

ظل كل مستوى من مستويات القرار التي تحت هذا المستوى .و ترتيب حزم القرار حسب أهميتها النسبية بين حزم القرارات الأخرى يطلق عليها عملية الترتيب التفاضلي لحزم القرار.

الفرع الثاني

الطرق المستخدمة في عملية ترتيب حزم القرارات^(٢)

من أهم المعايير المستخدمة المستخدمة في عملية ترتيب حزم القرارات:

١ - منار خولاني: الموازنة الصفرية وإمكانية تطبيقها في الوحدات الإدارية المحلية في سورية ، حالة تطبيقية محافظة ريف دمشق، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، سورية ٢٠٠١ ص ٦٠

٢- يراجع هنا

• محمد أحمد البطراوي الموازنة العامة للدولة مرجع سابق ٥٩
• أحمد حسن ظاهر المحاسبة الإدارية: دار وائل للنشر والتوزيع، ط١ عمان الإردن ٢٠٠٢ ص ١٨٢
• آدم، يوحنا ، والرزق، صالح : المحاسبة الإدارية: دار وائل للنشر والتوزيع، ط١، عمان الأردن ٢٠٠٦ ص ٢٢٣

أولاً: معدل العائد على الاستثمار:

طريقة تمكن المدراء في المؤسسة من تقييم أصولها من خلال ذلك المعدل تستطيع الإدارة توليد عائد مقبول من الاستثمار، حيث العائد علي الاستثمار = الربح التشغيلي / أصول المؤسسة

ثانياً: صافي القيمة الحالية.

القيمة الحالية لإيرادات المؤسسة مطروحاً منها القيمة الحالية للإنفاق الاستثماري ثالثاً: طريقة المعايير المتعددة:

وفقاً لهذه الطريقة يتم الاعتماد على أكثر من معيار لعملية الترتيب مثل: المهارات الفنية المتاحة، وصافي

العوائد المتوقعة، ودرجة المخاطرة النابعة من عدم اختيار بديل معين، وتستخدم هذه المعايير متجمعة لتقويم كل مجموعة ثم تأتي بعد ذلك عملية الترتيب.

رابعاً: طريقة الاقتراع:

وتقوم هذه الطريقة على أن يقوم كل عضو بإعطاء رأيه في تركيب مجموعات القرارات، ثم بعد ذلك يتم ترتيب المجموعات وفقاً لنتيجة الاقتراع.

وبالتالي فهذا الأسلوب يهدف إلى التعرف على مجموعات القرار التي تحقق أكبر عائد للمنشأة والمجموعات

الأخرى التي تحقق أقل عائد، وذلك باستخدام أسلوب تحليل التكلفة والعائد أو العائد أو أي أسلوب علمي آخر

يفيد في عملية الدراسة التحليلية لمجموعات القرار بهدف ترتيبها تفضلياً وفق أولوياتها.

يجب أن تتم الأولوية المبدئية في المستوى التنظيمي حيث تم إعداد مجموعة القرار، بحيث يستطيع كل

مدير تقييم أهمية أنشطته ويضع أولويات مجموعات قراراته وفقاً لذلك، ثم يقوم المدير في المستوى الأعلى في السلم الإداري بفحص هذه الأولويات، ويستخدمها كمرشد لإعداد أولويات مجمعة موحدة لكل مجموعات القرار المقدمة له من

المستويات الأدنى، وتتم العملية السابقة نفسها إلى أن تصل إلى الإدارة العليا، والتي تقوم بترتيب كافة المجموعات القرارية للتنظيم بالكامل مرة أخرى فتتوفر لها الرؤية الشاملة للمشروع بالكامل.

بعد إعداد جداول الموازنة التفصيلية يجري تصعيدها إلى مستوى الإدارة العليا حيث يتم تجميع جداول الموازنة من كافة الوحدات القرارية، ويتم إعداد الموازنة في شكلها النهائي لتبدأ بعد ذلك مرحلة التنفيذ^(١)، وقبل ذلك إما أن تقبل جميع الحزم وذلك لوجود موارد تكفي أو تكون الموارد لا تكفي وعلى ذلك الأمر يستلزم ما يلي :

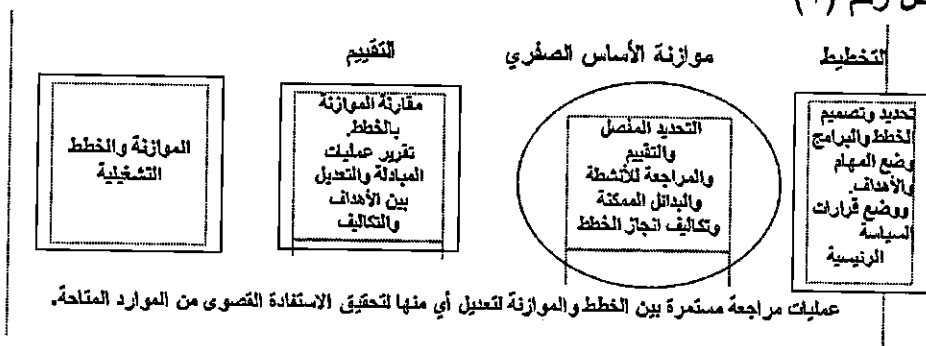
١. إعادة الترتيب إذا ثبت أن الفروض غير دقيقة.

٢. قبول مجموعات قرارات إضافية.

٣. إعادة تقييم مجموعات قرارات تحت التنفيذ للتخلص منها أو إكمالها.

ويمكن عرض عمليات التخطيط والموازنة لأسلوب Z.B.B بالشكل التالي

شكل رقم (١)



المصدر: د/ حسن عبد الكريم سلوم، د/محمد خالد المهدي: الموازنة العامة للدولة بين الإعداد والتنفيذ والرقابة دراسة ميدانية للموازنة

العراقية، مجلة الإدارة والاقتصاد العدد الرابع والسبعون الجمهورية العراقية ٢٠٠٧ ص ١١٨، ١٢٠

المطلب الثاني

تنفيذ ميزانية الأساس الصفري في دولة الإمارات العربية

أن تطبيق الميزانية الصفرية يقلل من المصاريف الزائدة ويحد من هدر المال العام، ويساهم في الحد من التجاوزات والمخالفات المالية التي تحدث في بعض الوزارات

^١ - د/ محمد حجازي: المحاسبة الإدارية: الأساسيات، المعلومات، التخطيط، اتخاذ القرارات، الرقابة، مطبعة نهضة مصر، مصر ١٩٩٨ ص ٣٥٣.

والجهات الحكومية كما تترجم استراتيجية وخطة دولة الإمارات العربية المتحدة الطموحة الرامية إلى التطوير والتحديث على مختلف الأصعدة وتقديم الجودة في نوع الخدمة المقدمة وفي وقتها المحدد.

وتعد الميزانية الصفرية عبارة عن مشروع تفصيلي للبرامج والأنشطة المدرجة في خطط الوزارات والجهات الحكومية يتم من خلاله تحديد نوع الخدمة وتكلفتها ومصاريفها التشغيلية ومخرجاتها والهدف الذي سيتحقق عند تطبيقها بما يخدم المجتمع بصورة دقيقة ومدروسة متجاوزين بذلك الإشكالية التي تعاني منها الوزارات الخاصة يتجاوز المصاريف التشغيلية لخدمة معينة أكثر من ٨٠% من الميزانية المخصصة لها. وأوضح ممثلو وزارة المالية

أنه قبل تعميم تطبيق "الميزانية الصفرية"، تمت تجربتها العام الماضي على ثلاث جهات شملت وزارتي المالية والصحة وجامعة الإمارات كمؤسسة حكومية تعليمية، وبعد صدور دراسة الجدوى تم رفع نتائجها لرئاسة مجلس الوزراء، وصدر قرار بتعميم التجربة وتطبيقها. (١)

وأضاف ممثلو "المالية" أنه قبل تعميم القرار، قامت الوزارة بعدة إجراءات ومراجعة وتقويم المشروع وتقديم التصورات والإيرادات المتوقعة عند تطبيقها سواء على مستوى الخدمات المقدمة أو الاستثمارات الحكومية ومدى استقرار دعم الحكومات المحلية للخطط خلال السنوات السابقة، وتبين أن غالبية الموازنات المحددة تغطي الخطط المقررة دون وجود فائض في الميزانيات، كما ثبت من خلال اطلاعها أيضاً على الممارسات الدولية في هذا الشأن أنه لا بد من إعادة آلية البرامج والمصروفات التشغيلية لتجاوز أية ضعف في تنفيذ البرامج الحكومية.

واعتبروا أن تطبيق الميزانية الصفرية يعد تحول في مفهوم تطبيق تكلفة الخدمة وأنه لأول مرة يتم تحديد الميزانية من خلال الموظف ومن خلال الأولويات سيتم تنفيذ

¹ - تصريحات ممثلي وزارة المالية بدولة الإمارات العربية المتحدة خلال اجتماع (مالية المجلس الوطني) جريدة الاتحاد يوم الثلاثاء ١٣ ابريل ٢٠١٠

أهم الخدمات وإعادة هيكلة الإدارات لتوزيع الموظفين كل حسب اختصاصه وحاجة الإدارات للعدد الصحيح من الكادر الوظيفي.

وأشاروا إلى أنه سيتم تخصيص الميزانية بصورتها السنوية المعهودة، إلا أن البرامج والخطط للميزانية الصفرية لا بد أن تكون لمدة ثلاث سنوات، تعمل من خلالها الجهات المعنية بتحديد مصروفاتها وبرامجها وحاجاتها للسنوات المحددة. (1)

وفي ضوء ذلك سوف يتم تقسيم المطلب للآتي:

- الفرع الأول: مبررات تحول دولة الإمارات للميزانية الصفرية .
- الفرع الثاني: مراحل تطبيق الميزانية الصفرية في دولة الإمارات.

الفرع الأول

مبررات تحول دولة الإمارات للميزانية الصفرية

1. موثمة الميزانية العامة للاتحاد مع الخطة الإستراتيجية للحكومة الاتحادية من خلال تقديم ميزانية لثلاث سنوات وربطها بالخطة الإستراتيجية للحكومة الاتحادية
2. تعزيز مبدأ الشفافية في إعداد الميزانية العامة للاتحاد من خلال تطبيق معايير الميزانية الصفرية وتسهيل إجراء المقارنات المالية بين هياكل البرامج ومعايير الأداء خلال سنوات خطة الميزانية.
3. تيسير عملية إعداد الميزانية وجعلها أكثر قدرة و سهولة من خلال تطبيق نظام آلي متطور لإعداد الميزانية وإعداد أدلة الإجراءات والاستخدام وفقاً لأفضل الممارسات العالمية برنامج "أوراكل" والذي يعمل على إعداد الميزانية إلكترونياً والابتعاد عن النمطية الورقية في إعداد الميزانيات..

1- حيث تم إعداد دراسة علمية تحليلية لأفضل الممارسات العالمية في مجال الأنظمة المطبقة في إعداد وإدارة الميزانيات العامة والمفاضلة بينها من حيث الإيجابيات والسلبيات المتوقعة واختيار أفضلها لإعداد الميزانية العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة وصدر قرار مجلس الوزراء رقم (1 / 181) لسنة 2008 متضمناً الموافقة على إعداد خطة ميزانية متوسطة المدى وفقاً لمبادئ الميزانية الصفرية ووزارة المالية الإمارات العربية المتحدة، www.mof.gov.ae

٤. إعداد دراسة لتنبؤات الإيرادات المتوقعة للحكومة الاتحادية لفترة ثلاث سنوات لوضوح الرؤية لمتخذي القرار لإمكانية إعداد خطة الميزانية على أسس علمية سليمة وبما يؤدي لتوازن الميزانية العامة خلال سنوات الخطة.
٥. الاستغلال الأمثل للموارد المالية الحالية بما يحفظ أفضل النتائج للمجتمع و تطبيق أفضل الممارسات العالمية.
٦. تحقيق الشراكة مع الجهات الحكومية المعنية لتنفيذ الأهداف الإستراتيجية والتشغيلية.

الفرع الثاني

مراحل تطبيق الميزانية الصفرية في دولة الإمارات

أولاً: تحديد التكلفة بشكل صحيح في هيكل البرامج:

ترتكز المرحلة الأولى لإعداد الميزانية الصفرية على توزيع دقيق للتكاليف على هيكل البرامج، يمكن احتساب التكلفة من الميزانيات السابقة عبر عناصر التكلفة أو تجميع التكاليف بشكل تصاعدي ويجري التدقيق في كل عنصر من عناصر التكلفة لمعرفة مدى إسهامه في تحقيق الأهداف الاستراتيجية التي حُدَّت للجهات الحكومية. يجب توقُّع تخصيص التكلفة لكامل دورة الميزانية متوسطة المدى ثلاثية السنوات

ثانياً: مناقشة تحديد التكلفة بالمقارنة:

حيث يتم مناقشة التكلفة بمقارنتها بالمعايير القياسية الداخلية والخارجية ذات الصلة وبتحليل أخرى للتكلفة في الجهات الحكومية.

ثالثاً: تحديد الأولويات ضمن هيكل البرامج:

بناء على هذه التحاليل يمكن ترتيب وتحديد البرامج والأنشطة حسب درجة إسهامها في تحقيق الأهداف

الاستراتيجية ويمكن تحديد أولوية البرامج والأنشطة حسب درجة استهلاكها لموارد الجهات الاتحادية ومن ثم يؤخذ القرار بتنفيذ أو عدم تنفيذ بعضها في دورة الميزانية وبالتالي يصبح التمويل متوافقاً مع الأولويات وتحسن كفاءة الصرف.

وتصدر وزارة المالية تقارير ربع سنوية عن الأداء المالي لتنفيذ الميزانية العامة، وملخصات الحساب الختامي في تقارير سنوية مفصلة للمصروفات والإيرادات، ومجموعة ملفات تضم المراسيم والقوانين والتعاميم المالية والأدلة الخاصة بقواعد إعداد الميزانية والحساب الختامي وإقال الميزانيات وكل ما من شأنه التأكيد من توفير أدوات إدارة الموارد المالية للحكومة الاتحادية بكفاءة بما يضمن شفافية المعلومات وسلامة النظام المالي وفقاً لأفضل الممارسات.

لاتخل اللامركزية الإدارية ومنح الصلاحيات للجهات الاتحادية، بمسئوليتها عن تطبيق الإجراءات والتعليمات المالية والمحاسبية للحفاظ على المال العام لديها والتصرف فيه، ولا بالمسئولية القانونية للموظفين المكلفين بالمهام الحاسبية والمالية، في حالة مخالفتهم لأحكام القانون، وتساءل كل بند من بنود الميزانية كما لو كانت جديدة قبل أن يتم تخصيص أي موارد مالية لذلك. ويبرر كل خطة من حيث التكلفة الإجمالية المعنية ومجموع الفوائد.

يتم التعامل مع مهام العمل الجديدة والتقديم على حد سواء. والتعرف بشكل صحيح على كل النشاط الإداري ومن ثم تقييمها من خلال تحليل مستويات بديلة لعملية لنفس النشاط. تصنف هذه البدائل وتحديد الأولويات النسبية لتحقيق الفعالية والكفاءة.

المبحث الثالث

أنواع الموازنات ومقارنتها بالموازنة الصفرية

أنواع الموازنات تقسم الموازنات إلى العديد من الأنواع، وذلك حسب الزاوية التي ينظر من خلالها إلى

الموازنة، وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: من حيث الفترة الزمنية التي تغطيها الموازنة

أ - الموازنات قصيرة الأجل Short Term budget :

والتي عادة ما تغطي فترة محاسبية واحدة أي أنها تختص بتغطية نشاط الوحدة المحاسبية لفترة محاسبية عادة سنة مقبلة، ويكون الهدف منها أساساً رسم برنامج العمل والرقابة على كفاية تنفيذه، أي أنها أداة تخطيطية ورقابية معاً، كما يتم تقسيم

الموازنة قصيرة الأجل عادة على مدار الفترة الزمنية التي تغطيها، فالموازنة السنوية مثلاً يتم تقسيمها إلى (موازنات سنوية، أو شهرية، أو حتى أسبوعية إذا اقتضت الضرورة)

ب - الموازنات طويلة الأجل *Long - term budget* :

والتي تغطي فترات تزيد عن فترة محاسبية واحدة، أي تغطي عدة سنوات قد تصل إلى عشر سنوات، ويطلق على الموازنة طويلة الأجل بموازنة المشروعات الرأسمالية، ويمكن أن تكون هناك موازنات متوسطة الأجل تتراوح فترتها ما بين ثلاث إلى خمس سنوات.

ثانياً: من حيث أسلوب الأعداد

مرت الموازنة العامة بالعديد من المراحل أدي أي ظهور أنواع الموازنات التالية:

- موازنة البنود
- موازنة البرامج والأداء.
- موازنة التخطيط والبرمجة.

وفي ضوء ما سبق سوف يتم تقسيم المبحث إلى الآتي :

المطلب الأول : موازنة البنود .

المطلب الثاني: موازنة البرامج والأداء .

المطلب الثالث: موازنة التخطيط والبرمجة .

المطلب الأول

موازنة البنود Traditional Budget^(١)

تعتبر موازنة البنود أو الموازنة التقليدية من أقدم أنواع الموازنات التي تم استخدامها وما زال استخدامها جارياً حتى الآن، لما تتصف به من يسر وبساطة في إعدادها وعرضها وتنفيذها والرقابة عليها وتبني موازنة البنود على التئويب النوعي للنفقات، حيث يجري تصنيف المبالغ التي تخصص لكل وحدة اقتصادية، وذلك حسب

^١-د/جسن عبد الكريم سلوم، محمد خالد المهاني، الموازنة العامة للدولة بين الإعداد، والتنفيذ، والرقابة، مجلة الإدارة والاقتصاد، العراق العدد الرابع والستون ٢٠٠٧ ص ١٠٥

الغرض من النفقة التي تسمى مواد الإنفاق أو بنود الإنفاق، مثل تقديرات الرواتب والأجور وتقديرات النفقات

الجارية والتحويلات الجارية، كما تقدر النفقات من خلال تقدير احتياجات كل وحدة اقتصادية من الموظفين والمهمات والخدمات عن السنة القادمة، مع الالتزام بتبويب الموازنة حسب أنواع النفقات وطبقا للهيكل التنظيمي، وهي تفصيل رقمي للبنود اللازمة لتشغيل الوحدة الاقتصادية، ويركز هذا الأسلوب على التبويب الإداري والنوعي، من أجل التسهيل والمساعدة في إجراءات الرقابة قبل عملية الصرف، وبعده للتأكد من عدم تجاوز المخصصات المرصودة للبند.

المميزات

ويتميز أسلوب موازنة البنود بما يلي

1-يسهل عملية تبويب النفقات إلى جارية ورأسمالية لكل وحدة من وحدات

المشروع.

2-لا يوجد قيود أو قواعد يمكن على أساسها تبويب الموازنة، مما يعني سهولة

الإعداد.

3-سهولة الإعداد وبساطة تبويب النفقات وفهمها ومقارنتها.

4-موازنة البنود تساعد في استخدام مفهوم محاسبة المسؤولية، وأن بياناتها صالحة

للمقارنة ويمكن تجميعها لعدة سنوات متتالية لغرض تسهيل معرفة اتجاه الإنفاق والتحصي.

5-تجعل الخلافات سهلة الحل، وخصوصا إذا كان لب المشكلة هو زيادة أو نقصان

بعض الاعتمادات، وليس خلافا على سياسات وبرامج.

العيوب

على الرغم من هذه المميزات، فإن لهذا الأسلوب مجموعة من نقاط الضعف منها

١. عدم دقة التقديرات، حيث يتم تقدير النفقات بشكل جزافي دون الاعتماد على

أسس علمية في وضع التقديرات، أن هذا النوع من الموازنات يشجع

المسئولين على الإنفاق ، وذلك أن تقييم الأداء يميل إلى التركيز على حجم الإنفاق

٢. إن التشدد في الرقابة أدى إلى زعزعة الثقة بين الرئيس والمرؤوس والالتزام الحرفي بالقواعد والتعليمات، خوفا من الوقوع بالخطأ، والحصول على العقاب مما قلل من روح المبادرة والإبداع في العمل.

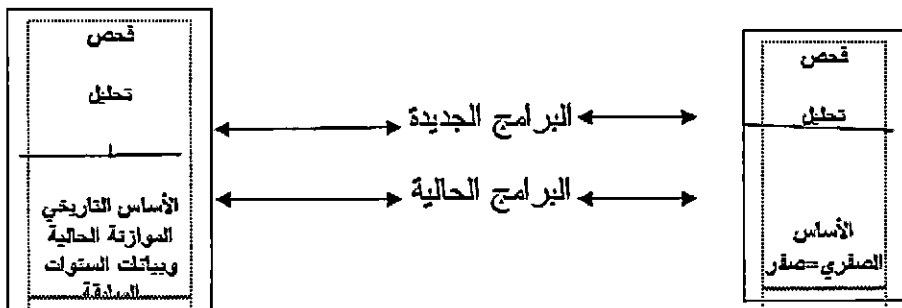
٣. يفتقر هذا النوع من الموازنات إلى وسائل المتابعة لمعرفة ما تم تنفيذه من أعمال ومشروعات، ما هي تكاليفه، ومدى تحقيق التنفيذ للنتائج المستهدفة.

٤. إهمالها لمفهوم التخطيط العلمي، حيث يتم إعدادها بناءً على مستويات وأنماط الإنفاق الجاري، وهذا يؤدي إلى تكرار النشاطات السابقة سواء كانت مناسبة أم لا، الأمر الذي يؤدي إلى الفشل في تحديد الأهداف.

العلاقة بين الموازنة الصفرية والتقليدية:

يتبين من الفحص والتحليل ان المفهومين يختلفان جذريا فيتم اعتماد البرامج القائمة عند إتباع مفهوم الموازنة التقليدية بصورة آلية ولكنها تفحص وتحلل تحت مفهوم الموازنة وبيانات السنوات السابقة، أما ميزانية الأساس الصفري تقوم من نقطة بداية الصفر شأنها وفي ذلك شأن البرامج المقترحة لأول مرة.

جدول رقم (١)



المصدر : د/ محمد حجازي لمحاسبة الإدارة: الأساليب، المعلومات، التخطيط، اتخاذ القرارات، شرقايق، مطبعة نخبة مصر ١٩٨٠ ص ٣٣٩

المطلب الثاني

موازنة البرامج والأداء Performance Programming Budget

وقد عرفت لجنة التنمية الاقتصادية في الولايات المتحدة بأنها "مجموعة الأساليب التي تمكن مديري البرامج من التركيز على تنفيذ الأهداف التي تقع ضمن مسؤولياتهم بصورة دقيقة، ومقارنة تنفيذ هذه الأهداف حسب الوقت، المبالغ، ساعات العمل والمواد. (1)

أسباب التحول من نظام موازنة البنود إلى موازنة البرامج والأداء:

وهذا النوع من الموازنات تطور حيث اهتم بنتائج وليس بوسائل التنفيذ، حيث إن الأمر استدعى تقسيم جانب النفقات في الموازنة، بطريقة توضح ما أنجزته الوحدات الاقتصادية من أهداف وأعمال، حيث اعتبر هذا النوع من الموازنات مرحلة متطورة في مفهوم الموازنات من خلال مساهمتها في إيجاد أساليب ووسائل لقياس كفاءة الوحدات الاقتصادية، في ظل موازنة البنود يتم التركيز على الإعتمادات، فتدرج الإعتمادات في الموازنة العامة ويتم التأكد من الصرف تم في حدود الإعتمادات المدرجة وفي الاغرض المخصصة لها وأن اجراءات الصرف كانت سليمة وتمت في ظل اللوائح والقوانين السارية ؛ إلا أن الرأي يتجه حديثا الى التركيز بجانب ذلك على المقابل الذي يعود من هذا الإنفاق فإذا كان الإنفاق لأداء عمل ما أو خدمة ما فإن المطلوب بجانب سلامة الصرف أن يسقط الضوء على العمل الذي انجز أو

¹ترجع أول محاولة تطبيق موازنة البرامج والأداء إلى سنة 1906 ، عندما قام مكتب أبحاث بلديات نيويورك بإعداد دراسة عن موازنة الأداء على أساس النشاطات، ثم شكلت لجنة عام 1912 ، حيث أشار تقرير هذه اللجنة إلى أهمية تبويب الموازنة العامة وفقاً لهدف النشاط، إلا أن الفكرة لم تجد قبولا في ذلك الوقت، ولم تنفذ جدياً إلا في سنة 1934 ، عقب تشكيل، لجنة هوفر (Hoover) لدراسة النظام المالي والاقتصادي في الولايات المتحدة الأمريكية وأوصت اللجنة بضرورة إصلاح نظام الموازنة العامة وطرق تبويبها بحيث تتلائم مع الاتجاهات الإدارية الحديثة، وأن تبني الموازنات الحكومية على أساس الوظائف والأنشطة والبرامج والمشاريع، وأن الفكرة الأساسية لموازنة البرامج والأداء تستند على التحول بتعديل نظام النفقات الواجب الالتزام بها على أساس بين التكلفة الوظيفية والنشاط والمشروع، إلى قياس أداء النشاط والتعرف على برامج العمل المطلوب إنجازه، كما تتطلب تحويل كل تقديرات الموازنة إلى برنامج عمل واجب إنجاز.

Axelord, Donald. "Budgeting for Modern Government" 2nd edition, .New - York, ST. Martin's Press, 1995

الخدمة التي انجزت هل كمية العمل الذي أوديت توازي الإنفاق الذي تم، أم كان من الممكن أن يؤدي أعمال أكثر بنفقات أقل.

وتوفر موازنة البرامج والأداء معلومات لا يمكن الحصول عليها من خلال طرق الموازنة التقليدية، مما يساعد ويهيئ قاعدة أفضل لاتخاذ القرارات، ومن أهم أسباب التحول من نظام موازنة البنود إلى موازنة البرامج والأداء الأسباب التالية:

1- إدخال أساليب الإدارة المالية الحديثة.

2- استخدام نظم وأجهزة الرقابة المالية المركزية والأجهزة المتطورة في مجال الإدارة المالية.

3- الاهتمام بالتكلفة الكلية لانجاز الأعمال بدلا من التركيز على وسائل الانجاز، حيث انصب الاهتمام من التركيز على بنود الإنفاق إلى التركيز على إدارة البرامج والمشاريع.

4- تطبيق النظم المحاسبية التي تحقق فعالية الرقابة الداخلية والاتساق بين النظام المحاسبي ونظام الموازنة.

مميزات موازنة البرامج والأداء:

1- توسيع صلاحيات المديرين في مجال التخطيط والرقابة، والمساهمة في تطبيق مبدأ المساءلة والمسؤولية.

2- إمكانية تقسيم العمليات إلى وظائف، والوظائف إلى برامج، ومن ثم تقسيم كل برنامج إلى مجموعة من أنشطة لتحقيق أهداف البرنامج.

3- إمكانية تصميم خطة لكل برنامج على مدى عدة فترات زمنية، وتنسيق هذه البرامج لمنع الازدواجية.

4- تساعد على مقارنة نتائج تنفيذ الموازنة بتقديراتها من خلال الرقابة المالية والرقابة على الأداء.

5- المرونة في توزيع الاعتمادات على المهام والنشاطات وفقاً لأهميتها النسبية، بما يؤدي إلى الاستخدام الأمثل للموارد.

6- تسهل توزيع الإمكانيات المالية المتوفرة لدى الوحدة الاقتصادية، وتعزز بشكل أفضل صحة التقديرات عما هو مستخدم عند تطبيق الموازنة التقليدية موازنة البنود.

7- يمكن استخدام تلك الموازونات من خلال استخدام بياناتها لخدمة الخطط الاقتصادية والإصلاح الاقتصادي طويل الأجل.

8- الأسس المعتمدة في إعداد هذا الأسلوب تعمل على فرض رقابة إدارية لأغراض قياس الأداء، وبذلك فهي تساعد في اتخاذ القرارات المصححة، كما أن استخدام أسلوب موازنة البرامج والأداء مبني على الإدارة العلمية من حيث دراسة العمل ومحاسبة التكاليف ووضع التكاليف المعيارية للبرامج بحيث يمكن استخدامها لقياس كفاءة الأداء.

عيوب موازنة البرامج والأداء: (1)

1- صعوبة التطبيق، حيث يحتاج تطبيق مثل هذا الأسلوب إلى قواعد بيانات متكاملة عن أنشطة الوحدة الاقتصادية.

2- يحتاج تطبيق هذا الأسلوب إلى موظفين مؤهلين وعلى درجة عالية من الكفاءة والخبرة.

3- قد يتم قياس الأنشطة بالتفصيل، دون دراسة مدى مساهمتها في تحقيق أهداف الوحدات الاقتصادية ومدى أداء الأنشطة بطريقة مثلى.

4- يحتاج إعدادها تكاليف غير عادية نظرا لحاجتها إلى بيانات وخطط محاسبية، وإحصائية معقدة، واستعمال أجهزة فنية متطورة.

5- تثير عملية القلق وعدم الاستقرار لأن موازنة البرامج والأداء تتضمن دراسة مستمرة وإعادة تقييم للأعمال ووسائل تنفيذها.

أوجه الاختلاف بين موازنة البرامج و الأداء مقابل الموازنة الصفرية:

إجراءات إعداد موازنة الأداء في القطاع الحكومي تبدأ من المستوى التنفيذي، حيث يتولى الإداريون التنفيذيون تحديد برامج الخدمات التي تلتزم كل وحدة إدارية بتقدير

1- أحمد محمد العمري : صعوبات إعداد وتنفيذ موازنة البرامج و الأداء في الأردن، مجلة المنارة للبحوث والدراسات - مج ٨، ع ١ الأردن ٢٠٠٢ ص ١٣١

تكاليفها، وتمضي هذه التقديرات في طريقها صعوداً إلى إدارة الموازنة بالوزارة حيث تتخذ بيانات التكاليف أساساً لتخصيص الاعتمادات المالية المتاحة بين الوحدات إن أوجه الاختلاف بين الموازنة الصفرية وموازنة الأداء في إجراءات التخطيط، أما إجراءات الرقابة فواحدة في ظل الأداتين، ويرجع هذا الاختلاف في الإجراءات التخطيطية إلى أن الموازنات الصفرية لا تعدو أن تكون امتداداً وتطويراً لموازنة الأداء الشائعة الاستخدام في القطاع الحكومي^(١)

المطلب الثالث

موازنة التخطيط والبرمجة Planning Programming Budget^(٢)

يمكن القول بأن من أهم أسباب التحول من أسلوب موازنة الأداء إلى أسلوب موازنة التخطيط والبرمجة هو ما قدمته موازنة الأداء نفسها من أفكار للباحثين في مجالات الموازنة بحيث مهدت الطرق للأسلوب الجديد للاستشارات المالية. كذلك فإن الحاجة إلى معالجة دور الوحدات الإدارية الحكومية في تنفيذ الأهداف القومية التي يسعى المجتمع إلى تحقيقها هي التي دفعت إلى التفكير في هذا الأسلوب الجديد، بحيث لا تصبح كل وحدة حكومية لها أهدافها المنعزلة عن أهداف غيرها من الوحدات الأخرى.

وإذا علمنا أن الولايات المتحدة الأمريكية قد تحررت من المكارثية في منتصف الستينيات، وأنه أصبح من المقبول في تلك الحقبة استخدام لفظ التخطيطي بشكل صريح دون الاتهام بالماركسية، فإن ذلك قد أدى إلى التفكير في ضرورة وجود

^١ - د/أحمد رجب عبد العال، المدخل المعاصر في المحاسبة الإدارية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر ١٩٩٥ ص ٣٤٥.

^٢ - نشأت فكرة موازنة التخطيط والبرمجة أول ما نشأت في وزارة الدفاع الأمريكية في سنة 1961، واتسع مجال تطبيقها في (Rebort McNamara) عهد روبرت ماكنمار الوحدات الفيدرالية الأمريكية بموجب مرسوم صدر عن رئيس الحكومة في سنة 1965، وظهرت لعلاج القصور في موازنة البرامج والأداء والربط بين الموازنات الفرعية للوحدات الإدارية الحكومية وبين الأهداف القومية فضلاً عن اقتصار موازنة البرامج والأداء على الأجل القصير فقط، وعدم اختيار البرامج التي تدرج في الموازنة وفقاً للطريقة العلمية لاتخاذ القرارات التي تقضى باختيار أفضل البدائل، ويمثل هذا النظام في إعداد الموازنات الاتجاه الثالث من مراحل تطور الموازنة، وهو التركيز على التخطيط حيث إن الاهتمام في هذه المرحلة تحول إلى الجهات الإدارية العليا ومساعدتها في أدائها لوظيفة التخطيط واتخاذ القرارات المتعلقة بها. انظر:

د/حسن زكي يوسف: الموازنة التخطيطية العينية (المادية) ودورها في التخطيط والرقابة، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ج ٣، ع ٣ السعودية ١٩٨٣ ص ٧٥٨

خطة قومية تسعى الوحدات الحكومية إلى تحقيقها، وأن لكل وحدة منها نصيباً محدداً في هذه الخطة أسند المجتمع إليها تنفيذها بغض النظر عن الفلسفة الاقتصادية والسياسية التي تدين بها المجتمع.

ولعل الحاجة إلى رفع كفاءة نظام المعلومات المحاسبي على المستوى القومي كان دافعاً إلى التحول إلى الموازنة التخطيطية والبرمجة، حيث يتطلب إعداد تقديرات الموازنة اتخاذ قرارات على مستوى الوحدة، وهذه القرارات ذات تأثير على مستوى القومي، حيث تجرى المفاضلة بين البدائل المختلفة والممكنة لتنفيذ برنامج الوحدة في ضوء التحليل المحاسبي للتكلفة والعائد لكل بديل، بحيث تقرر الوحدة تطبيق البديل الذي يحقق يحقق الاستخدام الأمثل للمال العام، وهذا الاستخدام المثل سيؤدي إلى تقديم خدمات أكثر بنفس حجم الاعتماد، أو تقديم نفس الخدمات عند اعتماد أقل، وكلاهما له أثر على المجتمع بشكل مباشر.

وبالتالي يمكن أن تحقق موازنة التخطيط والبرمجة الأهداف الآتية:

- 1- إيجاد طرق جديدة لأداء الأعمال بطريقة أفضل وأسرع وبتكلفة أقل.
- 2- الحكم على الأمور بطريقة أفضل نتيجة الحصول على معلومات أدق والتعرف على الأمور التي يمكن تحسين أدائها.
- 3- إدخال هذا النظام من الموازنات، عملية القرارات حديثة مثلها مثل برامج اكتشاف الفضاء الأمريكي.

ويقوم نظام موازنة التخطيط والبرمجة على الجوانب التالية:

- 1- التخطيط: ويركز على عملية تحديد الأهداف.
- 2- البرمجة: وتتناول عملية تحديد الأساليب العلمية المختلفة لتحقيق أي هدف واختيار أفضل هذه الأساليب وأكثرها كفاءة.
- 3- الموازنة: وتتضمن الترجمة العملية لقرارات اختيار الأهداف والبرامج على شكل برنامج إنفاقي قابل للتنفيذ بحيث يكون إنفاق الأموال منسجماً مع تحقيق الأهداف التي تسعى لها الوحدات الاقتصادية.

وتعرف على أنها الموازنة التي تركز أساساً على التخطيط الشامل المتكامل، وتكاليف المهام أو لأنشطة، ومدخل موازنة البرامج يستوجب التحديد المسبق للتكلفة الكلية للمهمة المعينة بغض النظر عن الوحدات التنظيمية التي قد تستخدم لتنفيذ هذه البرامج ويهدف هذا الأسلوب إلى المساعدة على ترشيد القرارات فيما يتعلق بتخصيص الموارد، وموازنة التخطيط والبرمجة صممت بهدف توفير معيار رئيسي لتحديد وتقييم التكلفة وتوفير البيانات والمعلومات اللازمة

لتحليل السياسة المالية، وربطها بالسياسة الاقتصادية للوحدات الاقتصادية من خلال التخطيط لتحقيق الأهداف الإستراتيجية وترجمتها أو برمجتها إلى مراحل العمل اللازمة لذلك

وهذا النوع من الموازنات يركز على النقاط التالية:

1- الاعتبارات طويلة الأجل.

2- تحليل الأنظمة والتكلفة والعائد.

3- تطوير وعرض البيانات عن الآثار الكلية وبيان البدائل المتعلقة بقرارات تخصيص الموارد لتنفيذ البرامج والأنشطة المختلفة، وفق الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة.

مميزات موازنة التخطيط والبرمجة:

1- تركز موازنة التخطيط والبرمجة على الأهداف التي تحاول الوحدات الاقتصادية تحقيقها عن طريق البرامج والأنشطة التي تقوم بها.

2- لا تلتزم بقاعدة سنوية الموازنة، إذ أنها تلتزم أساساً بأهداف محددة يتم تحقيقها على مدى يزيد عن السنة.

3- تتدفق قرارات هذه الموازنة من أعلى إلى أسفل فهي تعد على أعلى المستويات في الوحدة الاقتصادية وتصبح الوحدات الإدارية الدنيا مجرد وحدات تنفيذية تقوم بتنفيذ الموازنة.

4- الشمولية من خلال توزيع مخصصات البرنامج الواحد بين الأقسام المختلفة ذات العلاقة.

5-تمكن من تحديد معيار مناسب لتقييم التكلفة.

6-تمكن من توفير البيانات والمعلومات المتعلقة بالمدخلات والمخرجات للبرامج ومدى ارتباطها لتحقيق الأهداف.

7-أدت إلى زيادة الاهتمام بالتحليل وضرورة الرجوع إلى التحليلات قبل اتخاذ القرارات.

مشاكل تطبيق موازنة التخطيط والبرمجة: (1)

1. أنه من الصعوبة بمكان تكوين قائمة لها دلالة شاملة لأهداف الوحدة الاقتصادية والتي يمكن الموافقة عليها من كافة الأطراف.
 2. قياس الأهداف في ذاته مشكلة صعبة، وقياس التكاليف والمنافع تعتبر مشاكل إضافية صعبة التحقيق، إذ تحتاج إلى استخدام أساليب غاية في التعقيد وكذلك تحتاج إلى دراسات إحصائية واقتصادية مثل طرق تحليل التكلفة والعائد.
 3. غياب البيانات الأساسية المتمثلة في القياس الكمي للأهداف والمجهودات ونتائج الأنشطة، والتعبير عنها بشكل بيانات مالية.
 4. تركز موازنة التخطيط والبرمجة على تحديد التكلفة وفقا للقرارات التي اتخذت في حين هنالك مجموعة من البدائل في الواقع العملي.
 5. تركز موازنة التخطيط والبرمجة على البرامج الجديدة وزيادتها، ولا تمكن من التقييم المستمر للبرامج المستمرة.
 6. بعض الحكومات والمجالس المنتخبة قد يفضلون عدم الارتباط بأهداف محددة ويقتصرون على صياغة الأهداف في شكل عبارات عامة.
 7. تطبيق موازنة التخطيط والبرمجة يحتاج إلى استخدام الحاسب الآلي بالإضافة إلى كوادر مؤهلة ذات قدرة تحليلية، وقد لا تكون متوفرة لدى الكثير من الوحدات الاقتصادية.
 8. تركز على النواحي الاقتصادية وتهمل الآثار الاجتماعية والسياسية للقرارات التخطيطية والمالية، وتنتهز نحو المركزية في اتخاذ القرارات.
- موازنة التخطيط والبرمجة لم تتوقف نهائيا في أمريكا فقد استمر تطبيقها في بعض الولايات المحلية الحكومية، كما أن الأفكار التي جاءت بها موازنة التخطيط

¹د/وجدي محمد حجازي راضي: المدخل الحديث في إعداد واستخدام الموازنات، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر. 2001ص60.

والبرمجة لم تختف نهائياً من الإدارات الحكومية، فتحسين وترشيد عملية اتخاذ القرارات الحكومية، وبناءهما على أساس مقاييس، وتحليلات عملية معينة، لا تزال قائمة في تلك الإدارات، وبالرغم من اختفاء اسم موازنة التخطيط والبرمجة من الإدارات الحكومية، فإن روح هذه الموازنة وأفكارها لا تزال موجودة لدى باحثي الموازنة في الإدارات الحكومية .

ثالثاً: وجه الاختلاف بين موازنة التخطيط والبرمجة مقابل الموازنة الصفرية:

نتيجة لأن أسلوب موازنة التخطيط والبرمجة قد واجه بعض الصعوبات عند التنفيذ نظراً لعدم اهتمامه بتحديد الأولويات بين البرامج الجديدة ولا يهتم بتقييم البرامج الحالية ، ظهر اتجاه حديث في إعداد الموازنة يركز على كيفية تحقيق الأهداف وتوفير وسائل تقييم أثار مستويات التمويل و يضمن الأخذ في الاعتبار جميع الأنشطة والبرامج المتوقعة و يسعى إلى تحقيق الأهداف المرسومة لكل مستوى إداري مع إيجاد الخطط البديلة لتنفيذ تلك الأهداف وتقديم المقترحات المختلفة بهدف ترشيد توزيع الموارد وترشيد الإنفاق العام بما يحقق أفضل النتائج

أن أوجه الاختلاف بين نظام الموازنة الصفرية ونظام التخطيط والبرمجة يتبين من خلال جدول الآتي:

جدول رقم (٢)

نظام الموازنة الصفرية	نظام التخطيط والبرامج والموازنة
تطلق من الصفر ويتدرج بمستويات إنفاق أعلى	ينحدر من أعلى إلى أسفل
يقوم المديرون التنفيذيون بإعداد الموازنة ولهذا فالنظام يركز على إشراف عدد كبير من المديرين على مختلف المستويات.	المديرون في المستويات العليا هم المخططون لعملية الإعداد والاعتماد يكون أكثر على المخططين والخبراء.
تبدأ العملية بتحديد وحدات القرارات والتي تقرر بمعزل عن علاقتها بمشروع أو نشاط أو برنامج معين ويتم بعدها تحديد مجموعات القرارات.	تبدأ عملية الإعداد بتحديد الأهداف من خلال التحليل الدقيق وتركز بالمقابل على هياكل البرامج.
يجري ترتيب البدائل وتقرير الأولويات انطلاقاً من الأهداف المحددة وفقاً للخطة ولهذا فهو يتطلب معلومات وثيقة وتفصيلية لتقرير الاعتمادات والمخصصات لكل وحدة قرار	يتم ذلك من خلال تحليل النظم وينطلق النظام من قاعدة أشمل ومستوى أكبر
يأخذ بالاعتبار الإنفاق الماضي ويقرب ما يمكن إلغاؤه.	ينظر إلى المستقبل ويخطط لما يجب القيام به.

المصدر:

- د/اللوزي، سليمان، ومراد، فيصل إدارة الموازنات العامة بين النظرية والتطبيق، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى عمان، الأردن، 1997 ص ١٤٧
- د/ طارق حماد: الموازنات التقديرية نظرة متكاملة، الدار الجامعية للطباعة والنشر مصر ٢٠٠٥ ص ٣٦

الخاتمة

وبالفراغ مما سبق بيانه من إيضاحات ، فإن البحث توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي علي النحو التالي:

أولاً: نتائج الدراسة:

١. لفظ الصفرية لا يعني إنكار الجهود السابقة أو عدم استمرارية البرامج والأنشطة ، وإنما القصد هنا هو المراجعة والتقييم وترتيب الأولويات (المفاضلة) لا تتم لكل برنامج على حدة وإنما تتم لكل مجموعة قرارية ، وبالطبع فإن هذه العملية تعتمد على البيانات والمعلومات التاريخية للفترات السابقة.

٢. الموازنة الصفرية أداة لسد أوجه القصور الموجود في أساليب إعداد الموازنات وذلك بهدف الوصول إلي التوزيع الأمثل للموارد المتاحة خاصة في البلدان النامية.

٣. الموازنة الصفرية لها فلسفة متميزة تعتمد منهج وأسس ومبادئ التخطيط والمتابعة واتخاذ القرارات ولا تعدو أن تكون امتداداً وتطويراً لموازنة الأداء الشائعة الاستخدام في القطاع الحكومي .

٤. الموازنة الصفرية تتيح الفرصة كاملة للوحدات الإدارية للمشاركة في عملية التخطيط واتخاذ القرارات، ويترتب على عملية المشاركة أن تكون الأهداف والمعايير واقعية تحظى بقبول العاملين مما يخلق لديهم الحافز للأداء بكافة .

٥. الموازنة الصفرية عملية التخطيط والتشغيل وإعداد الموازنة بصورة تفصيلية بحيث تلقي على عاتق المسئول مهمة تبرير الموارد المطلوب تخصيصها لبرامجه ،فهو لا يطالب فقط بتبرير الزيادة عن السنة السابقة ولكنه مطالب بتبرير أي عمل أو نشاط يخطط لإنجازه من الصفر Justify From Zero بافتراض أن اعتماده في الموازنة السابقة كان صفراً.

٦. إعداد الموازنة هو من مسؤولية السلطة التنفيذية، كون هذه السلطة هي التي تحدد السياسة الاقتصادية للدولة، وهي التي تضع الخطط والبرامج وهي المسؤولة عن تنفيذ الموازنة.

ثانياً: التوصيات

١. لابد من التأكيد علي أهمية الشفافية في التعامل بأموال الدولة ،وفي إنفاقها ،فالسرية في غير مجالاتها المشروعة مدعاة للفساد ،وعدم تحمل المسؤولية .
٢. ضرورة تفعيل دور الرقابة البرلمانية ،والرقابة الشعبية في مراقبة تصرفات وسلوكيات الحكومة فيما يتعلق بالإيرادات والنفقات،لان ذلك يعد الدور الرئيسي الذي يجب أن تقوم به هذه الجهات .
٣. يجب على الأجهزة والوحدات الحكومية أن تحدد أهدافها بدقة ووضوح لأن ذلك يحقق وحدة الهدف بين كافة الوحدات ويمدها بالأساس اللازم لتوجيه أعمالها وتحديد غايتها بدقة ،بحيث يمكن توجيه التنفيذ نحو تحقيقها.
٤. كل مصروف غير وارد بالميزانية ، أو زائد عن التقديرات الواردة بها ، وكل نقل لأي مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الميزانية ، يجب أن يكون بقانون.
٥. لابد من وجود دعم سياسي على أعلى المستويات تبدأ من رئيس الدولة ،والوزراء والمديرين،للمراقبة علي الميزانية بالإضافة إلى حسن اختيار قادة الإداريين،ومراقبة التقدم في أعمال الميزانية ،ومكافأة المتميزين واتخاذ إجراءات صارمة ضد المفسدين والمعوقين.
٦. إعادة النظر في البرامج الحكومية الجاري تنفيذها بصفة دورية تبادلية منتظمة بحيث يتم تقييم البرامج خلال الفترة القانونية المحددة في التشريع ،وفقا للتكلفة المالية والوقت والجهد اللازم لتطبيقها على أساس سنوي مستمر، حتى يمكن تقرير الاستمرار في البرنامج أو النشاط من عدمه.

اهم المصادر المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً:مراجع اللغة العربية.

- أحمد محمد العمري : صعوبات إعداد وتنفيذ موازنة البرامج و الأداء في الأردن، مجلة المنارة للبحوث والدراسات - مج ٨، ع ١ الأردن ٢٠٠٢.
- أمين نمير الصائغ: "العلاقة بين مخاطر أسعار النفط وقرارات الموازنة العامة- رسالة ماجستير، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة الموصل، العراق ٢٠٠٨ .
- بهاء الدين أحمد العريني: إطار مقترح لتطبيق الأساس الصفري-رسالة ماجستير-كلية التجارة قسم المحاسبة والمحاسبة والتمويل-الجامعة الإسلامية -غزة فلسطين ٢٠٠٧م.
- د/حسن زكي يوسف: الموازنة التخطيطية العينية (المادية) ودورها في التخطيط والرقابة ، مجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ج ٣ ، ع ٣ السعودية ١٩٨٣ .
- د/حسن عبد الكريم سلوم ،محمد خالد المهاني-الموازنة العامة للدولة بين الإعداد والتنفيذ والرقابة-مجلة الإدارة والاقتصاد-العدد الرابع والستون-العراق ٢٠٠٧ .
- د/زكريا محمد بيومي:الاتجاهات الحديثة في تطوير أساليب الموازنة العامة،مجلة القانون والاقتصاد،السنة الواحد والخمسون،مطبعة جامعة القاهرة ،مصر ١٩٨٣ .
- السيد المتولي المرسي :التطوير المحاسبي للموازنة العامة قطاع الخدمات باستخدام مفهوم تحليل النظم" ، المجلة العربية للإدارة، عمان، ١٩٨٧م .
- د/ طارق حماد: الموازونات التقديرية نظرة متكاملة، الدار الجامعية للطباعة والنشر مصر ٢٠٠٥.
- د/ طارق محمود عبد السلام السالوس:المالية العامة ،دراسة تطبيقية على دولة الإمارات،جامعة الجزيرة، دبي ٢٠١٢.

- د/ عادل احمد حشيش: اقتصاديات المالية العامة (أصول الفن المالي) مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، مصر ١٩٨٢ .
- عبد الرحمن عليان: التكاليف والمحاسبة الإدارية، مصر ٢٠٠٥.
- عبد القادر محمد عبدا لله: الموازنة العامة للدولة وتطبيقاتها - دولة قطر - دار الثقافة الدوحة ٢٠٠١
- د/عدي توفيق: المالية العامة، مصر ١٩٩٨.
- محمد أحمد البطرأوى الموازنة العامة للدولة موازنة الأساس الصفري، مجلة . الرأي، العدد 31 . مصر ٢٠٠٠
- د/ محمد حجازي: المحاسبة الإدارية: الأساسيات، المعلومات، التخطيط، اتخاذ القرارات، الرقابة، مطبعة نهضة مصر، مصر ١٩٩٨.
- محمد الشناوي: تطوير موازنة الأساس الصفري لترشيد القرارات الإدارية في الصناعة بالتطبيق على قطاع الصناعات الدوائية في مصر، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، مصر ١٩٨٤ م .
- منار خولاني: الموازنة الصفريّة وإمكانية تطبيقها في الوحدات الإدارية المحلية في سورية ، حالة تطبيقية محافظة ريق دمشق، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، سورية ٢٠٠١.
- فاطمة احمد عبد الله ، الرقابة على تنفيذ الميزانية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، العراق ١٩٩٩.
- د/اللوزي، سليمان، ومراد، فيصل إدارة الموازنات العامة بين النظرية والتطبيق، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى عمان، الأردن، 1997.
- د/وجدي محمد حجازي راضي: المدخل الحديث في إعداد واستخدام الموازنات، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر ٢٠٠١.

- G. Chris Ha. Zero-Base Budgeting A Concept whose Time Has Come October 2013 P:4
- Kathryn. Batrol and David martin "Management" McGraw-Hill, INC. 1991
- Katugampola B. "Zero-Base Budgeting". Management Accounting – London. December 1977
- L.Philip,Introduction a"Lexercice du pouvoir Financier du pariement" ECONOMICA,1996
- Muse grave, Rehand and Muse grave, Peggy, , Public Finance in Theory and Practice, McGraw-Hill,5th ed., California University.1989
- Ron Shelby"Zero-Base Budgeting for the 21st Century Public Administrator "Fiscal Research Center Andrew Young School of Policy Studies Georgia State University Atlanta, GA FRC Report No. 260 March 2013

**خصوصية الأحكام الإجرائية
لدعوى مسؤولية الناقل الجوي
وفقا للاتفاقات الدولية والقانون المصري**

د. أسامة الروبي

أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية الحقوق جامعة القاهرة
والمعار لكلية القانون جامعة الشارقة

نشأت الحاجة إلى وجود مرفق القضاء بعد تطور المجتمعات الإنسانية حيث تولدت الرغبة في تنظيم أسلوب اقتضاء الحقوق وحمايتها ضد أي اعتداء قد يقع عليها من الغير. فبعد أن كان مبدأ القوة تنشأ الحق وتحميه هو السائد في المجتمعات البدائية استشعر الإنسان ضرورة وجود تنظيم فعال يمكن عن طريقه حماية الحقوق والمراكز القانونية في ظل مجتمع حديث ومنظم يضع مبدأ سيادة القانون والمساواة أمامه في مرتبة عليا.

أولا : التعريف بالدعوى :

الدعوى هي وسيلة اللجوء إلى القضاء للدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية وحمايتها ضد أي اعتداء يقع عليها¹. ويمكن تعريف الدعوى بأنها الوسيلة الاختيارية التي خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء للقضاء لتقرير حقه أو مركزه القانوني أو لحماية هذا الحق أو المركز ضد أي اعتداء وقع عليه بالفعل أو يحتمل في بعض الحالات أن يقع عليه. فصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه له الحق في الخيار بين اللجوء للقضاء لتوفير الحماية القانونية لحقه أو مركزه أو عدم اللجوء إليه ، حيث لا يمكن بحال إجباره على استخدام هذه الرخصة. ولذا، فإن أهم ما يميز الدعوى هي أنها مجرد وسيلة اختيارية لصاحب الحق أو المركز القانوني ، له استخدامها وله التنازل عنها².

¹ انظر في ذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24e édition, Paris, Dalloz, 1996, n 64, p 72.

² والدعوى وفقا لهذا المفهوم تختلف بلا شك عن الحق الموضوعي التي تحميه من عدة نواح : فمن حيث السبب نجد أن سبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له، أما سبب الدعوى فهو الاعتداء الواقع على الحق أو المركز القانوني أو النزاع الدائر حوله ؛ ومن حيث وجود كل منهما فقد يوجد الحق دون دعوى تحميه، كما هو الحال في الالتزامات الطبيعية. وقد توجد الدعوى دون أن تستند إلى حق موضوعي ، كما = هو الحال في دعاوى الحيازة التي يستند فيها الحائز إلى مركز قانوني وهو الحيازة ، بغض النظر عن كونه صاحب الحق من عدمه ؛ ومن حيث مضمون كل منهما ، فمضمون الحق الشخصي هو التزام بأداء أو بعمل أو امتناع عن عمل ، ومضمون الحق العيني هو الحصول على منفعة على مال معين فضلا عن إمكانية التصرف فيه ، بينما مضمون الدعوى هو الحصول على حكم من القضاء، أيا كانت طبيعة أو مضمون الحق الذي تحميه. ولذا فقد تحمي الحق الواحد عدة دعاوى ، فالمالك قد يرفع دعوى بتثبيت ملكيته على المال أو بالتعويض عنه أو باتخاذ إجراء وقتي أو مستعجل ، كتعيين حارس عليه لحين رفع الدعوى الموضوعية للمطالبة به. انظر في تفصيل ذلك : د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠١ ، ص ٥٢ وما يليها ؛ د. وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية

وتختلف الدعوى وفقا للتعريف السابق عن مصطلحات قانونية أخرى قد تختلط بها وهي المطالبة القضائية والخصومة. فالمطالبة القضائية هي الإجراء الذي تقدم به الدعوى للمحكمة ويترجم به صاحب الحق عمليا حقه في الدعوى وفي اللجوء إلى القضاء ، أي أنها الخطوة الإيجابية التي يترجم عن طريقها صاحب الحق حقه في الدعوى. وتتم المطالبة القضائية عن طريق التقدم لأمانة سر المحكمة المختصة وإيداع صحيفة تسمى صحيفة افتتاح الدعوى ، أو صحيفة الدعوى أو لائحة الدعوى (أو المقال المكتوب على حد تعبير القانون المغربي)، تشتمل على مطالبته بحماية حقه الموضوعي أو تقرير مركزه القانوني. وبعد أن تفيد هذه الصحيفة نصح في مرحلة المطالبة القضائية بالحق. وعلى هذا الأساس تختلف الدعوى باعتبارها مجرد وسيلة اختيارية عن المطالبة القضائية التي تتمثل في عمل إيجابي يترجم به صاحب الحق أو المركز القانوني حقه في اللجوء إلى القضاء.

كما تختلف الدعوى عن الخصومة ، حيث تعرف الخصومة بأنها مجموعة الإجراءات التي تتخذ في الدعوى من وقت المطالبة القضائية وحتى تاريخ الحكم فيها أو انتهائها بغير حكم في موضوعها. وتبدأ مرحلة الخصومة القضائية بإعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه ، حيث تنشأ بذلك على أرض الواقع فكرة الخصومة أو التنازع بين الطرفين (المدعي والمدعى عليه). ويظهر الفارق بين الدعوى والخصومة في أن شروط قبول الدعوى تتلخص في شرط وحيد هو شرط المصلحة بأوصافها القانونية ، أما شروط الخصومة فمنها ما يتعلق بأهلية التقاضي ومنها ما يرتبط بقواعد الاختصاص بنظر الدعوى. وفضلا عن ذلك فإن زوال الخصومة يترتب عليه زوال الإجراءات ، ولكن يبقى الحق في الدعوى قائما ، حيث يملك المدعي تجديد دعواه بإجراءات جديدة أمام القضاء¹.

القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٩٨ وما يليها د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار النهضة العربية، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٦ ، ج ١ ، ص ١٩٠ وما يليها ؛ د. أسامة الروبي ، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ٢١١ وما يليها.

¹ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص ١٩٣.

ثانيا : شروط قبول الدعوى ¹ :

حتى تقبل الدعوى أمام القضاء فلا بد من توافر شروط عامة ، فإن لم تتوافر هذه الشروط فمن الواجب على المحكمة التي تعرض عليها الدعوى أن تحكم بعدم قبولها. وتتخلص شروط قبول الدعوى في شرط وحيد وهو شرط المصلحة. والمصلحة كشرط وحيد لقبول الدعوى هي الفائدة العملية التي تعود على صاحب الحق من لجوئه إلى القضاء لكي يحكم له بكل طلباته أو بعضها. والمصلحة بذلك هي شرط لجدية الدعوى ، حتى لا تزدهم المحاكم بدعاوى كيدية لا تتوافر لرافعها أي فائدة عملية ، بحيث لا يهدف من ورائها إلا شغل وقت المحاكم بدعاوى لا طائل من ورائها. وبناء على ذلك ، فلا يكفي مجرد توافر المصلحة النظرية البحتة والتي لا تعود على رافع الدعوى أو مقدم الطلب أو الدفع بأي فائدة عملية. ومثال ذلك ، أن يدفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لانقضاء الحق في رفعها بفوات الميعاد القانوني ، فتحكم المحكمة رغم ذلك برفض الدعوى ، ففي هذه الحالة لا يقبل منه الطعن في هذا الحكم بالاستئناف رغم وجود خطأ في تطبيق القانون من قبل محكمة أول درجة ، حيث كان عليها الحكم بعدم القبول وليس بالرفض. وسبب عدم قبول الطعن في هذه الحالة هو انعدام الفائدة العملية من هذا الطعن ، لأن محصلة حكمي الرفض وعدم القبول واحدة وهي عدم إمكانية تجديد الدعوى أمام القضاء احتراماً لمبدأ حجية الأمر المقضي. وعلى ذلك فمصلحة الطاعن في المثال السابق لا تعدو أن تكون مصلحة نظرية بحتة ، ولا يتوافر له في هذه الحالة أي فائدة عملية لقبول الطعن بالاستئناف.

وعلى ذلك ، فمن الضرورة أن تتوافر المصلحة من أجل قبول الدعوى ، ولذا، يقال إنه لا دعوى بدون مصلحة " Pas d'intérêt, pas d'action " ².

¹ أنظر في تفصيل ذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op.*, n 99 et s., p 93 et s.

² وقد نصت المادة ٣ / ١ من قانون المرافعات المصري على أنه " لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقرها القانون ". وهو ذات ما تقضي به المادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي والمادة الثانية من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية العماني. بينما جمع الفصل

وبالتالي تعتبر المصلحة شرطا أساسيا لقيام الدعوى بانعدامها تنعدم الدعوى. وحيث إن المصلحة هي التي تحدد الأسباب والدوافع لرفع الدعوى ، فيتعين أن تتوافر في المصلحة ثلاثة أوصاف ، وهي أن تكون قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة :

١. أن تكون مصلحة قانونية¹: والمقصود هنا أن تكون المصلحة مبنية على حق يطالب به رافع الدعوى ، وأن تكون مشروعة إذ لا عبرة برفع دعوى لأجل تحقيق مصلحة غير مشروعة كرفع دعوى من أجل مطالبة القاتل بالإرث.

٢. أن تكون المصلحة قائمة وحالة : أي أن تكون مصلحة المطالب بالحق موجودة حين رفع الدعوى. أي أن يكون الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته. وتبرير ذلك انه إذا لم يقع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني فلا حاجة للجوء إلى القضاء.

٣. أن تكون شخصية ومباشرة : فعلى المدعي إثبات أن له مصلحة شخصية في الدعوى وليس مصلحة شخص آخر ما لم يكن نائبا عنه ، وهو ما يعبر عنه بشرط الصفة .

ثالثا : أهمية النقل الجوي :

يعتبر النقل الجوي الوسيلة الأسرع للربط بين دول وقارات العالم المختلفة بحيث أصبح يساهم في ازدهار التجارة والالتقاء الحضاري بين الشعوب في وقت أصبح فيه العالم كالقريّة الصغيرة ، وأصبح يقاس تطور الدول بتطور النقل الجوي وانتشار شبكة الخطوط الجوية المنتظمة فيها لتغطي كل بقاع اليابسة. وقد حظي النقل الجوي بأهمية بالغة وواسعة في عالمنا المعاصر باعتباره من القطاعات

الأول من قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل في ٢٠ مارس ٢٠١٤ الشروط الواجب توافرها لصحة التقاضي بنصه على انه " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه ".
¹ أنظر في ذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op.*, n 103 et s., p 96 et s. ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 11e édition, Dalloz, Paris , n 152, p. 123 ; M. BANDRAC, , « Les vérifications à opérer », *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n^{os} 29 et s., p. 14 et s.

الاستراتيجية التي تراهن عليه جميع الدول والمجتمعات للنهوض بمؤهلاتها الاقتصادية والاجتماعية ، حيث أدى التطور التكنولوجي الذي طرأ على وسائل النقل خلال القرن الماضي إلى كثافة التبادل التجاري وإلى شدة التجاذب الحضاري بين الشعوب.

ورغم مميزات النقل الجوي ، فإن هذه الوسيلة مازالت محفوفة بالمخاطر مما دفع بالمجتمع الدولي إلى التدخل من أجل تكوين قواعد خاصة تنظم حركة واستعمال الطائرة ، وذلك بوضع قواعد أمرّة تكفل سلامة الطائرة بما فيها من ركاب وبضائع. ولهذا لجأت الدول إلى سن تشريعات وطنية وعقد مؤتمرات دولية لوضع اتفاقيات دولية من أجل تنظيم الملاحة الجوية واستغلال المجال الجوي بشكل واسع لضمان الاستقرار والسلم والتعاون بينها. كما أدى ذلك إلى ظهور عدد من المنظمات الدولية التابعة للأمم المتحدة والمجالس والهيئات الحكومية المحلية من أجل تنظيم الملاحة الجوية المدنية¹.

ويعرف عقد النقل بشكل عام وفقا لنص المادة ٢٠٨ من قانون التجارة المصري الجديد بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شئ إلى مكان معين مقابل أجره ". وبذلك يمكننا تعريف عقد النقل الجوي بأنه عقد يلتزم بموجبه شخص يسمى الناقل بنقل أشخاص أو أشياء بواسطة طائرة من مكان لآخر مقابل أجر.

¹ حيث يشرف على الملاحة الجوية المدنية الدولية مجموعة من المنظمات العامة الدولية التابعة للأمم المتحدة، كالمنظمة الدولية للطيران المدني (ICAO) ومقرها مونتريال بكندا ، والمجلس الدولي للمطارات (ICA) المعروف سابقا باسم المجلس الدولي لاتحادات المطارات ، (ICAA) ومقره جنيف بسويسرا ، والمنظمة العالمية للأرصاد الجوية (WMO) ومقره جنيف بسويسرا ، والمنظمات الأهلية ذات الطابع الدولي ، كالاتحاد الدولي للنقل الجوي ومقره مونتريال بكندا ، والذي يعد من أهم المنظمات المنظمة للطيران المدني الدولي ، حيث يلي في أهميته منظمة الإيكاو. ويضاف إلى ذلك ، المجالس والهيئات الحكومية المحلية التي يأتي على رأسها من حيث الأهمية المجلس القومي الأمريكي لسلامة النقل (NTSB) ، والهيئة الفيدرالية الأمريكية للطيران. للمزيد من التفصيلات حول هذه المنظمات والهيئات والمجالس أنظر : منظمة الطيران المدني ، دليل تنظيم النقل الجوي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ ، ص 1-3.4 وما يليها ؛ د. عادل محمد خير ، مسؤولية الناقل الجوي وآلية دعوى المسؤولية وحدود التعويض ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، ٢٠٠١ ، ص ٤١ وما يليها.

وقد يتم النقل الجوي بين نقطتين تقعان في دولتين مختلفتين فيكون النقل دوليا ، وقد يتم بين نقطتين تقعان في نفس الدولة فيكون النقل محليا^١. وتظهر أهمية التفرقة بين نوعي النقل الجوي في أن المشرع المصري قد فرق بين القواعد التي تحكم مسئولية الناقل الجوي بحسب نوع النقل وما إذا كان داخليا أم دوليا. فبعد أن أخضع المشرع مسئولية الناقل الجوي بموجب قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ ، سواء كان النقل الجوي داخليا أم دوليا ، لأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها ، حيث نصت المادة الثالثة من هذا القانون والمعدلة بموجب القانون رقم ١٣٦ لسنة ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٧ / ٦ / ٢٠١٠ على أنه "تسرى أحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية للطيران المدني التي انضمت إليها الجمهورية أو التي تنضم إليها مستقبلا ، كما تسرى أحكام هذا القانون وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذه المعاهدات و الاتفاقيات ". إلا أنه بصدر قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد نصت المادة ٢٠٩ منه على أنه " فيما عدا النقل البحري تسرى الأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل على جميع أنواع النقل آيا كانت صفة الناقل ما لم ينص القانون على غير ذلك " ، وبهذا أصبح النقل الجوي الداخلي خاضعا لأحكام قانون التجارة المصري ن بينما يخضع النقل الجوي الدولي لأحكام الاتفاقيات الدولية وأهمها اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها ، واتفاقية مونتريال ١٩٩٩ بشأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي^٢.

رابعا : أهم الاتفاقات الدولية المنظمة للنقل الجوي :

ظهرت اتفاقية وارسو عام ١٩٢٩ والبروتوكولات والاتفاقيات المعدلة والمكملة لها والتي حددت عدة التزامات في جانب الناقل الجوي تجاه مستعملي الطائرة. وإذا ما أخل الناقل بهذه الالتزامات ، فإن للمضروب الحق في مقاضاته أمام المحاكم المختصة للحكم عليه بالتعويض. وقد أوجبت الاتفاقية على المضروب اتخاذ

^١ د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، القانون الجوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٤ ؛ د. صفوت بهنساوي ، القانون الجوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ ، ص ١٦ .

^٢ د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، مرجع سابق ، ص ٥١ ؛ د. صفوت بهنساوي ، مرجع سابق ، هامش ١ ص ١٢ .

بعض الإجراءات تحت طائلة عدم قبول دعواه ، وأن لا يتراخى في إقامتها تحت طائلة سقوطها.

وقد توالى بعد ذلك الاتفاقات والبروتوكولات المعدلة لها ، إما لعدم تقبل أحكامها من قبل المحاكم الوطنية أحيانا ، أو لعدم وضوح أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها وفقا لها في أحيان أخرى. وكان من أبرز الاتفاقات التي عقدت في هذا الشأن بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ ، اتفاقية جوادا لآخارا ١٩٦١ ، اتفاقية مونتريال ١٩٦٦ ، بروتوكول مونتريال ١٩٧٥ ، بروتوكول جواتيمالا سيتي ٨ مارس ١٩٧١ ، واتفاقية مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي ، والتي تم التوقيع عليها في ٢٨ مايو ١٩٩٩.

خامسا : أهمية الدراسة ونطاقها :

إذا كان عقد النقل الجوي قد حظى بدراسات عديدة ، سواء على المستوى الوطني أو الدولي من أجل بيان الأحكام القانونية المتعلقة بالتزام الناقل الجوي بضمان السلامة في عقد النقل الجوي سواء كان متعلقا بالأشخاص أو الأمتعة أو البضائع ، فإن موضوع الأحكام الإجرائية الخاصة بدعوى مسؤولية الناقل الجوي لم يلق ذات العناية والاهتمام من قبل الباحثين ، وهو ما كان دافعا لاختيار هذا الموضوع من أجل بيان الأحكام المتعلقة بهذه الدعوى في القانون المصري وبحث مدى توافقها مع الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن. إضافة إلى بيان خصوصية الأحكام الإجرائية لدعوى مسؤولية الناقل الجوي ، والتي تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى .

وبناء عليه فسوف تقتصر هذه الدراسة على بيان أوجه الخصوصية التي تميز دعوى مسؤولية الناقل الجوي عن غيرها من الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم ، سواء من حيث تحديد أطرافها أو المحكمة المختصة بها أو من حيث مسألة عدم قبول الدعوى ، وهي الموضوعات التي تبرز خصوصية الأحكام الإجرائية لدعوى مسؤولية الناقل الجوي.

سادسا : تقسيم :

في ضوء ما سبق ، وفي إطار الاتفاقات الدولية التي تحكم مسؤولية الناقل الجوي سوف نركز الاهتمام في هذه الدراسة على خصوصية الأحكام الإجرائية لدعوى مسؤولية الناقل الجوي ، والتي تقسم بشأنها الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسية نعرض فيها : لأطراف دعوى المسؤولية (المبحث الأول) ، والمحكمة المختصة بنظر الدعوى (المبحث الثاني) ، وأخيرا لعدم قبول الدعوى (المبحث الثالث) ، ونسبق ذلك كله بمبحث تمهيدي نعرض فيه بإيجاز لأساس مسؤولية الناقل الجوي وأهم الاتفاقات المنظمة لها.

مبحث تمهيدي

أساس مسؤولية الناقل الجوي

كانت الخطوة الأولى لعقد اتفاقية دولية توحد قواعد المسؤولية القانونية عن النقل الجوي ، ممثلة في مبادرة فرنسية من الرئيس بوانكاريه ، وذلك عام ١٩٢٤ في نفس الوقت الذي قدم فيه إلى البرلمان الفرنسي مشروع القانون الجوي الداخلي لفرنسا. وتقدمت فرنسا إلى المؤتمر الدولي الذي عقد لهذا الغرض في عام ١٩٢٥ بمشروع لتوحيد قواعد المسؤولية الجوية من أجل دراسته من اللجنة الدولية المكونة من خبراء قانونيين جويين، وانتهت هذه الدراسات إلى إبرام اتفاقية فارسوفيا (وارسو) للنقل الجوي الدولي في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ ، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من ١٣ فبراير ١٩٣٣ .^١

ومن الملاحظ أن مسؤولية الناقل الجوي لم تبين في الأنظمة القانونية المختلفة على أساس قانوني واحد ، حيث شهدت تطورات عديدة تعكس النظريات القانونية المختلفة التي تسود مختلف قوانين دول العالم ومن بينها مصر. ولما كان النقل الجوي يتسم في غالبية نشاطه بالصفة الدولية ، فقد حاولت اتفاقية وارسو ١٩٢٩

^١ أنظر في تفصيلات ذلك : د. هاني دويدار ، النقل البحري و الجوي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ، ص ٣٧٩ وما يليها ؛ د. حمد الله محمد حمد الله ، القانون الجوي ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الطبعة الأولى ٢٠١٤ ، ص ١١٩ ؛ د.عاطف محمد الفقي ، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩ ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ، ص ٧.

القديمة وضع قواعد دولية موحدة في مجال مسؤولية الناقل ؛ فتبنت أساساً قانونياً معيناً سرعان ما شهد تطوراً كبيراً بصدور البروتوكولات المعدلة للاتفاقية ، وكذلك بصدور اتفاقية مونتريال الجديدة عام ١٩٩٩ . وهذا كله يدعونا إلى إلقاء مزيداً من الضوء على أساس مسؤولية الناقل الجوي في القانون المصري ثم في الاتفاقات الدولية ، وذلك في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

أساس مسؤولية الناقل الجوي

في القانون المصري

أولاً : أساس مسؤولية الناقل الجوي قبل صدور قانون الطيران المدني:

استقر القضاء المصري ، قبل صدور قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ وقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، على تأسيس مسؤولية الناقل الجوي على فكرة الالتزام التعاقدى ، بحيث يلتزم الناقل الجوي بضمان سلامة المسافرين والبضائع . كما استند القضاء المصري كذلك إلى قواعد العدالة باعتبارها من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية^١ .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((لما كانت المادة ٢١ من الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوى الدولى الموقعة فى فارسوفيا فى ١٩٢٩/١٠/١٢ والتي انضمت مصر إليها بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ تنص على أنه " إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المضرور قد تسبب عنه الضرر أو أسهم فى إحداثه فللمحكمة طبقاً لنصوص قانونها أن تستبعد مسؤولية الناقل أو تخفف منها " فإنها تكون قد أتت بقاعدة إسناد تحيل إلى قانون القاضى فيما يتعلق بأحكام توزيع المسؤولية بين الناقل الجوى والشخص المضرور ، ولما كانت المادة ٢١٦ من التقنين المدنى المنطبقة - لعدم وجود تشريع خاص ينظم عقد النقل الجوى

^١ د. عادل محمد خير ، مرجع سابق ، ص ٥١ .

- تنص على أنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض إذا ما كان الدائن بخطئه قد أشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه " (....)¹ .
ثانيا : أساس مسئولية الناقل الجوي بعد صدور قانوني الطيران المدني والتجارة الجديد :

بصدور قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ ، فقد قرر المشرع المصري أن تسرى على النقل الجوي أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ والتي انضمت إليها الدولة والاتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها. بينما تسرى على النقل الجوي الداخلي أحكام الفرع الرابع من الفصل السابع من الباب الثاني من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. وبذلك ، فقد أصبح النقل الجوي الداخلي بصدور قانون التجارة في عام ١٩٩٩ خاضعا لأحكام هذا القانون.

ويكون النقل الجوي داخليا إذا كانت النقطتان المعينتان للقيام والوصول ، وفقا لاتفاق المتعاقدين ، واقعتين داخل مصر ، حتى لو كانت الطائرة ستواصل رحلتها بعد مغادرة نقطة الوصول إلى ما وراء الحدود الإقليمية المصرية (مادة ٢٨٥ / ٣ من قانون التجارة) . وطبقا للمادة ٢١٣ من قانون التجارة المصري تشمل مسئولية الناقل في النقل الجوي الداخلي " أفعال تابعيه التي تقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. ويعتبر تابعا كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل. ويقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسئولية عن أفعال تابعيه " .

ويقع باطلا ، في عقد نقل الأشياء الداخلي ، كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسئولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه. ويعد في حكم الإعفاء من المسئولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسئولية الناقل ، وكذلك كل شرط يقضى بنزول المرسل أو

¹ نقض مدني ، جلسة ١٨/٤/١٩٨٣ ، الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٤٩ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٤ ، ص ١٠٠٢ .

المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على الشيء ضد مخاطر النقل (مادة ٢٤٥ من قانون التجارة).

وفي عقد نقل الأشخاص الداخلي ، يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية. ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام الراكب بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل وكل شرط ينزل بموجبه الراكب للناقل عن حقوقه في التأمين ضد أخطاء الناقل (مادة ٢٦٧ من قانون التجارة).

ووفقا لنص المادة ٢٩٨ من قانون التجارة تكون مسؤولية الناقل الجوي في الحدود المنصوص عليها في المادة ٢٩٢ من هذا القانون^١ أيا كان الأساس القانوني الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية وأيا كانت صفة الخصوم فيها أو عددهم أو مقدار ما يطالبون به من تعويضات.

ويلاحظ أن المشرع المصري قد منح لقائد الطائرة ، بموجب المادة ٢٩٩ من قانون التجارة " ١ - السلطة على جميع الأشخاص الموجودين فيها . ٢ - وله أن يقرر إخراج أى شخص أو أى شيء يترتب على وجوده فى الطائرة خطر على سلامتها أو إخلال بالنظام فيها. ٣- وله أثناء الطيران أن يقرر عند الاقتضاء إلقاء الأشياء المشحونة فى الطائرة أو بعضها أو وقودها ، على أن يخطر بذلك من يستثمر الطائرة فى أقرب وقت. وعليه أن يبدأ بإلقاء الأشياء قليلة القيمة كلما كان

^١ تنص المادة ٢٩٢ من قانون التجارة المصري على انه " ١ - لا يجوز فى حالة نقل الأشخاص أن يجاوز التعويض الذى يحكم به على الناقل الجوى مائة وخمسين ألف جنيه بالنسبة إلى كل مسافر إلا إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المبلغ . ٢ - وفى حالة نقل الأمتعة والبضائع لا يجوز أن يجاوز التعويض خمسين جنيها عن كل كيلو جرام . ومع ذلك إذا أعلن المرسل عند تسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل أنه يعلق أهمية خاصة على تسليمها فى مكان الوصول نظرا لقيمتها ودفع ما يطلبه الناقل من أجرة إضافية نظير ذلك ، التزم الناقل بإداء التعويض بمقدار القيمة التى أعلنها المرسل إلا إذا أثبت الناقل أنها تجاوز القيمة الحقيقية للشيء. ٣- وبالنسبة إلى الأشياء الصغيرة أو الشخصية التى تبقى فى حراسة المسافر أثناء السفر لا يجاوز التعويض الذى يحكم به لكل مسافر عن تلك الأشياء خمسمائة جنيه . ٤- ولا يجوز للناقل الجوى التمسك بتحديد المسؤولية المنصوص عليها فى هذه المادة إذا ثبت أن الضرر نجم عن فعل أو امتناع من الناقل أو من تابعيه أو وكلائه أثناء تأدية وظائفهم بقصد إحداث الضرر أو برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر ."

ذلك مستطاعا . ٤ - ويكون الناقل مسؤولي عن هلاك الأشياء التي يقرر قائد الطائرة إلقاءها لسلامة الطائرة ."

المطلب الثاني

أساس مسؤولية الناقل الجوي

على المستوى الدولي

أولا : أساس مسؤولية الناقل الجوي قبل اتفاقية وارسو ١٩٢٩ :

قبل انعقاد اتفاقية فارسوفيا كانت هناك اتجاهات متباينة في شأن الأسس التي يمكن الارتكاز عليها لتحديد مسؤولية الناقل الجوي ، فذهبت بعض القوانين إلى تأسيس هذه المسؤولية على أساس تعاقدي ، وذهبت طائفة أخرى من القوانين إلى تأسيس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ التقصيري بصفة عامة ، بينما ذهبت طائفة ثالثة إلى تأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر وتحمل التبعية^١ ، وذلك على النحو التالي :

١- الأساس التعاقدي : وتقوم مسؤولية الناقل بموجبه على فكرة الخطأ العقدي، ويعتبر التزام الناقل في هذه الحالة التزاماً بتحقيق نتيجة ، ومن ثم تقوم مسؤوليته بمجرد حدوث ضرر للراكب أو البضاعة أو مجرد التأخير ، ولا تبرأ ذمة الناقل إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه. ويتخذ الخطأ العقدي أكثر من صورة ؛ فقد يكون واجب الإثبات من جانب المضرور ، أو خطأ مفترضاً بحيث تقوم مسؤولية الناقل بمجرد إصابة الراكب أو البضاعة أو الأمتعة بضرر أو تلف.

^١ أنظر في تفصيلات ذلك : د. رفعت فخري أبدير، الوجيز في القانون الجوي ، ١٩٩٠ ، ص ٩٤ ؛ د. مصطفى البنداري ، قانون الطيران المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة ، إصدارات كلية الدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة الشارقة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٧٣ ؛ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، القانون البحري والجوي ، منشورات الطلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١ ، ص ٥٨٩ وما يليها ؛ د. محمد محمد هلاله ، مبادئ القانون الجوي الخاص ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٩١ ؛ أحمد بن ابراهيم الشيخ ، المسؤولية عن تعويض أضرار النقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ، ص ١٧ وما يليها ؛ د. محمد وفاء محمدين ، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين ، دراسة في القضاء الأمريكي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ١٣ ؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، القانون الخاص الجوي دار الفكر والقانون ، ٢٠١١ ، ص ٢٨٩ وما يليها.

٢- الأساس التقصيري : وتقوم مسؤولية الناقل وفقاً له على اعتبار أن الالتزام بتوصيل البضاعة سليمة إلى مكان الوصول وبذل العناية الضرورية لتحقيق هذه النتيجة هو التزام قانوني لا تعاقدي. ولا تنهض مسؤولية الناقل وفقاً لهذا الأساس إلا إذا أثبت المضرور خطأ الناقل بأنه أخل بهذا الالتزام القانوني. ويجوز للناقل في هذه الحالة دفع مسؤوليته بإثبات عدم إخلاله بالالتزام ، أو أنه كان من المستحيل عليه تنفيذ الالتزام.

٣- الأساس الموضوعي : وتقوم مسؤولية الناقل وفقاً لهذا الأساس بمجرد تحقق ضرر للراكب أو مرسل البضاعة أو المرسل إليه دون حاجة إلى إثبات الخطأ من جانب الناقل. ولا يستطيع الناقل نفي مسؤوليته وفقاً لهذا الأساس إلا إذا أثبت وجود إما خطأ المضرور نفسه ، أو خطأ الغير فقط أو السبب الأجنبي كله. ثانياً : أساس مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها :

ذهبت معاهدة فارسوفيا إلى تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ العقدي المفترض^١ ، كما قررت في هذا الشأن بموجب المادة ٢٠ منها إلى أنه " لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها ". فإذا كان من السهل على المسافر أو صاحب البضاعة أو الأمتعة إثبات مسؤولية الناقل الجوي ما دام أنها قائمة على أساس الخطأ المفترض وكيفيهم إثبات أمرين أنه حصل ضرر وأن هذا الضرر قد حصل خلال النقل الجوي ، فرغم هذه السهولة في إثبات المسؤولية التي منحت لمستعملي الطائرة نجد أنه في المقابل قد منحت للناقل الجوي نفس التسهيلات في دفع

^١ انظر في ذلك :

Guilain BULAMBO NYANGI, La responsabilité civile du transporteur aérien en cas de dommage subi par un passager, publié sur le site : <http://www.memoireonline.com/11/13/7666/La-responsabilite-civile-du-transporteur-aerien-en-cas-de-dommage-subi-par-un-passager.html>.

المسئولية عنه والتي من شأنها أن تجعل من تلك التسهيلات التي منحت لمستعملي الطائرة غير ذات جدوى وعديمة الأثر.

فإذا كانت مسؤولية الناقل الجوي هي مسؤولية شخصية قائمة على أساس الخطأ ، إلا أن هذا الخطأ مفترض ، ذلك أن الراكب أو صاحب البضاعة غير ملزم بإثبات خطأ الناقل ، بل فقط إثبات حصول ضرر أثناء عملية النقل الجوي ليفترض عندئذ هذا الخطأ في جانب الناقل. ولكن يبقى هذا مجرد افتراض ، بحيث يكون لهذا الناقل الحق في دفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ عنه ، بمعنى إثبات أن الضرر الذي حصل للمسافر أو البضاعة أو الأمتعة لا يعزى إلى خطأ منه أو من أحد تابعيه ، بل إلى سبب آخر وأنه اتخذ خلال عملية النقل جميع الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الضرر أو أنه استحال عليه اتخاذها^١. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها ، حيث قضت بأن " المستفاد من نصوص المواد ١٧ و ٢٠ و ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المدني المعدلة ببروتوكول لاهاي الذي وافقت عليه مصر بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الناقل الجوي يكون مسئولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو إصابة أى راكب إذا كانت الحادثة التي تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط . وهذه المسؤولية مبنية على خطأ مفترض في جانب الناقل ولا ترتفع عنه إلا إذا أثبت هو أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها " ^٢.

وفي نفس هذا الاتجاه ، فقد رفضت المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات الطعن المقدم من أحد الأشخاص مطالباً بتعويض يقدر بمليونى درهم عن الأضرار الأدبية

^١ د. أبو زيد رضوان ، تطور طبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص ونظم التأمين عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، المجلد ١٦، العدد الأول، ١٩٧٤، ص ٤.
^٢ نقض مدني ، جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ ، الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٨٩٦ ؛ وانظر كذلك في ذات المعنى : نقض مدني ، جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ ، الطعن رقم ١٤١ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٣٢ ، ص ١٩١٦ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٢/٢/١ ، الطعن رقم ١٢٨٨ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٣٦ ، ص ٣٧٥ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ ، الطعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٣٦ ، ص ٤٢٧.

والنفسية التي ألّمت به، حيث كان هذا الراكب قادما من أمريكا عن طريق إحدى خطوط الطيران من أبوظبي، وعند عودته على نفس خطوط الطيران من أبوظبي إلى أمريكا أنزلته في مطار أمستردام ولم تكمل التزامها بإعادته إلى أمريكا بدعوى تزوير بيانات جواز سفره وتصريح الإقامة المؤقتة في أمريكا ، علما بأنه قد قدم من أمريكا إلى البلاد وعاد عدة مرات بنفس جواز السفر والتصريح .

وقد قررت المحكمة في هذا الشأن " ان مفاد نص المادتين ١٩ و ٢٠ من معاهدة فارسوفيا الدولية لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الصادر سنة ١٩٢٩ والتي انضمت إليها دولة الإمارات العربية المتحدة بموجب المرسوم الاتحادي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ أن عقد النقل الجوي ولئن كان يلقي على عاتق الناقل التزاماً بتحقيق غاية هي وصول الراكب إلى المكان المحدد في عقد النقل ، فإذا تقاعس عن ذلك أو تأخر في تنفيذ التزامه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن فعله بغير حاجة الراكب المضروب إلى إثبات وقوع الخطأ من جانب الناقل إلا إذا أثبت الأخير أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو إنه كان من المستحيل عليه اتقاءها ، كما أن فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة وتفسير المحررات من سلطة محكمة الموضوع دون التقييد بما تفيدته عبارة معينة منها بل بما تفيدته في جملتها دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض " .

واستدبت المحكمة في حكمها على القول بأن " المستأنف ضدها قامت بنقل المستأنف من أبوظبي في طريقه إلى أمريكا وأثناء تحقيق سلطات الأمن بمطار العبور بأمستردام من وثيقة الدخول إلى الولايات المتحدة الأمريكية اتضح لها وجود تزوير في تاريخ التصريح الممنوح للمستأنف للإقامة المؤقتة بأمريكا تسبب في حجزه بالمطار وعدم السماح له بالمغادرة في اتجاه بلد المقصد ، وبذلك استحال على المستأنف ضدها إكمال تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه بسبب أجنبي خارج عن إرادتها تتنفي معه مسؤوليتها عن الأضرار التي أصابت المستأنف " ^١ .

^١ المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي ، الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٢٠ الأحكام المدنية والتجارية ، جلسة ٢٩ / ١٠ / ٢٠٠٠ .

كما رفضت المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات طعناً آخر من شركة طيران أجنبية ضد حكم قضى بإلزامها بتعويض ورثة أحد ركاب طائرة تابعة لها، سقطت في الشارقة عام ٢٠٠٤ بقيمة ٢٥٠ ألف فرنك سويسري ، أو ما يعادلها بالدرهم (٨٦٤ ألف درهم) وفوائده بواقع ٥٪ سنوياً. " وتعود الحادثة إلى عام ٢٠٠٤ عندما لقي ٤٠ راكباً مصرعهم عقب سقوط طائرة تابعة لخطوط « كيش » الإيرانية ، قبل وقت قصير من هبوطها في مطار الشارقة. فأقام ورثة أحد الضحايا دعوى على الشركة وممثليها القانوني في الدولة بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي لهم مبلغ ١٤ مليون درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بهم من جراء وفاة مورثهم في حادث سقوط الطائرة ، والفائدة القانونية من تاريخ الحكم حتى السداد التام. وقالوا شرحاً لدعواهم إنه في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ توفي مورثهم نتيجة إصابات عدة بسبب سقوط طائرة الركاب المملوكة لشركة طيران « كيش » ، وأنها طبقاً للمادة (١٧) من اتفاقية ارسو الدولية ، وما طرأ عليها من تعديلات ، مسئولة بمجرد حدوث الوفاة والإصابة ، ولورثة الراكب في حالة وفاته حق التعويض عن الضرر الذي أصابه قبل وفاته ، وينتقل إليهم مع تركته ، إضافة إلى الضرر الشخصي الذي أصابهم من جراء وفاة عائلهم ، وأنهم يقدرون التعويض عن الأضرار التي أصابت مورثهم قبل وفاته بمبلغ خمسة ملايين درهم ، ومليون درهم عن الضرر الشخصي المادي والأدبي الذي أصاب زوجته ، وثلاثة ملايين درهم مناصفة لطفليه القاصرين ، و ٧٥٠ ألف درهم لكل من بناته الثلاث البالغات ، و ٥٠٠ ألف درهم لكل من أبنائه الأربعة الآخرين. وقد أدخل الورثة شركة التأمين الإيرانية للحكم عليها بالتضامن مع شركة الطيران في الطلبات الواردة في صحيفة الدعوى.

وبتاريخ ٢٩ مايو ٢٠٠٧ قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى ، لرفعها على غير ذي صفة بالنسبة لشركة التأمين الإيرانية ، وإلزام شركة الطيران بأن تؤدي للورثة ٢٥٠ ألف فرنك سويسري ، أو ما يعادله بدرهم الإمارات ، والفائدة بواقع ٥٪ سنوياً من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائياً وحتى تمام السداد. استأنف كل من الورثة والشركة الحكم ، فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الأول. طعن الورثة

على هذا الحكم وتم نقض الحكم والإحالة ، وقضت محكمة الإحالة برفض الاستئناف مرة أخرى وتأييد الحكم بما قضى به بإلزام شركة الطيران بالتعويض المذكور ، فطعننت عليه شركة الطيران ، ودفعت الشركة بعدم مسؤوليتها أو تابعها عن الحادث أو أن الضرر كان من المتوقع حدوثه ، وأن مسؤوليتها وفق بطاقة السفر في حدود مبلغ ٢٠ ألف دولار أميركي ، وبأنه لا تنطبق عليها أحكام اتفاقية وارسو ، لعدم ثبوت توقيع الجمهورية الإيرانية التي انطلقت منها الطائرة عليها ، وهو ما اشترطته المادة الأولى منها لانطباقها ، وأنه وعلى فرض وجود المصادقة على تلك الاتفاقية ، فقد كان على الحكم التقييد بحدود المسؤولية « المطلقة » للناقل الجوي المنصوص عليها في المادة ٢١ (٢) من اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ المصادق عليها من الإمارات ، وما استقرت عليه الأحكام القضائية ، بما لا يجاوز مبلغ ١٢٥ ألف فرنك في حال وفاة الراكب ، إلا إذا ثبت في جانب الناقل أو أحد تابعيه خطأ جسيم يعادل الغش .

رفضت هيئة المحكمة هذا الدفع ، شارحة أن مؤدى نصوص المواد (١٧) إلى (٢١) من اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ المعدلة أن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يقع في حال وفاة أو إصابة أي راكب إذا كانت الحادثة التي تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو النزول منها، وهذه المسؤولية مبنية على خطأ مفترض في جانب الناقل ولا ترتفع عنه إلا إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل الاحتياطات والتدابير الضرورية لتجنب وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو أن الضرر قد تسبب أو ساهم بخطئه أو إهماله أو امتناعه في إحداث الضرر. وأن نص المادة 1/22 من ذات الاتفاقية وفق التعديل الوارد عليها بالمادة 11 من بروتوكول لاهاي لعام 1955 أنه " في حالة نقل الأشخاص تكون مسؤولية الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ 250.000 فرنك ، ومع ذلك يجوز للراكب بناء على اتفاق خاص مع الناقل ان يضع حداً أعلى للمسؤولية بما مؤداه أن مسؤولية الناقل الجوي عن وفاة الراكب

وفق الاتفاقية تحددت بحد أقصى لا يجوز لطرفي عقد النقل تجاوزه وإن كان يجوز عقد اتفاق خاص بين الراكب والناقل على تعويض يزيد عن هذا الحد الأقصى المعدل الذي قرره المادة. لما كان ذلك وكانت الطاعنة - الناقل - لم تقدم ما يدحض الخطأ المفترض الذي قرره القانون ، وكان ادعاؤها بأن الجمهورية الإيرانية التي انطلقت منها طائرتها إلى دولة الامارات لم توقع أو تصادق على اتفاقية وارسو دفاع جديد يخالطه واقع لم يسبق إثارته أمام أي من محكمتي الموضوع ومن ثم يضحى غير مقبول فضلاً عن ان الطاعنة استتدت إلى أحكام هذه الاتفاقية في صحيفة استئنافها ومذكراتها ، فإن الحكم حين قضي بإلزامها بالتعويض القانوني المحدد بالاتفاقية عن وفاة مورث المطعون ضدهم ومقداره 250.000 فرنك يكون قد طبق صحيح القانون على واقعة الدعوى. ويكون النعي في هذا الخصوص من ثم على غير أساس متعين الرفض ، وحيث إنه ولما تقدم تقضى المحكمة برفض الطعن " 1 .

وفيما يتعلق بنقل البضائع ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على أن " مسؤولية الناقل الجوي لا تقتضي ولا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول والمكان المتفق عليه ، وأن دفع هذه المسؤولية شرطه إثبات الناقل وتابعيه اتخاذهم التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإغفاء طبقاً للقواعد العامة " 2 . كما قضت بأن " مسؤولية الناقل الجوي لا تقتضي ولا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسؤوليته هذه إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإغفاء طبقاً للقواعد

1 المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات ، مدني ، الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٢٠٠٩ ، جلسة ٩ / ٦ / ٢٠١٠ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا ، ص ٢٥٥ .

2 نقض مدني ، جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ، ج ١ ، ص ٣٤٧ .

العامّة ، فإنه وبالنظر إلى تطور وسائل النقل الجوي وما يستتبعه من وجوب قيام المرسل إليه بدوره في سرعة اتخاذ إجراءات استلام البضائع لدى وصولها لميناء الوصول بمجرد علمه بهذا الأمر سواء كان علمه سابقاً على وصولها أو بموجب إخطاره من قبل الناقل - في حالة وجود اتفاق على ذلك - حتى لا تبقى البضائع المشحونة مدة طويلة بالمخازن فتعرض للتلف خاصة تلك التي يحتاج حفظها لمخازن معينة تناسب طبيعتها. لما كان ذلك، وكان المقرر أيضاً أن التناقص الذي يفسد الحكم هو ما تتعارض فيه الأسباب فتتأذى بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو يكون واقعاً في أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بأسبابه أن المرسل إليه كان على علم مسبق بتاريخ وصول البضائع لميناء الوصول إلا أن عدم قيام الناقل باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة عليها بالنظر لطبيعتها هو الذي أدى لتلفها، رغم الخطأ الذي أسنده للمرسل إليه المتمثل في تقاعسه عن النهوض لاستلام البضاعة فور وصولها رغم علمه بميعاد وصولها وبطبيعتها، فإن هذه الأسباب يكون قد شابها التضارب فلا تؤدي في جملتها إلى النتيجة التي انتهى إليها وهو ما يعيبه بالبطلان الذي يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن " 1 .

وبناء على ما تقدم ، فلم تحقق اتفاقية وارسو التوازن بين حقوق الناقل الجوي وحقوق المسافرين وأصحاب البضائع ، حيث جاءت نصوص هذه الاتفاقية في صالح الأول على حساب مصالح مستغلي مرفق النقل تأسيساً على سماحها للناقل بأن يتخلص من مسؤوليته بوسائل بسيطة ، كما حددت مبلغ التعويض بمبلغ أقل من الذي يحصل عليه ضحايا وسائل النقل الأخرى. ولذا ، فقد تعرضت هذه الاتفاقية للعديد من الانتقادات خاصة بين الأوساط القانونية الأمريكية ، إذ أظهرت قضية *froman*

1 نقض مدني، جلسة ٢٠٠٩/٢/٩، الطعن رقم ٣٠١ لسنة ٧٠ ق، شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?l=314476#416759> ، آخر تاريخ للزيارة ٢٠١٧/٥/١٣.

لأول مرة مشكلة تحديد مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي قد تلحق بالمسافرين في حوادث النقل الجوي التي تخضع للاتفاقية. وتتخلص وقائع القضية في اصطدام إحدى الطائرات التابعة لشركة بان أمريكان بأحد الجبال وهي في طريقها من الولايات المتحدة إلى البرتغال وذلك في ٢٢ فبراير ١٩٤٣^١. وقد نجم عن الحادث وفاة العديد من الركاب ، وإصابة البعض الآخر بأضرار بدنية بالغة ، وكان على متن الطائرة المنكوبة نجمة الترفيه الأمريكية المشهورة جين فرومان jane froman ، التي أصيبت بإصابات جسدية شديدة تركت آثارا كبيرة وخطيرة عليها. وعلى الرغم من أن المحكمة التي نظرت القضية حكمت بمسئولية الناقل الجوي، وقررت لجين فرومان الحد الأقصى للتعويض المسموح به في ظل الاتفاقية وارسو وهو مبلغ ٨٣٠٠ دولار أمريكي ، إلا أن المبلغ كان غير كاف حتى لتغطية نفقات العلاج الباهظة ، إضافة إلى الآلام الجسدية والنفسية التي لحقت بهذه السيدة، مضافا إلى خسائرها المادية الناشئة عن تعطلها عن العمل ، وكذلك الأضرار التي لحقت بها من وراء عدم قدرتها على العودة مرة أخرى لنشاطها المهني^٢.

وقد بدأ الفقه الأمريكي في توجيه الانتقادات لاتفاقية وارسو لأنها تفرق بين التعويض الذي يحصل عليه المسافر بحسب ما إذا كان النقل الجوي خاضع للاتفاقية ، أو غير خاضع لها ، حيث يكون عادة غير محدد بحد أقصى في الحالة الأخيرة ، كما هو الحال بالنسبة للنقل الجوي الداخلي وخاصة بالنسبة للمحاكم الأمريكية التي تكون أكثر سخاء في تعويض المضرور أو ورثته^٣.

وتأسيسا على ما سبق ، فقد ظهرت الحاجة إلى ضرورة تعديل نصوص هذه الاتفاقية، وهو ما تم بموجب بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ ، الذي دعت إليه اللجنة القانونية للمنظمة الدولية للطيران المدني (ICAO) في عام ١٩٥٥ من أجل تعديل اتفاقية وارسو. غير أن هذا البروتوكول لم يغير من أساس مسئولية الناقل التي ظلت

¹ انظر في تفاصيل هذا الحادث الموقع التالي على شبكة الإنترنت :

<http://aviation-safety.net/database/record.php?id=19430222-0>.

² انظر في ذلك ، د. محمد وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦.

³ المرجع السابق ، ص ١١٧ و ١١٨.

تقوم على أساس الخطأ المفترض ، وإنما زاد فقط من قيمة التعويض المستحق ، حيث ارتفعت قيمة التعويض بموجب هذا البروتوكول من ١٢٥٠٠٠ فرنك إلى ٢٥٠٠٠٠^١ .

وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ((النص في المادة ١٨ من اتفاقية فارسوفيا الدولية المعدلة ببروتوكول لاهاي في ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتي وافقت مصر عليها بالقانونين ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ على أن " يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذي يقع في حالة تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعه مسجلة أو بضائع ، إذا كانت الحادثة التي تولد منها الضرر قد وقعت خلال النقل الجوي " وأن النقل الجوي وفقاً لفحوى الشطرة السابقة " يتضمن المدة التي تكون فيها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل ، سواء كان في مطار أو على متن طائرة أو في مكان آخر عند الهبوط خارج المطار " وفي المادة ٢٠ على أن " لا يكون الناقل مسئولاً إذا أثبت أنه وتابعه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها " يدل على أن مسؤولية الناقل الجوي لا تقتضى ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسؤوليته هذه إلا إذا أثبت أنه و تابعه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة . ذلك أن البين من مطالعة أحكام هذه الاتفاقية في ضوء الأعمال التحضيرية لها سواء في مشروع باريس سنة ١٩٢٥ أو في لجنة الخبراء سنة ١٩٢٧ والمشروع النهائى وما دار في لجنة الصياغة ، أن مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية من نوع خاص لها أحكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة مصالح شركات الطيران و مصانع الشاحنين ، مسؤولية عمادها التزام الناقل بكفالة سلامة الشيء المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوي حتى يتم تسليمها إلى المرسل أو نائبه القانونى ، وباعتبار أنها تظل في حراسته بالمعنى

^١ د. عدلي أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٦٦.

القانونى فى حكم المادة ١٨ سالفه البيان أى تحت سيطرته الفعلية وقدرته على التصرف فيها أو فى شأنها طوال فترة هذا النقل التى تشمل فترة وجود بضاعة داخل المخازن الجمركية حتى لو توقف عن ممارسة سيطرته المادية عليها أو لم يمارسها هو بشخصه طالما بقيت له السيطرة القانونية ومن ثم فان مسؤوليته عنها لا تنتهى بتسليمها إلى السلطات الجمركية وإيداعها مخازنها أياً كان مديرها أو المشرف عليها إذ لا تعتبر مصلحة الجمارك نائبة عن المرسل إليه فى استلام البضاعة وإنما تتسلمها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هى استيفاء الرسوم المستحقة عليها ولذلك لا ينقضى عقد النقل الجوى بهذا التسليم وتبرأ به ذمة الناقل قبل المرسل إليه الذى لا يستطيع استلام البضاعة إلا بأمر وإذن الناقل الجوى صاحب السيطرة القانونية عليها ، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مشروع باريس سنة ١٩٢٥ من تحديد لفترة النقل الجوى بأنها تبدأ بدخول الركاب أو الأمتعة أو البضائع مطار القيام وحتى لحظة الخروج من مطار الوصول ، وقد استقر ذلك التحديد فى لجنة الخبراء وتضمنته المادة الخامسة من المشروع النهائى للاتفاقية ، وما انتهى إليه كل من القضاء الفرنسى والبلجيكى من أن فترة النقل لا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى مطار الوصول وتدخل فترة وجود البضاعة داخل المنطقة الجمركية فى نطاق مسؤولية الناقل طبقاً للمادة ١٨/٢ من الاتفاقية ، وهو ما استقر عليه القضاء الأمريكى فى ظل هذه الاتفاقية التى وافقت عليها الولايات المتحدة الأمريكية فى ٣١/٧/١٩٣٤ وعلى بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ فى ٢٨ / ٦ / ١٩٥٦ حيث خلص هذا القضاء إلى الناقل يظل مسؤولاً عن البضاعة التى تعهد بنقلها أثناء فترة النقل إلى أن يتم تسليمها فى مطار الوصول إلى المرسل إليه حتى توقف عن ممارسة السيطرة المادية عليها))^١

وفى عام ١٩٦١ أبرمت اتفاقية جوادا لاخارا بالمكسيك المعدلة لاتفاقية وارسو ١٩٢٩. ولكن الملاحظ على هذه الاتفاقية ، شأنها فى ذلك شأن بروتوكول لاهاي ،

^١ نقض مندى ، جلسة ١٩٨٩/١/٣٠ ، الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٤٠ ، ص ٣٤٧.

أنها لم تعمل على تغيير أساس مسؤولية الناقل بل أبقّت عليها كما هي دون تغيير ، بحيث ظل أساسها هو الخطأ العقدي المفترض من جانب الناقل.

وفي عام ١٩٦٦ ، وتجنباً لانسحاب الولايات المتحدة الأمريكية من اتفاقية وارسو بحجة أن الأساس الذي تبناه البروتوكول الجديد ومبلغ التعويض الذي قرره لا يوفران حماية كافية للمسافرين^١ ، تم توقيع اتفاق مونتريال ١٩٦٦ ، والذي غير من أساس مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار البدنية للمسافر بأن جعلها " المسؤولية الموضوعية " بدلاً من الخطأ المفترض. وبناء على هذا التعديل فقد أصبحت مسؤولية الناقل الجوي تقوم بمجرد وقوع الضرر للمسافر ، ولا يجوز للناقل أن يدفع هذه المسؤولية إلا بإثبات خطأ المضرور فقط^٢.

ونظراً لأن اتفاق مونتريال قد اشترط في المادة الأولى منه لسريان أحكامه أن تكون نقطة مغادرة الطائرة أو نقطة مقصدها النهائي أو نقطة توقفها في أرض أمريكية ، فقد رأت الدول المختلفة فيه إخلالاً بمبدأ المساواة بين المسافرين. ولذا فقد تم بموجب بروتوكول جواتيمالا سيتي لعام ١٩٧١ - الذي لم يدخل حيز النفاذ حتى دخول اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ حيز النفاذ بتاريخ ٤ نوفمبر ٢٠٠٣^٣ - رفع قيمة التعويض إلى ١,٥٠٠,٠٠٠ فرنك أي بما يعادل ١٠٠,٠٠٠ ألف دولار أمريكي ، كما عدل أساس مسؤولية الناقل الجوي ، وفرق بين حالتين :

١- حالة الحوادث التي تقع للمسافر مثل الإصابة أو الوفاة ، أو الجرح ، أو ضياع حقائبه ، حيث تكون مسؤولية الناقل مسؤولية موضوعية ، ولا يجوز للناقل أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت خطأ المضرور أو سوء الحالة

^١ د. محمد وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص ١٣ ؛ أنظر كذلك :

Bertrand BAHEU-DERRAS, Accident aérien : que dit le droit ? , village de la justice, 2 juillet 2009, article publié sur le site : justice.com/articles/Accident-aerien-droit-Bertrand,6485.html ; Marie-France STEINLE-FEUEBACH, Les trajectoires de l'obligation de sécurité du transporteur aérien de personnes, Revue trimestrielle Riseo 2010 - 2, p. 5.

^٢ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٥٩٦.

^٣ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ ؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٢٩١.

الصحية للمسافر أو وجود عيب ذاتي في أمتعة وحقائب المسافرين (م ١/٤ من البروتوكول).

٢- حالة تأخير المسافرين ، أو تأخير حقائبه ، والأضرار الناتجة من هلاك أو تلف البضاعة أو الأمتعة المسجلة ، فتكون مسؤولية الناقل مبينة على أساس الخطأ المفترض. ومن ثم تقوم مسؤولية الناقل بمجرد تحقق النتيجة (التأخير أو الهلاك أو التلف). ويستطيع الناقل التخلص من مسؤوليته إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير اللازمة لتفادي الضرر ، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها ، أو أثبت خطأ المضرور بأنه قد ساهم في وقوع الضرر ، أو كان الضرر نتيجة لطبيعة البضاعة ذاتها (م ٢/٥ من البروتوكول).

وقد تمثل التعديل الأخير لاتفاقية وارسو في صدور بروتوكول مونتريال الرابع لسنة ١٩٧٥ الذي وسع المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي ، وذلك بمدها إلى حالة الأضرار التي تحدث للبضائع مثل الهلاك أو التلف^١. كما حدد في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه حالات دفع المسؤولية على سبيل الحصر والتي تمثلت فيما يلي :

- أ- طبيعة البضاعة أو عيب ذاتي فيها.
 - ب- سوء تغليف البضاعة من جانب شخص غير الناقل أو تابعيه أو وكلائه.
 - ج - عمل من أعمال الحرب أو نزاع مسلح.
 - د- عمل من أعمال السلطة العامة قامت به بشأن دخول البضاعة أو خروجها من المطار أو مرورها العابر به.
- وبذلك ، ووفقا للتعديلات التي ادخلت على اتفاقية وارسو ١٩٢٩ ، فقد أصبحت مسؤولية الناقل قائمة على أساس الخطر وتحمل التبعة في حالة تعرض الركاب أو أمتعتهم أو البضائع للضرر ، أما المسؤولية عن التأخير فقد أقيمت على

^١ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٥٩٧.

أساس الخطأ المفترض من جانب الناقل الجوي ، حيث تقوم مسؤوليته في حالة التأخير سواء في نقل الركاب أو الامتعة أو البضائع¹ .

ثالثا : أساس مسؤولية الناقل الجوي وفقا لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩ :

تعتبر اتفاقية مونتريال اتفاقية جديدة وليست تعديلا لاتفاقية وارسو ، حيث جمعت هذه الاتفاقية الميزات من البروتوكولات المعدلة لاتفاقية وارسو ووضعتها في وثيقة واحدة ، وبالتالي فقد تم التوصل بموجبها إلى تحقيق الهدف الأساسي من هذه الاتفاقيات ، ألا وهو توحيد نظام القانون الجوي الدولي² .

وقد أصبحت اتفاقية مونتريال منذ دخولها حيز التنفيذ في ٤ نوفمبر ٢٠٠٣ هي الاتفاقية الدولية المطبقة في مجال النقل الجوي ، وبذلك فقد أسدل الستار على أحكام اتفاقية وارسو القديمة وتعديلاتها بالنسبة للدول التي صدقت عليها³ . وبموجب هذه الاتفاقية الجديدة فقد تم تعديل أساس مسؤولية الناقل الجوي وفقا للحالات التالية:

١- أصبح الأساس هو الخطأ العقدي المفترض الذي يقبل إثبات العكس في حالات التأخير في نقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة (مادة ١٩ من الاتفاقية).

٢- في حالة الأضرار التي تلحق بالبضاعة والأمتعة المسجلة ، فقد أصبحت مسؤولية الناقل عن هذه الأضرار مسؤولية موضوعية قوامها الضرر (مادة ١٨ من الاتفاقية). أما بالنسبة للأضرار التي تصيب الأمتعة الشخصية غير

¹ د.أماني أحمد عبدالله موسى ، تطور طرق دفع المسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م ، مجلة العدل ، وزارة العدل بالسودان ، العدد الثاني والأربعون ، السنة السادسة عشرة ، ٢٠١٤ ، ص ١٢٠ .

² المرجع السابق.

³ أنظر في ذلك :

Auréliе VAUDRY, La responsabilité civile des transporteurs aériens : une protection accrue des passagers, article publié le 23/08/2015 sur le site : http://www.avocats-picovschi.com/la-responsabilite-civile-des-transporteurs-aeriens-une-protection-accrue-des-passagers_article_286.html.

المسجلة ، فتقوم مسؤولية الناقل الجوي على أساس الخطأ واجب الإثبات (مادة ٢/١٧ من الاتفاقية).

٣- في حالة الأضرار التي تصيب المسافرين من وفاة أو إصابة أو جرح ، فقد فرقت الاتفاقية بين مطالبة المضرور بتعويض لا يتجاوز مائة ألف وحدة نقد ، حيث يكون أساس المسؤولية هو المسؤولية الموضوعية (مادة ١/٢١ من الاتفاقية) ؛ وبين مطالبة المضرور بتعويض يتجاوز مائة ألف وحدة نقد ، إذ يكون أساس المسؤولية الخطأ العقدي المفترض الذي يقبل إثبات العكس (مادة ٢/٢١ من الاتفاقية).

وبذلك فقد جمعت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ بشكل فريد كل أحكام المسؤولية الواردة في اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها ، حيث اعتمدت على الخطأ العقدي المفترض في حالتين هما : التأخير في نقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة ، وحالة مطالبة المضرور بتعويض يتجاوز مائة ألف وحدة نقد. كما تبنت الاتفاقية أساس قانوني آخر يتمثل في فكرة المسؤولية الموضوعية في حالتين هما : الأضرار التي تلحق بالبضاعة ؛ وحالة مطالبة المضرور ، في نقل الركاب، بتعويض لا يتجاوز مائة ألف وحدة نقد^١.

المبحث الأول

أطراف دعوى المسؤولية

يتمثل أطراف دعوى مسؤولية الناقل الجوي ، كما في سائر الدعاوى التي ترفع أمام القضاء ، في صاحب الدعوى ومن ترفع الدعوى في مواجهته^٢ ، أي في

^١ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٤٠ .

^٢ انظر :

J. BONNECASE, M. LABORDE-LACOSTE, Précis élémentaire de procédure civile et voies d'exécution, Recueil SIREY, 1932, n 35 et s., p 21 et s. ; H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, réédition, Paris, Dalloz, 1991, n 83 et s., p 84 et s. ; G. COUCHEZ, *op.*, n 219 et s., p 176 et s. ; G. BOLARD, « Les garanties du procès civil », *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, n^{os} 2329 et s. p 531 et s.

المدعي ، وهو الطرف المضرور من الخطأ راكبا كان أم شاحنا ، والمدعى عليه وهو الناقل الجوي. ومن المسلم به اختلاف أطراف دعوى المسؤولية في حالة نقل الأشخاص والأمتعة عن نقل البضائع من حيث تحديد صفة المدعى والمدعى عليه ، حيث أنه في حالة نقل الأشخاص والأمتعة قد لا يقتصر الأمر على الراكب والناقل الجوي ، بل يمتد ليشمل أشخاص آخرين. وهو الوضع ذاته في نقل البضائع ، حيث قد لا تقتصر الدعوى على المرسل والمرسل إليه والناقل الجوي فحسب ، بل قد تشمل أطراف أخرى يحملون صفة المدعى أو المدعى عليه ، وهو ما سنحاول تفصيله في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

المدعي (Le demandeur)

المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته ، فهو من يرفع الدعوى أو على الأقل من ينوب عنه قانونا ، كالولي والوصي ، أو اتفاقا ، كالوكيل. ويختلف المدعي في دعوى المسؤولية التي تقام ضد الناقل الجوي باختلاف عملية النقل التي قد تكون للأشخاص والأمتعة أو للبضائع :

أولا : بالنسبة لنقل الأشخاص والأمتعة :

يكون المدعي في هذا النوع من النقل هو المسافر نفسه. أما إذا توفي المسافر فإن الحق في تحريك الدعوى على الناقل ينتقل بالبداهة إلى ورثته¹. ولكن ثار رغم ذلك خلاف كبير بشأن تحديد الأشخاص ، على وجه الدقة ، الذين يحق لهم رفع الدعوى في حالة وفاة المسافر ، لأن اتفاقية وارسو قد التزمت الصمت وتركت هذا الموضوع دون معالجة ، واكتفت بالإحالة في هذا الشأن إلى القانون الوطني (مادة ٢/٢٤ من اتفاقية وارسو).

¹ انظر في هذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية :

Css. civ 1, 28/ 10 / 2003, Bulletin 2003 I N° 219 p. 172 ; Dalloz, 2004, Jur. p.233.

ويرى جانب من الفقه^١ أن الأشخاص الذين يحق لهم رفع الدعوى على الناقل عند وفاة المسافر ، يستقل بتحديدهم قانون القاضي الذي يُنظر النزاع أمامه. بينما ذهب رأي آخر في الفقه^٢ - نرجحه - إلى ضرورة الاحتكام لقانون دولة المسافر بشرط عدم مخالفته للنظام العام وفقا لقانون المحكمة التي يُعرض عليها النزاع ، وذلك كله ما لم تكن المحكمة التي تنظر النزاع هي محكمة قانون دولة المسافر المتوفى.

والأصل في القانون المصري ، في حالة نقل الأشخاص والأمتعة ، أن الحق في رفع الدعوى يكون للمضروب نفسه أو لورثته في حالة وفاته أو للأشخاص الذين يعولهم تنفيذا لالتزام بالنفقة. مع ملاحظة ، أن لورثة الراكب في حالة وفاته دعويان : الأولى هي دعوى أساسها عقدي وتنتقل إليهم مع التركة ، وهي دعوى مورثهم عن الضرر الذي أصابه قبل وفاته ؛ والثانية هي دعوى أساسها المسؤولية التقصيرية، وتستند إلى الضرر الشخصي الذي أصابهم نتيجة فقد مورثهم^٣. وقد أكدت ذلك المادة ٢٧١ من قانون التجارة المصري الجديد بنصها على أنه " يجوز لورثة الراكب وللأشخاص الذين يعولهم تنفيذا لالتزام بالنفقة ، إقامة دعوى المسؤولية على الناقل لمطالبته بتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثهم أو عائلهم سواء وقعت الوفاة إثر الحادث مباشرة أو بعد انقضاء فترة زمنية من وقوعه ".

ويلاحظ وفقا للنص السابق ، أن المشرع المصري قد توسع في تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم رفع الدعوى على الناقل الجوي ، بحيث انه من الممكن أن يكونوا من الورثة^٤ أو غير الورثة من الأشخاص الذين كان يعولهم الراكب

١ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨.

٢ د. أبو زيد رضوان ، القانون الجوي ، قانون الطيران التجاري ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢ ، ص ٣٩٤ ؛ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٤٠ ؛ وانظر كذلك :

M. LITVINE, Droit Aérien, Bruylant, BRUXELLES, 1970, p: 217.

٣ نقض مدني ، الطعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٨٥ ، مجموعة النقض ، ص ٣٦ ، ج ١ ، ص ٤٢٧.

٤ مع ملاحظة انه بالنسبة للحمل المستكن فلا يكون للزوجة التي توفي عنها زوجها أن تطالب بالتعويض لمن تحمله إلا بولادته حيا ، وتطبيقا لذلك فقد قضى بأن " مفاد النص في المادة ٢٩ من القانون المدني يدل على

تنفيذا لالتزام بالنفقة، كالأقارب المحتاجين خاصة من ذوي القرابة البعيدة¹ .
وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتمياً والعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر هي ثبوت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس وذلك بغض النظر عن قرابة المضرور للمتوفى أو وراثته له، ذلك لأن المضرور يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه هو نفسه وقد وقع فعلاً أو ثبت أنه سيقع حتماً ، وذلك بخلاف التعويض عن فوات الفرصة وهو الأمر الذي لا يثور إلا إذا كان المتوفى لا يعول الطالب. لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدهم - الأول عن نفسه ومن الثاني حتى الخامسة - والدي وأخوة المجني عليه - - بالتعويض عن ضرر مادي لحقهم جراء وفاته على سند مما أورده بأسبابه من أن الثابت من الإعلام الشرعي الخاص به أنه العائل الوحيد لهم وأنهم ممن تجب عليه نفقتهم شرعاً رغم أن الإعلام الشرعي خلا مما يفيد هذه الإعالة ، وهو لم يعد أصلاً لإثبات ذلك كما أن الضرر المطالب بالتعويض عنه هو الذي تحقق بالفعل بسبب وفاة مورثهم. الأمر الذي حجبه عن

أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون، وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه، واعترف له قانون المواريث بالحق في الإرث ، كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصي له به، أما حقه في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً فلم يعينه القانون وترك أمره للقواعد العامة والتي تأتي على الحمل المستكن الذي لم يولد بعد ، وقد انعدم إدراكه ، أن يكون محلاً لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة " نقض مدني مصري ، الطعن رقم ٣٩٤٥ لسنة ٧٤ ق، جلسة ٢٠٠٧/٢/١١، حكم غير منشور ، شبكة قوانين الشرق ، آخر تاريخ للزيارة ٢٠١٧/٥/٥ .

¹ وهو نفس اتجاه المشرع الإماراتي في المادة ١٤٠ من قانون المعاملات التجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣ ، والمشرع الليبي في المادة ٦٣٥ من القانون التجاري رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٠. وفي المقابل ، فقد حصر كل من القانون التجاري العماني والبحريني والقطري والكويتي حق رفع الدعوى في المسافر نفسه والورثة فحسب.

بحث إعالته لهم بالفعل قبل الوفاة على نحو دائم ومستمر ، وهو ما يعيبه بمخالفة القانون والقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق مما يوجب نقضه جزئياً في هذا الخصوص " ١ .

وفي النقل الجوي الدولي ، ففي حال رفع الورثة أو الأشخاص الذين يعولهم المسافر الدعوى بسبب وفاة الأخير ، فإنه لا يجوز أن ترفع هذه الدعوى إلا وفقاً للأوضاع والشروط والحدود المقررة في الاتفاقيات الدولية المعنية. ويقصد بذلك أن التعويض يخضع للحد الأقصى المقرر في هذه الاتفاقيات ، ولا يستطيع الورثة والأشخاص الذين كان يعولهم المسافر أن يرجعوا على الناقل بتعويض كامل بمقتضى دعوى مبنية على أساس المسؤولية التقصيرية. وهو ما أكدته المادة ٢٤ / ١ من اتفاقية وارسو بنصها على انه " في حالة نقل الركاب والأمتعة لا يجوز رفع اي دعوى مسائلة مهما كان سندها إلا وفقاً للشروط والحدود المقررة في هذه الاتفاقية دون مساس بمسالة تحديد الاشخاص الذين لهم حق المقاضاة وبحقوق كل منهم ". كما نصت ذات المادة في فقرتها الثانية بعد تعديلها بموجب بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١ على انه " ٢- لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت في حالات نقل المسافرين والأمتعة بالمطابقة لأحكام هذه المعاهدة أو بسبب عقد أو عمل غير مشروع إلا وفقاً للشروط والحدود المقررة في هذه المعاهدة وذلك دون إخلال بتحديد الأشخاص الذين لهم حق التقاضي ولا بحقوق كل منهم. وتشكل حدود المسؤولية المذكورة الحدود القصوى التي لا يجوز تجاوزها مهما كانت الظروف المسببة للمسئولية ".

وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية بأن " مقتضى نص المادة ٢٤ من اتفاقية فارسوفيا " أنه لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة الراكب أو إصابته إلا بالشروط وفي الحدود المقررة

¹ نقض مدني مصري ، الطعن رقم ١٣٣٨٦ لسنة ٧٧ ق، جلسة ٢٨ / ٢ / ٢٠١٠ ، حكم غير منشور، شبكة قوانين الشرق:

<http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?l=310091&H=&HM=1>

آخر تاريخ للزيارة ٢٩ / ٣ / ٢٠١٧ .

في الاتفاقية ، وهي على النحو سالف البيان ، بلا مراة المسؤولية العقدية التي تحدت قبل كل مسافر وتنتقل إلى خلفه العام عند وفاته دون إخلال بتحديد الأشخاص الذين لهم حق التقاضي ولا بحقوق كل منهم في هذا الشأن ، وكانت مصر قد وافقت على الاتفاقية بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ كما وافقت على بروتوكول لاهاي المعدل لها بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، فإن أحكام تلك الاتفاقية تكون هي الواجبة التطبيق في هذا الخصوص باعتبارها مقيدة لما سبقها من تشريعات " ١ .

وقد أكدت هذا الاتجاه المادة ٢٩ من الاتفاقية الجديدة الموقعة في مونتريال عام ١٩٩٩ بنصها على انه : « في حال نقل الركاب والأمتعة والبضائع ، لا يجوز رفع أي دعوى للتعويض ، مهما كان سندها ، سواء كان بمقتضى هذه الاتفاقية أو بناء على عقد أو بسبب عمل غير مشروع أو لأي سبب آخر ، إلا وفقاً لشروط وحدود المسؤولية المقررة في هذه الاتفاقية ، دون المساس بمسألة تحديد الأشخاص الذين لهم حق المقاضاة وبحقوق كل منهم. ولا يمكن المطالبة في أي دعوى كهذه بأي تعويضات جزائية أو رادعة أو أي تعويضات تخرج عن نطاق التعويض عن الضرر " .

ويلاحظ أخيراً ، انه نظراً لأن حوادث الطيران عادة ما ينتج عنها متضررين متعددين باعتبار هذا النوع من النقل يتم استيعاب عدد أكبر من الركاب في رحلة واحدة ، فيتصور أن يطلب أي من هؤلاء الركاب التدخل في دعوى قائمة مرفوعة من راكب آخر على ذات الناقل الجوي ، خاصة وانه لا يشترط في هذه الحالة تقديم الطلب العارض بالتدخل أمام المحكمة المختصة محلياً بالنسبة لهذا الطلب ٢ ، وهو ما ينتج عنه حالة تعدد للمدعين في الدعوى. وبذلك فإن دعوى مسؤولية الناقل الجوي التي يرفعها المسافر أو ورثته قد يتسع نطاق الخصومة فيها من حيث أطرافها بتدخل الغير في الدعوى في مواجهة المدعى عليه. حيث يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل

١ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ ، الطعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، ص ٤٢٧ .

٢ تنص المادة ٦٠ / ١ من قانون المرافعات على ان " تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية بالفصل في الطلبات العارضة " .

في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى الأصلية (مادة ١٢٦ / ١ مرافعات). ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهه في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (مادة ١٢٦ / ٢ مرافعات).

والتدخل المتصور حدوثه - من وجهة نظرنا - غالبا ما سيكون تدخلا انضماميا مستقلا^١، وخاصة من جانب الركاب المتضررين الآخرين الذين وقع عليهم الضرر أثناء نفس الرحلة الجوية، على اعتبار أن كل واحد منهم سيطالب بحق ذاتي مستقل لنفسه نتيجة الضرر الذي ألم به سواء من الإصابة أو التأخير في مواجهة أحد طرفي الخصومة الأصلية وهو الناقل الجوي. وهذا التدخل يحقق بلا شك فوائد عملية كثيرة متمثلة في اختصار الوقت والنفقات وتجنب صدور أحكام متناقضة بالنسبة لنفس وقائع القضية سواء عرضت الدعوى أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخرى.

ويتعين في هذا الصدد ملاحظة انه - طبقا لنص المادة ١٢٧ / ١ مرافعات - لا يترتب علي الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم. بمعنى أنه لا يترتب على تقديم الطلب العارض إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية طالما أنها جاهزة للفصل فيها. أما إذا كان الطلب العارض صالحا للحكم فيه وقت الفصل في الدعوى الأصلية فتفصل المحكمة فيهما معا. كما أن للمحكمة الحق في أن تحكم في طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك. فإذا كانت الدعوى الأصلية جاهزة للفصل فيها ولكن رأت المحكمة عدم إمكان الحكم فيها على استقلال، فيجوز لها حينئذ تأجيل الفصل فيها إلى أن يتم تحقيق الطلب العارض والفصل فيهما معا. كما يجوز للمحكمة أن تستبقي طلب التدخل

^١ والتدخل الانضمامي المستقل هو صورة من صور التدخل التي تقترب كثيرا من التدخل الهجومي أو الاختصاصي، وإن كان يختلف عنه في أن المتدخل في هذه الحالة لا يختصم طرفي الخصومة وإنما أحدهما فقط لكي يدافع أو يطالب بحق له هو نفس الحق الذي يطالب به أو يدافع عنه أحد طرفي الخصومة في مواجهة الخصم الآخر. انظر في تفصيل ذلك: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٣٢٨، ٣٢٩.

للحكم فيه بعد تحقيقه حتى لا يتعطل الحكم في الطلبات الأصلية^١ (مادة ١٢٧ / ٢ / مرافعات).

ثانيا : بالنسبة لنقل البضائع :

وفقا لنص المادة ١٤ من اتفاقية وارسو يكون لكل من المرسل والمرسل إليه أن يتمسك عن نفسه بكافة الحقوق المخولة له بموجب الاتفاقية. فالأصل إذن أنه لا يجوز أن تُرفع دعوى المسؤولية على الناقل إلا من جانب من ورد اسمه في خطاب نقل البضاعة (وثيقة الشحن الجوي *Lettre de transport aérien*) أي من المرسل أو المرسل إليه. ويترتب على ذلك حرمان الأشخاص الآخرين الذين قد تتعلق مصالحهم بالبضائع المنقولة دون ارتباطهم بعقد مع الناقل الجوي ، حيث لا يجوز لهم رفع دعوى المسؤولية العقدية وإن كان لهم الحق في مقاضاته استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية. كما يؤدي ذلك إلى حرمان المشتري من رفع دعوى المسؤولية طالما أن اسمه لم يرد بوثيقة الشحن ، ما لم تكن وثيقة الشحن قد صدرت لأمر^٢.

ويظل للمرسل ، وفقا لنص المادة ٤/١٢ ، الحق في رفع دعوى التعويض على الناقل طالما ظل مسيطراً على البضاعة وله حق التصرف بها. ولكن ينتهي حق المرسل في ذلك عندما يبدأ حق المرسل إليه في البضاعة. ويبدأ هذا الحق بتسليم

^١ وقد فصل هذه القاعدة المشرع البحريني في نص المادة ٧٣ من قانون المرافعات بنصه على انه " إذا ظهر للمحكمة أن تعدد المدعين في الدعوى من شأنه أن يحدث ارتباكاً أو تأخيراً في رؤيتها ، جاز لها أن تطلب من المدعين أن يختاروا فيما بينهم طريق الدعوى أو أن تقرر من تلقاء نفسها إجراء محاكمات مستقلة فيها أو تصدر القرار الذي تستصوبه. ويجوز لعدد من الخصوم في القضية الواحدة ، أن يدخلوا طرفاً في الدعوى بصفتهم مدعين أو يضموا في الدعوى كمدعى عليهم ، وذلك إذا كانت هناك صلة في موضوع الدعوى أو سببها ، بحيث لو أقيمت أو أقاموا دعاوى على أفراد لظهر أن بين هذه الدعاوى مسألة قانونية أو واقعية مشتركة. وتصدر المحكمة حكمها لوحد أو أكثر من المدعين كل بمقدار ما يثبت له من استحقاق في الدعوى ، وعلى واحد أو أكثر من المدعى عليهم كل بمقدار ما يثبت عليه من التزام".

^٢ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ ؛ أنظر كذلك في هذا المعنى أحكام الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية :

Cass. com., 14 mai 1991, Bull. IV, 1991, n° 162 ; Cass. com., 7 juin 2005, Bull. IV, 2005, n° 127 ; Cass. com., 13 mars 2007, Bull. IV , n° 88.

المرسل إليه البضاعة أو خطاب النقل ، أو باعتراف الناقل بفقدان البضاعة ، أو بمرور سبعة أيام على اليوم الذي كان يجب أن تصل فيه (مادة ١٣ اتفاقية وارسو). ويحق للمرسل ، بشرط تنفيذه كل الالتزامات الناشئة عن عقد النقل ، التصرف في البضاعة قبل أن يبدأ حق المرسل إليه فيها ، وذلك بسحبها من مطار الوصول أو من مطار القيام ، أو بتسليمها لشخص آخر غير المرسل إليه ، وذلك في حدود القدر الذي لا تضرر معه ممارسة هذا الحق بالناقل أو بالمرسلين الآخرين ، ولكن يقع عليه في هذه الأحوال الالتزام بسداد اية مصاريف تترتب على ممارسته لهذا الحق (مادة ١٢ اتفاقية وارسو). ولذا، فإذا كان المرسل قد أعلم الناقل بضرورة تسليم البضاعة إلى شخص آخر وما زالت البضاعة في الطريق أو لدى وصولها إلى مقصدها ، فإنه يجوز لهذا الشخص مقاضاة الناقل إن هلكت البضاعة أو تلفت ولو لم يرد اسمه في وثيقة شحن البضاعة (مادة ١٢ / ٣ اتفاقية وارسو).

وجدير بالملاحظة انه ، قد يحق لكل من المرسل والمرسل إليه رفع دعوى التعويض على الناقل إذا لحق بكل منهما ضرر من جراء عدم تنفيذ عقد النقل ، ولكن لا يلتزم الناقل في هذه الحالة بدفع التعويض مرتين ، وإنما تقدر قيمة البضائع مرة واحدة ، ولا يحتسب للمرسل أو المرسل إليه سوى التعويض الناتج عن الضرر الزائد على قيمة البضائع^١.

وقد أقر القضاء الفرنسي^٢ بحق شركة التأمين ، المؤمن لديها على البضاعة والتي دفعت التعويض للمرسل أو المرسل إليه ، في أن ترفع دعوى المسؤولية على

^١ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٢٢ ؛ د. د. مصطفى البنداري ، مرجع سابق ، ص ٤٠٩.
^٢ انظر في ذلك :

Cass. com., 13 novembre 2002, publié sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007456307>, ٢٠١٧ / ٣ / ٢٦ آخر تاريخ للزيارة ; Cass. com., 14 decembre 1977, Bull. V, 1977, n° 294, p. 250 ; Cour d'appel de Paris, 3 mars 2000 , publié sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006935959>, ٢٠١٧ / ٣ / ٢٦ آخر تاريخ للزيارة.

الناقل الجوي بمقتضى قاعدة الحلول العيني. فالشركة تحل محل المرسل أو المرسل إليه في حقوقه ومنها حقه في استعمال دعوى المسؤولية.

وفي نفس هذا الاتجاه ، فقد قضت محكمة النقض بأبوظبي بأنه " لما كان من المقرر أن مؤدى حلول شركة التأمين محل المؤمن له في الرجوع على الغير المسئول عن الضرر بما دفعته من تعويض عن هذا الضرر إلى المؤمن له ، أنها تستعمل حق المؤمن له في الرجوع على المسئول عن الضرر المشمول بالتأمين ، والدعوى التي تستعملها شركة التأمين - في هذه الحالة - هي ذات دعوى المؤمن له قبل الغير المسئول عن ذلك الضرر ، وهي إما أن يكون أساسها المسؤولية العقدية إذا كانت هناك علاقة عقدية بين المؤمن له وبين المسئول عن الضرر أو يكون أساسها المسؤولية عن الفعل الضار إذا لم تكن بينهما علاقة عقدية " ١.

المطلب الثاني

المدعى عليه (Le défendeur)

المدعى عليه هو من توجه إليه الطلبات الأصلية بموجب صحيفة افتتاح الدعوى. ويختلف المدعى عليه بحسب ما إذا كان النقل قد تمّ من قبل شخص طبيعي ثم توفي ، أو من ناقلين متتابعين ، أو من ناقل متعاقد وآخر فعلي ، وتثور أيضاً ، في هذا الصدد ، مسؤولية تابعي الناقل ، وكذلك مسألة اختصاص الوكيل بالعمولة ووكالات السياحة وشركات التأمين مع الناقل الجوي ، وذلك كله على التفصيل التالي:

أولاً : حالة وفاة الناقل :

الأصل أن ترفع الدعوى على الناقل نفسه ، لكن إذا توفي الناقل ، فإن الدعوى تُقام ، وفقاً لنص المادة ٢٧ من اتفاقية وارسو ، على من يخلفونه وفي الحدود المقررة. كما تنص المادة ٣٢ من اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ على أنه " في حالة وفاة الشخص الذي تقع عليه المسؤولية ، يجوز أن تُقام دعوى التعويض ، وفقاً

١ محكمة النقض بأبوظبي، الطعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠١٠/٢/٢٥، حكم منشور بشبكة قوانين الشرق، الموقع : <http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?I=338352#503883> آخر تاريخ للزيارة ٢٠١٧/٥/٦.

لأحكام هذه الاتفاقية ضد اصحاب الحقوق الشرعيين في تركته " . ويستوي في ذلك أن يكون الناقل مالكا أو مستأجرا للطائرة أو ناقلا متعاقدا أو فعليا¹ . وبطبيعة الحال فإن هذا الحكم لا ينطبق إلا في حالة ما إذا كان الناقل شخصا طبيعيا ، أما إذا كان شخصا معنويا فلا مجال لانطباقه² .

ثانيا : حالة النقل المتتابع :

النقل المتتابع هو النقل الذي يتم من خلال خطوط جوية مختلفة ويتولاه بموجب عقد واحد أو عدة عقود عدد من الناقلين على طائراتهم بالتتابع³ . وقد ميّزت اتفاقية وارسو ومونتريال في تحديد المدعى عليه في حالة النقل المتتابع بين نقل الأشخاص ونقل البضائع والأمتعة ، وذلك على النحو التالي :

ا- فبالنسبة لنقل الأشخاص ، الأصل ألا تُرفع دعوى المسؤولية ، من قبل المسافرين أو خلفه ، إلا على الناقل الجوي الذي وقع الحادث أو التأخير الذي ترتّب عنه الضرر، وفي مرحلة النقل التي تولاها فقط. ومع ذلك ، فقد أجازت المادة ٢/٣٠ من اتفاقية وارسو رفع الدعوى على الناقل الأول ، ولو كان الضرر قد تحقق في مرحلة تولاها ناقل لاحق له ، إذا كان هذا الناقل قد تعهّد صراحة بمسئوليته عن الرحلة بأكملها. وهو نفس الحكم الذي أكدته المادة ٣٦ / ٢ من اتفاقية مونتريال بنصها على انه " في حالة النقل من هذا النوع ، لا يحق للراكب او لأي شخص يستمد منه حقه في التعويض ، الرجوع إلا على الناقل الذي تولى النقل الذي وقع خلاله الحادث او التأخير ، ما لم يكن الناقل الأول قد اخذ على عاتقه المسؤولية عن الرحلة بأكملها ، بموجب اتفاق صريح " .

1 د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٥٠ .

2 د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٣٣ .

3 وقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩ بشأن النقل المتتابع أن " النقل الذي يتولاه عدد من الناقلين الجويين المتتاليين يعتبر فيما يتعلق بأغراض هذه الاتفاقية نقلا واحداً غير متجزئ إذا ما اعتبره الاطراف عملية واحدة وذلك سواء اكان الاتفاق بشأنه قد ابرم في صورة عقد واحد او سلسلة من العقود ولا يفقد صفته الدولية بمجرد ان تنفيذ احد العقود او سلسلة منها يتم بالكامل داخل اقليم نفس الدولة " .

ب- وبالنسبة لنقل البضائع والأمتعة ، فإن للمرسل أن يرفع الدعوى على الناقل الأول ، وللمرسل إليه رفعها على الناقل الأخير ، ولكل منهما ، فضلاً عن ذلك ، مقاضاة الناقل الذي تولى مرحلة النقل التي وقع خلالها الهلاك أو الضياع أو التلف أو التأخير. ويكون هؤلاء الناقلون جميعاً مسؤولين على وجه التضامن إزاء المرسل إليه (مادة ٣/٣٠ اتفاقية وارسو ؛ ومادة ٣ / ٣٦ اتفاقية مونتريال).

وقد راعت الاتفاقيتان في الحكم المتقدم مصلحة المرسل والمرسل إليه عند التقاضي. فالمرسل يكون عادةً قريباً من الناقل الأول ، والمرسل إليه يكون قريباً من الناقل الأخير. وبتقريرها التضامن بين هؤلاء الناقلين جميعاً فقد كفلت للمضروب الحصول على حقه في التعويض في حالة إعسار أو إفلاس أحدهم.

ولكن ما يتعين ملاحظته في هذا الشأن أن اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ قد أعطت، في مادتها رقم ٣/٣٦ ، الحق في إقامة الدعوى على الناقل الجوي ، ليس فقط للمرسل والمرسل إليه بل أيضاً للراكب المسافر. وفي ذلك تنص المادة ٣/٣٦ من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ على أنه " ٣. فيما يتعلق بالأمتعة أو البضائع ، يحق للراكب أو للمرسل الرجوع على الناقل الأول ، كما يحق للراكب أو المرسل إليه صاحب الحق في الاستلام الرجوع على الناقل الأخير ، وفضلاً عن ذلك ، لكل من الراكب والمرسل والمرسل إليه الحق في الرجوع على الناقل الذي تولى مرحلة النقل التي وقع خلالها التلف أو الضياع أو التعيب أو التأخير ويكون هؤلاء الناقلون مسؤولين بالتضامن تجاه الراكب أو المرسل أو المرسل إليه " . وبهذا تكون ثغرة النقص الخاصة بنقل الأمتعة التي كانت موجودة في اتفاقية وارسو قد تمت تغطيتها. فإذا كانت البضاعة المنقولة تخص كلاً من المرسل والمرسل إليه ، فإن الأمتعة تخص الراكب المسافر أيضاً.

ويلاحظ أن الحكم السابق الذي وضعته اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ قد روعي فيه أن يكون المدعى عليه قريباً من المدعي. فإذا كان المدعي هو المرسل ، فلا شك

في أنه سيكون من الأيسر له مقاضاة الناقل الأول القريب منه. وفي المقابل ، فسيكون الأفضل للمرسل إليه أو الراكب مقاضاة الناقل الأخير باعتباره الأقرب إليه. أما إذا كان مكان وقوع الضرر مجهولا ، فلن يكون أمام المضرور سوى مقاضاة الناقل الأول إذا كان المضرور هو المرسل ، والناقل الأخير في حالة كون المضرور هو المرسل إليه¹.

ثالثا : الناقل المتعاقد والناقل الفعلي :

وفقا للمادة ٣٩ من اتفاقية مونتريال فإن الناقل المتعاقد هو الطرف الأساسي في عقد النقل الجوي أما الناقل الفعلي فهو يقوم بمقتضى ترخيص من الناقل المتعاقد ، بكل او بجزء من عملية النقل.

وتثور الصعوبة في تحديد الشخص الذي يتعين الرجوع عليه عندما يقوم بتنفيذ النقل ناقلون متعاقدون وناقلون فعليون ، خاصة في ظل صمت اتفاقية وارسو عن معالجة هذه المشكلة. ولكن تداركت هذا الأمر اتفاقية جوادا لآخارا الموقعة في المكسيك في ١٨ سبتمبر عام ١٩٦١ والمكملة لاتفاقية وارسو ، حيث نصت في مادتها السابعة على انه " يجوز إقامة دعوى المسؤولية فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي ، إما على هذا الناقل أو على الناقل المتعاقد أو على كل منهما مجتمعين أو منفصلين. وإذا أقيمت الدعوى على أيهما بمفرده جاز له أن يطلب ضم الآخر إلى هذه الدعوى. وينظم قانون محكمة النزاع أثر هذا الضم والإجراءات الخاصة به ". وهو نفس ما أكدته المادة ٤٠ من اتفاقية مونتريال ، بنصها على انه إذا قام ناقل فعلي بكل او بجزء من النقل الذي يخضع لأحكام هذه الاتفاقية ، وفقا للعقد المشار اليه في المادة ٣٩ ، فإن الناقل المتعاقد والناقل الفعلي يكون كلاهما ، ما لم ينص على غير ذلك في هذا الفصل ، خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية ، الاول بالنسبة لمجمل عملية النقل موضوع العقد ، والثاني بالنسبة للنقل الذي يقوم به فقط. كما تنص المادة ٤١ / ٢ من ذات الاتفاقية على انه " تعتبر الافعال والامتناع من قبل الناقل

¹ د. محمود مختار بريري ، قانون الطيران وقت السلم ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ ، ص ٦ ؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢.

المتعاقد او تابعيه ووكلائه ، في نطاق ممارستهم لوظائفهم - فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي - افعالا وامتناعا من قبل الناقل الفعلي ايضا . ومع ذلك فان اي من هذه الافعال او الامتناع لا يخضع الناقل الفعلي لمسؤولية تتجاوز المبالغ المشار اليها في المواد (٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤) وأي اتفاق خاص يتحمل الناقل المتعاقد بمقتضاه التزامات لا تفرضها هذه الاتفاقية ، وأي تنازل عن حقوق او اوجه دفاع تمنحها هذه الاتفاقية ، وأي اقرار خاص بوجود مصلحة في التسليم الى الجهة المقصودة وفق للمادة (٢٢) ، لا يؤثر على الناقل الفعلي إلا بموافقته .

وتطبيقا لما سبق فقد قضت المحكمة العليا بالخرطوم في عام ٢٠٠٧ برفض الطعن المقام من شركة مصر للطيران ضد حكم استئناف الخرطوم الصادر في عام ٢٠٠٦ الذي أيد بدوره حكم محكمة الدرجة الأولى " الذي قضى بمسؤولية شركة مصر للطيران تأسيسا على أن الوقائع الثابتة للمحكمة تتحصل في أنه في ٨ / ٢ / ٢٠٠٤ م غادر المطعون ضده الخرطوم إلى القاهرة على الخطوط الجوية الكينية ومن القاهرة إلى روما على شركة مصر للطيران " الطاعنة " ومن روما إلى جنيف على الخطوط الجوية الإيطالية ، وعند مدينة الوصول وهي جنيف فقد المطعون ضده أمتعته والتي بلغت قيمتها ٨١٤.٤ دولار ، وقد فشلت الطاعنة في تسليم المطعون ضده أمتعته المفقودة ، ولذا أقام المطعون ضده الدعوى أعلاه في مواجهة الطاعنة بصفتها الناقل المتعاقد طالبا القضاء له بأن تقوم الطاعنة بتسليمه أمتعته المفقودة أو قيمتها المبينة أعلاه ، وأن تدفع له مبلغ ٨٠٠ دولار أمريكي قيمة الأمتعة التي قام بشرائها والرسوم وأتعاب المحاماة الاتفاقية وقدرها ٥٠٠.٠٠٠ دينار. فأنكرت الطاعنة الدعوى وبعد سماع البيّنات انتهت محكمة الموضوع إلى إصدار حكم يقضي بأن تدفع الطاعنة للمطعون ضده بمبلغ ٢٣٢.٠٢٠ دينار تعويض عن أمتعته المفقودة والرسوم والأتعاب ، وكان محامي الشركة الطاعنة قد نعى على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه لما قضى بتأييد قضاء محكمة الموضوع لمخالفته نص المادة (٣/٣٠) من معاهدة وارسو ١٩٢٩م ذلك لأن الناقل الأول هو الخطوط الجوية الكينية ، والناقل الأخير الخطوط الجوية الإيطالية وفي هذه الحالة تتعدّد

مسئولية ضياع الأمتعة على واحدة من الشركتين الناقلتين الأولى أو الأخيرة. وقد حسمت المحكمة العليا ذلك الجدل بحكمها بأن ضياع الأمتعة في حالة تعدد الناقلين يعطي المدعي ، طبقا لاتفاقية جوادا لآخارا ١٩٦١ والمكملة لاتفاقية وارسو ، الخيار في مقاضاة الناقل الفعلي أو الناقل المتعاقد أو مقاضاتهما معا^١ .

ويلاحظ انه طبقا للمادتين ٧ من اتفاقية جوادا لآخارا و ٤٠ من اتفاقية مونتريال يجوز إقامة دعوى المسؤولية فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي ، إما على هذا الناقل أو على الناقل المتعاقد أو على كل منهما مجتمعين أو منفصلين. وإذا أُقيمت الدعوى على أيهما بمفرده جاز له أن يطلب ضم الآخر إلى هذه الدعوى. وينظم قانون محكمة النزاع أثر هذا الضم والإجراءات الخاصة به. وبناء عليه ، فإذا رفعت الدعوى على الناقل المتعاقد بمفرده أو الناقل الفعلي فقط جاز لكل منهما بموجب طلب عارض إدخال الآخر في الخصومة. ووفقا لنص المادة ١١٧ من قانون المرافعات المصري فللخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، أي بصحيفة تعلن للشخص المطلوب اختصاصه يراعى فيها كل ما يتطلبه القانون في تحرير صحف الدعاوى وإعلانها مع مراعاة مواعيد الحضور. فلا يكفي لاختصاص الغير إذا إيداء هذا الطلب شفاهة أثناء الجلسة ، لصعوبة افتراض وجود الغير المراد اختصاصه بالجلسة^٢ .

كما يجوز للمحكمة ، ولو من تلقاء نفسها ، طبقا لنص المادة ١١٨ من قانون المرافعات ، ان تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة. وبالتالي يجوز لها إدخال من لم ترفع عليه الدعوى ، سواء كان الناقل المتعاقد أو الناقل الفعلي ، إذا رأت في ذلك تحقيق مصلحة العدالة أو إظهار الحقيقة. وتعين

^١ حكم المحكمة العليا بالخرطوم ، جلسة ٢٩ / ٩ / ٢٠٠٧ ، في الطعن رقم م ع/ط م/٦٧٦/٢٠٠٧م ، حكم منشور بشبكة قوانين الشرق على الموقع الالكتروني :

<http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?l=299252#345052>.

تاريخ آخر زيارة للموقع ١٤ / ٥ / ٢٠١٧.

^٢ انظر في تفصيل ذلك ، د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢ وما يليها.

المحكمة ميعادا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى. وعادة ما تكلف المحكمة بذلك الخصم الذي ترى أن إدخال الغير يكون لصالحه. ويتم اختصام الغير في هذه الحالة كذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

رابعا : الرجوع على الوكيل بالعمولة ووكالات السياحة :

الوكيل بالعمولة في النقل الجوي هو الشخص الذي يقوم بإبرام عقد النقل الجوي مع الناقل باسمه ولحساب الراكب أو مرسل البضاعة^١. وقد عرفت المادة ٢٧٣ من قانون التجارة المصري الجديد الوكالة بالعمولة للنقل بأنها " ١ - عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بان يبرم باسمه ولحساب موكله عقدا لنقل أشياء أو عقد لنقل أشخاص وبأن يقوم عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بهذا النقل . ٢- إذا تولى الوكيل بعمولة النقل بوسائله الخاصة اعتبر ناقلا وتسرى عليه أحكام عقد النقل "

ويلاحظ انه يتعين التفرقة بين الحالة التي يتولى فيها الوكيل بالعمولة النقل بوسائله الخاصة ، سواء بشكل جزئي أو كلي ، حيث يعد ناقلا ويكون للمسافر أو لمرسل البضاعة رفع دعوى المسؤولية عليه في حالة وقوع الضرر. أما إذا اقتصر دور الوكيل بالعمولة على إبرام العقد دون تدخل من جانبه في تنفيذه ، فإنه لا يسأل في هذه الحالة سوى باعتباره وكيلا بالعمولة للنقل وتحدد مسؤوليته طبقا للقواعد العامة^٢.

وطبقا للمادة ٢٧٧ من قانون التجارة الجديد " يضمن الوكيل بالعمولة للنقل سلامة الراكب أو الشيء موضوع النقل . ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك " ، أي انه طبقا لهذا النص يصبح مسئولاً وضامناً لسلامة الراكب أو البضائع منذ تاريخ

^١ د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، القانون الجوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص

١٤٠.

^٢ المرجع السابق ، ص ١٤٢.

استلامها. والتزامه في هذه الحالة يعد التزاما بتحقيق نتيجة ، ولا يستطيع دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي^١.

ووفقا لنص المادة ٢٨١ من قانون التجارة ، يكون لكل من الموكل والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل ، وكذلك لكل من الراكب أو المرسل إليه والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق المذكورة ، وفي جميع الأحوال يجب إدخال الوكيل بالعمولة للنقل في الدعوى.

وبشأن الوكالات السياحية التي تخصص في تنظيم رحلات للسائحين أو المسافرين بشكل عام أو تتوسط في عملية نقل البضائع ويقتصر دورها على مباشرة إجراءات الحجز على الطائرات لصالح الراكب أو الشاحن ، أي أنها لا تتعاقد باسمها وإنما باسم الراكب أو الشاحن الذي تقوم بالحجز لصالحه ، فهي تقوم بخدمات لصالحهما مقابل عمولة ، ولا تكتسب بالتالي صفة الناقل الجوي^٢.

أما إذا قامت الوكالات السياحية بإبرام عقود النقل مع المسافرين أو أصحاب البضائع واستأجرت طائرات ومارست عملية النقل فإنها تعد ناقلا جويا. فإذا أبرمت العقد فقط ثم انفتحت مع ناقل على تنفيذها ، فإنها تعد ناقلا متعاقدًا بينما يعد الناقل الجوي الذي ينفذ العقد ناقلا فعليا ، ويجوز للراكب أو الشاحن الرجوع عليهما واختصاصهما في دعوى المسؤولية وفقا لأحكام اتفاقية مونتريال^٣ السابق الإشارة إليها بشأن الناقل المتعاقد والناقل الفعلي.

خامسا : الرجوع على تابعي الناقل :

يعتبر تابعا كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل. وقد أوضحت المادة ٢١٣ من قانون التجارة المصري الجديد أن مسؤولية

^١ تنص المادة ٢٧٨ من قانون التجارة على انه " ١ - يسأل الوكيل بعمولة للنقل من وقت تسلمه الشيء موضوع النقل عن هلاكه كليا أو جزئيا أو عن تلفه أو التأخير في تسليمه ، ولا يجوز أن ينفي هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ الموكل أو المرسل إليه . ٢- في نقل الأشخاص يسأل الوكيل بالعمولة للنقل عن التأخير في الوصول وعمّا يلحق الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل من أضرار بدنية أو غير بدنية ، ولا يجوز أن ينفي هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب ."

^٢ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ٢ ، ص ٢٢٨.

^٣ المرجع السابق ، هامش ٢ ، ص ٢٢٩.

الناقل تشمل أفعال تابعيه التي تقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. كما أكدت هذه المادة انه يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية عن أفعال تابعيه.

وتأكيدا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن الذي تتحصل وقائعه في أن " المطعون عليهما أقاما الدعوى رقم ٧٣٤ سنة ١٩٧٦ مدني جنوب القاهرة الابتدائية بطلب الحكم بإلزام الطاعنة بأن تدفع لهما مبلغ ٥٠٠٠٠٠ جنيه ، وقالوا شرحاً للدعوى أن المرحومة مورثتهما ومورثة القصر المسؤولين بولاية المطعون عليه الأول ، كانت ضمن ركاب الطائرة التابعة للطاعنة التي سقطت بتاريخ ١٩٧٣/٢/٢١ بصحراء سيناء واحترقت بمن فيها نتيجة خطأ قائدها التابع للطاعنة خطأ جسيماً أدى إلى وفاة المورثة المذكورة ولما كانت الطاعنة مسئولة عن خطأ تابعها ، فضلاً عن مسئوليتها باعتبارها طرفاً في عقد النقل الذي يلتزم الناقل بموجبه ، بتوصيل المسافر سليماً إلى جهة الوصول فقد أقاما الدعوى بطلباتها سائلة البيان. وبتاريخ ١٩٧٦/٤/٣ نديت المحكمة مدير الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ومدير كلية الدفاع الجوي ليقوم كل منهم بنفسه أو يندب أحد الخبراء المختصين التابعين له لبيان أسباب الحادث وبعد أن قدم الخبراء تقريرهم ، طلب المطعون عليهما الحكم بإلزام الطاعنة بأن تدفع مبلغ ٢٦٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي، وبتاريخ ١٩٧٧/١/٢٩ حكمت المحكمة بإلزام الطاعنة بأن تدفع لهما ما يعادل ٢٦٠٠٠٠ فرنك فرنسي بالجنيه المصري محسوباً على أساس الصرف في ١٩٧٣/٢/٢١. استأنفت الطاعنة هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة بالاستئناف رقم ١١٥٩ سنة ٩٤ ق مدني القاهرة.

وبتاريخ ١٩٧٧/١١/٣٠ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض ، ودفع المطعون عليه الأول بعدم قبول الطعن وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الدفع ورفض الطعن .

وقد قررت محكمة النقض في هذا الشأن ان " المستفاد من نصوص المواد ١٧ و ٢٠ و ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المدني المعدلة ببرتوكول لاهاي الذي

وافقت عليه مصر بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو إصابة أي راكب إذا كانت الحادثة التي تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط وهذه المسؤولية مبنية على خطأ مقترض في جانب الناقل ولا ترتفع عنه إلا إذا أثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير اللازمة لتفادي وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها ". وانتهت المحكمة العليا إلى رفض الطعن تأسيساً على أن " لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع وتقضي بما يطمئن إليه وجدانها وحسبها أن تقييم قضاءها على ما يكفي لحمله وإذا كانت قد خلصت في حدود سلطتها التقديرية إلى وقوع خطأ جسيم من قائد الطائرة الطاعنة أدى إلى وقوع الحادث وتوافر مسؤولية الطاعنة عنه وأقامت قضاءها في هذا الشأن على ما يكفي لحمله ، ومن ثم فإن النعي - خلط الحكم بين قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر وبين مجرد وجود علاقة بين الوقائع والضرر إذ اعتبر رابطة السببية قائمة لمجرد وجود العلاقة بين الوفاة وبين وقائع ملكية الطائرة للطاعنة [مؤسسة الخطوط الجوية الليبية] وقيام عقد النقل وخروج قائد الطائرة عن الخط الملاحي إلى أجواء أخرى منشور عنها دولياً أنها مناطق حربية ، وفي حين أن هذا الخطأ من قبل الطائرة البالغ أقصى درجات الجسامة يعتبر المخطئ فيه غير بالنسبة للطاعنة الناقلة في عقد النقل المحدد مداه وأغراضه - لا يعدو أن يكون في حقيقته جديلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض " ١ .

والحقيقة ان اتفاقية وارسو لم تتناول بالتنظيم مسألة رجوع المضرور في عملية النقل على تابعي الناقل. ولهذا إذا ما أقيمت الدعوى على هؤلاء التابعين فما كان بإمكانهم التمسك بمبدأ المسؤولية المحددة لأنهم ليسوا طرفاً في عقد النقل ولا يرتبطون بالتالي بالمضرورين بأي عقد من العقود ، وإنما تتم مقاضاتهم وفقاً لأحكام

١ نقض مدني ، جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ ، الطعن رقم ١٤١ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ ، ج ٢ ، ص ١٩١٦ .

المسئولية التّقصيرية. ولهذا فقد استحدثت بروتوكول لاهاي مادة جديدة اتخذت الرقم ٢٥ (أ) من اتفاقية وارسو ، وقد نصت على انه " ١- إذا رُفعت الدعوى على تابع للناقل بناء على ضرر مما هو مذكور في هذه الاتفاقية ، جاز لهذا التابع ، متى أثبت أنه كان يعمل في نطاق وظيفته ، أن يستفيد من حدود المسئولية التي يستطيع الناقل التمسك بها طبقاً للمادة (٢٢). ٢- ولا يجوز أن يزيد على الحدود المذكورة المبلغ الكلي للتعويض الذي يمكن الحصول عليه في هذه الحالة من الناقل وتابعيه. ٣- ولا تنطبق نصوص الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة إذا ثبت أن الضرر يرجع إلى فعل أو امتناع من جانب التابع قد تمّ إما بنية إحداث ضرر ، وإما عن رعونة ووعي باحتمال نشوب ضرر " .

وقد أكدت اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ ، الأحكام السابقة المتعلقة بتابعي الناقل ، في المادتين ٤٣ و ٤٤ منها ، حيث نصت المادة ٤٣ على ان التابعين والوكلاء : " فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي ، فإن كل تابع او وكيل لهذا الناقل او للناقل المتعاقد ، اذا ما اثبت انه قد تصرف في نطاق ممارسته لوظيفته ، يحق له الاستفادة من شروط وحدود المسئولية المقررة بمقتضى هذه الاتفاقية للناقل الذي يتبعه او يعمل وكيلا له ، إلا اذا ثبت انه تصرف بطريقة تحول دون الاستناد الى حدود المسئولية وفقا لهذه الاتفاقية. كما نصت المادة ٤٤ من هذه الاتفاقية على انه " فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي ، فان مجموع مبالغ التعويض التي يجوز الحصول عليها من هذا الناقل ومن الناقل المتعاقد ومن تابعيهما ووكلائهما اذا كانوا قد تصرفوا في نطاق ممارستهم لوظائفهم ، لا يجوز ان يزيد عن اقصى تعويض يمكن فرضه على الناقل المتعاقد او على الناقل الفعلي بمقتضى هذه الاتفاقية على ان المسئولية التي تلقى على عاتق اي من الاشخاص المذكورين في هذه المادة لا يجوز ان تتعدى الحد الذي ينطبق عليه " .

وما سبق يؤكد أهمية اتفاقية مونتريال التي كفلت في الحقيقة العديد من الضمانات سواء للمضروب أو للناقل وتابعيه ، كما حدثت من ناحية أخرى من مسألة تتبع البروتوكولات والوثائق الدولية المتعددة المكملة لاتفاقية وارسو^١.

وفيما يتعلق بالنقل الداخلي ، فطبقا لنص المادة ٢٩٣ من قانون التجارة "

١- إذا أقيمت دعوى التعويض على أحد تابعي الناقل أو أحد وكلائه جاز له التمسك بتحديد المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٢٩٢ من هذا القانون إذا ثبت أن الفعل الذي أحدث الضرر وقع منه أثناء تأدية وظيفته. ٢ - ولا يجوز لتابع الناقل أو وكيله التمسك بتحديد مسؤوليته إذا ثبت أن الضرر نجم عن فعل أو امتناع منه أثناء تأدية وظيفته بقصد إحداث الضرر أو برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر . ٣ - ولا يجوز أن يزيد مجموع ما يحصل عليه طالب التعويض من الناقل وتابعيه ووكلائه عن الحدود المنصوص عليها في المادة ٢٩٢ من هذا القانون " ^٢.

سادسا : اختصاص شركة التأمين :

يجوز للمدعى في دعوى مسؤولية الناقل الجوي اختصاص شركة التأمين بجوار الناقل الجوي بناء على وثيقة التأمين المعقودة بينهما لكي تضمن أداء مبلغ التعويض الذي قد يحكم به لمصلحة المدعي إذا ما ثبتت مسؤولية الناقل عن الحادث المطالب بتعويض الضرر الناشئ عنه.

^١ وافق عليها رئيس الجمهورية بموجب قراره رقم ٢٧٦ لسنة ٢٠٠٤ بتاريخ ٢٨ / ٨ / ٢٠٠٤ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ ، بتاريخ ٢٣ / ٤ / ٢٠٠٥ ، وتم العمل بموجب هذا القرار منذ تاريخ ٢٥ / ٤ / ٢٠٠٥ .
^٢ تنص المادة ٢٩٢ من قانون التجارة المصري الجديد على انه " ١ - لا يجوز في حالة نقل الأشخاص أن يجاوز التعويض الذي يحكم به على الناقل الجوي مائة وخمسين ألف جنيه بالنسبة إلى كل مسافر إلا = إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المبلغ . ٢ - وفي حالة نقل الأمتعة والبضائع لا يجوز أن يجاوز التعويض خمسين ألف جنيه عن كل كيلو جرام . ومع ذلك إذا أعلن المرسل عند تسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل أنه يعلق أهمية خاصة على تسليمها في مكان الوصول نظرا لقيمتها ودفع ما يطلبه الناقل من أجره إضافية نظير ذلك ، ألتمزم الناقل بأداء التعويض بمقدار القيمة التي أعلنها المرسل إلا إذا أثبت الناقل أنها تجاوز القيمة الحقيقية للشيء. ٣- وبالنسبة إلى الأشياء الصغيرة أو الشخصية التي تبقى في حراسة المسافرين أثناء السفر لا يجاوز التعويض الذي يحكم به لكل مسافر عن تلك الأشياء خمسمائة جنيه . ٤- ولا يجوز للناقل الجوي التمسك بتحديد المسؤولية المنصوص عليها في هذه المادة إذا ثبت أن الضرر نجم عن فعل أو امتناع من الناقل أو من تابعيه أو وكلائه أثناء تأدية وظائفهم بقصد إحداث الضرر أو برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر " .

ولكن من البديهي ، في هذا الصدد ، ملاحظة أن مسؤولية شركة التأمين عن التعويض تدور وجودا وعدما مع مسؤولية الناقل الجوي. وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " متى كان اختصام شركة التأمين أمام محكمة الموضوع مبناه وثيقة التأمين المعقودة بينها كمؤمنة وبين شركة مصر للطيران كمؤمن لها تضمن شركة التأمين بموجبها أداء مبلغ التعويض الذي يحكم به ضد شركة مصر للطيران إذا ما ثبتت مسؤوليتها قبل الغير عن الحادث المطالب بتعويض الضرر الناشئ عنه ، وكان الثابت أن الحكم المطعون فيه - والذي لم يقبل الطعن عليه بالنسبة لشركة الطيران (المؤمن لها) - قد قضى برفض الدعوى لانتفاء مسؤولية الشركة المذكورة عن حادث الطائرة المطالب بالتعويض من أجله ، فإن لازم ذلك زوال السبب الذي تقوم عليه مخاصمة شركة التأمين (الشركة المؤمنة) بانتفاء مسؤولية المؤمن لها بحكم نهائي ، ومن ثم فإن الطعن بالنسبة لشركة التأمين يكون غير مقبول أيضا تبعا لعدم قبوله بالنسبة للشركة المؤمن لها " ¹.

كما قضت محكمة تمييز دبي ، في هذا الشأن ، بأنه ((حيث إن الطعن أقيم على سببين تنعي الطاعنة بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق إذ قضى برفض الدعوى قبل المطعون ضدها الثانية بمقولة أن البضاعة تمت مصادرتها من قبل سلطات الأمن في الاتحاد السوفيتي وأنه تم الاستيلاء على البضاعة ، وأن الاستيلاء من الاستثناءات من التغطية التأمينية ، في حين أن الثابت بالمستندات أن بضائع الطاعنة قد فقدت ، وأن وثيقة تأمين هذه البضائع ضد الفقد أو التلف ، وأنها لم توقع على أي شروط أو استثناءات على الوثيقة كما ورد بالحكم المطعون فيه وإذا لم يلزم الحكم المطعون فيه المطعون ضدها الثانية بالتضام مع المطعون ضدها الأولى بالمبلغ المقضي به فإنه يكون معيباً مما يستوجب نقضه.

¹ نقض مندي ، جلسة ١٥/٣/١٩٦٦ ، الطعن رقم ٢٨٣ ، لسنة ٣١ ق ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧ ، ص ٥٨٥.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن من المقرر -في قضاء هذه المحكمة - وفقاً لما تقضي به المادة (١٠٣٤) من قانون المعاملات المدنية - بأن التزام المؤمن بأداء الضمان أو المبلغ المستحق إلى المؤمن له أو المستفيد على الوجه المتفق عليه لا يكون إلا عند تحقيق الخطر المؤمن منه المحدد في العقد مما مؤداه أنه يجوز في عقد التأمين الاتفاق على استبعاد بعض المخاطر بشروط معينة من التغطية التأمينية ، ويترتب على ذلك عدم الالتزام بالضمان إذا حدث الضرر نتيجة الخطر المستبعد ، ومن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز التمسك أمام محكمة التمييز بدفاع غير متعلق بالنظام العام يقوم على واقع لم يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة قبل المطعون ضدها الثانية على ما أورده بأسبابه من أن " البين من جدول بوليصة الشحن الجوي الملحق بوثيقة تأمين البضاعة موضوع الدعوى على أن التأمين يغطي كافة المخاطر المتعلقة بفقدان أو تلف البضاعة المؤمن عليها بالضرر باستثناء الاستيلاء أو المصادرة أو الإغفال أو الحجز (باستثناء القرصنة) وعواقب ذلك أو أي تهديد بمحاولة ذلك ولما كان البين للمحكمة أن البضاعة موضوع المطالبة تمت مصادرتها من قبل سلطات الأمن في الاتحاد الروسي وحيث أن المصادرة مستثناة من التغطية التأمينية - مما مفاده - أن المستأنف ضدها الثانية شركة للتأمين والحالة هذه غير ملزمة بتغطية التأمين على البضاعة المصادرة موضوع المطالبة " وإذا كان ما خلص إليه الحكم سائغاً ومما له أصل ثابت بالأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ، وكان ما تثيره الطاعنة بسبب النعي من عدم توقيعها على الاستثناءات الواردة بوثيقة التأمين واقعاً غير متعلق بالنظام العام لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع فإن النعي يكون غير مقبول))^١ .

^١ محكمة تمييز دبي، الطعانان ١٣١ و ١٣٣ لسنة ٢٠٠٩ تجاري، جلسة ٢٠١٠/٢/٨، حكم منشور بشبكة قوانين الشرق، الموقع

<http://www.eastlaws.com/AhkamView.aspx?I=374165#631704>

آخر تاريخ للزيارة ٢٠١٧/٥/٦ .

• تطبيق الأحكام السابقة على النقل الجوي الداخلي :

لا يخفى أن الأحكام السابقة المتعلقة بتحديد أطراف دعوى مسئولية الناقل الجوي تنطبق على النقل الجوي الدولي ، ولكن إزاء عدم تناول المشرع المصري أغلب هذه الموضوعات في قانون التجارة الجديد ، فلا مفر من تطبيقها على النقل الجوي الداخلي. وما يؤيد هذه الوجهة من النظر أن المشرع المصري قبل صدور قانون التجارة في عام ١٩٩٩ قد أخضع أحكام المسئولية في النقل الجوي بنوعيه الدولي والداخلي لاتفاقية وارسو والاتفاقات المعدلة والمكملة لها ، وذلك بموجب المادة ١٢٣ من قانون الطيران المدني. ويضاف إلى ذلك ، أن المادة ١٢٣ سالفه الذكر بنصها على أن " تطبق أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ والاتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها المنضمة إليها الجمهورية على النقل الجوي الدولي والداخلي وكذلك الاتفاقيات التي قد تنضم إليها الجمهورية فيما بعد في هذا الخصوص " فهي لم تتضمن أحكاما تخالف أو تعارض نص الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة ، ومن ثم فلا يمكن اعتبارها ملغاة^١.

المبحث الثاني

الحكمة المختصة بدعوى المسئولية

التعريف بالاختصاص القضائي :

حينما تثار مشكلة قانونية يراد حلها عن طريق اللجوء إلى القضاء ، تطرح العديد من التساؤلات القانونية ، والتي يأتي في مقدمتها تحديد جهة القضاء التي تختص بالدعوى ، ثم تحديد أي من المحاكم داخل هذه الجهة هي المنوط بها الفصل في هذا النزاع. ومن هنا تظهر أهمية قواعد الاختصاص القضائي والتي تضع لنا حلولاً للتساؤلات السابقة . ولذا ، يعرف الاختصاص القضائي (La

^١ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٣٥.

compétence judiciaire) بأنه السلطة التي يخولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع معين يراد عرضه أمام القضاء¹.

وتتعدد قواعد الاختصاص : فمنها ما يحدد المشرع عن طريقها اختصاص كل جهة من جهات القضاء ، وهي قواعد الاختصاص الوظيفي أو الولائي ؛ ومنها ما تحدد اختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم وهي قواعد الاختصاص النوعي ؛ كما توجد القواعد التي يمكن عن طريقها تقدير قيمة الدعوى ، سواء كان محلها مبلغا من النقود أو لم يكن محلها كذلك ، وهي قواعد الاختصاص القيمي ؛ وأخيرا القواعد التي تبين الاختصاص الإقليمي لكل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة ، وهي قواعد الاختصاص المحلي. وتتضافر قواعد الاختصاص جميعا ، والتي ينظمها قانون المرافعات المدنية والتجارية ، في تحديد المحكمة التي تختص دون غيرها بنظر نزاع معين يراد رفعه أمام القضاء .

ويلاحظ في إطار تحديد المحكمة المختصة بدعوى مسئولية الناقل الجوي اختلاف هذه المحكمة بحسب طبيعة الدعوى المرفوعة على الناقل الجوي وتعلقها بنقل جوي داخلي أو دولي ، وهو ما سيكون محلا للبحث في المطالبين التاليين.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بالدعوى

في النقل الجوي الداخلي

عندما يخفق الناقل الجوي في تنفيذ الإلتزامات التي يحملة بها عقد النقل الجوي ويترتب على ذلك ضرر لمستعمل الطائرة ، فمن البديهي أن يلجأ الأخير إلى

¹ انظر في ذلك : د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ ؛ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٧٧ ؛ د. نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية (الاختصاص - الدعاوى - الخصوم) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٥ ؛ وأنظر كذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaire*, DALLOZ, 5^e éditions 1999, p. 186 et 187 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, LITEC, 1992, p. 217 ; G. COUCHEZ, *op.*, p. 36 ; J. BEAUCHARD, La détermination des règles de compétence (d'attribution et territoriale); les extensions de compétence, *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n^{os} 319 et s., p. 74 et s.

القضاء للمطالبة بحقه في التعويض المناسب الذي يجبر هذا الضرر ، وهنا تثار مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى مسؤولية الناقل الجوي.

وحيث أن عقود النقل الجوي الداخلي تخضع لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، الذي يقضي في مادته السادسة باعتبار النقل الجوي عملا تجاريا ، فإن تحديد المحكمة المختصة قيما ومحليا بنظر دعوى المسؤولية يكون وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

وبناء عليه ، تختص بدعوى مسؤولية الناقل الجوي قيما إما المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بحسب قيمة التعويض الذي يطالب به المدعى. فتختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في دعوى مسؤولية الناقل الجوي إذا لم تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه (مادة ٤٢ مرافعات). بينما تختص بها المحكمة الابتدائية إذا تجاوزت قيمتها أربعين ألف جنيه ، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرة آلاف جنيه (مادة ٤٧ مرافعات).

وطبقا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي تختص محكمة موطن المدعى عليه بالدعوى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم (مادة ٤٩ مرافعات). مع ملاحظة انه في الدعاوى المتعلقة بالشركات ، كشركات النقل الجوي ، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها. ويجوز رفع الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع (مادة ٥٢ مرافعات).

فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة علي موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (مادة ٦١ مرافعات).

ولكن تأسيساً على أن النقل الجوي يعد عملاً تجارياً فينعتد الاختصاص بنظر
الدعوى المتعلقة بالمسائل التجارية - باستثناء مسائل الإفلاس - لإحدى محاكم
ثلاث، وهي :

- ١- محكمة موطن المدعى عليه ، وفقاً للقاعدة العامة.
- ٢- أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو في جزء منه في دائرتها.
- ٣- أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها (مادة ٥٥ مرافعات) ،
وذلك كله وفقاً لاختيار المدعي للتيسير عليه ، نظراً لما تحتاجه المسائل
التجارية من عامل السرعة ^١.

المطلب الثاني

المحكمة المختصة بالدعوى

في النقل الجوي الدولي

أولاً : تعدد المحاكم المختصة بالدعوى وفقاً للاتفاقات الدولية :

تنص المادة ٢٨ من اتفاقية وارسو ، في إطار تحديدها للمحكمة المختصة
بنظر دعوى مسؤولية الناقل في مجال النقل الجوي الدولي ، على أنه " ١- يجب
على المدعي رفع دعوى المسؤولية طبقاً لاختياره في إقليم أحد الأطراف السامية
المتعاقدة ، إما أمام محكمة موطن الناقل أو المركز الرئيسي لنشاطه ، أو الجهة التي
يكون له فيها منشأة تولت عنه إبرام العقد ، وإما أمام محكمة جهة الوصول.
٢- وينظم قانون محكمة النزاع إجراءات الدعوى "

وبناء على ذلك ، فيجب أن تقام الدعوى في إقليم إحدى الدول المتعاقدة وذلك
كي تضمن تقيد المحكمة المعروض عليها النزاع بنصوص وأحكام الاتفاقية. كما
يشترط لانعقاد الاختصاص للمحاكم المشار إليها في المادة ٢٨ سالف الذكر من
الاتفاقية أن تكون هذه المحاكم واقعة في إقليم إحدى الدول المنضمة لاتفاقية وارسو ،
وهو أمر بديهي حتى يمكن إلزامها وتقييدها بنصوص هذه الاتفاقية ^٢. ويسري على

^١ د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ١٩٨.

^٢ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٢٩.

إجراءات التقاضي قانون المحكمة المعروض عليها النزاع ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الإسناد السائدة في القانون الدولي الخاص والمتعلقة بإجراءات التقاضي^١ . والاختصاص الذي حددته المادة ٢٨ سالفه الذكر يشمل جميع أنواع دعاوى المسؤولية التي يرفعها المتضررون أو ورثتهم ، سواء بالنسبة لحوادث الركاب المسافرين ، أو الأمتعة أو البضائع. ويلاحظ أن الاتفاقية قد استهدفت من تعدد المحاكم المختصة حماية المتضررين وورثتهم والتوسعة عليهم من أجل مقاضاة الناقل الجوي والحصول على التعويضات المستحقة في المكان الذي يكون أكثر يسراً بالنسبة إليهم. وعلى هذا الأساس أعطت الاتفاقية للمتضرر أن يختار رفع دعواه أمام إحدى المحاكم التالية :

١- محكمة موطن الناقل. والمقصود بذلك المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن الممثل القانوني للناقل الجوي^٢ .

٢- محكمة المركز الرئيسي لنشاط الناقل الجوي ، أي المحكمة التي يوجد بدائرتها مركز الإدارة الرئيسي للناقل الجوي.

٣- المحكمة التي يكون للناقل في دائرتها مؤسسة أو منشأة تولت عنه إبرام عقد النقل.

١ د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد ، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ١٩٦ .

٢ وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن برفض الطعن المقدم من شركة الطيران التي دفعت بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى على اعتبار أن المدعى عليه ليس له موطناً أو محل إقامة في مصر ، مقررته أنه " وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في المادة ٣٠ من قانون المرافعات قد جرى على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس = له محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية (١) (٢) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها" وكان الثابت بالأوراق ووثيقة التأمين أن عقد التأمين قد حرر في مصر وأن التأمين على الخيول يبدأ من رحلتها من القاهرة إلى نيويورك ومن ثم فإن التزام الشركة الطاعنة يكون قد نشأ في مصر ونفذ في جزء منه فيها ومن ثم فإن القضاء المصري يكون مختصاً بنظر الدعوى المتعلقة بهذا الالتزام ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم اختصاص القضاء المصري وباختصاصه قد التزم صحيح القانون ولا يعيبه الخطأ في التسبب إذ لهذه المحكمة أن تقوم بتصحيحها دون أن تنتقضه ويكون النعي بهذا السبب غير مقبول ". نقض مدني مصري ، الطعن رقم ٧٣٣٥ لسنة ٦٥ ق ، جلسة ٨ / ٦ / ٢٠٠٦ ، مجموعة النقض ، س ٥٧ ، ص ٥٥٤ .

٤- محكمة جهة الوصول. والمقصود محكمة الدولة التي تمثل جهة الوصول للراكب المسافر أو للآمتعة أو للبضائع ، أو المحكمة التي كان محددًا وصول الطائرة إليها. ولا عبرة في ذلك بمكان تسليم البضائع في حالة تطوع الناقل بتوصيلها إلى محل إقامة المرسل إليه ^١.

وإذا كانت الاتفاقية قد حدّدت اختصاص إحدى المحاكم المذكورة للنظر في الدعوى التي ستُرفع على الناقل المتعاقد الذي أبرم عقد النقل ، فإن اتفاقية جوادا لآخارا قد أضافت أيضاً ، في مادتها الثامنة ، المحاكم التي يقع في دائرتها موطن الناقل الفعلي أو محكمة المركز الرئيسي لنشاطه ، هذا كله مع بقاء حق المضرور في رفع دعواه على الناقل المتعاقد أمام إحدى المحاكم الأربعة السالفة الذكر.

ومن الجدير بالملاحظة أن اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ قد أضافت إلى المحاكم السابقة محكمة مختصة أخرى بالنسبة لنقل المسافرين عندما يكون الضرر متمثلاً في وفاة الراكب أو إصابته ، حيث أجازت المادة ٣٣ من الاتفاقية ^٢ للمضرور أو ورثته ، إضافة إلى المحاكم السابقة ، رفع الدعوى أمام محكمة تقع في إقليم إحدى الدول المتعاقدة بشرط أن يوجد في هذا الإقليم محل الإقامة الرئيسي والدائم للراكب (موطنه) وقت وقوع الحادثة ، وأن يكون للناقل في الإقليم المذكور خطوطاً يشغلها لنقل الركاب جواً ويزاول في هذا الإقليم أعماله بنقل الركاب في مبانٍ يستأجرها أو

١ د. عدلي أمير خالد ، مرجع سابق ، ص ١٢٨.

٢ تنص المادة ٣٣ من اتفاقية مونتريال على أنه : " ١. تقام دعوى التعويض ، وفقاً لاختيار المدعي ، في إقليم إحدى الدول الأطراف إما أمام محكمة محل إقامة الناقل ، أو أمام محكمة مركز أعماله الرئيسي ، أو أمام محكمة المكان الذي لديه فيه مركز أعمال تم بواسطته إبرام العقد ، أو أمام محكمة مكان نقطة المقصد. ٢. فيما يتعلق بالضرر الناجم عن وفاة الراكب أو إصابته ، يجوز رفع الدعوى أمام إحدى المحاكم المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة ، أو في إقليم إحدى الدول الأطراف الذي يوجد فيه محل الإقامة الرئيسي والدائم للراكب في وقت وقوع الحادثة والذي يشغل الناقل إليه ومنه خطوطاً لنقل الركاب جواً ، أما على متن طائراته الخاصة أو على متن طائرات ناقل آخر طبقاً لاتفاق تجاري ، ويزاول فيه ذلك الناقل الأول أعماله لنقل الركاب جواً من مبانٍ يستأجرها أو يملكها الناقل ذاته أو ناقل آخر يرتبط معه بارتباط تجاري ٣. لأغراض الفقرة (٢) ، أ. تعني عبارة (اتفاق تجاري) أي اتفاق ، بخلاف اتفاق الوكالة ، معقود بين الناقلين الجويين ويتعلق بتقديم خدماتهم المشتركة لنقل الركاب جواً . ب. تعني عبارة (محل الإقامة الرئيسي والدائم) مكان السكن الأوجد الثابت والدائم للراكب في وقت وقوع الحادثة . ولا تعتبر جنسية الراكب العامل الحاسم في هذا الصدد . ٤. تخضع المسائل الإجرائية لقانون المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى " .

يملكها ذاته أو ناقل آخر يرتبط معه باتفاق تجاري، خلاف اتفاق الوكالة ، معقود بين الناقلين الجويين ويتعلق بتقديم خدماتهم المشتركة لنقل الركاب جوا. وبذلك فقد أضيفت بموجب اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ محكمة جديدة تختص بنظر دعوى مسئولية الناقل الجوي ، ولكن وفقا للشروط الآتية :

١- أن ينحصر مجال هذا الاختصاص الإضافي في حالات الضرر الناجم عن وفاة الراكب أو إصابته ، ولا يشمل حالات التأخير والأضرار التي تلحق بأمثلة الركاب ، والأضرار في حالة نقل البضائع.

٢- أن ينعقد الاختصاص الإضافي في إقليم إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية للمحكمة التي يوجد في دائرتها محل الإقامة الرئيسي والدائم للراكب في وقت وقوع الحادثة. والمقصود بمحل الإقامة الرئيسي والدائم هو مكان السكن الأوحى الثابت والدائم للراكب في وقت وقوع الحادثة ، ولا عبارة بجنسية الراكب في هذا الصدد.

٣- أن يكون للناقل نشاط تجاري في محل إقامة الراكب الرئيسي والدائم. ويتمثل هذا النشاط التجاري في أعمال تشغيل خطوط نقل الركاب من هذا المحل وإليه.

٤- يتعين أخيرا ، لانعقاد الاختصاص لمحكمة محل إقامة الراكب الرئيسي والدائم أن يزاوَل فيه الناقل أعماله لنقل الركاب جواً من مبان يستأجرها أو يملكها الناقل ذاته أو ناقل آخر يرتبط معه باتفاق تجاري.

فإذا توافرت الشروط الأربعة السابقة ، كان للراكب أو ورثته ، إضافة إلى المحاكم السابقة ، رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرتها موطن الراكب وقت وقوع الحادث.

ووفقا للمادة ٣١ من اتفاقية وارسو^١ ، فإن قواعد الاختصاص بنظر دعوى مسئولية الناقل الجوي تعد من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها بالنسبة لمكان المحكمة أو نوعها. ويترتب على ذلك انه يبطل أي شرط يرد في عقد النقل الجوي ويهدف إلى منح الاختصاص لمحكمة أخرى خلاف المحاكم المشار إليها في الاتفاقيات المعنية. ، أو قصر هذا الاختصاص على محكمة بعينها من المحاكم التي عينتها تلك الاتفاقيات الدولية .

واستثناء مما تقدم ، فقد أقرت المادة ذاتها من اتفاقية وارسو للأطراف الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعقد نقل البضائع ، بشرط أن يجري التحكيم في جهات اختصاص المحاكم المنصوص عليها في المادة ١/٢٨ من الاتفاقية ، وأن تراعى الحدود القصوى للتعويض المنصوص عنها بالاتفاقية. وهو ذات الحكم الذي تبنته اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ ينصها في المادة ٣٤ منها على انه " : ١. مع مراعاة احكام هذه المادة ، يجوز ان يشترط. الطرفان في عقد نقل البضائع ان اي خلاف يتعلق بمسؤولية الناقل بمقتضى هذه الاتفاقية يسوى بالتحكيم. ويجب ان يكون مثل هذا الاتفاق كتابيا . ٢. تتم اجراءات التحكيم وفقا لاختيار صاحب المطالبة في احدى جهات الاختصاص القضائي المشار اليها في المادة (٣٣). ٣. يطبق المحكم او هيئة التحكيم احكام هذه الاتفاقية . ٤. تعتبر احكام الفقرتين (٢ و٣) من هذه المادة جزءا من كل بند او اتفاق خاص بالتحكيم ، ويكون باطلا وبدون اثر اي نص مخالف لهما في بند او اتفاق التحكيم ."

ثانيا : أهمية تحديد المحكمة المختصة بالدعوى :

تظهر أهمية تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى مسئولية الناقل

الجوي من عدة جوانب أهمها :

^١ تنص المادة ٣١ من الاتفاقية على انه " يكون باطلا ولاغيا اي نص يرد في العقد وكذلك كل الاتفاقات الخاصة السابقة على وقوع الضرر اذا كان القصد من ذلك مخالفة الاطراف للقواعد المنصوص عليها في هذه الاتفاقية سواء اكان ذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق او بتعديل قواعد الاختصاص ."

١- أن قانون المحكمة المختصة التي ترفع أمامها الدعوى هو الذي ينظم إجراءات هذه الدعوى ، (المادة ٢٨ / ٢ من اتفاقية وارسو ، والمادة ٣٣ من اتفاقية مونتريال) .

٢- أن هذا القانون هو الذي يحدد أثر خطأ المضرور على مسؤولية الناقل بالإعفاء أو التخفيف (مادة ٢١ من اتفاقية وارسو ^١) .

٣- أن القانون المذكور هو الذي يبين طريقة وقواعد احتساب مدة سقوط الدعوى (المادة ٢٩ / ٢ من اتفاقية وارسو ، والمادة ٣٥ من اتفاقية مونتريال ^٢ .

٤- في حالة إدخال المدعي للناقل المتعاقد أو الناقل الفعلي في دعوى المسؤولية ، فإن قانون المحكمة المختصة هو الذي ينظم أثر هذا الضم وإجراءاته ، وذلك تطبيقاً لنص المادة السابعة من اتفاقية جواد الاخرا السنة ١٩٦١ ^٣ .

ثالثاً : الهدف من تعدد المحاكم المختصة بالدعوى :

الهدف من تعدد المحاكم التي يمكن أن تختص إقليمياً بالدعوى هو حماية المضرور والتيسير عليه بتمكينه من رفع دعواه أمام أي من المحاكم المحددة وفقاً لاختياره وما يراه ملائماً لظروفه. ولكن ، قد يصطدم هذا الهدف بعائق قانوني يصعب التغلب عليه يتمثل في أن ترك الخيار للمضرور في رفع الدعوى أمام أي من المحاكم المتعددة المنصوص عليها والتي قد تتبع عدة دول مختلفة ، قد يؤدي إلى

^١ تنص المادة ٢١ من اتفاقية وارسو على انه " ١- في حالة نقل الركاب والأمتعة اذا اثبت الناقل ان خطأ من الشخص المضرور قد سبب في احداث الضرر او اسهم في احدائه جاز للمحكمة وفقاً لأحكام قانونها ان تعفى لناقل كلياً او جزئياً من مسؤوليته.

٢- في حالة نقل البضائع يعفى الناقل من مسؤوليته كلياً او جزئياً بقدر ما يثبت ان خطأ من الشخص الذي يطالب بالتعويض او من الشخص الذي يستمد منه صاحب المطالبة حقوقه قد تسبب في احداث الضرر او اسهم في احدائه " .

٢ تنص المادة ٣٥ من اتفاقية مونتريال على انه " يسقط الحق في التعويض اذا لم ترفع الدعوى خلال سنتين من تاريخ الوصول الى نقطة المقصد او من التاريخ الذي كان يجب ان تصل فيه الطائرة ، او من التاريخ الذي توقفت فيه عملية النقل . ٢. يحدد قانون المحكمة التي رفعت امامها الدعوى طريقة حساب هذه المدة "

٣ تنص المادة ٧ من اتفاقية جوادا لاخرا على انه " يجوز إقامة دعوى المسؤولية فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي ، إما على هذا الناقل أو على الناقل المتعاقد أو على كل منهما مجتمعين أو منفصلين. وإذا أقيمت الدعوى على أيهما بمفرده جاز له أن يطلب ضم الآخر إلى هذه الدعوى. وينظم قانون محكمة النزاع أثر هذا الضم والإجراءات الخاصة به " .

قيامه برفع الدعوى أمام كل هذه المحاكم أو عدد منها دون إمكانية التمسك من قبل المدعى عليه بالدفع بضم الدعاوى للارتباط¹ ، مما يرتب - كما لاحظ رأي في الفقه بحق² - حالة من حالات التنازع الإيجابي لا يمكن في الحقيقة فضها ، وهو ما يشكل عنت كبير بالنسبة للناقل المدعى عليه. ويتطلب هذا الأمر - من وجهة نظرنا - إجراء تعديل على نصوص اتفاقية مونتريال ، والنص الصريح على منح الاختصاص فقط لأول محكمة رفعت أمامها القضية في دولة من الدول المعنية ، بحيث يمكن ، مع وجود هذا النص ، التمسك بهذا الدفع أمام محاكم الدول الأخرى. ويلاحظ أن تحديد الاختصاص على النحو السابق يقتصر على دعاوى المسؤولية التي ترفع على الناقل بشأن حوادث الركاب وتأخيرهم وهلاك أو تلف البضائع أو الأمتعة أو تأخيرها دون غيرها من الدعاوى الأخرى ، كدعوى المرسل ضد الناقل بسبب كتابة بيانات خاطئة في وثيقة النقل³ أو الدعوى المقامة من شركة تصنيع وصيانة الطائرة ضد الناقل الجوي⁴.

¹ الدفع بالإحالة إلى محكمة أخرى هو دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام يرمي إلى إخراج الدعوى من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخرى ، وذلك لتوافر أحد الأسباب التالية :

- ١- قيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين .
- ٢- الارتباط بين دعويين مختلفتين منظورتين أمام محكمتين مختلفتين .
- ٣- اتفاق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى . للمزيد من التفاصيل حول الدفع بالإحالة ، أنظر : د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٥ وما يليها.
- ² د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩ .
- ³ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٢٩ ؛ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٣٨ .
- ⁴ أنظر في ذلك :

Xavier DELPECH, Droit applicable aux rapports entre le transporteur aérien et le constructeur d'aéronefs; Dalloz actualité, Éditions Dalloz 2017, publié sur le

site: <http://www.google.ae/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwiZ3bjnIPXRAhXBPxoKHZABLEQFggmMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dalloz-actualite.fr%2Fprintpdf%2Fflash%2Fdroit-applicable-aux-rapports-entre-transporteur-aerien-et-constructeur-daeronefs&usg=AFQjCNHqZmvPm1N6nffRPRugMJQRReiqw>.

أنظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية: *Bull. civ. 1*, 4 mars 2015, *Civ. 1*¹⁰, حيث جاء فيه :

« L'appel en garantie du constructeur d'aéronefs contre le transporteur aérien ne relève pas du champ d'application de la Convention de Varsovie

المبحث الثالث

عدم قبول دعوى مسئولية الناقل الجوي

تتطلب دراسة عدم قبول دعوى مسئولية الناقل الجوي أن نعرض أولاً لأحكام الدفوع بعدم القبول بشكل عام لكي نؤسس عليها الأحكام التي أوردتها المشرع بشأن دعوى مسئولية الناقل الجوي ، ثم نعالج بعدها الأحكام الخاصة بعدم قبول دعوى المسئولية ، وذلك في مطلبين متتاليين :

المطلب الأول

أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى

بوجه عام

أولاً : فكرة عدم القبول وأسبابه :

تنتج فكرة عدم القبول من تكييف قانوني تجريه المحكمة لطلب أو دفع أو طعن يقدم لها ، وبناء على هذا التكييف تمتع المحكمة عن النظر في هذا الطلب أو الدفع أو الطعن¹ . وبناء عليه ، تلعب فكرة عدم القبول دوراً هاماً في تحقيق مبدأ الاقتصاد في الخصومة ، من حيث توفير الجهد والوقت والمصاريف ، كما تجذب تبريرها في مبدأ أكثر اتساعاً على حد تعبير الفقه الفرنسي ، وهو مبدأ الأمانة والصدق في استخدام حق التقاضي (Loyauté dans le pouvoir d'agir en justice)² .

وتعود أسباب عدم القبول بشكل عام إلى ثلاثة أسباب رئيسية³ ، وهي :

de 1929 sur le transport aérien international et, partant, échappe aux règles de compétence juridictionnelle posées par cette dernière » .

¹ د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٤٩٢ .

² أنظر في ذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op.*, n 145, p 136 et s. ; S. GUINCHARD , « Être défendeur », *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n° 2025 , p. 464 ; J.-P. BÉGUET, « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.*, 1947, p. 133 ; J. NORMAND, « Les excroissances des fin de non-recevoir en droit privé », *obs. RTD civ.*, 1981, p. 684.

³ مع ملاحظة انه في الوقت الذي اكتفى فيه المشرع المصري بالحديث بشكل عام عن الدفع بعدم القبول ، وذلك في المادة ١١٥ من قانون المرافعات ، فقد فصلت المادة ١٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد حالات عدم القبول مجملة في طياتها الأسباب الثلاثة لهذا الدفع ، وذلك بنصها على انه :

١- إذا توافر عيب شكلي في الطلب أو الدفع أو الطعن ، كضرورة أن يسبق رفع الدعوى اتخاذ إجراء قانوني معين كالعرض على لجان التوفيق والمصالحة ، أو تقديم احتجاج أو اعتراض يستوجب القانون ، أو كتقديم صحيفة الطعن بعد فوات ميعاده دون احترام هذا الشكل القانوني.

٢- وجود عيب في الطلب أو الدفع أو الطعن مرجعه موضوعي ، كعدم توافر أهلية التقاضي لدى مقدم الطلب أو الدفع أو رافع الطعن. ومثال ذلك ، رفع الدعوى من قاصر غير أهل للجوء للقضاء دون الاستعانة بالوصي عليه للقيام بذلك^١.

٣- عدم توافر المصلحة في الطلب أو الدفع أو الطعن ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣ / ١ من قانون المرافعات المصري التي تنص على أنه " لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون " ^٢. وبناء عليه ، فمن العبث إضاعة وقت القضاة والمتقاضين في نظر طلب أو دفع لن يعود على مقدمه بأي فائدة عملية أو حماية قضائية ، ومن ثم يكون الحكم هو عدم قبول النظر في الطلب أو الدفع.

ثانياً : تعريف الدفع بعدم القبول وأحكامه :

الدفع بعدم القبول (La fin de non-recevoir) هو وسيلة قانونية يرمي بها الخصم إلى إثبات عدم توافر الحق لخصمه في رفع الدعوى أو الطعن أو في إيداء الطلب أو الدفع ، باعتباره حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي محل النزاع ،

« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

^١ د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٤٩٣.

^٢ انظر ما سبق ، ص ٥ وما يليها.

ويهدف بالتالي من إيدائه إلى أن تحكم المحكمة بعدم قبول النظر في موضوع الدعوى أو الطعن أو الطلب أو الدفع¹.

وقد انتهت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن إلى أن " المقصود بالدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة ١٤٢ من قانون المرافعات السابق ، هو كما صرحت المذكرة التفسيرية ، الدفع الذي يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى ، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى ، فالمقصود إذن هو عدم القبول الموضوعي ، فلا تنطبق القاعدة الواردة في المادة ١٤٢ من قانون المرافعات السابق المشار إليها على الدفع الشكلي الذي يتخذ اسم عدم القبول ، كما هو الحال في الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر شروط استصدار أمر بالأداء ، لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه ، وليس بالتسمية التي تطلق عليه " ^٢.

وتختلف أحكام الدفع بعدم القبول بحسب تعلقه بعيب في العمل الإجرائي ، كالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تجمع بينهم رابطة^٣

¹ للمزيد من التفصيلات حول الدفع بعدم القبول ، انظر : د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٤٩٢ وما يليها ؛ د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ وما يليها ؛ وانظر كذلك :

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op.*, n 1160, p 709 et s. ; S. GUINCHARD , « Être défendeur », *op.*, n 2026, p. 464.

² نقض مدني ، جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٧ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٣ ، ص ٩٨١ ؛ وفي ذات المعنى : نقض مدني ، جلسة ١٩٧٩/٣/٧ ، الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٤٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ ، ص ٧٣٦ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٣ ، الطعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٤٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ ، ص ٤٢٨ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٠/٤/٢٦ ، الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٤١ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣١ ، ص ١٢٢٣ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ ، الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٥٢ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ ، ص ١٠٠٧ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٩/٢/٨ ، الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، ص ٧.

³ وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن " الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو في حقيقته اعتراض على شكل إجراءات الحضور وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول " ، نقض مدني ، جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ ، الطعن رقم ٢٥١ = = لسنة

(عدم القبول الإجرائي) من حيث انه في حقيقته دفع شكلي يخضع لأحكام الدفوع الشكلية (Les exceptions de procédure)^١ ، أو بحسب تعلقه بالموضوع ، كالدفع بعدم القبول لعدم توافر المصلحة في الإجراء (عدم القبول الموضوعي) ، وذلك على النحو التالي :

(١) - من حيث وقت إبداء الدفع : يتعين إبداء الدفع بعدم القبول الإجرائي مع غيره من الدفوع الشكلية قبل التعرض لموضوع الدعوى وقبل تقديم أي دفع بعدم القبول الموضوعي ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (مادة ١٠٨ مرافعات). والهدف من ذلك هو تجنب مفاجأة المحكمة بدفع شكلي قد يترتب عليه زوال الخصومة أمامها قبل الفصل في موضوعها بعد أن تكون قد قطعت شوطا كبيرا في سبيل تحقيقها والفصل فيها. فضلا عن ذلك فليس من المنطق أن يظل الخصم مهتدا طيلة مراحل الدعوى بما قد يثيره خصمه من دفوع شكلية. كما أن حديث الخصم في موضوع الدعوى ينطوي في الحقيقة على ما يمكن اعتباره تنازلا عن التمسك بالعيوب الشكلية^٢.

ولكن يستثنى من القاعدة السابقة الدفع بعدم القبول الإجرائي المتعلق بالنظام العام، كالدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، حيث لا يسقط الحق فيه بالتعرض لموضوع الدعوى أو الطعن ، وإنما يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن لتعلقه بالنظام العام. كذلك الحال في الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني، حيث يعتبر ، وفقا لقضاء محكمة النقض المصرية ، من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يجوز للمحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها فضلا عن حق الخصم في التمسك بها في أية مرحلة من مراحل الدعوى^٣.

٢٦ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ ، ص ٣٣٩ ؛ وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة ١٩٨٤/٢/١ ، الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٥ ، ص ٣٦١ .

١ د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٤٩٤ .

٢ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص ٣١١ .

٣ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٨/٤/٧ ، الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٩ ، ص ٦٢٥ .

بينما يعامل الدفع بعدم القبول الموضوعي معاملة الدفوع الموضوعية ، فيجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الإجراءات وحتى قفل باب المرافعة في الدعوى. ولذا ، تنص المادة ١١٥ / ١ من قانون المرافعات على ان " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها " .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " الدفع بعدم قبول الدعوى إعمالاً للمادة ١١٥ مرافعات يرمى إلى إنكار سلطة المدعى في استعمال الدعوى ويجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها ولو في الاستئناف " ^١. كما قضت بأن " النص في الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ من القانون المدني على أنه " يجوز التمسك بالتقادم على أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئناف " مؤداه أن من فاتته الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ومبقياً على التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية إذا ما أخفق في دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، فإنه يسوغ له التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف - ما لم ينطو تأخيرها في إيدأئه على معنى النزول عنه ضمناً - وهو بهذه المثابة يعتبر من الدفوع الموضوعية التي يجوز التمسك بها أمام محكمة الاستئناف ولو لم يسبق إثارتها أمام محكمة الدرجة الأولى ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الدفع بالتقادم من قبيل الطلبات الجديدة التي يمتنع إيدأؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة لم تنزل عن هذا الدفع صراحة أو دلالة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " ^٢.

(٢)- من حيث طريقة إيداء الدفع : يجب أن تبدي الدفوع بعدم القبول الإجرائي والدفوع الشكلية كلها معا قبل التحدث في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (مادة ١٠٨ مرافعات) ما لم يتعلق الدفع بالنظام العام أو ينشأ سببه بعد الحديث في الموضوع. والهدف من ذلك هو تجنب إطالة أمد النزاع إذا ما سمح

^١ نقض مدني ، جلسة ١٩٧٨/٥/١١ ، الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٥ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ ، ص ١٢٢٨.

^٢ نقض مدني ، جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ ، الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣١ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٧٤٠.

للخصوم بالتمسك بالدفع الشكالية طيلة مراحل الدعوى ، حيث قد يعتمد أحد الخصوم إلى التمسك بهذه الدفع بشكل متتالي حتى يعطل الفصل في موضوع النزاع .
أما الدفع بعدم القبول الموضوعي والدفع الموضوعية فلا يشترط إيدؤها معا ، حيث يجوز إيداء كل دفع منها بشكل منفرد في أية حالة تكون عليها الدعوى .
(٣) - من حيث وقت الفصل في الدفع : الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول الإجرائي والدفع الشكالية أولا وعلى استقلال ، حيث قد يغنيها ذلك عن التعرض لموضوع الدعوى . ولكن يجوز مع ذلك للمحكمة أن تضم هذه الدفع للموضوع وتفصل فيهم جميعا بحكم واحد بشرط أن تبين في حكمها ما حكمت به في كل منها على حدة (مادة ١٠٨ مرافعات) .

أما الدفع بعدم القبول الموضوعي ، فلم ينص المشرع على وجوب أن تفصل المحكمة فيها قبل الفصل في الموضوع ، وبالتالي يجوز للمحكمة أن تضمها للموضوع وتفصل فيهما معا . ولكن يفضل - من وجهة نظرنا - أن تبدأ المحكمة بالفصل في الدفع بعدم القبول حيث قد يغنيها ذلك عن التعرض لموضوع النزاع ^١ .
(٤) - من حيث قضاء المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها : الأصل في الدفع بعدم القبول الموضوعي أن تقضي المحكمة بتوافرها بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها . وتأكيذا لذلك فقد نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات على انه " لا يقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ، لا يكون لصاحبة فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون . . .

ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط يدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها ، في أي حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ^٢ .

^١ د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٤ .

^٢ مضافة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، الصادر بتاريخ ٢٢ / ٥ / ١٩٩٦ .

وبناء عليه ، فإن على المحكمة ، في حالة عدم توافر المصلحة أو كانت المصلحة غير قانونية أو غير قائمة أو ليست شخصية ومباشرة (الصفة) ، أن تقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها. مع ملاحظة ، ما نصت عليه المادة ١١٥ / ٢ مرافعات التي تنص على انه " وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجلت لإعلان ذي الصفة ... "

وفي نفس هذا الصدد ، تنص المادة ١١٦ مرافعات على ان " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ". ولا يخرج عن هذه القاعدة بالنسبة للدفع بعدم القبول الموضوعي إلا الحالات التي يتعلق فيها الأمر بواقعة يوجب القانون عدم أعمال أثرها إلا إذا تمسك المدعى عليه بذلك ، كما هو الحال فيما تقضي به المادة ٣٨٧ من القانون المدني بالنسبة لتقادم الحق في الدعوى ، حيث تنص على انه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

وبجوز التمسك بالتقادم في أية حالة آلت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .
(٥)- من حيث حجية الحكم الصادر في الدفع : لا يترتب على الحكم بقبول الدفع الشكلي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به ، حيث لا يتمتع هذا الحكم بحجية الأمر المقضي التي تمنع من إعادة رفع النزاع من جديد. وبالتالي يجوز للخصم صاحب المصلحة رفع الدعوى من جديد بإجراءات صحيحة إذا ما حكم ببطالان صحيفة الدعوى ، أو رفعها أمام المحكمة المختصة بها إذا ما حكم بعدم الاختصاص.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيعد حكما في موضوع الدعوى منهيًا للنزاع على أصل الحق ، ويتمتع بحجية الأمر المقضي. وعلى هذا الأساس، فلا يجوز تجديد المطالبة به أمام القضاء لسابقة الفصل فيه.

وبخصوص الحكم الصادر بعدم القبول ، فالأصل - من وجهة نظرنا - أنه لا يحوز حجية الأمر المقضي^١ ، حيث يجوز مثلاً في حالة الحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة أن تجدد الدعوى متى توافرت لرفعها المصلحة ، كما في حالة انتقال ملكية الحق لرافع الدعوى أو تمتعه بالصفة اللازمة لقبول الدعوى.

كما أنه يلاحظ في الحالات التي يحكم فيها بعدم القبول لسابقة الفصل في الدعوى ، ان الحجية المانعة من تكرار رفع الدعوى لا تلحق في هذه الحالات بالحكم الصادر بعدم القبول ، وإنما يعود سببها إلى مصدر آخر وهو الحكم الصادر من قبل في الموضوع والذي حاز بكل تأكيد الحجية التي تمنع فيما بعد من إعادة عرض النزاع لسابق الفصل فيه. وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات ونص المادة ١١٦ من قانون المرافعات يدلان على أن - المشرع قد أستحدث - وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة الأخيرة حكماً جديداً مغايراً لما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات إذ أعتبر الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وعلّة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى ، وهذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها " ^٢.

كذلك فإنه إذا حكم بعدم قبول الدعوى أو الطعن لفوات الميعاد أي لتقادم الحق في رفع الدعوى أو الطعن ، فإن عدم قبول إعادة عرض النزاع مرة أخرى لا يرجع إلى حجية الحكم السابق بعدم القبول ، وإنما إلى ذات السبب السابق الذي حكم بناء على توافره بعدم القبول ، وهو فوات الوقت المسموح خلاله برفع الدعوى أو الطعن

^١ أنظر في نفس هذا الرأي : د. وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٥٠٣.

^٢ نقض مدني ، جلسة ٢٩ / ٤ / ١٩٧٤ ، الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٩ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ ، ص ٧٥٢ ؛ وفي نفس المعنى : نقض مدني ، جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٨١ ، الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ ، ص ٣٠٧.

، أي أن عدم القبول يرجع في المرة الثانية أيضا لسقوط الحق في رفع الدعوى أو الطعن ، والذي يتمسك به حينئذ صاحب المصلحة في صورة دفع. ولذلك ففي حالة إعادة عرض النزاع للمرة الثانية ، فإن المحكمة لا تقضي من تلقاء نفسها بعدم القبول على أساس حجية الحكم الأول الصادر بعدم القبول ، وإنما على أساس سقوط الحق إذا تمسك به المدعى عليه أو المطعون ضده.

(٥)- من حيث استنفاد محكمة أول درجة لولايتها بالفصل في الدفع : إذا قضت محكمة الدرجة الأولى ، قبل الفصل في الموضوع ، بقبول دفع شكلي واستؤنف الحكم ، فإن سلطة المحكمة الاستئنافية تقتصر على النظر في الحكم الصادر في الدفع الشكلي دون أن تتطرق لموضوع الدعوى الذي لم يفصل فيه بعد من الدرجة الأولى. وعلى ذلك ، فإذا قضت محكمة الدرجة الأولى ببطلان صحيفة الدعوى وطعن في الحكم بالاستئناف فألغت محكمة الاستئناف حكم الدرجة الأولى ، فيتعين على المحكمة الاستئنافية حينئذ أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل في موضوعها ، على اعتبار أنها لم تستنفد ولايتها على موضوع النزاع. وتبرير ذلك ، أن محكمة الاستئناف إن ألغت حكم الدرجة الأولى في هذه الحالة ونظرت في الموضوع فإنها تفوت بذلك درجة من درجات التقاضي على الخصوم.

وينطبق نفس الحكم السابق على الدفوع بعدم القبول الإجرائي ، وتأكيذا لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية بأن " الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو في حقيقته اعتراض على شكل إجراءات الحضور وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول ومن ثم فالبطلان المترتب على جمع مدعين متعددين لا تربطهم رابطة في صحيفة واحدة - على الرأي الذي يقول بالبطلان في هذه الحالة - هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام. و ينبى على ذلك أن هذا الدفع - كالدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل - يسقط الحق في التمسك به بعدم إيدائه قبل الكلام في موضوع الدعوى وأن محكمة أول درجة بقبولها هذا الدفع لا تكون قد استنفدت ولايتها في نظر الموضوع فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وبرفض الدفع وجب

عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها الذي لم نقل هذه المحكمة كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستثنائية التصدى لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تقويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد خالفت هذا النظر وتصدت لموضوع الدعوى كان حكمها باطلاً ولا يزيل هذا البطلان عدم تمسك الطاعنين أمامها بطلب إعادة القضية الى محكمة أول درجة إذ أن مبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التى لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم الاتفاق على خلافها " ١. كما قضت بأنه " متى تقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر بالأداء هو من الدفوع الشكلية ، وليس دفعا بعدم القبول مما ورد ذكره فى المادة ١٤٢ من قانون المرافعات السابق ، فإن محكمة أول درجة بقبول هذا الدفع الشكلى ، والحكم بعدم قبول الدعوى تأسيسا على ذلك ، لا تكون قد استنفدت ولايتها فى نظر موضوع الدعوى ، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدفع ، فإنه يجب عليها فى هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها ، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ، ولا تملك محكمة الاستئناف التصدى لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تقويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم ، وإن خالفت محكمة الاستئناف هذا النظر وتصدت لموضوع الدعوى وفصلت فيه فإن حكمها يكون مخالفا للقانون وباطلا " ٢. وقضت كذلك بأنه " متى كانت محكمة أول درجة قد قبلت الدفع - بعدم قبول الدعوى - لوجود شرط التحكيم وحكمت بعدم قبول الدعوى ، فإنها لا تكون قد استنفدت ولايتها فى نظر موضوع الدعوى فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدفع فإنه كان يتعين عليها فى هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لأن هذه المحكمة

^١ نقض مدني ، جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ ، الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٢٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ٣٣٩ .

^٢ نقض مدني ، جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣٩ ، الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٣ ، ص ٩٨١ .

لم تقل كلمتها فيه ، ولا تملك محكمة الاستئناف الفصل في الموضوع لما يترتب على ذلك من تقوية إحدى درجات التقاضى على الخصوم " ١ .

أما في حالة الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى في دفع موضوعي واستؤنف الحكم ، فإن الاستئناف يطرح على المحكمة الاستئنافية الموضوع برمته لأن الحكم في الدفع الموضوعي يعتبر حكما في موضوع الدعوى. وبناء على ذلك ، فإن على المحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت حكم محكمة أول درجة الصادر في الدفع الموضوعي أن تتصدي للفصل في موضوع الدعوى من جديد.

وبخصوص الحكم الصادر من الدرجة الأولى في دفع بعدم القبول الموضوعي ، فقد استقرت أحكام القضاء في مصر ٢ ، مؤيدة في ذلك بأراء جانب من الفقه المصري ٣ ، على اعتباره حكما تستند معه محكمة الدرجة الأولى ولايتها على موضوع الدعوى ، بحيث إذا ألغت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم فعليها التصدي مباشرة لموضوع النزاع والفصل فيه ، وذلك تأسيسا على أن هذا الحكم يعد بمثابة حكم موضوعي تستند به المحكمة التي أصدرته سلطتها في موضوع النزاع.

ونرى - مع غالبية الفقه ٤ - أن هذا القضاء لا يمكن التسليم به ، لأن الحكم الصادر بعدم القبول هو في حقيقته دفع إجرائي يتعلق بحق رافع الدعوى في عرض موضوع نزاعه على القضاء ، وبالتالي فلا تتعرض محكمة الدرجة الأولى عند

١ نقض مدني ، جلسة ١٩٧٦/١/٦ ، الطعن رقم ٩ لسنة ٤٢ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ، ص ١٣٧.

٢ أنظر على سبيل المثال : نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٥٤ / ١ / ٢١ ، مجموعة النقض ، س ٥ ، ص ٤٣٥ ؛ نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٦٧ / ٦ / ٢٢ ، مجموعة النقض ، س ١٨ ، ص ١٣٣٩ ؛ نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٦٨ / ٢ / ٢٨ ، مجموعة النقض ، س ١٩ ، ص ٤٠٩ ؛ نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٧٤ / ٢ / ٥ ، مجموعة النقض ، س ٢٥ ، ص ٢٨٥ ؛ نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٠ / ٤ / ٢٦ ، مجموعة النقض ، س ٣١ ، ص ١٢٢٣ ؛ نقض مدني ، جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، ص ٤٨٤.

٣ د. رمزي سيف ، مرجع سابق ، ص ٤٢٧ ؛ د. عبد المنعم الشراقوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، بدون ناشر ، طبعة ١٩٥٦ ، ص ٤١٢ .

٤ د. فتحى والي ، مرجع سابق ، ص ٤٩٧ ؛ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ ؛ د. وجدي راغب ، مرجع سابق ، ص ٥٠٤ ؛ د. نبيل إسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، الطبعة الأولى ، ١٩٨١ ، ص ٣٣٢ وما يليها ؛ د. أحمد هندي ، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٨٦ .

الفصل فيه وقبوله لموضوع الدعوى ، لأنها لو استجابت للدفع وقبلته فمعنى ذلك أنها قد وافقت على عدم التعرض لموضوع النزاع. وعلى ذلك ، فلا يمكن القول بأن محكمة أول درجة تستنفذ بصدوره ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى ، وإلا كان في ذلك تفويتا لدرجة من درجات التقاضي على الخصوم .

المطلب الثاني

حالات عدم قبول دعوى مسئولية الناقل الجوي

يتعين ، فيما يتعلق بدعوى مسئولية الناقل الجوي ، اتخاذ إجراءات بعينها خلال الفترة المحددة قانونا ، وإلا أمكن للناقل الجوي التمسك بعدم قبول دعوى المسئولية. كما يجب على صاحب المصلحة مراعاة الأجل القصير المحدد لمقاضاة الناقل الجوي وإلا سقط الحق في رفع الدعوى وأمكن للناقل التمسك بعدم قبولها إذا رفعت بعد هذا الميعاد. ونعرض لذلك كله بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولا : عدم قبول الدعوى لعدم اتباع الإجراءات التي رسمها القانون :

(أ) - في النقل الجوي الدولي :

حرصت اتفاقيتا وارسو ومونتريال أن يكون هناك دائما نوع من التوازن بين مصالح أطراف عقد النقل الجوي. فلمصلحة مستعملي الطائرة ، ومن أجل تيسير سبل مقاضاة الناقل فقد منحتهم الاتفاقيتان عدة خيارات بالنسبة للمحكمة التي سيقاضون الناقل أمامها. وفي المقابل ، لم يرغب عن بال المشرع الدولي في وارسو ومونتريال الأخذ بعين الاعتبار مصالح الناقل الجوي. ولذا ، ومن أجل أن يطمئن الناقل على أن عملية النقل للأمتعة والبضائع قد تمت سليمة وصحيحة وفق القانون ، فقد أوجب على المرسل إليه اتخاذ إجراءات معينة عند تسليم الأمتعة والبضاعة ، وإن قصر في القيام بها فقد رتب عليه جزاء يتمثل في إعطاء الناقل الحق في الدفع بعدم قبول دعواه إذا ما أقامها لاحقا. وحكمة التشريع في ذلك هو أن التأخير بإبلاغ الناقل بالأضرار التي تلحق بالبضاعة أو الأمتعة المنقولة ، قد يثير الصعوبات بعد ذلك حول تحديد اللحظة التي وقع فيها الضرر ، هل هي لاحقة أم سابقة لعملية التسليم ، أي أنه يصبح من العسير على الناقل جمع وإقامة الأدلة التي تفيد براءة

ذمته. وفي هذا الشأن ، فقد نصت المادة ٢٦ من اتفاقية وارسو المعدلة ببروتوكول لاهاي ، على انه :

" ١- يعتبر استلام الأمتعة والبضائع دون اعتراض من جانب المرسل إليه قرينة ، إلى أن يثبت العكس ، على أن البضائع والأمتعة قد تم تسليمها في حالة جيدة ووفقاً لسند النقل.

٢- في حالة التلف ، على المرسل إليه أن يقدم إلى الناقل احتجاجاً مباشرة بعد اكتشاف التلف ، وعلى الأكثر في ميعاد سبعة أيام بالنسبة للأمتعة وأربعة عشر يوماً بالنسبة إلى البضائع من تاريخ استلامها. وفي حالة التأخير يجب تقديم الاحتجاج خلال واحد وعشرين يوماً من اليوم الذي توضع فيه الأمتعة أو البضاعة تحت تصرفه .

٣- يجب أن يثبت كل احتجاج في شكل تحفظ على سند النقل أو في صورة محرر آخر يرسل في الميعاد المقرر لهذا الاحتجاج .

٤- فإذا لم يرد الاحتجاج في المدد المنصوص عنها وجب الحكم بعدم قبول الدعاوى التي تقام ضد الناقل ، إلا إذا صدر غش من جانبه . وهي نفس الأحكام التي تضمنها نص المادة ٣١ من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ .

ويتضح من النص السابق أنه يتعين التفرقة بين حالتين : الحالة الأولى وهي التي يكون فيها الضرر أو التلف ظاهراً يمكن مشاهدته بالعين المجردة أو بالفحص العادي ، كزهور تصل ذابلة أو حيوان يبدو عليه المرض جلياً أو تعرض البضاعة أو الأمتعة للكسر والعطب والخدش بحيث تكون غير صالحة للاستعمال في الغرض الذي أعدت له ، فهنا يعتبر استلام هذه الأشياء دون اعتراض أو تحفظ قرينة على أنها استلمت بحالة جيدة ، لكن هذه القرينة ليست قاطعة ويمكن للمرسل إليه دحضها وإثبات أن التلف أو الضرر قد سبق وقوع التسليم^١ . ومؤدى ذلك أن المرسل إليه إذا

١ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٣٧ ؛ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٤٨ .

لم يتقدم بتحفظ حين استلامه البضاعة ، فلا يترتب على ذلك سقوط حقه في الادعاء على الناقل لاحقاً.

أما في الحالة التي لا يكون التلف فيها ظاهراً ويحتاج كشفه إلى فحص الأغلفة أو فحص البضاعة فحصاً دقيقاً ، فإن على المرسل إليه أن يعلن الناقل بالتلف بمجرد اكتشافه وخلال سبعة أيام بالنسبة للأمتعة ، وأربعة عشر يوماً بالنسبة للبضائع من تاريخ استلامها ، وواحد وعشرين يوماً في حالة التأخير ، وذلك من اليوم الذي توضع فيه الأمتعة أو البضاعة تحت تصرفه¹ . فإذا لم يوجه الاحتجاج في المدد المذكورة كانت دعواه ضد الناقل الجوي غير مقبولة ، إلا في حالة ثبوت التدليس من جانب الأخير² .

والاحتجاج ، كما يظهر من نص المادة المذكورة ، غير مطلوب بالنسبة للأضرار الجسدية ، فالراكب ليس ملزماً في هذه الحالة بتقديم احتجاج للناقل ، ويستطيع رفع الدعوى شريطة أن يتم ذلك خلال المدة المحددة قانوناً.

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضى القضاء المغربي بمجلسه الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 3 فبراير 1999 " بأن الفصل 26 من الاتفاقية وإن نص في فقرته الأولى على أن تسلم البضاعة والأمتعة بدون احتجاج من المرسل إليه يكون قرينة بسيطة على تسلمها في حالة جيدة وطبقاً لسند النقل ، فإنه في فقرته الرابعة وحسب تعديل بروتوكول لاهاي لسنة 1955 رتب على عدم تقديم الاحتجاج داخل الأجل المقرر الذي هو 21 يوماً في حالة التأخير يحتسب من تاريخ وضع البضاعة رهن إشارة المرسل إليه جزاؤه عدم قبول الدعوى الموجهة ضد الناقل إلا في حالة الغش ، وهو شيء لم يتناوله القرار مما يكون معه قد أول الفصل ٢٦ المذكور تأويلاً خاطئاً بعدم

¹ انظر في ذلك :

Thierry MAZOYER, La responsabilité du transporteur dans le cadre d'un transport aérien international de marchandises, publié sur le site : <http://www.cmh-avocats.fr/fr/9-publication-avocat/news/news-25-la-responsabilite-du-transporteur-dans-le-cadre-d%E2%80%99un-transport-aerien-international-de-marchandises.html>.

² نقض مدني ، جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٨٦ ، الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٢ ق.

تمييزه بين الدفع بعدم القبول موضوع الفصل ٢٦ والدفع بسقوط الدعوى موضوع الفصل ٢٩ من الاتفاقية مما يعرضه للنقض " ١ .

وقد قصرت اتفاقيتا وارسو ومونتريال الاحتجاج على حالة تلف الأمتعة أو البضاعة أو تأخيرها وهي الحالات التي يحدث فيها تسليم. ويترتب على ذلك أن نطاق الاحتجاج لا يمتد ليشمل حالتي الهلاك والضياع لانعدام التسليم فيهما ، وذلك لتعذر التمكن من التحقق من حالة البضاعة واكتشاف ما بها من تلف أو ضرر ، فضلاً عن أن الناقل لا يحتاج إلى إخطار بحدوث الضياع أو الهلاك لأنه يعلم بأنه لم يتم بعملية التسليم نتيجة لهذا الضياع أو الهلاك، فلا معنى لتطلب إخطاره بأمر يعلم به.

وقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان الاحتجاج متطلباً في حالة الضياع أو الهلاك الجزئي للأمتعة أو البضاعة ، كأن يكون سند نقل بضاعة مشتملاً على عشرة طرود ولا يصل منها سوى سبعة فقط . فذهب رأي إلى أنه ، قياساً على حالة التلف التي تؤدي إلى الانتقاص من قيمة البضاعة أو الأمتعة المنقولة ، والأمر كذلك في حالة الهلاك أو الضياع الجزئي ، فيكون من الواجب إذن توجيه الاحتجاج إلى الناقل لإعلامه بالحالة المذكورة تحت طائلة عدم قبول الدعوى ٢ . بينما توجه رأي آخر إلى أن النص قد اقتصر بشكل صريح وواضح على توجيه الاحتجاج في حالة التلف. وحيث أن أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى قد جاءت على سبيل الاستثناء ، فلذلك لا يجوز التوسع في تفسيرها ٣ . وتأكيداً لذلك ، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات بأنه " لما كان مفاد نص المادة ٣٦٤ من قانون المعاملات التجارية - والمطابقة لنص المادة ٢٦ من معاهدة وارسو لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي لعام ١٩٢٩ وبيروتوكول تعديلها لسنة ١٩٥٥ - أن دعوى المسؤولية قبل الناقل في عقد النقل الجوي عن ضمان التلف أو الضرر الناتج عن التأخير لا تكون مقبولة إذا

١ قرار القضاء المغربي بمجلسه الأعلى الصادر بتاريخ ٣ فبراير ١٩٩٩ ، في الملف المدني عدد ٤٣٩٤ /

٩٣ ، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد ٥٦ ، لسنة ٢٠٠٠ ، ص ٩٩ .

٢ أنظر في ذلك : د. رفعت فخري أبادير ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ .

٣ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٤٧ ؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٠ .

لم يوجه المرسل إليه إخطاراً إليه فور اكتشافه التلف وفي ميعاد لا يجاوز أربعة عشر يوماً بالنسبة إلى البضائع وذلك من تاريخ تسلمها تسليمًا فعليًا ، وفي حالة تأخر وصول البضائع يجب تحرير الإخطار خلال واحد وعشرين يوماً على الأكثر من اليوم الذي توضع فيه البضائع تحت تصرف المرسل إليه ، ومؤدى ذلك أن مجال تطبيق هذا النص أن يكون هناك نزاع بشأن عقد نقل جوي بين الناقل والمرسل إليه بخصوص التلف أو التأخير في التسليم ، أما حيث يكون النزاع بينهما بخصوص فقد البضائع فإنه لا مجال لتطبيق حكم النص المشار إليه وإذ كان محل النزاع بين طرفي الدعوى هو فقد ٣٦ كيلوجرام من البضاعة المرسلة ومن ثم فلا محل لتطبيق حكم المادة ٣٦٤ المشار إليها على هذا النزاع ، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعي عليه يكون على غير أساس " ١ .

وما نوّده ، هو الرأي الأخير ، مع الوضع في الاعتبار أنه لدواعي الحكمة والحرص ، ودفعاً لكل طارئ غير متوقع ، فمن الأفضل لكل مرسل إليه أن يعلن احتجابه للناقل في كل مرة يتحقق له وجود هلاك أو ضياع جزئي في الأمتعة أو البضاعة حين استلامه لها .

ووفقاً لأحكام المادة الرابعة من اتفاقية جوادا لآخارا ، يمكن للمرسل إليه توجيه الاحتجاج إلى الناقل الفعلي أو إلى الناقل المتعاقد ، ويكون لهذا الاحتجاج نفس الأثر سواء وجه إلى الأول أو إلى الثاني. وهذا الاحتجاج يمكن أن يوجه كذلك من المرسل إلى الناقل ، باعتبار أن الناقل مسئول تجاه كل من المرسل والمرسل إليه ، فضلاً عن أن البضاعة المرسلة للمرسل إليه قد يطلب المرسل من الناقل إعادتها إليه عملاً بأحكام المادة ١٢ من اتفاقيتي وارسو ومونتريال .

وقد أوجبت اتفاقية وارسو ومونتريال أن يثبت الاحتجاج كتابةً منعاً للجدل في حصوله، ويتم ذلك على شكل تحفظ يرد على سند النقل أو في صورة محرر آخر يُرسل في المدة المقررة للاحتجاج ، كأن يكون ذلك عن طريق التلكس أو الفاكس .

١_ المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات، الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٦، الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/١/٢١، المنشور في شبكة قوانين الشرق، آخر تاريخ للزيارة ٢٠١٦/١٢/٢٠.

ويتحقق وقوع الاحتجاج بمجرد تسليمه إلى الناقل أو تسليمه إليه في البريد ولو لم يتسلمه الناقل في الحالة الأخيرة بامتناعه عن ذلك مثلاً ، فالعبارة هي بإرسال الاحتجاج لا بوصوله إلى الناقل الجوي ، وذلك عند تقدير ما إذا كان الإجراء قد تم اتخاذه في الميعاد القانوني أم لا. ومع ذلك ، فلا يكفي لكي تقوم مسؤولية الناقل تجاه المرسل إليه أن يرسل الأخير احتجاجه إلى الناقل في المهلة المحددة قانوناً ، بل عليه أيضاً أن يثبت أن هناك تلفاً قد لحق البضاعة وأن هذا التلف قد وقع قبل استلامه لها. و خلاصة ما تقدم ، أن للناقل الجوي الحق في أن يدفع أمام المحكمة المختصة بعدم قبول الدعوى في حالتين : الأولى عندما يتسلم المرسل إليه أو المسافر الأمتعة أو البضاعة دون اعتراض أو تحفظ ؛ والثانية عندما لا يقوم أي منهما بتوجيه الاحتجاج إلى الناقل خلال المدة القانونية في حالتي التلف والتأخير. ولكن هذا الدفع بعدم القبول من جانب الناقل مشروط بأن لا يكون قد صدر عنه غش حال دون المرسل إليه أو المسافر من اكتشاف العيب إلا بعد فوات مواعيد تقديم الاحتجاج ، وألا تكون قوة قاهرة قد حالت دون المرسل إليه أو المسافر من تقديم الاحتجاج في الوقت المناسب.

وتجدر الإشارة أخيراً ، إلى أن الناقل الجوي الذي يدفع بعدم قبول الدعوى للأسباب المتقدمة ، يختلف مركزه القانوني عن الناقل الذي يدفع مسؤوليته لأحد الأسباب الموضوعية التي لا دخل لإرادته فيها ، كخطأ المضرور أو القوة القاهرة أو العيب الذاتي أو فعل الغير ... إلخ. ففي الحالات الأخيرة يكون هذا الناقل أمام دعوى مقبولة واتصلت بها المحكمة وناقشتها موضوعياً في ضوء الدفوع التي يتقدم بها المذكور للتخلص من المسؤولية. أما بالنسبة للناقل الذي يدفع بعدم قبول الدعوى ، فهو يهدف من البداية إلى منع المحكمة من النظر في الدعوى والحيلولة بينها وبين الدخول في الموضوع ، لبحث مدى توافر أو عدم توافر مسؤولية الناقل.

(ب) - في النقل الجوي الداخلي :

يخضع النقل الجوي الداخلي لأحكام قانون التجارة المصري ، والذي نصت المادة ٢٥١ منه على أن " ١ - تسلم الشيء محل النقل دون تحفظ يسقط الحق في

الرجوع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئي ما لم يثبت المرسل إليه حالة الشيء ويقيم الدعوى على الناقل خلال تسعين يوماً من تاريخ التسليم . ٢ - ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول الدعوى وفقاً للفقرة السابقة : أ - إذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم صدر من الناقل أو من تابعيه . ب - إذا ثبت أن الناقل أو تابعيه تعمدوا إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف . ٣ - يكون إثبات حالة الشيء المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير بينه القاضي المختص بأمر على عريضة " .

وبذلك نلاحظ الاختلاف فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول لعدم اتباع الإجراءات القانونية بين القانون المصري الذي يحكم النقل الداخلي وبين أحكام اتفاقيتي وارسو ومونتريال في النقل الدولي من جانبين رئيسيين :

الأول : يتعلق بنطاق التطبيق ، حيث يمتد الدفع بعدم القبول في قانون التجارة المصري ليشمل التلف والهلاك الجزئي للبضائع محل النقل ، دون أن يشمل الهلاك الكلي والتأخير ، بينما يقتصر الأمر في المجال الدولي على الإشارة إلى التلف والتأخير كأسباب للدفع بعدم القبول عندما لا يتم توجيه الاحتجاج إلى الناقل خلال المدة القانونية .

الثاني : يرتبط بشروط الدفع بعدم القبول ، حيث يشترط قانون التجارة إضافة إلى استلام البضائع دون تحفظ ، قيام المرسل إليه برفع الدعوى على الناقل خلال تسعين يوماً من تاريخ استلامه البضائع ، بينما تشترط اتفاقيتا وارسو ومونتريال فقط توجيه الاحتجاج إلى الناقل خلال المدة القانونية التي حددتها .

ثانياً : سقوط الحق في رفع الدعوى :

يقصد بالسقوط (La déchéance)^١ ، كجزء على عدم مراعاة المواعيد الإجرائية، حرمان الخصم من الحق في القيام بالعمل أو الإجراء بعد انقضاء الميعاد

^١ أنظر في تفصيلات نظرية السقوط : د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ وما يليها ؛ د. أحمد هندي ، مرجع سابق ، ص ٦٩٦ وما يليها ؛ د. علي تركي ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية (٢٠١١) ، ص ٧٢٨ وما يليها ؛ د. أسامة الروبي ، مرجع سابق ، ص ٣٧٤ وما يليها .

المحدد له قانونا. فالسقوط جزاء خطير يترتب عليه زوال حق الخصم في العمل أو الإجراء فيمتنع عليه القيام به مجددا. فإذا قام الخصم بالإجراء بعد فوات الميعاد ، فالمحكمة تقضي حينئذ بعدم قبول الإجراء لسقوط الحق فيه. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢١٥ من قانون المرافعات من انه " يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن . وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها ". ويعد هذا الجزاء أكثر خطورة من البطلان ، لأنه يحول دون تجديد الإجراء الذي سقط ، بينما قد لا يحول البطلان دون تجديد الإجراء الباطل طالما تم التجديد في الميعاد القانوني لاتخاذ الإجراء ^١.

(أ) - في النقل الجوي الدولي :

رعاية لمصلحة الناقل الجوي وكى لا يبقى مهدداً أوعاماً طويلة بالرجوع القضائي عليه ، وتكون أدلة براءة ذمته قد فقدت أو يصعب الحصول عليها ، فقد حددت اتفاقية وارسو أجلاً قصيراً لمقاضاته من قبل مستعملي الطائرة ، حيث نصت المادة ٢٩ من اتفاقية وارسو على انه " ١ - تقام دعوى المسؤولية في بحر سنتين اعتباراً من تاريخ الوصول أو من اليوم الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل ، وإلا سقط الحق في رفع الدعوى.

٢- ويعين قانون محكمة النزاع طريقة احتساب المدة المذكورة "

ويتضح من هذا النص أنه يتوجب على المضرور من مستعملي الطائرة رفع دعواه على الناقل الجوي خلال مدة سنتين تبدأ من تاريخ وصول الطائرة ، أو من اليوم الذي كان يتعين أن تصل فيه ولو لم تصل أبداً إلى المطار مقصدها ، أو من تاريخ وقف النقل في حالة امتناع الناقل عن إتمام الرحلة الجوية لأي سبب من الأسباب . ويلاحظ هنا ، أن القضاء مستقر على أنه إذا وصلت الطائرة وتأخر الناقل في تسليم الأمتعة أو البضاعة إلى مستحقيها ، فإن مدة السنتين لا تبدأ من تاريخ وصول الطائرة ، بل من تاريخ تسليم تلك الأمتعة أو البضاعة.

^١ د. أحمد تاسيد صاوي ، مرجع سابق ، ص ٦٠٠.

وتسري أحكام السقوط لعدم مراعاة المدة القانونية المنصوص عليها أعلاه على جميع أنواع وصور النقل الجوي الدولي أيّاً كان موضوعه : نقل أشخاص أم نقل أمتعة أم نقل بضائع ، وعلى جميع الدعاوى الناشئة عن عقد النقل. وفي هذا الشأن ، فقد قضت محكمة استئناف جرونوبل بفرنسا بعدم قبول دعوى رفعتها شركة تأمين على الناقل الجوي بعد أن دفعت التعويض لأسرة الراكب المتوفى ، حيث قررت المحكمة سقوط الحق في رفع الدعوى لمرور أكثر من سنتين على وقوع الحادث الذي تعرض له الراكب المسافر¹.

ويرد السقوط على دعوى المسؤولية المرفوعة على الناقل الجوي سواء كان ناقلاً متعاقداً أم ناقلاً فعلياً. كما تبقى مدة السقوط ذاتها دون تغيير حتى ولو كان منسوباً إلى الناقل الجوي خطأ غير مغتفر. وتتحدد طريقة احتساب مدة سقوط الدعوى طبقاً لما يقضي به قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

وقد ثار جدل في الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لمدة السنتين التي يتوجب على المضرور أن يرفع الدعوى خلالها على الناقل الجوي ، هل هي مدة تقادم تسري عليها أحكام وقف التقادم وانقطاعه ، أم إنها مدة سقوط ؟ اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي² ، مؤيدة بجانب من الفقه³ ، إلى أن مدة السنتين التي

¹ انظر :

Cour d'appel de Grenoble, 02/10/1971, la revue française de droit aérien, 1972, p. 63.

² حيث جاء في هذه الأحكام ما يلي :

((Si la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, à laquelle renvoie l'article L 322-3 du Code de l'aviation civile pour la détermination des règles de la responsabilité du transporteur aérien, prévoit que l'action en responsabilité doit être intentée sous peine de déchéance dans un délai de deux ans, il n'existe dans ces textes aucune disposition expresse selon laquelle, par dérogation aux principes du droit interne français, ce délai ne serait susceptible ni d'interruption ni de suspension)).

انظر على سبيل المثال :

Cass. Ass. Plén., 14 janvier 1977, Bull. civ. 1977, n° 1, P. 1 ; Cass. Ass. Plén., 1^{er} juillet 1977, Bull. civ. 1977, n° 5, P. 8.

³ د. حسن كبيرة ، مسئولية الناقل الجوي في اتفاقية فارسوفيا وبروتوكول لاهاي المعدل لها ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية ، س ٨ ، ١٩٥٨ / ١٩٥٩ ، ص ٦٠ ، د. عبد الفضيل محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٦.

حددها المادة ٢٩ من الاتفاقية هي مدة تقادم وتكون بالتالي قابلة للوقف والانقطاع. وحجتهم في ذلك أن دعوى المسؤولية في أنواع النقل الأخرى ، البري والبحري ، يجب أن تُرفع كذلك خلال فترة وجيزة ، لكن تلك الفترة تعد دائماً فترة تقادم ، فلماذا يشدُّ النقل الجوي عن هذه القاعدة. كما يقولون أيضاً ، إن ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة ٢٩ بالرجوع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع من أجل تحديد طريقة احتساب مدة السنتين ، يعني بالضرورة أنه يرد على هذه المدة وقف وانقطاع تتحدد أحكامهما وفقاً لقانون القاضي ، وإلا لا معنى لورود الفقرة الثانية المذكورة.

غير أن الرأي الذي نرجحه ، يذهب إلى أن مدة السنتين هي مدة سقوط غير خاضعة لأي وقف^١ ، وإلا لما كانت الاتفاقية قد استعملت كلمة **Déchéance** وهي تعني بالفرنسية السقوط - وهو نفس المصطلح الذي استخدمته اتفاقية مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي ١٩٩٩^٢ - وإنما كانت قد استخدمت مصطلح **Prescription** ويعنى التقادم. كما إن الأخذ بفكرة السقوط يؤدي إلى توحيد الحكم بالنسبة لجميع الدول الأعضاء في الاتفاقية نظراً لاختلاف قوانينها الوطنية في مسألة تحديد أسباب انقطاع التقادم ووقفه^٣.

^١ مع ملاحظة ان مواعيد السقوط يمكن أن يرد عليها الانقطاع تطبيقاً للمادة ١٣٢ من قانون المرافعات المصري التي تنص على انه " يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم ويطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع ".
^٢ حيث جاء نص المادة ٣٥ من اتفاقية مونتريال باللغة الفرنسية على النحو التالي :

Art. 35 Délai de recours

" 1 L'action en responsabilité doit être intentée, **sous peine de déchéance**, dans le délai de deux ans à compter de l'arrivée à destination, ou du jour où l'aéronef aurait dû arriver, ou de l'arrêt du transport.

2 Le mode du calcul du délai est déterminé par la loi du tribunal saisi "

^٣ من هذا الرأي : د. رفعت فخري أبادير ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠ ؛ د. محمود مختار بري ، د. عمر فؤاد عمر ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ ؛ د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦٣٩ ؛ د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠ ؛ د. صفوت بهنساوي ، القانون الجوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ ، ص ٢٣٢ ؛ وانظر كذلك :

Thierry MAZOYER, op. ; M. LITVINE, op.

وبناء على ما تقدم فإن مرور مدة السنتين دون مبادرة المضرور برفع الدعوى وقيامه باللجوء للقضاء بعد هذه المدة يترتب عليه سقوط الحق في الدعوى ، ويعطي للناقل الجوي الحق في التمسك أمام المحكمة المختصة بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد فوات الميعاد المحدد قانونا. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقضائها بأن " المستفاد من نصوص المواد ١٧ ، ٢٢ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٨ ، ٢٩ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة ببروتوكول لاهاي ، أنه لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة الراكب أو إصابته إلا بالشروط وفي الحدود المقررة في الاتفاقية ويتعين إقامة دعوى المسؤولية في بحر سنتين اعتبارا من تاريخ الوصول أو من اليوم الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق في رفع الدعوى " ^١ .

كما قضت كذلك بأن " نص المادة ٢٩ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران أنفة الذكر قد جرى بأن تقادم دعوى المسؤولية في بحر سنتين اعتبارا من تاريخ الوصول أو من اليوم الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق في رفع الدعوى ، مما مفاده بلا ريب أن تلك المدة يجب أن يتم خلالها استعمال الحق في رفع الدعوى وإلا سقط ذلك الحق فهي مدة يسقط بانقضائها الحق في رفع الدعوى المذكورة ^٢ .

وتحدد طريقة حساب الميعاد طبقا للقانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع. فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو على سبيل المثال القانون المصري ، فلا يحسب منه اليوم الأول الذي تم فيه الإجراء أو حدث فيه الأمر الذي يعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد (مادة ١٥ مرافعات) ^٣ حتى لا يتحول هذا الميعاد إلى

^١ نقض مدني ، جلسة ١٧/٤/١٩٨٥ ، الطعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، ص ٦١١ .

^٢ نقض مدني ، جلسة ٨/٥/١٩٨٥ ، الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، ص ٧٣٥ .

^٣ وهو نفس موقف القوانين الإماراتي والعماني والكويتي ، وذلك تطبيقا لنصوص المواد ١١ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ، و١٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ، و١٧ من قانون المرافعات الكويتي .

ميعاد يحسب بالساعات. بمعنى أن احتساب الميعاد يبدأ من اليوم التالي ليوم وصول الطائرة أو لليوم الذي كان من المفترض أن تصل فيه ، أو لليوم الذي توقفت فيه عملية النقل الجوي.

(ب) - في النقل الجوي الداخلي :

تنص المادة ٢٩٦ من قانون التجارة المصري على أنه " ١ - تتقدم بمضى سنة كل دعوى ناشئة عن عقد النقل الجوي يكون موضوعها مطالبة الناقل بتعويض عن هلاك الأمتعة والبضائع أو تلفها. وتسرى هذه المدة في حالة الهلاك الجزئي أو التلف من تاريخ تسليم الشيء موضوع النقل وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ ،^١ وفي حالة الهلاك الكلي من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٩ من هذا القانون. ٢ - تتقدم بمضى سنتين كل دعوى ناشئة عن عقد النقل الجوي يكون موضوعها مطالبة الناقل بتعويض عن وفاة المسافر أو إصابته بأضرار بدنية . وتسرى ، هذه المدة في حالة الوفاة من تاريخ وقوعها ، وفي حالة الإصابة البدنية من تاريخ وقوع الحادث. ٣ - تتقدم بمضى سنة كل دعوى تنشأ عن عقد النقل الجوي . وتسرى هذه المدة من الميعاد المعين لوصول الطائرة ، وفي حالة عدم التعيين تسرى من الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي إذا وجد في نفس الظروف. ٤ - لا يجوز أن يتمسك بالتقدم المنصوص عليه في الفقرات الثلاثة السابقة من هذه المادة من صدر منه أو من تابعيه أو من وكلائه غش أو خطأ جسيم " .

ويتضح من النص السابق أن المشرع المصري قد انتهج فيما يتعلق بالنقل الجوي الداخلي نهجا مغايرا لما ورد في الاتفاقات الدولية بشأن النقل الجوي الدولي ، حيث اعتبر المدة المحددة لرفع الدعوى هي مدة تقادم للدعوى وليس مدة سقوط. وأمام صراحة هذا النص واستخدام المشرع لمصطلح تقادم الدعوى ، فلا يمكن - من وجهة نظرنا - الاجتهاد في هذا الشأن في تحديد طبيعة هذه المدة واعتبارها مدة سقوط. وبناء على ذلك ، فالممدد الواردة في النص هي مدد تقادم للدعوى يمكن أن يرد عليها كل من الوقف والانقطاع.

^١ تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ من قانون التجارة على انه " تتقدم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء بمضى سنة تبدأ من تاريخ تسليم الشيء إلى المرسل إليه أو إلى الجمرك أو إلى الأمين الذي يعينه القاضى لاستيداع الشيء وتسرى المدة في حالة الهلاك الكلي من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ من هذا القانون " .

وقد قرر المشرع المصري بموجب المادة ٢٩٦ سالفه الذكر أن مدة تقادم دعاوى مسئولية الناقل الجوي المترتبة على الهلاك أو التلف هي مضي سنة من تاريخ تسليم الشيء موضوع النقل ، كما تسري نفس المدة بالنسبة لكل دعوى أخرى تنشأ عن عقد النقل الجوي ، كدعاوى المطالبة بالأجرة أو رد ما دفع من زيادة أو التعويض عن التأخير^١ . بينما يبدأ سريان الميعاد في حالة الهلاك الكلي للبضائع أو الأمتعة^٢ من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٩ من هذا القانون ، وهو مرور ثلاثين يوما من تاريخ انقضاء الميعاد المعين للتسليم ، وفي حالة عدم التعيين من تاريخ انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي في النقل إذا وجد في نفس الظروف .

بينما تكون مدة تقادم دعاوى مسئولية الناقل الجوي التي يكون موضوعها مطالبة الناقل بتعويض عن وفاة المسافر أو إصابته بأضرار بدنية مرور سنتين من تاريخ وقوع الوفاة ، وفي حالة الإصابة البدنية من تاريخ وقوع الحادث .
ويلاحظ أنه لا يجوز للناقل التمسك بمدد السقوط السابقة إذا صدر منه أو من تابعيه أو من وكلائه غش أو خطأ جسيم . ويعد غشا أي فعل أو امتناع يترتب عليه أي من الأضرار السابقة للبضائع أو الأمتعة أو الأشخاص . كما يعتبر خطأ جسيما أي فعل أو إهمال لا يمكن أن يقع من أقل الأشخاص حرصا ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة^٣ .

^١ د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .
^٢ وقد نصت المادة ٢٤٠ / ٢ من قانون التجارة على أنه " ١ - يسأل الناقل من وقت تسلمه الشيء محل النقل عن هلاكه كليا أو جزئيا وعن تلفه وعن التأخير في تسليمه . ٢ - يكون الشيء محل النقل في حكم الهالك كليا إذا لم يسلمه الناقل أو لم يخطر المرسل إليه بالحضور لتسلمه خلال ثلاثين يوما من انقضاء الميعاد المعين للتسليم أو من انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل العادي في النقل لو وجد في الظروف نفسها إذا لم يعين ميعاد للتسليم " .

^٣ د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، مرجع سابق ، ص ١٢١ .

الخاتمة

انصبت هذه الدراسة على مسألة خصوصية الأحكام الإجرائية لدعوى مسئولية الناقل الجوي ، حيث تناولنا في المبحث التمهيدي من الدراسة أساس مسئولية الناقل الجوي وأهم الاتفاقات المنظمة لها ؛ وعرضنا في المبحث الأول لأطراف دعوى المسئولية ؛ وبيننا في المبحث الثاني المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، ثم عالجتنا في المبحث الثالث والأخير فكرة عدم قبول الدعوى سواء لعدم اتباع الإجراءات التي رسمها القانون أو لسقوط الحق في رفع الدعوى .
ونستطيع في ختام هذه الدراسة أن نوجز أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات في النقاط التالية :

- 1- شهدت مسئولية الناقل الجوي تطورات عديدة عكست النظريات القانونية المختلفة التي سادت دول العالم. وقد حاولت اتفاقية وارسو ١٩٢٩ القديمة وضع قواعد دولية موحدة في هذا المجال فتبنت أساساً قانونياً معيناً سرعان ما شهد تطوراً كبيراً بصدور البروتوكولات المعدلة للاتفاقية ، ثم بصدور اتفاقية مونتريال الجديدة عام ١٩٩٩ .
- ٢- أصبحت اتفاقية مونتريال منذ دخولها حيز التنفيذ في ٤ نوفمبر ٢٠٠٣ هي الاتفاقية الدولية المطبقة في مجال النقل الجوي بالنسبة للدول المنضمة لها ، وبذلك فقد أسدل الستار على أحكام اتفاقية وارسو القديمة وتعديلاتها. ولا شك في أهمية الانضمام لاتفاقية مونتريال التي تكفل في الحقيقة العديد من الضمانات سواء للمضروب أو للناقل وتابعيه ، كما تحد من ناحية أخرى من تتبع البروتوكولات والوثائق الدولية المتعددة المكملة لاتفاقية وارسو .
- ٣- جمعت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ بشكل فريد كل أحكام المسئولية الواردة في اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها ، حيث اعتمدت على فكريتي الخطأ العقدي المفترض والمسئولية الموضوعية ، وهو ما يؤكد أهمية الانضمام والتصديق على هذه الاتفاقية .

٤- تتميز دعوى مسؤولية الناقل الجوي بأحكام إجرائية خاصة تجعلها مختلفة عن دعاوى العادية ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد أطراف الدعوى والمحكمة المختصة بنظرها ، وكذلك القواعد المتعلقة بعدم قبول هذه الدعوى وسقوط الحق في رفعها.

٥- يختلف المدعي في دعوى المسؤولية التي تقام ضد الناقل الجوي باختلاف عملية النقل التي قد تكون للأشخاص والأمتعة أو للبضائع.

٦- يختلف شخص المدعى عليه بحسب ما إذا كان الناقل قد تمّ من قبل شخص طبيعي ثم توفي ، أو من ناقلين متتابعين ، أو من ناقل متعاقد وآخر فعلي. كما طرحت ، في هذا الصدد ، مسائل الرجوع على الوكيل بالعمولة ووكالات السياحة وعلى تابعي الناقل ، إضافة إلى شركات التأمين.

٧- حددت المادة ٢٨ من اتفاقية وارسو أربع محاكم مختصة بدعوى المسؤولية ، وقد أضافت لها اتفاقية جوارا لآخارا ، في مادتها الثامنة ، محكمة خامسة. كما أضافت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ محكمة سادسة ، بحيث ينعقد لأي منها جميعا ، وفقا لاتفاقية مونتريال ، الاختصاص بنظر دعوى مسؤولية الناقل الجوي.

٨- تحديد الاختصاص على النحو الذي بينته اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ يقتصر على دعاوى المسؤولية التي ترفع على الناقل بشأن حوادث الركاب وتأخيرهم وهلاك أو تلف البضائع أو الأمتعة أو تأخيرها دون غيرها من الدعاوى الأخرى.

٩- قد يؤدي تعدد جهات التقاضي المتاحة للمدعي إلى قيامه برفع الدعوى أمام كل هذه المحاكم أو أمام عدد منها دون إمكانية التمسك من قبل المدعى عليه بالدفع بضم الدعاوى للارتباط ، مما يرتب حالة من حالات التنازع الإيجابي على الاختصاص. ويتطلب هذا الأمر - من وجهة نظرنا - إجراء تعديل على نصوص اتفاقية مونتريال ، والنص الصريح على منح الاختصاص فقط لأول

محكمة مختصة رفعت أمامها القضية في دولة من الدول المعنية ، بحيث يمكن ، مع وجود هذا النص ، التمسك بهذا الدفع أمام محاكم الدول الأخرى.

١٠- حددت اتفاقية وارسو إجراءات يعين اتخاذها خلال الفترة المحددة قانونا ، وإلا أمكن للناقل الجوي التمسك بعدم قبول دعوى المسؤولية. كما حددت الاتفاقية أجلاً قصيراً لمقاضاة الناقل الجوي وإلا سقط الحق في رفع الدعوى وأمكنه كذلك التمسك بعدم قبولها إذا رفعت بعد هذا الميعاد. أما في مجال النقل الجوي الداخلي الذي يخضع لأحكام قانون التجارة المصري فقد انتهينا لوجود عدد من الاختلافات بين القانون المصري وبين الاتفاقات الدولية التي تحكم النقل الجوي الدولي بشأن الأحكام الخاصة بعدم قبول دعوى مسؤولية الناقل الجوي.

١١- تعتبر المدة التي يتوجب على المضرور ، في النقل الجوي الدولي ، رفع الدعوى خلالها على الناقل الجوي - وفقاً للرأي الذي نرجحه - مدة سقوط وليست مدة تقادم. ومن ثم فإن مرور هذه المدة دون مبادرة المضرور برفع الدعوى خلالها يترتب عليه سقوط حقه في رفع الدعوى ، ويعطي للناقل الجوي الحق في التمسك أمام المحكمة المختصة بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد فوات الميعاد المحدد قانوناً.

بينما يختلف الوضع في النقل الجوي الداخلي ، حيث أنه أمام صراحة نص المادة ٢٩٦ من قانون التجارة المصري في اعتبار مدة السنة أو السنتين بحسب الأحوال مدة تقادم للدعوى ، فلا يمكن - من وجهة نظرنا - الاجتهاد في هذا الشأن في تحديد طبيعة هذه المدة واعتبارها مدة سقوط ، ومن ثم فهي وفقاً للنص مدة تقادم يمكن أن يرد عليها كل من الوقف والانقطاع.

تم بعون الله وتوفيقه.

قائمة بأهم المراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية :

- د. أبوزيد رضوان :
 - القانون الجوي ، قانون الطيران التجاري ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢ .
 - تطور طبيعة ومدى مسئولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص ونظم التأمين عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق -جامعة عين شمس ، المجلد ١٦، العدد الأول، ١٩٧٤ .
- د. أحمد بن ابراهيم الشيخ ، المسئولية عن تعويض أضرار النقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ .
- د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٦ .
- د. أحمد هندي ، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- د. أسامة الروبي ، قواعد الاجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- د.أماني أحمد عبدالله موسى ، تطور طرق دفع المسئولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م ، مجلة العدل ، وزارة العدل بالسودان ، العدد الثاني والأربعون ، السنة السادسة عشرة ، ٢٠١٤ .
- د. حسن كيرة ، مسئولية الناقل الجوي في اتفاقية فارسوفيا وبروتوكول لاهاي المعدل لها ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية ، س ٨ ، ١٩٥٨/١٩٥٩
- د. حمد الله محمد حمد الله ، القانون الجوي ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الطبعة الأولى ٢٠١٤ .
- د. رفعت فخري أبابير ، الوجيز في القانون الجوي ، بدون ناشر ، ١٩٩٠ .

- د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ .
- د. صفوت بهنساوي ، القانون الجوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ .
- د. عادل محمد خير ، مسؤولية الناقل الجوي وآلية دعوى المسؤولية وحدود التعويض ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، ٢٠٠١ .
- د. عاطف محمد الفقي ، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩ ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ .
- د. عبد الفضيل محمد أحمد ، القانون الخاص الجوي دار الفكر والقانون ، ٢٠١١ .
- د. عبد المنعم الشرقاوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، بدون ناشر ، طبعة ١٩٥٦ .
- د. عدلي أمير خالد ، أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- د. على تركي ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ٢٠١١ .
- د. فتحي والي ، ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، طبعة ٢٠٠١ .
- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد ، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .
- د. محمد فريد العريني ، د. محمد السيد الفقي ، القانون البحري والجوي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١ .
- د. محمد محمد هلاله ، مبادئ القانون الجوي الخاص ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

- د. محمد وفاء محمدين ، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار
الحاصلة للمسافرين ، دراسة في القضاء الأمريكي ، دار الجامعة الجديدة ،
الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
- د. محمود مختار بريري : قانون الطيران وقت السلم ، الطبعة الأولى ، دار
الفكر العربي ، ١٩٧٧ .
- د. محمود مختار بريري ، د. عمر فؤاد عمر ، القانون الجوي ، دار
النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- د. مصطفى البنداري ، قانون الطيران المدني لدولة الإمارات العربية
المتحدة ، إصدارات كلية الدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة الشارقة ،
٢٠٠٦ .
- منظمة الطيران المدني ، دليل تنظيم النقل الجوي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤
، منشور على الموقع الإلكتروني :
<http://www.google.ae/url?sa.آخر تاريخ لزيارة الموقع ٢٥/١١/٢٠١٦> .
- د. نبيل إسماعيل عمر :
- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية (الاختصاص -
الدعوى - الخصوم) ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ،
٢٠٠٦ .
- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف
بالإسكندرية ، ١٩٨١ .
- د. هاني دويدار ، النقل البحري و الجوي ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .
- د. وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة
٢٠٠١ .

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية :

- **B. BAHEU-DERRAS**, Accident aérien : que dit le droit ? , village de la justice, 2 juillet 2009, article publié sur le site : <http://www.village-justice.com/articles/Accident-aerien-droit-Bertrand,6485.html>.
- **M. BANDRAC**, « Les vérifications à opérer », Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Paris, Dalloz, 1999, n^{os} 11-200.
- **J. BEAUCHARD**, La détermination des règles de compétence (d'attribution et territoriale); les extensions de compétence, Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Paris, Dalloz, 1999, n^{os} 303-999.
- **J.-P. BÉGUET**, « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.*, 1947.
- **G. BOLARD**, « Les garanties du procès civil », Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Paris, Dalloz, 1998., n 83 et s., p 84 et s.
- **J. BONNECASE, M. LABORDE-LACOSTE**, Précis élémentaire de procédure civile et voies d'exécution, Recueil SIREY, 1932.
- **G. BULAMBO NYANGI**, La responsabilité civile du transporteur aérien en cas de dommage subi par un passager, publié sur le site : <http://www.memoireonline.com/11/13/7666/La-responsabilite-civile-du-transporteur-aerien-en-cas-de-dommage-subi-par-un-passager.html>.
- **L. CADIET**, Droit judiciaire privé, LITEC, 1992.
- **G. COUCHEZ**, Procédure civile, 11e édition, DALLOZ, 2000.
- **Xavier DELPECH**, Droit applicable aux rapports entre le transporteur aérien et le constructeur d'aéronefs; Dalloz actualité, Éditions Dalloz 2017, publiée sur le site: <http://www.google.ae/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwiZ3bjnIPXRAhXBP>

xoKHZABLEQFggnMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.daloz-actualite.fr%2Fprintpdf%2Fflash%2Fdroit-applicable-aux-rapports-entre-transporteur-aerien-et-constructeurdaeronefs&usg=AFQjCNHqZmvPm1N6nfjfrPRugMJQRReiqw.

- **S. GUINCHARD** , « Etre défendeur », Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Paris, Dalloz, 1999, n^{os} 2001-2030.
- **M. LITVINE**, Droit Aérien, Bruylant, BRUXELLES, 1970.
- **Thierry MAZOYER**, La responsabilité du transporteur dans le cadre d'un transport aérien international de marchandises, publié sur le site : <http://www.cmh-avocats.fr/fr/9-publication-avocat/news/news-25-la-responsabilite-du-transporteur-dans-le-cadre-d%E2%80%99un-transport-aerien-international-de-marchandises.html>.
- **H. MOTULSKY**, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, réédition, Paris, Dalloz, 1991.
- **J. NORMAND**, « Les excroissances des fin de non-recevoir en droit privé », obs. *RTD civ.*, 1981.
- **Marie-France STEINLE-FEUEBACH**, Les trajectoires de l'obligation de sécurité du transporteur aérien de personnes, Revue trimestrielle Riseo (Risques études et observations) , 2010-2.
- **J. VINCENT, S. GUINCHARD**, *Procédure civile*, 24^e édition, Paris, Dalloz, 1996.
- **J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD**, Institutions judiciaire, DALLOZ, 5e éditions 1999.
- **Aurélie VAUDRY**, La responsabilité civile des transporteurs aériens : une protection accrue des passagers, article publié le 23/08/2015 sur le site : http://www.avocats-picovschi.com/la-responsabilite-civile-des-transporteurs-aeriens-une-protection-accrue-des-passagers_article_286.html.

سلطة القاضى المستعجل

فى تحوير الطلبات

دراسة تحليلية وتطبيقية

فى قانون المرافعات

دكتور/ مجدى عبد الغنى خليف

محاضر بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١- القاعدة هي التزام القاضى بحدود الطلبات المطروحة عليه كما قدمها الخصوم^(١)، فلا يجوز له تعديلها ، زيادةً أو نقصاناً ، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه^(٢)، وذلك حتى لا يكون القاضى خصماً وحكماً فى آن واحد^(٣). فإذا تجاوز هذا النطاق ، يعتبر قضاءه فى هذا الخصوص قضاءً معدوماً لصدوره فى غير خصومة^(٤).

وعلى ذلك ، فلا يجوز للقاضى أن يعدل الطلبات التى أدلى بها الخصوم أو يستبدلها بطلبات مغايرة حسب مشيئته وإرادته الخاصة، وذلك حتى ولو تبين له أن الخصوم قد أساءوا تصور طلباتهم وتقديرها، لما يعد ذلك خرقاً لمبدأ حياد القاضى . فالقاضى ليس وصياً قضائياً على مصالح الخصوم الخاصة . فإذا حكم فى نزاع بطلب لم يطرحه عليه الخصوم ، ولم يكن مبنياً على وقائع مطروحة عليه بالفعل وصالحة لتوليد النتيجة التى توصل إليها ، كان حكمه حكماً بما لم يطلبه الخصوم مصاباً بعوار البطلان^(٥).

وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة على القاضى المستعجل باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى دون البت فى أصل النزاع ، إذ قد يخطئ

(1) ولا شك فى أن منبع هذه القاعدة هو طبيعة وظيفة القضاء بوصفه محتكماً بين متخاصمين على حق متنازع عليه. الطعن رقم ١٥٣٣٨ لسنة ٨١ق - جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٦؛ والطعن رقم ٦٧٥١ لسنة ٦٤ق "أحوال شخصية" - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٦.

(2) د/أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - ط١٣ - ١٩٨٠ - بند ١٧٢ - ص ١٧٤ & د/فتحى والى - الميسوط فى قانون القضاء المدنى - ج٢ - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١٦ - بند ٢٤٤ - ص ٧٢، ٧٣ & د/نبيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط ١٩٩٩ - ص ٣٣٥، ٣٣٦ & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١١ - بند ١٣٧ - ص ٣١٧ & د/أحمد هندى - قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠١٦ - بند ١٢٥ - ص ٢٣٧. وكذلك: الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٧/٦/٢٢؛ والطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٠.

(3) د/رجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - دار الفكر القانونى - الطبعة الأولى - ١٩٨٧/١٩٨٦ - ص ٤٠٢.

(4) الطعن رقم ١٥٣٣٨ لسنة ٨١ق مشار إليه مسبقاً؛ والطعن رقم ٣٤٧٨ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠١١/١١/٢٧؛ والطعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ق - جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢. وأنظر: الطعن رقم ٣٤ لسنة ٧١ق - جلسة ٢٠١١/١١/٢٧.

(5) الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠١١/٢/٢٣؛ والطعن رقم ٦٧٥١ لسنة ٦٤ق "أحوال شخصية" مشار إليه. وأنظر: الطعن رقم ١١٠٤٦ لسنة ٧٩ق - جلسة ٢٠١٠/١٢/١٩.

المدعى فى تقدير طلباته ووصف طبيعتها أو يعبر عنها بطريقة خاطئة بما تخرج
عن اختصاص القضاء المستعجل؟

لا شك أن تطبيق القاعدة المتقدمة على القاضى المستعجل يترتب عليه عدم
استطاعته الفصل فى الطلبات المطروحة عليه التى تخرج عن حدود اختصاصه
لمجرد عيب فى تقديرها أو خطأ فى تصور طبيعتها ، بما تظل معه المراكز القانونية
للخصوم محلاً للتجهيل وعرضة للإصابة. بأضرار قد يتعذر تداركها وإصلاحها .
وفى هذه الحالة يضطر المدعى إلى رفع دعواه من جديد ، سواء أمام القضاء
المستعجل بعد تعديل طلباته أو القضاء الموضوعى ، وهو ما يكلف الخصوم مزيداً
من الوقت والنفقات والإجراءات.

من أجل ذلك ، اتجه الفقه إلى تبنى فكرة تحويل الطلبات أمام القاضى
المستعجل بهدف تزويده بسلطات واسعة على النزاع بمقتضاها يحق له تحويل
الطلبات المطروحة عليه واستبدالها بالإجراءات الوقتية التى تكفل للخصوم حماية
عاجلة لحقوقهم، وذلك دون تنبيههم أو السماح لهم بمناقشة ما سيحكم به بدلاً من
القضاء بعدم اختصاصه بنظر النزاع^(١).

غير أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحويل ، وإن كان يحقق مزايا
للمدعى على هذا النحو ، إلا أنه قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق المدعى عليه ، وذلك
على أساس أن القاضى المستعجل سيعدل الطلبات المقدمة إليه دون لفت انتباهه أو
منحه فرصة للتعقيب والرد عليها بعد تعديلها وتغييرها.

(١) أنظر: د/عبد الباسط جمبوعى - مبادئ قانون المرافعات - دار الفكر القانونى - ط٤١٩٧ - ص١٣١ &
/محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - دار النهضة العربية - ط٤ - ١٩٧٧ - بند٥٠٠ - ص٤٤٠ ،
٤٤١ & /أعلى راتب ونصر الدين كامل ومحمد راتب - قضاء الأمور المستعجلة - ج١ - دار الطباعة
الحديثة - دون تحديد سنة النشر - بند٥٢ - ص٨٩ & د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى
المستعجلة - رسالة جامعة الاسكندرية - ط١٩٦٧ - منشأة المعارف - بند٩٥ - ص١٥٢ وما بعدها &
د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - منشأة المعارف - ط٥ - ص٣٠٤ ، ٣٠٥ & د/أحمد ماهر
زغلول - أصول وقواعد المرافعات - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠١ - بند٢٢٧ - ص٦٨١ وما
بعدها.

وعلى أثر هذا التعارض بين مصلحة المدعى ومصلحة المدعى عليه، وفي محاولة للتوفيق بينهما ، فإن الحاجة تبدو ملحة إلى ضرورة تحديد معالم وأسس سلطة التحويل ووضع الضوابط الموضوعية والإجرائية لها.

وإذا كان الفقه قد تطرق إلى معالجة فكرة تحويل الطلبات أمام القضاء المستعجل ، إلا أنها لم تحظ بالعناية الكافية ، فلم يسهم الفقه بشكل كبير في معالجة هذه الفكرة والتي جاءت غير متعمقة أجريت في المؤلفات العامة لقانون المرافعات ، فضلاً عن أن الخلاف قد احتدم بين الفقه - كما سيتضح فيما بعد - حول تحديد طبيعة التحويل وتحديد نطاق تطبيقه . ولعل مرجع ذلك كله هو خلو قانون المرافعات من أي تنظيم تشريعي لهذه الفكرة وإفراد قواعد خاصة لها.

غير أن القضاء قد أولى فكرة التحويل الكثير من عنايته ، ولا شك أن تحليل أحكام القضاء في هذا الصدد سوف يسهم إلى حد كبير في إجلاء ضوابط وأسس هذه الفكرة وبيان خصوصيتها ، وهو ما يسهم إسهاماً إيجابياً في إثراء هذه الدراسة ، ويسمح مستقبلاً ببنى تنظيم تشريعي خاص لهذه الفكرة.

وترتيباً على ما تقدم ، فإنه سوف ينصب اهتمامنا في هذه الدراسة على تحديد ماهية فكرة التحويل لبيان مدلولها وتمييزها عما قد يختلط بها من أفكار، ثم نتطرق إلى معالجة شروط استعمال سلطة التحويل ونطاق تطبيقها، ثم ننقل بعد ذلك إلى وضع الضوابط الإجرائية لممارسة القاضى المستعجل لهذه السلطة، ثم نختم بمعالجة مدى إمكانية تطبيق فكرة التحويل في التحكيم بخصوص المنازعات الوقتية التي تعرض على المحكم. وعليه، فإننا سوف نقسم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث متتالية هي:

المبحث الأول : ماهية التحويل.

المبحث الثانى : نطاق التحويل وشروطه.

المبحث الثالث : النظام الإجرائى للتحويل.

المبحث الرابع : مدى إمكانية تطبيق التحويل فى التحكيم.

المبحث الأول ماهية التحوير.

٢- تمهيد وتقسيم:

التحوير هو سلطة مخولة لقاضي الأمور المستعجلة بموجبها يحق له تعديل الطلبات المطروحة عليه التي تكون بمنأى عن اختصاصه إلى إجراءات وقتية دون المساس بالبنيان الواقعي الذي حدده الخصوم أو تجاوز حدود هذه الطلبات ، وذلك بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه بنظرها^(١). وهذا ما يقى الأطراف مشقة وعبء طرح النزاع مرة أخرى بما يحقق الإقتصاد في الوقت والإجراءات والنفقات.

والواقع أن قانون المرافعات لم ينظم سلطة التحوير حيث خلت قواعده من أى نص يعالج حالة عجز الطلبات المطروحة على قاضي الأمور المستعجلة على إضفاء الحماية الوقتية السريعة اللازمة للحفاظ على حقوق الخصوم . كذلك لم تحظ مكنة التحوير بالدراسة الكافية من قبل الفقه ، فعلى الرغم من أنه قد ابتدع هذه المكنة ، إلا أنه لم يتفق على مدلول واحد لها . وأثراً لذلك ، فلم يضع الفقه تعريفاً محدداً لها ، كما أن الخلاف قد احتدم حول طبيعتها القانونية وأساسها.

ومن ناحية أخرى ، تختلط فكرة التحوير ببعض الأفكار المشابهة لها، كفكرة التكيف ، وتعديل الطلبات ، والتصحيح بالتحول.

ولذلك ، فإنه من الضروري تأصيل آراء الفقه وأحكام القضاء بخصوص سلطة التحوير حتى يتم وضع مدلول محدد لها ، وهو ما سيكون محلاً للدراسة بالمطلب الأول . كما يتعين التمييز بين سلطة التحوير وبين ما قد يختلط بها من أفكار أخرى ، وهو ما سيكون محلاً للدراسة بالمطلب الثانى، وذلك على النحو الآتى:

المطلب الأول: مدلول فكرة التحوير.

المطلب الثانى: تمييز التحوير عما يختلط به من أفكار.

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ منشور لدى إبراهيم عثمان - الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - ط١٩٧٨ - ص ١٠١ والحكم فى الدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٧ - ص ٦٦٨.

المطلب الأول

مدلول فكرة التحوير.

٢ مكرر- للتعرف على مدلول فكرة تحويل الطلبات المخولة لقاضي الأمور المستعجلة ، فإننا سوف نقوم بمعالجة عدة نقاط أساسية هي: مفهوم التحوير وطبيعته، مناطه ومبرراته، تكييفه القانوني، تأصيله، ثم نختم بتقدير هذا النظام، وذلك على النحو التالي:

٣- أولاً : مفهوم التحوير وطبيعته.

قد يتقدم المدعى إلى القاضي المستعجل بطلب الحصول على حماية وقتية عاجلة حفاظاً على حقوقه إلى أن يستقر مركزه القانوني مستقبلاً أمام القضاء الموضوعي ، وفي هذه الحالة يجد القاضي المستعجل أن الطلب الذي يطلبه المدعى يخرج عن نصاب اختصاصه بحيث يكون عاجزاً على إضفاء هذه الحماية ، وإنما يكفلها إجراء وقتياً أخراً لم يطلبه المدعى صراحة فيجزم به، وهذا ما يعرف بمكنة التحوير^(١)، أي استبدال الطلب الأصلي بالإجراء الوقتي ليحل محله حتى تكون في حدود اختصاصه^(٢).

وبهذا يبدو واضحاً أن مقتضى فكرة التحوير هو طرح طلب على القاضي المستعجل لم يحسن المدعى وصفه وتقديره بحيث يخرج عن حدود اختصاصه ولا يكفل إضفاء الحماية الوقتية المرغوب فيها ، وبدلاً من أن يقضى القاضي المستعجل

(١) د/فتحى والى - بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات - منازعات التنفيذ - بحث منشور بمركز السنهورى للدراسات القانونية - ط١٩٩٣ - ص١٣١ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد هندى - موسوعة قانون المرافعات - ج ١ - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٥ - ص٩٤٤.

(٢) وأصل كلمة التحوير فى اللغة هو حَوَّرَ ويَحْوِرُ، أى رجع أو غَيَّرَ الشئ من حال إلى حال. والتحوير هو الترجيع والمحاورة. ويعنى تغيير الشئ من حال إلى حال، أو الرجوع من موضع إلى موضع آخر. ومنه قول الشاعر "وما المرء إلا كالشهاب وضوئه يُحَوَّرُ رماداً بعد إذ هو ساطع". (راجع: لسان العرب للإمام ابن منظور - دار بيروت - جزء ١٧ - ص٢١٧ وما بعدها). ويقال فى اللغة العربية "حَوَّرَ الكلام" أى حرفه وغير اتجاهه، وتداول فلان وفلان أى ترجعا الكلام بينهما حتى يتغلب أحدهما عن الآخر. راجع: معجم الألفاظ العامية لعبد المنعم سيد عبدالعال - ط٢ - ص٢٠٦ ؛ وكذلك: المعجم الوسيط - إصدار مجمع اللغة العربية - ج ١ - ط٢ - ص٢٠٥.

بعدم اختصاصه بنظر هذا الطلب ، فإنه يجوز له تحويله إلى إجراء وقتى يتلاءم مع طبيعة اختصاصه حتى يتم إنزال هذه الحماية^(١).

والواقع أن عجز الطلب الأصلي عن إرساء الحماية العاجلة إنما مرجعه - فى رأينا - إلى خطأ المدعى فى تصور طلبه وتقدير الأساس الذى بناه عليه ، كأن يكون طلبه فى مظهره طلباً وقتياً، وفى مخابه أو حقيقة طلباً مؤسساً على سبب موضوعى يمس أصل الحق^(٢).

وتأسيساً على هذا ، فإذا عرض على القاضى المستعجل طلباً وقتياً يخرج عن حدود اختصاصه لإثارته نزاع جدى حول أصل الحق، فإنه يجوز له بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه أن يحوره أو يغيره إلى إجراء وقتى أخر يدخل فى نصاب اختصاصه^(٣)، وذلك حتى يتمكن من إرساء الحماية الوقتية السريعة التى تستجيب للحالة الواقعية للنزاع التى طرحها الخصوم صوتاً لحقوقهم^(٤).

وتطبيقاً لذلك ، فإنه يجوز للقاضى المستعجل أن يحكم بتعيين المؤجر المدعى حارس بدلاً من الحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة ، نظراً لأن طلب الحكم بالطرد ، رغم كونه طلباً وقتياً ، إلا أنه تأسس على ملكية المدعى للعين محل

(١) أنظر: د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٣ & /محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - بند ٥٠٠ - ص ٤٤٠ & د/محمد إبراهيم - الوجيز فى المرافعات - ط ١٩٨٣ - ص ٤٠٥ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠١١ - ص ١٠٥.

(٢) فالطلب محل التحويل ليس طلباً موضوعياً بالمعنى الصحيح للكلمة، وإنما هو طلب وقتى تأسس على أسباب موضوعية. فينبغى التحوط من الخلط بين الطلب الموضوعى وبين الطلب الوقتى المؤسس على سبب موضوعى. فثمة اختلاف جوهري بينهما كما سيوضح فى حينه.

(٣) د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٣ & /كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - ط ١٩٩٥ - ص ٣٩٠ & د/أحمد هندی - التعليق على المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٩٤٤. عكس ذلك: د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & /أعلى راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٨٩ & د/عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - مكتبة الجلاء الجديدة - ط ١٩٩٦ - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١.

(٤) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٧٨/٦/٢٩، منشور لدى / إبراهيم عثمان - الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - المرجع السابق - ص ٧٥. والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليه مسبقاً.

النزاع ، ومن ثم يكون ماساً بأصل الحق^(١). أما إذا كان المقدم إلى القاضى المستعجل هو طلب الحكم بالملكية أو الفسخ أو البطلان ، فلا يجوز تحويره ، وذلك لأنه - بحسب طبيعته ومضمونه - طلب موضوعى يخرج - أصلاً - عن نطاق اختصاصه^(٢).

وعلى ذلك ، فالتحوير هو إحلال طلب وقتى محل الطلب الوقتى الأصيلى لخروجه عن اختصاص القاضى المستعجل وتعذر عليه إنزال الحماية الوقتية اللازمة للحفاظ على حقوق الخصوم . بمعنى تحويل طبيعة الطلب المطروح على القاضى المستعجل من الطبيعة الموضوعية إلى الطبيعة الوقتية^(٣). وهو بهذه المثابة هو أداة لتحقيق غاية الخصوم، وهى إنزال الحماية الوقتية على النزاع.

والتحوير بهذا المعنى لا يعد تغييراً لمضمون الطلب الذى قدمه المدعى^(٤)، أو قضاء بما لم يطلبه^(٥). كما أن التحوير لا يعتبر تعديلاً فى الطلبات الأصلية ، فهو لا يرقى إلى حد التعديل بالمعنى الفنى للكلمة^(٦). ولذا ، فإنه يجوز للقاضى

(1) استئناف مصر - جلسة ١٩٥٢/١/١٥ - المحاماة - السنة ٣٢ - ص ١١٧٣. مشار إليه لدى أ/على راتب وآخرين - المرجع السابق - هامش ص ٥٠٣.

كذلك: أنه إذا كان هناك نزاعاً حول ملكية منزل بين الشركاء على الشبوع، فرجع أحدهما دعوى مستعجلة يطلب فيها فرض الحراسة القضائية على هذا المنزل وتعيين المدعى حارساً تكون مهمته إدارة العقار وقبض الأجرة. ففي هذه الحالة يستطيع القاضى تحوير هذا الطلب بأن يلزم شاغل العقار بأن يودع المبلغ مباشرة خزانة المحكمة بدلاً من تعيين المدعى حارس على أساس طلب فرض الحراسة على المنزل رغم طبيعته الوقتية إلا أنه قد بنى على أساس موضوعى وهو الملكية، وهو ما يمس أصل الحق المتنازع عليه. (د/فتحى والى - بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١). كذلك أنه إذا طلب المدعى إلغاء الأمر الولائى الصادر بوضع الأختام على المحل بدعوى أن المنقولات الموجودة بالمحل المغلق مملوكة له دون المدين الصادر ضده الأمر، فإنه هذه الطلبات تخرج عن اختصاص قاضى الأمور المستعجلة لتعلق النزاع فيها بأصل الحق، إلا أن ذلك لا يمنع هذا القاضى من أن يغير من نوع الإجراء المطلوب وأن يأمر بتعيينه حارساً قضائياً على المحل وما به من منقولات. مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ - المحاماة - السنة ١٣ - ص ٨٥٧. مشار إليه لدى: /المحمد عبداللطيف - الإشارة السابقة.

(2) د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٥. عكس ذلك: د/عبد الباسط جمبوعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١.

(3) غير أنه تجدر ملاحظة أنه لا خلاف حول أنه ليس للقاضى المستعجل تحوير الطلبات الوقتية إلى طلبات موضوعية لعدم اختصاصه بالأخيرة، فهو لا يملك بحسب الأصل سلطة نظرها والفصل فيها. الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ - ص ٢٨ - ص ١٨٤١.

(4) د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٤٥٨ - ص ١٠٠٥.

(5) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٦.

(6) وأثراً لذلك، فإن اصطلاح «التحوير» يعد فكرة قانونية مميزة قائمة بذاتها تختلف اختلافاً تاماً عن فكرة «التعديل» بمعناها المعروف فى نظام الطلبات العارضة المائل فى تعديل الخصومة سبباً أو موضوعاً،

المستعجل الأمر باتخاذ الإجراء الوقتي الذي يستجيب ويتلائم مع مجموع العناصر الواقعية المقدمة إليه دون التقيد في ذلك بالأوصاف والمقترحات الواردة في طلب المدعى^(١). فالإجراء الذي يطلبه المدعى هو مجرد وسيلة لتحقيق الحماية الوقتية ، وليس غايتها^(٢).

٤- ثانياً : مناط التحويل ومبرراته.

تعد إرادة الخصوم ، وعلى وجه الخصوص إرادة المدعى^(٣) ، وإنصرافها إلى طلب الحماية الوقتية جوهر سلطة التحويل ومحور أعمالها بشأن الطلبات المنظورة أمام القاضى المستعجل ، فهي تدور معها وجوداً وعدمياً^(٤). وهذا معناه أنه لا يصح لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحويل إلا إذا اتضح له أن إرادة المدعى ونيته

فالتحويل هو قضاء في طلب هو مطروح على القاضى المستعجل وإن قدم إليه بشكل ضمنى في طيات الحالة الواقعية للنزاع. وهو بذلك لا يقصد به اصطلاح التعديل بمعناه الخاص، فالتحويل والتعديل اصطلاحان مختلفان في الدلالة والمضمون. وبالتالي، فإن تعبير التحويل المستخدم لدى الفقه والقضاء يعد اصطلاحاً دقيقاً وتعبيراً صحيحاً يشير إلى حقيقة المقصود منه في هذا الصدد. ولذا، فإنه يكون من الأوفق أن نستخدم لفظ «التحويل» بدلاً من مسمى «التعديل» في هذه الدراسة، وذلك حتى تقتصر دلالاته على المعنى المقصود منه.

(1) د/فتحى والى - الوسيط فى القضاء المدنى - مطبعة جامعة القاهرة - ط ١٩٩٧ - بند ٨١ - ص ١٣٣ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٢، ١٥٣.

(2) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨٣ & د/أحمد هندى - التعليق على قانون المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٩٤٤.

(3) ولا يقصد بلفظ "المدعى" الخصم الذى يأخذ زمام المبادرة فى رفع الدعوى، وإنما يقصد به أى خصم يطلب الحكم له على خصمه بما يدعيه من طلبات. أى مقدم الطلب سواء كان مدعياً أصلياً أو مدعياً فرعياً، وسواء كان الطلب أصلياً أو عارضاً.

(4) أنظر: د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣٢ & د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٤ & د/أحمد عبد اللطيف - المرجع السابق - بند ٥٠٠ - ص ٤٤٠ & د/محمد إبراهيم - الوجيز فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٤٠٥ & د/أدوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ - ج ٨ - قضاء الامور المستعجلة - ط ١٩٨٧ - لبنان - بند ١٠١ - ص ٣٢٧، ٣٢٨.

كانت قد إتجهت إلى طلب الحماية الوقتية^(١)، كأن يقصد طلب هذه الحماية ، غير أنه أخطأ في وصف طبيعته ومضمونه^(٢)، أو أساء تقديره^(٣).

ويقصد بالإرادة هنا الإرادة الضمنية الواقعية ، أى نية المدعى الكامنة بوقائع النزاع وثنايا الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل والمتمثلة فى طلب الحماية المستعجلة.

وتجد سلطة القاضى المستعجل فى التحوير تبريرها فى طبيعة القضاء المستعجل ذاته بحسبانه قضاء وقتياً لا يقضى إلا بإجراء وقتى، ولا يفصل فى أصل الحق^(٤)، والدور المناط به أدائه والمتمثل فى مواجهة عارض خطر التأخير فى الحماية الموضوعية^(٥)، وتوفير الحماية العاجلة المؤقتة للخصوم حفاظاً على مراكزهم القانونية من الأضرار المحدقة التى تلحق بها والتى يتعذر تداركها بالإجراءات العادية^(٦).

فكما فرضت حالة الاستعجال ضرورة وجود حماية وقتية ، فإن الاستعجال ذاته هو الذى أملى ضرورة الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطات أكثر بصدد النزاع المنظور أمامه بحيث يمكن له تحوير الطلبات التى تقدم إليه حال إذا ما اكتشف أنها

(1) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣٢ & د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٤ & د/نبيل عمر - المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٣٧ & د/عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨٣.

(2) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الأول - منشأة المعارف - ط ١٩٨٣ - بند ١٦١ - ص ٢٥٨ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٠٧.

(3) وتطبيقاً لذلك، قضى بأن القضاء المستعجل لا يتقيد عند الحكم فى الدعوى بذات الطلبات التى تطرح أمامه، بل له أن يعدل أو يقضى بغيرها أو يقضى بخلافها طبقاً لما يراه حفاظاً لحقوق الأطراف بشرط ألا يتجاوز فيه الحدود التى أرادها الخصوم. الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ منشور لدى إبراهيم عثمان - الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - المرجع السابق - ص ١٠١.

(4) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١. وفى ذات المعنى: د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٤٥٨ - ص ١٠٥.

(5) أنظر: د/فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ٨١ - ص ١٣٣.

(6) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣٢ & د/عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة ؛ والدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليهما مسبقاً.

تخرج عن نصاب اختصاصه . فلا يتصور أن يتخلى القاضى المستعجل عن اختصاصه لمجرد كون الإجراء الذى يطلبه المدعى لا يكفل إضفاء الحماية الوقتية، ومن ثم كان حقاً عليه أن يتخذ الإجراء الوقتى الذى تقتضيه هذه الحماية الوقتية دون التقيد فى هذا الخصوص بوصف المدعى لدعواه وطلباته.

وبذلك ، فإن حاجة الأطراف الماسة إلى الحماية الوقتية هى التى تدعو إلى توسيع سلطة القاضى المستعجل والسماح له بتحويل الطلبات التى تطرح عليه إلى إجراءات وقتية بدلاً من القضاء بعدم اختصاصه بنظرها^(١).

بل أنه على النقيض تماماً ، أن عدم الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحويل يؤدي إلى حجب الحماية الوقتية عن الخصوم فى الأحوال التى تستدعيها مراكزهم القانونية المؤقتة ، لتظل مبهمة ومهددة بأضرار محددة ، وهو ما يترتب عليه عدم انتظام أداء العدالة وإطالة أمد التقاضى وتكبد الخصوم المزيد من الأعباء والمصاريف الإضافية ، وذلك لأن النزاع يعرض على القاضى المستعجل وينظره على فرض أنه دعوى مستعجلة ويندرج فى نصاب اختصاصه ، فيتبين له فى النهاية عند الحكم فى النزاع أنه يخرج عن حدود اختصاصه لعدم توافر شرط عدم المساس بأصل الحق ، فيقضى بعدم اختصاصه . وهنا لا يجد المدعى مفرأ سوى إعادة رفع النزاع مرة أخرى أمام القضاء المستعجل بعد تعديل وصف وتقدير طلبه بما يتفق مع اختصاص هذا القضاء ، لينظر النزاع من جديد بكل ما يعينه ذلك من ضياع للوقت وتكرار للإجراءات وزيادة للنفقات ، وقد تنتفى حالة الاستعجال آنذاك بما يترتب عليه القضاء بعدم اختصاصه . وقد لا يُجد نفعاً لجوء الخصوم إلى القضاء الموضوعى ، نظراً لبطء وطول إجراءاته ، إذ من المتصور أن تقع الأضرار المحدقة بالمراكز القانونية للخصوم قبل أن يتمكنوا من الحصول على الحماية

(١) أنظر: مستعجل مصر - جلسة ١٦/١٢/١٩٣٩ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ١٠٠١؛ والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليه سابقاً. وكذلك: د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٣٠٥.

الموضوعية لها ، وهو ما يتعذر جبرها وتعويضها. ولذلك ، يمكن اعتبار التحوير أحد آليات الحد من فكرة الهدر الإجرائي.

٥- ثالثاً : التكييف القانوني للتحوير.

ساد الخلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لسلطة القاضي المستعجل في تحوير الطلبات المطروحة عليه ؛ فذهب البعض إلى القول بأن هذه السلطة تعد خروجاً على مبدأ حياد القاضي، وذلك على أساس أن القاضي المستعجل لا يتقيد بالطلبات التي تعرض عليه من الخصوم ، وإنما يجوز له أن يقضى بغيرها^(١).

وفي المقابل ، يذهب رأى آخر إلى أن سلطة التحوير التي يمتلكها القاضي المستعجل لا تعد استثناءً على مبدأ حياد القاضي، وذلك لأنه في هذا الخصوص لا يقضى بغير ما يطلبه الخصوم، وإنما يقضى بالإجراء الوقتي الكامن بالطلب الأصلي الذي يراه ملائماً لإنزال الحماية الوقتية المناسبة على النزاع بما يتسق مع واقع النزاع . وبذلك، فهو يكون قد قضى بالطلب المطروح عليه ولو لم يستجيب للإجراء الذي أقترحه المدعى لهذه الحماية ، وذلك لأن هذا الإجراء ليس هو غاية الطلب ، وإنما هو مجرد أداة لتحقيق مضمونه^(٢).

ويميل البعض إلى تأييد الاتجاه الثاني حيث يرى أن القاضي المستعجل يمتلك سلطة تقديرية كبيرة في تكوين مضمون حكمه بحيث لا يتقيد عند تحديد هذا المضمون بالتحديد الوارد في طلب المدعى ، وذلك على اعتبار أن غاية طلب

(1) د/عبد الباسط جمعي - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣٢ ؛ نظرية الاختصاص - المرجع السابق - ص ١٢٤، ١٢٥ & د/عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١ & د/سيد محمود - القضية المستعجلة في القانون الكويتي - ط ١٩٩٩ - ص ٤٤ & د/علي بركات - الوسيط في قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ط ٢٠١٦ - بند ٨٨٥ - ص ١٢٢٨.

(2) د/رعدى راغب - مبادئ القضاء المدني - المرجع السابق - ص ٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨٢، ٦٨٣ & د/أحمد هندی - التعليق على قانون المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٩٤٤.

المدعى ومقصده هو تقرير الحماية الوقتية ، ويدخل فى هذه السلطة تقرير ما يلزم لتحقيق هذه الحماية^(١).

والواقع أننا ننحاز إلى الرأى الثانى ونؤيده ، وذلك لأنه بالنظر إلى سلطة التحويل بنوع من العمق يتضح أنها لا تمثل إعتداء على مبدأ حياد القاضى ، ولا تعد استثناء عليه ، وذلك لأن تحويل الطلبات - بإعادتها إلى التقدير الذى كان يجب أن يكون عليه وقت رفع الدعوى المستعجلة بما يتفق وطبيعة اختصاص القضاء المستعجل - يتم فى نطاق واقع النزاع المنظور أمام القاضى المستعجل دون أن يضيف إليه واقع جديد من عنده. فالإجراء الوقتى الذى يتخذه جراء التحويل هو إجراء طرحه المدعى - ضمناً - فى طيات وقائع النزاع ، وما دور القاضى المستعجل فى هذا الصدد سوى استخراج هذا الإجراء من هذه الوقائع.

ومن ناحية أخرى، نرى أن التصور الذى يرى أن سلطة التحويل هى استثناء لمبدأ حياد القاضى ليس معيباً فى نتائجه فقط ، بل معيباً كذلك فى أساسه ، وذلك لأن القول بأن التحويل استثناء لمبدأ الحياد يعنى السماح للقاضى المستعجل بتغيير البنيان الواقعى للنزاع وموجبات إدعاءات الخصوم، وهذا غير صحيح . فليس هناك تغيير يتم فى الوقائع التى يطرحها الخصوم - كما ذكرنا مسبقاً - حال استخدام القاضى المستعجل لسلطة التحويل . كذلك أن فكرة تحويل الطلبات ذاتها ليست قاعدة إجرائية ، ولا يوجد نصاً تشريعياً يقرها^(٢). وبالتالي ، فهى ليست استثناءً . فالقاعدة المسلم بها أنه لا استثناء إلا بنص صريح يجيزه^(٣).

(1) د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٢١٧ ، ٣١٨ . قرب ذلك: د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٢ ، ١٦١ - ص ٤١ ، ٤٢ ، ٢٥٨ حيث ترى سيادتها أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحويل يتمشى ويتفق مع دور القاضى الاجابى فى توجيه سير الخصومة وإتخاذ بعض الإجراءات فيها ولو لم يطلبها الخصوم.

(2) مع ملاحظة أنه وإن كانت سلطة التحويل لم يقرها قانون المرافعات بنص تشريعى خاص، إلا أنها تعد فى حد ذاتها التزاماً لا يحتاج إلى نص إذ مصدرها طبيعة عمل القضاء المستعجل باعتبارها لا يفصل إلا فى نزاع وقتى. وبالتالي، فسلطة التحويل ليست غاية فى ذاتها، وإنما هى وسيلة مقرررة لتحقيق غاية محددة، وهى إرساء الحماية الوقتية على أصل الحقوق المتنازع عليها.

(3) الطعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٣٧ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤ ؛ والطعن رقم ٧٠٦١ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٧/١١/٨.

٦- رابعاً : تأصيل التحوير.

تجد سلطة القاضي المستعجل فى تحويل الطلبات المنظورة أمامه أصولها لدى البعض^(١) فى مبدأ تحول العقد المقرر بالمادة ١٤٤ من القانون المدنى^(٢). فالطلبات القضائية التى تعرض على القاضي المستعجل شأنها شأن العقد الباطل ، فلئن كان من المقرر أن العقد الباطل لتخلف ركن من أركانه إذا تضمن فى ثناياه عناصر عقد آخر صحيح ، فإنه يتحول إلى هذا العقد الصحيح إذا ما تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إليه. فكذاك الأمر بالنسبة لهذه الطلبات إذا ما تبين أن نية المدعى كانت تتجه فيها إلى طلب الحماية الوقتية ، جاز للقاضي المستعجل تحويل هذه الطلبات إلى إجراءات وقتية تتلاءم مع طبيعة اختصاصه^(٣). كما لو رفعت دعوى بطرد مستأجر من عين معينة وكان ذلك يثير نزاعاً موضوعياً ، فإنه يجوز للقاضي المستعجل أن يحور طلب الطرد إلى طلب حراسة^(٤).

-
- (1) د/عبد الباسط جمعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ ؛ ونظرية الاختصاص - المرجع السابق - ص ١٢٤، ١٢٥.
- (2) وتنص المادة ١٤٤ على أنه «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد». ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لتطبيق نظرية تحول العقد ثلاثة شروط هي: ١- أن يكون التصرف الأصيل باطلاً على اعتبار أنه لم يستوف العناصر التى يتطلبها القانون. ٢- أن يتضمن التصرف الأصيل عناصر تصرف آخر. ٣- أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الأخر. (الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٣/٤/١٩٩٤ - ص ٤٥ ص ٦٩٤ ؛ ونقض مدنى ١٩٧٠/١/٢٩ - الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ق). كتحويل عقد البيع الباطل المبرم فى فترة المرض إلى وصية صحيحة. (الطعن رقم ١٥٩١ لسنة ٦٢ق - جلسة ٢٠/٢/٢٠٠١ ؛ والطعن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ق - جلسة ١٢/٦/٢٠٠١). وأنظر فى هذه الشروط بالتفصيل: د/عبدالرازق السنهورى - الوسيط فى القانون المدنى - ج ١ - تحديث المستشار مدحت المراغى - طبعة ٢٠١٠ - بند ٣٠٧ وما يليه - ص ٤١٠ وما بعدها & د/حلمى بدوى - آثار التصرفات القانونية الباطلة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤٣ - ص ٤٠٧ وما بعدها & د/جميل الشراوى - نظرية بطلان التصرف القانونى - دار النهضة العربية - ط ١٩٩٤ - ص ٣٧٤ وما بعدها & د/نبيل سعد - النظرية العامة للالتزام - ط ٢٠٠٩ - ص ٢٥٩، ٢٦٠ & د/حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - ط ٢٠٠٥ - ص ٢٢٤ وما بعدها & د/أحمد يسرى - تحول التصرف القانونى - رسالة دكتوراه - جامعة هيدلبرج بالمانيا - نسخة مترجمة للعربية - مطبعة الرسالة - ط ١٩٥٨ - ص ٩٢ وما بعدها.
- (3) د/عبد الباسط جمعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١، ١٣٢ & د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٤، ١٥٥.
- (4) د/عبد الباسط جمعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣٢ & أ/على راتب وأخزين - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٩١.

ولم يلق هذا الاتجاه قبولاً لدى البعض ، وذلك على أساس أن الطلب المطروح على القاضى المستعجل محل التحوير هو عمل إجرائى ، فى حين أن نظرية تحول العقد تسرى على التصرفات القانونية دون الأعمال الإجرائية^(١). كما يضيف هذا الرأى أنه ليس صحيحاً الاستناد إلى نظرية تحول العمل الإجرائى الواردة بالمادة ١/٢٤ من قانون المرافعات^(٢) فى تأصيل سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل ، وذلك لأن المفترض فى هذه النظرية أن هناك عمل إجرائى باطل توافرت فيه عناصر عمل آخر صحيح ، بينما الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل ، فهو فى حد ذاته عمل صحيح، وليس عملاً باطلاً^(٣).

ونحن ننتفق مع هذا الإتجاه فيما انتهى إليه من أن فكرة التحول، سواء بالنسبة للتصرف القانونى أو العمل الإجرائى ، لا تسرى على مكنة تحوير الطلبات المخولة للقاضى المستعجل ، ولا تعد أساساً لها ، وذلك لأن تحوير الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل واستبداله بأحد الإجراءات الوقتية التى تتلاءم مع طبيعة

(١) د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٣١٨.
(٢) وتنص المادة ١/٢٤ على أنه «إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذى توافرت عناصره». ومفاد هذا النص أنه يشترط لتطبيق نظرية تحول العمل الإجرائى شريطة: الأول أن يكون العمل الإجرائى باطلاً. والثانى إنطواء العمل الباطل على مقومات عمل قانونى آخر صحيح. (نقض مدنى ١٩٦٩/١٢/٢ - السنة ٢٠ - ص ١٢٤٨). مثال ذلك تحول الاستئناف المقابل الباطل إلى استئناف أصلى. (الطعن رقم ١٠٢٥٤ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩ ؛ والطعن رقم ١٩١٨ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠١٠/٤/١٠). وأنظر بالتفصيل: د/فتحى والى - نظرية البطلان - تحديث د/ماهر زغول - ط ٢ - ١٩٩٧ - بند ٤٣٦ - ص ٨٢٢. وكذلك تحول اليمين الحاسمة الباطلة لعيب شكلى إلى إقرار قضائى صحيح. د/فتحى والى - الوسيط فى القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ٢٥٤ - ص ٤١٧؛ ونظرية البطلان - المرجع السابق - بند ٤٣٦ - ص ٨٢٣.

وجدير بالتنويه أنه على الرغم من أن نظرية تحول العمل الإجرائى مأخوذة من نظرية تحول العقد إلا أن ثمة فارق جوهرى بينهما، وهو أن الأخيرة يشترط فيها توافر اتجاه نية المتعاقدين التى كانت تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح. (الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٣/٤/٢٤ - السنة ٣٤ - ص ١٦٦٤ ؛ وأنظر: د/أحمد يسرى - المرجع السابق - ص ١٨١ وما بعدها). بينما لا يشترط فى النظرية الأولى توافر هذه النية. د/رمزى سيف - المرافعات - بند ٥٠٣ - ص ٤٠٠ & د/فتحى والى - الوسيط فى القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ٢٥٤ - ص ٤١٧ ؛ ونظرية البطلان - المرجع السابق - بند ٤٣٥ - ص ٨٢١ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٧٠. وأنظر بالتفصيل: د/أحمد هندى - التعليق على المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٥٢١، ٥٢٠.

(٣) د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - هامش ص ٣١٨.

اختصاصه هو مجرد تغيير أداة تحقق مضمون هذا الطلب ، وهو الحصول على الحماية الوقتية ، وليس تحوله من البطلان إلى الصحة ، فهو بحسب الأصل إجراء صحيح^(١). فخطأ المدعى فى تصور طبيعة ومضمون طلبه وإساءة التعبير عنه لا يؤدى فى حد ذاته إلى تعييه . وعلى الرغم من وجهة ما انتهى إليه ذلك الرأى ، إلا أنه لم يقدم لنا تأصيلاً لفكرة تحوير الطلبات . ولذا ، فإنه يكون من اللازم وضع تأصيل لها.

ويميل البعض إلى ربط سلطة التحوير بمبدأ حياد القاضى الإيجابى والذى بموجبه أصبح للقاضى المستعجل - كغيره من القضاة - دوراً إيجابياً وفعالاً فى توجيه سير الخصومة وتصحيح مواطن الخطأ فيها وإتخاذ بعض الإجراءات فيها ولو لم يطلبها الخصوم ليكون له حق الهيمنة على الخصومة وتوجيه إجراءاتها^(٢).

ونحن لا نوافق هذا الرأى ، وذلك لأن الاعتراف للقاضى بالدور الإيجابى فى توجيه الخصومة ليس قاصراً على قاضى بعينه ، وإنما يمتلكه أى قاضى ، عادى أو مستعجل ، بحكم وظيفته . وبالتالي، فالقول بأن مناط منح القاضى المستعجل سلطة التحوير هو تمتعه بالدور الإيجابى فى توجيه الدعوى وموالة إجراءاتها هو قول مفاده الاعتراف بهذه السلطة للقاضى العادى لتمتعه بذات الدور الإيجابى المقرر للقاضى المستعجل . وهذا غير صحيح ، وذلك لأن تمتع القاضى المستعجل بسلطة التحوير يكشف عن خصوصية محددة له تميزه عن القاضى العادى . فضلاً عن ذلك أن مبدأ حياد القاضى بمفهومه الإيجابى يعد فى حد ذاته - كما سيجئ فيما بعد -

(١) عكس ذلك؛ هناك من يرى أن مصطلح التحول ليس حكراً على فكرة تحول الأعمال الإجرائية الباطلة، فليس هناك ما يمنع من أن يكون للمصطلح أكثر من معنى طالما أمكن الفصل بينهما ووضع ضوابط لكل منها. د/طلعت دويدار - وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٩ - هامش ص١٣.

(٢) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند٢٢، ١٦١ - ص٤١، ٤٢، ٢٥٨. وكذلك: /المحمد عبداللطيف - المرجع السابق - بند٥٠٠ - ص٤٤٠. ولقد لقي هذا الرأى تأييداً لدى بعض أحكام القضاء حيث قضى " بأن للقاضى المستعجل أن يسير بالدعوى دون حاجة إلى تنبيه الخصوم إلى هذا التغيير أو التحوير فى الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى بما له من سلطة الهيمنة على سير الدعوى وتوجيهها والحكم فيها بما يتفق ومقتضيات العدالة". الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستعجل مستأنف القاهرة - جلسة ١٠/٣/١٩٦٥ - منشور لدى: ابراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص٢٠٩.

قيداً على أعمال القاضى المستعجل لسلطته فى التحويل بما لا يصح الاستناد إليه كأساس لتبرير هذه السلطة.

والحقيقة فى اعتقادنا أن سلطة التحويل المخولة للقاضى المستعجل تجد أساسها فى اعتبارات العدالة ، إذ المحتمل أن يخطئ المدعى - وهو إنسان غير معصوم - فى تصور مضمون طلبه وتقدير أساسه فيعبر عنه بشكل لا يتناسب مع طبيعة عمل القاضى المستعجل بما يخرج عن اختصاصه. وبالتالي ، فليس من العدالة فى شئ أن يقف القاضى المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم يهدد حقوق الخصوم ويستوجب اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى لا لشئ إلا لخطأ المدعى فى تقدير أساس طلبه وبيان طبيعته طالما كان هذا الخطر ظاهراً له من وقائع النزاع التى طرحها الخصوم وكانت محلاً لمناقشاتهم⁽¹⁾.

٧- خامساً : تقدير التحويل.

نعقد أن توسيع سلطة القاضى المستعجل ومنحه مكنة تحويل الطلبات التى تعرض عليه إلى إجراءات وقتية حتى تكون فى حدود اختصاصه بدلاً من أن يقضى بعدم اختصاصه بنظرها يحقق مزايا كثيرة منها؛ أن التحويل يعد ضماناً إجرائية هامة لتحقيق الحماية الوقتية اللازمة للحفاظ على حقوق الأطراف ، وهو ما يستجيب لاعتبارات اللجوء إلى القضاء المستعجل ويتفق ويتناسب مع طبيعة اختصاصه . فالإبقاء على تقدير المدعى لطلباته - التى لم يحسن تقديرها ووصفها - كما هى وفقاً للتحديد الوارد بصحيفة إدعائه يجعلها غير مقبولة أمام القضاء المستعجل.

وبالتالى ، يعتبر التحويل وسيلة تسمح للقضاء المستعجل بتحقيق وظيفته بإنزال الحماية العاجلة للمراكز القانونية المؤقتة للخصوم وتحسينها ضد المخاطر المحدقة بها وإزالة التجهيل الذى يشوبها.

(1) ولعل هذا يقترب مع ما قرره البعض من أساس تمتع القاضى المستعجل بسلطة التحويل يرجع إلى العبء الذى يقع عليه المائل فى الترجيح بين الاحتمالات والتوفيق بين مصالح الخصوم. فإذا كان من حق المدعى الحصول على الحماية المستعجلة، فلا أقل من أن يختار القاضى المستعجل الإجراء الأقل ضرراً به إعمالاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار. د/على بركات - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ٨٨٥ - ص ١٢٢٨.

كما يعد التحويل وسيلة فنية هامة للحد من الهدر الإجرائي وتحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات والنفقات إذ من شأنه عدم إهدار الخصومة المستعجلة لمجرد عيب في تصور وتقدير الطلبات وتحديد طبيعتها بصحيفة الإدعاء وتفادى إعادة تكرار الإجراءات مرة أخرى في صورة دعوى مبتدأة إذا ما قضى القاضى المستعجل بعدم اختصاصه بنظر النزاع. ولعل من شأنها ذلك تحقيق العدالة على الوجه الأحسن وبالشكل الأسرع بكل ما يعينه ذلك من الحفاظ على حقوق الخصوم واستقرار مراكزهم القانونية.

وقد يبدو ظاهرياً أن مكنة التحويل تمثل محاباة للمدعى ، وإجحافاً بحقوق المدعى عليه ، وذلك على أساس أنه يترتب على أعمال هذه المكنة منح المدعى الحماية الوقتية المرغوب فيها على الرغم من أنه لم يطلبها بشكل صريح. وبذلك تنشأ مراكز قانونية مؤقتة جديدة للخصوم.

والصحيح لدينا أن التحويل لا يترتب عليه ضرراً محضاً للمدعى عليه - كما قد يتبادر إلى الأذهان -، وذلك لأن غاية التحويل هي مجرد إتخاذ إجراء وقى لا ينال من أصل الحق والذي يظل قائماً بين الخصوم بحيث يمكن لهم التنازل بشأنه أمام القضاء الموضوعى، فلا يترتب عليه كسب حق أو إهداره . كذلك أن للقاضى المستعجل حال استعماله لسلطة تحويل الطلبات المطروحة عليه - كما سيجئ بعد - أن يلزم المدعى بتقديم كفالة أو يأمر بما يراه كفيلاً بصيانة حقوق المدعى عليه . وهذا ما يعد توفيقاً بين مصالح الخصوم ، المدعى والمدعى عليه.

وعلى هذا النحو ، يمكن القول أن منح القاضى المستعجل سلطة التحويل ، وإن كان يستجيب ظاهرياً لمصلحة المدعى ، فإنه لا يمثل إنحيازاً له. وفي المقابل ، أنه إذا كانت هذه السلطة لا تتفق مع مصلحة المدعى عليه ، إلا أنها لا تشكل ضرراً له أو إجحافاً بحقوقه.

المطلب الثانى

تمييز التحوير عما يختلط به من أفكار

٨- يوجد العديد من الممكنات الإجرائية التى قد تختلط وتتشابه مع فكرة التحوير، كالتكييف القانونى، والتصحيح بالتحول، وتعديل الخصومة عن طريق إبداء الطلبات العارضة. ولذا ، فإنه ينبغي أن نميز فى هذا الصدد بين التحوير وبين ما يختلط به من هذه الممكنات ، وذلك على النحو التالى:

٩- ١- التحوير والتكييف.

التكييف هو عمل قانونى يقوم به القاضى من تلقاء نفسه بقصد إعطاء الدعوى اللون القانونى وإنزال حكم القانون الصحيح عليها دون الاعتداد بالتكيفيات والأوصاف التى يسبغها الخصوم على دعواهم^(١)، وذلك على اعتبار أن التكييف مسألة قانونية تخص القاضى وحده ، فهو ملزم بتطبيق القواعد القانونية بحكم عمله دون أن الاعتداد بإرادة الخصوم ومشيتهم^(٢).

(١) الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٧/٤/٢٠١٠ ؛ والطعن رقم ٩٩٤٠ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٤/٤/٢٠٠٨ ؛ والطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٨/١/٢٠٠٣ ؛ والطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٦/٣/١٩٩٩. وأنظر فى دراسة موسعة فى التكييف: د/محمد إبراهيم - النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى فى قانون المرافعات - دار الفكر العربى - ط١٩٨٢. وراجع أيضاً: د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - منشأة المعارف - ط١٩٨٩ - بند ١١١ وما يليه - ص٢٧٥ وما بعدها & د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى أمام الاستئناف - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٨ - بند ٥٠ وما يليه - ص٦٧ وما بعدها & د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة جامعة الزقازيق - دار النهضة العربية - ط١٩٩٤ - بند ٢٣١ وما بعده - ص٣٥٤ وما بعدها.

(٢) ويجد ذلك أساسه فى قاعدة أن القاضى يعلم القانون. ومقتضى هذه القاعدة أن القاضى يفترض فيه العلم بكافة القواعد القانونية وأنه ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه وفقاً لما يستجيب للوقائع النزاع كما عرضها الخصوم دون التقيد فى ذلك بإرادتهم أو أوصافهم القانونية. مع ملاحظة أن هناك ثمة قيود ترد على هذه القاعدة، هى التزام القاضى باحترام البنیان الواقعى الذى أقامه الخصوم وعدم المساس به، وأن يحترم مبدأ المواجهة فيما يطرحه من القواعد القانونية. وتجد هذه القاعدة تبريرها فى وظيفة القاضى ذاته باعتباره موظفاً عاماً يقع على عاتقه مهمة تنفيذ قواعد القانون على المنازعات التى تعرض عليه. أنظر بالتفصيل فى مفهوم هذه القاعدة وأساسها ومبرراتها ونطاقها وضوابطها: د/عزى عبدالفتاح - أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - دار النهضة العربية - ط١٩٩١ - ص١٩٨ وما بعدها & د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى - المرجع السابق - بند ٢٢٠ وما يليه - ص٢٤٣ وما بعدها & د/إبراهيم سعد - القاضى يعلم القانون - بحث باللغة الفرنسية - ١٩٧٥ - مشار إليه لدى مؤلفه - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص٦٣ & د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ١٦٤ وما يليه - ص٢٢٠ وما بعدها.

وتُجرى عملية التكييف القانوني عن طريق ترجمة الوقائع التي قدمها الخصوم إلى مفهوم قانوني يسمح بإدراجها داخل نطاق قاعدة قانونية معينة^(١). بمعنى أن يقوم القاضى بالبحث عن القاعدة القانونية وتطبيقها على وقائع الدعوى التي قدمها الخصوم للوصول إلى نتائج قانونية من خلال هذا التطبيق^(٢).

وبهذه المثابة ، يتفق التحوير مع التكييف فى أن كلاهما يعد من صميم عمل القاضى حيث يقوم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم ، وذلك فى وقت واحد ، وهى مرحلة ما بعد قفل باب المرافعة. كما يتشابهان فى أن كلاهما يُجرى بشرط التزام القاضى بحدود الطلبات المنظورة أمامه وعدم المساس بالوقائع الثابتة المطروحة عليه^(٣). ولعل هذا ليس معناه اعتبار التكييف مرادفاً للتحوير ، فالتكييف ليس هو التحوير ، والتحوير لا يعد تكييفاً ، فلكل منهما طبيعة ذاتية تختلف عن الأخرى ، فضلاً عن اختلاف ضوابطهما ، وهو ما يحول دون المزج بينهما.

ومن أوجه الاختلاف بين الفكرتين؛ أن التحوير هو سلطة مخولة للقاضى المستعجل دون سواء ترد على الطلبات الوقتية المطروحة عليه التى يكون الفصل فيها ماساً بأصل النزاع دون. وفى المقابل، أن التكييف هو عملية ذهنية أو فنية تثبت لأى قاضى سواء كان قاضياً موضوعياً أو مستعجلاً ، وسواء كان النزاع المطروح

(1) د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٧٠ & د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ٢٣١ - ص ٣٥٤.

(2) د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند ١١٥ - ص ٢٨٢ & د/هشام صادق - مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى - رسالة جامعة الاسكندرية - ط ١٩٦٨ - بند ١٥ - ص ٢٠ & د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - منشأة المعارف - ط ١٩٨٠ - بند ٦٨ - ص ١٤٨.

(3) أنظر فى تقيد سلطة التحوير بحدود الطلبات وأساس الدعوى: ما يلى - بند ٣٥، ٣٦. وفى تقيد سلطة التكييف بذلك: الطعن رقم ٩٩٤٠ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٨/٤/١٤؛ والطعن رقم ٧١٢٨ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢؛ والطعن رقم ٨٥٨٣ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٨/٤/١٥. وكذلك: د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى - المرجع السابق - بند ٥٩، ٦٠ - ص ٧٨ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٩ - ص ٥٧٠ وما بعدها & د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ٢٣٥ وما يليه - ص ٣٦٢ وما بعدها & د/محمد إبراهيم - التكييف القانونى للدعوى - المرجع السابق - ص ٤٢.

عليه نزاعاً موضوعياً أو وقتياً بحكم التزام القضاة بإعمال القانون وتطبيقه على الوجه الصحيح^(١).

ومن أوجه الخلاف أيضاً؛ أن التحوير يعد وسيلة بمقتضاه يتم إحلال الإجراء الوقتي الكامن بوقائع النزاع محل الطلب الأصلي المطروح على القاضي المستعجل والقضاء به إذا أمكن استخلاصه منها طالما تبين له أن المدعى كان يقصده ، وذلك من أجل تقرير الحماية الوقتية حفاظاً على أصل الحق المتنازع عليه. بينما التكييف هو وسيلة لإعطاء الوقائع المقدمة إلى القاضي وصفها القانوني الصحيح دون تعديلها أو المساس بها^(٢)، ودون الاعتداد بإرادة الخصوم وأوصافهم.

وعلى ذلك ، نرى أنه إذا كان الهدف من التحوير هو الوصول إلى المراد الحقيقي للخصوم المائل في إنزال الحماية الوقتية السريعة لصيانة حقوقهم ، فإن المقصد من التكييف هو تطبيق القاعدة القانونية الواجبة وإنزال حكمها الصحيح على وقائع النزاع الثابتة . وبعبارة أدق أن التحوير هو وسيلة لإنزال الحماية المستعجلة ، في حين أن التكييف هو أداة لتطبيق أحكام القانون على الوجه الصحيح^(٣).

وعلى الرغم من الاختلاف القائم بين التحوير والتكييف على النحو المتقدم ، إلا أن الجامع بينهما هو أنهما معاً يشكلان أداتين فنييتين من الأدوات الفنية التي تستهدف تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، فضلاً عن أن التكييف يعد جزءاً لا يتجزأ من عملية التحوير ومرحلة من مراحلها ، بل هو مقتضى أساسي لها ، فلا

(١) أنظر: د/محمد إبراهيم - التكييف القانوني للدعوى - المرجع السابق - ص ٩٨، ٩٩، ١٢٤ & د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند ١١١، ١١٢ - ص ٢٧٦، ٢٧٧ & د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائي - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٧٠ & د/عيد القصاص - التزام القاضي باحترام مبدأ المواجبة - المرجع السابق - بند ٢٣١ - ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢؛ والطعن رقم ١٠٢٥٢ لسنة ٧٦ ق - جلسة ٢٠٠٨/٣/٩؛ والطعن رقم ١٤٤١ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٩/٣/٩؛ والطعن رقم ٢٧٨٦ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٧/١/١٢؛ والطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥.

(٣) ومن أوجه الاختلاف بينهما كذلك؛ أن التكييف هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض. أما التحوير، فهو مسألة واقعية مناطها استخلاص الإجراء الوقتي من الحالة الواقعية للنزاع. ومن ثم، فهي لا تخضع لرقابة محكمة النقض طالما كان الاستخلاص سائغاً وله أصل في الأوراق. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة فيما بعد.

يمكن للقاضي المستعجل استعمال سلطته في التحويل دون إجراء. تكيف قانوني للنزاع المنظور أمامه. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة في حينه.

١٠-٢- التحويل والتصحيح بالتحويل.

قد يبدو ظاهرياً أن ثمة تشابه بين مكنة التحويل وبين مكنة التصحيح بالتحويل ، وذلك على أساس أنهما اصطلاحين ذات دلالة ومعنى واحد^(١)، فضلاً عن أن نطاق تطبيقهما يقتصر على الأعمال الإجرائية . فضلاً عن كونهما ذات غاية واحدة ، هي الاقتصاد في الوقت والإجراءات والحد من فكرة الهدر الإجرائي.

لكن الصحيح - في رأينا - أن ثمة فروق وأوجه اختلاف جوهرية بين هذين الاصطلاحين لا يمكن إنكارها ، فكل منهما كيان خاص وشروط مستقلة عن الآخر ، فالتصحيح بالتحويل يستخدم للدلالة على تحول الإجراء الأصلي الباطل إلى إجراء آخر صحيح إذا تضمن الأول مقتضيات الثاني^(٢). ومن ثم ، فإن معناه هو تحول البطلان إلى الصحة^(٣). أما التحويل فهو استبدال الطلب الوقتي الأصلي بطلب وقتي آخر ليس بسبب بطلانه أو عدم صحته ، وإنما نظراً لعدم تناسب ما يثيره من نزاع موضوعي مع طبيعة اختصاص القاضي المستعجل . بمعنى إحلال الإجراء الوقتي الذي يستجيب لوقائع النزاع ولا يمس أصل النزاع محل الطلب الوقتي الأصلي الذي يمس هذا الأصل.

ومن أوجه الاختلاف كذلك بين التحويل والتصحيح بالتحويل ، أنه يشترط في التحويل أن تكون نية الخصوم قد قصدت بالفعل الإجراء الوقتي المحور إليه، أي

(١) والتحول في اللغة العربية من "حَوَّلَ" بتشديد (و) أي قلب أو حَوَّلَ. والتحول هو تغيير الحال أو الوضع من حال إلى آخر أو التنقل من موضوع لآخر. ويقال حَوَّلَ عن الشيء أي زال عنه إلى غيره، ومنها قولُه تعالى "ولا يبيغون عنه حولا" أي تحويلاً. (أنظر: لسان العرب - المرجع السابق - جزء ٤٤ - ص ١٨٦ وما بعدها & مختار الصحاح - المرجع السابق - ص ٦٣). وكذلك الأمر بالنسبة لاصطلاح التحويل، فهو يحمل ذات هذه المعاني. أنظر: ما تقدم - بند ٣.

(٢) أنظر في ضوابط التصحيح بالتحويل: ما تقدم - بند ٦.

(٣) كتحويل الطلب العارض الذي اعتبر باطلاً تبعاً للحكم ببطلان صحيفة الدعوى إلى طلب أصلي إذا كان قدم للمحكمة بالطرق المعتادة. د/ رمزي سيف - المرافعات - بند ٤٠٠ - ص ٥٠٣. وتحويل الاعلان في غير موطن المعلن إليه إلى إعلان لشخصه إذا تصادف وجوده في هذا الموطن واستلم صورة من الاعلان. د/ ابراهيم نجيب - القانون القضائي الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٠.

تكون قد انصرفت - وإن كان بشكل ضمنى - إلى طلب الحماية الوقائية^(١)، بينما التصحيح بالتحويل ، فلا يشترط فيه توافر هذه النية^(٢). وهكذا ينعدم التشابه بين التحوير والتصحيح بالتحويل.

١١-٣- التحوير والتعديل.

إذا كان التحوير فى اصطلاحه اللغوى يعنى التعديل والتغيير، إلا أن تحوير الطلبات لا يعد تعديلاً للطلبات بالمعنى الصحيح المعروف فى نظام الطلبات العارضة . فالتعديل هو تغيير النطاق الموضوعى للخصومة سواء من حيث موضوعها أو سببها أثناء سيرها قبل إقفال باب المرافعة^(٣).

وتعديل الطلبات - بهذا المعنى - هو رخصة لها ضوابط معينة^(٤) مخولة لأطراف الدعوى ، المدعى^(٥) والمدعى عليه^(٦)، وكذلك الغير^(٧)، وذلك بتعديل الطلبات المطروحة على المحكمة - زيادة أو نقصاناً -، اقتصاداً للإجراءات وتوفيراً للوقت والنفقات ، وأنه بالإمكان أن تؤدى إلى تغيير سبب الدعوى^(٨). بينما تعد مكنة

-
- (١) أنظر فى هذا الشرط بالتفصيل: ما تقدم - بند ٤.
- (٢) د/فتحي والى - نظرية البطلان - المرجع السابق - بند ٤٣٥ - ص ٨٢١ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٧٠.
- (٣) فقد قضى بأن الطلب العارض هو الطلب الذى يتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص أو بالاضافة ذات النزاع من جهة موضوعه مع بقاء السبب على حاله أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع على ما هو عليه. الطعن رقم ٨٦٥ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠ - س ٤٦ - ص ١٢٨٠؛ والطعن رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٢/٢/١٩.
- (٤) ويشترط لتعديل الطلبات عدة شروط هي ١- أن يكون الطلب مما حدده المشرع ٢- وأن يتم التعديل قبل قفل باب المرافعة. ٣- أن يكون هناك ارتباط بين الطلب الاصلى والطلب المعدل سبباً وموضوعاً. ٤- أن يجرى التعديل وفقاً للشكل الذى حدده المشرع. أنظر فى شروط تعديل الطلبات: د/أحمد هندى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ١٢٧ - ص ٢٤٠ وما بعدها.
- (٥) وتسمى بالطلبات الإضافية وهى الطلبات العارضة التى يقدمها المدعى والتى تؤدى إلى زيادة الطلب الاصلى أو تصحيحه أو تعديله. راجع المادة ١٢٤ من قانون المرافعات.
- (٦) وتسمى بالطلبات المقابلة هى الطلبات العارضة التى تقدم من المدعى عليه والتى تؤدى إلى زيادة الطلب الاصلى بإضافة طلبات جديدة إليه. راجع المادة ١٢٥ من قانون المرافعات. ويطلق عليه البعض مسمى دعاوى الفرعية. د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ٢ - المرجع السابق - ص ٦٢٠.
- (٧) وتسمى بطلبات التدخل والاندخال وهى طلبات عارضة تقدم من الغير. راجع المادتان ١١٧، و ١٢٦ من قانون المرافعات.
- (٨) د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٧٦ - ص ١٨٠ & د/أحمد هندى - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٢٦ - ص ٢٣٩. وكذلك: الطعن رقم ٦٦٧ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٠/٤/١١؛

التحوير - كما جاء مسبقاً - سلطة مخولة للقاضي المستعجل يجريها من تلقاء نفسه بعد قفل باب المرافعة حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم ، بقصد استبدال الطلب المنظور أمامه بالإجراء الوقتي التي يستظهره من طيات الوقائع الثابتة المطروحة عليه، وذلك لتفادي الحكم بعدم اختصاصه.

وعلى هذا ، تتجلى خصوصية سلطة التحوير وذاتيتها الخاصة التي تحول دون إدراجها تحت اصطلاح تعديل الطلبات المنصوص عليه بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات وما بعدها. ولذا ، فقد أثرنا - في بداية الدراسة - استخدام اصطلاح التحوير عن تعبير التعديل.

المبحث الثاني

نطاق التحوير وشروطه

١٢- تمهيد وتقسيم :

نظراً لطبيعة التحوير باعتباره وسيلة لتوسيع سلطات القاضي المستعجل، فإنه ينبغي تحديد النطاق الذي تدور فيه هذه الوسيلة مراعاة لمصلحة المدعى عليه . ويقصد بنطاق التحوير بيان الأحوال التي يمتلك فيها القاضي المستعجل تحوير الطلبات التي تعرض عليه من الخصوم ، بما لا يجوز له الخروج عنها.

ومن ناحية أخرى ، قد يؤدي إطلاق سلطة القاضي المستعجل في تحوير الطلبات التي تقدم إليه من المدعى إلى الإضرار بالمدعى عليه وترتيب نتائج وخيمة بالنسبة له بحيث تضر بحقوقه وتسوى مركزه القانوني، وذلك على أساس أن القاضي المستعجل سيغير الوجه القانوني للمنازعة المعروضة عليه دون إعلام المدعى عليه بذلك وإعطائه فرصة المناقشة والمجادلة فيما سيقضى فيه من طلبات لم يطرحها المدعى صراحةً في إدعائه.

من أجل ذلك ، قيد الفقه والقضاء سلطة القاضي المستعجل في التحوير بمجموعة من القيود والشروط ، لتصبح سلطة غير مطلقة.

والطعن رقم ٤٣٠٣ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٩/١١/٢٥. وأنظر في فوائد الطلبات العارضة: د/أحمد الصاوي - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - بند ١٤٠ - ص ٣٢٢.

وترتيباً على ما تقدم ، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين

كالتالى:

المطلب الأول: نطاق التحويل .

المطلب الثانى: شروط التحويل.

المطلب الأول

نطاق التحويل

١٢ مكرر - لم يتضمن قانون المرافعات نصاً خاصاً يُقر به سلطة تحويل الطلبات المخولة للقاضى المستعجل ، وهو ما أدى إلى إختلاف الفقه حول تحديد الطلبات التى تكون محلاً للتحويل وما لا تكون كذلك. فمن قائل أن مكنة التحويل ترد على الطلبات الوقتية. ومن قائل أنها ترد على الطلبات الموضوعية. ومن قائل أنها ترد على الطلبات بنوعيتها، موضوعية ووقتية. ومن قائل أنها ترد على الطلبات الوقتية المؤسسة على أسس موضوعية. وفى المقابل، أيدت غالبية أحكام القضاء الاتجاه الأخير حيث استقرت على قصر سلطة القاضى المستعجل فى التحويل على الطلبات الوقتية التى تكون بمنأى عن اختصاصه ، وذلك لبنائها على أساس موضوعى بحيث يكون تحقيقها والفصل فيها من شأنه المساس بأصل الحق.

وبناء على ما تقدم ، فإننا سوف نعرض لأراء الفقه حول تحديد مجال أعمال مكنة التحويل ، ثم نتطرق إلى بيان موقف القضاء ، ثم نختم بوضع تقدير هذه المسألة ، وذلك على النحو التالى:

١٣- أولاً : الاتجاهات الفقهية فى تحديد نطاق التحويل.

إن تمتع القاضى المستعجل بسلطة تحويل الطلبات القضائية المعروضة عليه هى مسألة يجمع عليها الفقه ، إذ لا خلاف حول حق القاضى المستعجل فى تحويل الطلبات التى تطرح عليه أثناء نظر النزاع إلى إجراءات وقتية ، وذلك لإنزال

الحماية العاجلة التي تكفل صيانة حقوق الخصوم وتحافظ على مراكزهم القانونية المؤقتة بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه^(١).

وعلى ذلك ، فإن مجال أعمال مكنة التحوير يقتصر على الطلبات القضائية التي تطرح على القاضي المستعجل ، فلا تمتد إلى ما لا يعد طلباً قضائياً بالمعنى الفني للكلمة^(٢).

(١) د/عبد الباسط جميعي - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - ج ١ - ص ٣٠٥ & أ/علي راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٨٩ & أ/محمد عبداللطيف - المرجع السابق - بند ٥٠٠ - ص ٤٤٠ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/نبيل عمر - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٣٧ & د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٢ وما بعدها & د/محمد إبراهيم - الوجيز في المرافعات - المرجع السابق - ص ٤٠٥ & د/أحمد هندی - التعليق على المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٩٤٤ & د/عاشور مبروك - الوسيط في قانون القضاء المصري - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١ وما بعدها & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨١ & د/طلعت دويدار - الوسيط في قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠١٦ - ص ٢٨١ & د/عبد القصاص - الوسيط في شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ط ٢٠١٠ - ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ & د/علي بركات - المرجع السابق - بند ٨٨٥ - ص ١٢٢٨.

(٢) ويقصد بالطلب القضائي هو الاجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضاً عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به. (د/ أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٦٩ - ص ١٧١ & د/أحمد الصاوي - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - بند ١٤٠ - ص ٣٢٢ & د/أحمد هندی - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند ١٢٣ - ص ٢٣٣ & د/عبد القصاص - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٧٩ - ص ٥٦٩ . قرب ذلك: د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - المرجع السابق - ص ٣٩٩). وقد عرفته محكمة النقض بأنه الطلب الذي يقدمه الخصم إلى المحكمة - بصفة أصلية أو بطريق الطلب العارض - إبتغاء صدور حكم أو قرار لحماية الحق أو المركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه. (الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠١١/٤/٦ ؛ والطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٢ ؛ والطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٧/١٢/١٠).

ويشترط في الطلب القضائي الذي يكون محلاً لمكنة التحوير شرطان: الأول، تقديمه في الشكل القانوني المحدد لتقديم الطلبات القضائية، فإذا لم يقدم الطلب بالشكل الذي أوجبه القانون، فلا يعد طلباً قضائياً بالمعنى الصحيح. وبالتالي فلا يكون معروضاً بالفعل على القاضي المستعجل بما لا يصح تحويره. والواقع أن هناك عدة طرق لتقديم الطلبات القضائية: فإذا كان طلباً أصلياً، فيقدم وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات. (الطعن رقم ٣٣١٨ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٨/٦/١٦). إما إذا كان الطلب طلباً عارضاً؛ فيتم تقديمه في ثلاثة صور وهي: إما تقديمه وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أو تقديمه شفاهة في الجلسة أمام المحكمة شريطة حضور الخصم الآخر وإبداء الطلب في مواجهته وإثباته في محضر الجلسة، أو تقديمه في منكرة مكتوبة شريطة اطلاع الخصم عليها وتمكينه من الرد عليها. (الطعن رقم ٣٥١٨ لسنة ٨٠ ق - جلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ ؛ والطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٦/١٠ ؛ والطعن رقم ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٠). ويشترط لقبول الطلب العارض أياً كان شكله أن تكون الخصومة الأصلية قائمة بالفعل. الطعن رقم ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٠.

وثاني هذه الشروط أن يكون الطلب القضائي محل التحوير طلباً واضحاً وجزاماً. بمعنى أن يتم طرحه بشكل صريح غير مجهل وأن يصير عليه المدعى ويتمسك به في طلباته الختامية. فالعبرة في تحديد طلبات

وتفريعاً على هذا ، فإنه يحرم على القاضى المستعجل استخدام سلطة التحوير المخولة له بشأن كل ما يثيره الخصوم من دفوع^(١) وأوجه دفاع^(٢). كذلك أنه لا يجوز تحوير الطلبات المتعلقة بإجراءات التحقيق والإثبات^(٣)، فهي لا تصلح بذاتها محلاً للتحوير^(٤). وإذا كان التحوير على هذا النحو فكرة لصيقة بالطلبات القضائية تدور وجوداً وهدماً معها ، وتتعدم مع كل ما لا يرقى إلى مرتبة الطلب القضائى ،

الخصوم هي بالطلبات الختامية. (الطعن رقم ٥٧١ لسنة ٨٠ ق - جلسة ٢٠١١/٢/٢٧ ؛ والطعن رقم ٧٨١٢ لسنة ٧٦ ق - جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥).

(١) ويقصد بالدفع كل ما يتمسك به الخصم أمام القضاء رداً على إبداء خصمه لتفادى الحكم عليه بهذا الإدعاء. والدفع قد يكون دفعاً موضوعياً وهو ما يوجه إلى أصل الحق المتنازع عليه، وقد يكون دفعاً شكلياً وهو ما يوجه إلى شكل الطلب أو يتعلق بصحة إجراءات الخصومة دون التطرق إلى أصل الحق، وقد يكون دفعاً بعدم القبول وهو ما يوجه إلى حق الخصم فى رفع دعواه لإنقضاء شرط من شروط قبول الدعوى. (أنظر: د/أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع - بند ١ وما يليه - ص ١١ وما بعدها & د/قضى والى - المبسوط فى القضاء المدنى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ٢٨ وما يليه - ص ٨٤ وما بعدها & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٤١٢ وما بعدها & د/أحمد همدى - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند ١٥١ وما يليه - ص ٢٦٨ وما بعدها & د/عيد القصاص - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٨٥ - ص ٧٨٩ وما بعدها).

وأثراً لما تقدم، فإن ثمة إختلاف بين الطلب والدفع، فالطلب وسيلة هجومية للحصول على الحماية القضائية. بينما الدفع هو وسيلة دفاعية بحته للرد على الطلب لمنع الحماية المنشودة. د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٤٠٠. وفى ذات المعنى: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٦٩ - ص ١٧١ & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - المرجع السابق - بند ١٤٠ - ص ٣٢٢.

(٢) وأوجه الدفاع هي ما تستند إليه الخصوم من أدلة، وذلك لإثبات وقائع الدعوى التى تؤيد طلباتهم أو ما يتمسكون به لتكييف تلك الوقائع. (د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٧٧ - هامش ص ١٨٣ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ٢ - المرجع السابق - بند ٢٣ - ص ٥٧٣). وبهذه المثابة، فهي تعد نموذجاً خاصاً لممارسة حقوق الدفاع له ذاتية خاصة به. وعدم خضوعها لمكنة التحوير هو بسبب إنعدام محلها، فهي لا تقرر مركزاً قانونياً ولا تحمي حقوق الدفاع، وإنما هي ما يطرحه الخصوم فى دعواهم أساساً لها. أنظر: الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩. وأنظر فى التفارقة بين الطلب وأوجه الدفاع: الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٦١ ق - مشار إليه مسبقاً. وهناك من يرى أن أوجه الدفاع هي الدفوع، وهو رأى محل نظر. د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٥٥ - ص ٤٠٨.

(٣) باعتبارها وسيلة من وسائل الدفاع. الطعن رقم ٨٥٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٦/١/٢. فهي مجرد وسيلة ترمى إلى الفصل فى النزاع وليست طلباً قضائياً بالمعنى الفنى للكلمة. د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٩٩، ٤٠٠.

(٤) ونعتقد أنه من الحسن على المدعى عليه إبداء دفاعه فى صورة طلب عارض أو دعوى فرعية، وذلك حتى يكون دفاعه مصاغاً فى صورة طلب قضائى بالمعنى الفنى للكلمة، ليعتبر طلباً مطروحاً على القاضى المستعجل - بشكل مستقل عن الطلب الأصيل - بما يتوجب عليه الفصل فيه، وهو ما يعنى إمكانية استفادة المدعى عليه من مكنة التحوير حال إذا ما أخطأ فى تصور طبيعة دفاعه وصياغة مضمونه. أما إذا أثار المدعى عليه دفاعه فى شكل دفوع أو أوجه دفاع، فإن ذلك يعنى تبعيته للطلب الأصيل، فإذا قضى القاضى المستعجل بعدم اختصاصه بنظر هذا الطلب، سقط تبعاً لذلك دفاعه، وهو ما يحول دون الاستفادة من سلطة التحوير فى الوقت الذى يكون فيه مركزه القانونى مهدداً بالمخاطر المحدقة.

فهل تطبق على كافة الطلبات القضائية ، أيا كان موضوعها - موضوعية أو وقتية - ، أم أنها تنحصر على طائفة معينة من هذه الطلبات؟

الواقع أن مجال أعمال سلطة القاضى المستعجل فى تحويل الطلبات القضائية المنظورة أمامه هو مسألة محل خلاف . ويمكن التمييز فى هذا الخصوص بين أربعة آراء فقهية فيما يلى:

١٤-١- الاتجاه الأول لنطاق التحويل.

يذهب البعض إلى القول بأن القاضى المستعجل لا يتقيد بالإجراء الوقتى الذى يطلبه الخصم ، وإنما يجوز له أن يقضى بغيره وفقاً لما يراه محققاً للحماية الوقتية بما يحقق مصلحته^(١). فإذا طلب من القاضى المستعجل تعيين حارس لتسلم الأجرة وإيداعها خزانة المحكمة - وهو طلب وقتى لا يتضمن الفصل فى أصل النزاع -، فله أن يأمر المستأجرين مباشرة بإيداع الأجرة خزانة المحكمة ، وذلك لما فى هذا الطلب الأخير - وهو طلب وقتى أيضاً - من تحقيق مصلحة الخصم الماثلة فى إنزال الحماية الوقتية ، والقاضى هو الأجدر على اختيار مضمون الإجراء الوقتى الذى يحقق هذه الحماية ويتلائم - حسب تقديره - مع ظروف وملابسات الحالة المعروضة عليه^(٢).

وبهذه المثابة ، يكون هذا الاتجاه قد حصر سلطة التحويل المخولة للقاضى المستعجل على الطلبات الوقتية بطبيعتها التى لا يترتب على الفصل فيها المساس بأصل النزاع.

وقد قيل تبريراً لهذا رأى أن مضمون الطلبات الوقتية - كقاعدة - هو الحماية الوقتية للحق المتنازع عليه ، وأن الاجراء المقدم من المدعى ليس هو المطلوب لذاته ، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق هذه الحماية . وبالتالي ، فيكون للقاضى المستعجل أن يختار الإجراء الذى يراه أكثر ملائمة لإنزال الحماية الوقتية

(١) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٦ & د/فتحى والى - المبسوط فى

القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٣١٧، ٣١٨.

(٢) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٦، ٢٥٧ & د/فتحى والى -

المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٣١٧، ٣١٨.

وفقاً لظروف الحالة المنظورة أمامه ، وذلك دون التقييد بمقترحات وأوصاف المدعى الواردة في طلبه^(١).

ولعل ما يعاب على ذلك الرأى أنه منح القاضى المستعجل الحرية الكاملة فى اختيار وتحديد الاجراء الذى يلائم ظروف الخصوم وتحديد مضمونه بما يتناسب مع المخاطر المحدقة بمراكزهم القانونية متجاهلاً بذلك إرادة الخصوم فى هذا الخصوص القادرة على تحديد الاجراء الوقتى الأنسب لظروفها، وهو ما يجعل من التحويل سلطة غير محددة الضوابط لتكون بمثابة ذريعة للخروج عن أساس الدعوى المستعجلة^(٢).

١٥ - ٢ - الاتجاه الثانى لنطاق التحويل.

على نقيض الاتجاه المتقدم ، يرى البعض أن سلطة القاضى المستعجل فيما يتعلق بتحويل الطلبات القضائية لا تكون له إلا إذا كانت الطلبات المعروضة عليه طلبات موضوعية^(٣). والطلبات الموضوعية - لدى هذا الاتجاه - هى الطلبات التى تكون بحسب موضوعها خارج ولاية القضاء المستعجل حيث يطلب فيها المدعى صراحة الفصل فى أصل الحق والحصول على الحماية القانونية النهائية ، كالحكم بالملكية أو الفسخ أو البطلان^(٤). فإذا طلب المدعى مثلاً الحق بأحقية فى ملكية عين ، جاز للقاضى أن يحور هذا الطلب إلى طلب وضع العين تحت الحراسة القضائية. وكذلك يعد طلب الحكم ببطلان الحجز المقدم إلى قاضى التنفيذ - باعتباره قاضياً مستعجلاً - طلباً موضوعياً ، ويجوز له تحويله إلى طلب وقف التنفيذ^(٥).

(١) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٣١٧، ٣١٨.

(٢) أنظر: د/محمد إبراهيم - الوجيز فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٤٠٥.

(٣) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & /على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٢٦٦ - ص ٤٩٠، ٤٩١ & د/محمد إبراهيم - الوجيز فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٤٠٥ & د/مبروك عاشور - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١ & د/عبد القصاص - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ١٥٩ - ص ٢٩٦ & د/إدوار عيد - المرجع السابق - بند ١٠١ - ص ٣٢٨.

(٤) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١.

(٥) د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١، ١٣٢؛ ونظرية الاختصاص - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ص ١٢٤، ١٢٥. وكذلك أن تقديم طلب لإثبات تزوير عقد

ويجد هذا الرأي أساسه في أن سلطة التحويل هي بمثابة سلطة بديلة^(١)، وبالأحرى سلطة إحتياطية^(٢) لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلت الدعوى المستعجلة من الطلبات الوقتية . فلا تحويل للطلبات الوقتية ، وذلك لأن المدعى هو الأقدر على تحديد الإجراء الوقتى الذى يلائم ظروفه ويحقق مآربه^(٣)، فضلاً عن ذلك أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة تحويل هذه الطلبات يعنى منحه سلطة لا حدود ولا ضوابط لها بمقتضاها يمكن له تغيير أساس الدعوى المستعجلة^(٤).

ونحن نرى أن هذا الاتجاه يجانبه الصواب ، وذلك لأنه يجعل من التحويل أداة لتصدى القاضى المستعجل لنظر دعوى هو لا يختص بها بحسب موضوعها ، كدعوى الملكية والفسخ . فالطلبات الموضوعية هي طلبات صريحة بالفصل نهائياً فى أصل الحق . وهى تبعاً لذلك تخرج بحسب الأصل عن نطاق اختصاص القضاء المستعجل بما لا يصح له نظرها استناداً إلى عموم نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات والتي تنص صراحة على أن "يحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق"، وهو نص يتعلق بالنظام العام بما لا يجوز مخالفته بمقتضى سلطة التحويل . وبالتالي ، فإن منح القاضى المستعجل سلطة تحويل الطلبات الموضوعية التى تعرض عليه هو بمثابة مخالفة صريحة لنص المادة ٤٥ سالف الذكر، وبالتبعية لقاعدة عدم المساس بأصل الحق.

ومن جانب آخر، نرى أن امتداد سلطة التحويل إلى الطلبات الموضوعية هو أمر يعنى تحويل القاضى المستعجل سلطة التعديل بالمعنى الفنى للكلمة فى نطاق النزاع المعروض عليه ، سبباً وموضوعاً ، بما يخالف حياده ، وذلك لأنه فى هذه الحالة تكون عناصر الدعوى الواقعية مصاغة بشكل موضوعى بحيث لا تتضمن فى

إلى القاضى المستعجل وإن كان يخرج عن اختصاصه باعتباره طلباً موضوعياً، إلا أنه لا يمنعه من أن يأمر بالتحفظ على العقد المطعون عليه بالتزوير، وذلك بإيداعه خزانة المحكمة داخل مطروف مختوم لحين البت فيه من القضاء الموضوعى. د/عبد الباسط جيمى - ذات الإشارة.

(1) د/عبد القصاص - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ١٥٩ - ص ٢٩٦.

(2) د/محمد إبراهيم - الوجيز فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٤٠٥.

(3) د/عبد القصاص - الإشارة السابقة.

(4) د/محمد إبراهيم - الإشارة السابقة.

ذاتها على الوقائع التي تصلح لإرساء الحماية الوقتية . ومن ثم فالسماح بتحويلها
يعنى إدخال عناصر واقعية جديدة فى النزاع واتخاذ إجراء يغير ما يطلبه المدعى ،
وهو ما لا يستقيم مع مبدأ حياد القاضى وقاعدة امتناعه عن تغيير سبب الدعوى .
١٦-٣- الاتجاه الموسع لنطاق التحويل .

اتجه البعض إلى الجمع بين الاتجاهين المتقدمين حيث ذهب إلى أن سلطة
القاضى المستعجل فى التحويل ترد على كافة الطلبات التي تطرح عليه ، سواء كانت
وقتية أو موضوعية . فلا يجب عليه التقيد بطلبات الخصوم وأوصافهم ، وإنما له أن
يتخذ من التدابير الوقتية ما يراها مناسبة لحماية حقوق الخصوم من المخاطر المحدقة
التي تحوم حولها وتهدها وفقاً لظروف الحالة المعروضة عليه^(١) . وبذلك ، فإن
سلطة التحويل التي يتمتع بها القاضى المستعجل - على نحو ما اتجه إليه هذا الرأى
- لا تقتصر على الطلبات الوقتية التي يطرحها المدعى فحسب ، وإنما تمتد أيضاً
إلى ما يتقدم به من طلبات موضوعية .

ويؤسس هذا الرأى مسلكه فى منح القاضى المستعجل سلطة تحويل الطلبات
الموضوعية المنظورة أمامه على صلاحية هذه الطلبات لإرساء الحماية الوقتية ،
وذلك على فرض أن كل طلب قضائى له وجهان ، وجه موضوعى ظاهر ووجه
وقتى كامن أو ضمنى . وبذلك ، فإنه يجوز تحويل الطلب الموضوعى المقدم إلى
القاضى المستعجل إلى الطلب الوقتى الكامن به باعتباره بمثابة طلب ضمنى
مطروحاً عليه بما يتوجب عليه الفصل فيه^(٢) .

بينما يدل الاتجاه المائل على وجهة نظره بامتداد سلطة التحويل إلى الطلبات
الوقتية بأن الطلب الوقتى الأسمى ليس هو المطلوب لذاته ، وإنما هو مجرد أداة
لطلب الحماية العاجلة لدفع الأضرار التي تحوم حول المركز القانونى للمدعى .
بمعنى أن الإجراء الذى يطلبه المدعى ليس هو مضمون الطلب الوقتى أو غايته ،

(١) د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨٣ . وأيده فى ذلك:
د/طلعت دويدار - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٨١ & د/على بركات - الوسيط فى شرح
المرافعات - المرجع السابق - بند ٨٨٥ - ص ١٢٢٨ .
(٢) د/أحمد زغلول - الإشارة السابقة .

وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق مضمونه تخضع بهذه الصفة لسلطان القاضى المستعجل فى تقرير ملائمته وكفايته لتحقيق الحماية المستعجلة وضمنان فاعليتها^(١). وبالتالي ، يجوز للقاضى المستعجل تحوير الطلب الوقتى المنظور أمامه إلى الإجراء الوقتى الذى يراه ملائماً لإنزال الحماية الوقتية المناسبة لدرء الخطر الذى يهدد المدعى ، وهو فى ذلك يكون قد قضى بما يطلبه المدعى ، وهو تقرير هذه الحماية الوقتية ، وإن لم يقرر ذات الوصف الذى اقترحه لهذه الحماية^(٢).

غير أننا لا نسلم بهذا الاتجاه، وذلك لأنه من ناحية يسمح للقاضى المستعجل بتحويل الطلبات الموضوعية التى تخرج عن حدود اختصاصه ، وهو ما يخالف نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات^(٣). فضلاً عن أنه ليس صحيحاً القول أن كل طلب موضوعى ينطوى فى ذاته على إجراء وقتى ، فقد يعرض المدعى دعواه بشكل موضوعى دون أن تحتوى عناصر دعواه فى طبيعتها على إجراء وقتى ، فالعبرة بالوقائع المعروضة على القاضى المستعجل.

ومن ناحية أخرى، أن القول بامتداد سلطة التحوير إلى الطلبات الوقتية على أساس أن الإجراء الذى يطلبه المدعى هو مجرد أداة لتحقيق مضمون الطلب الوقتى هو قول محل نظر - كما يرى البعض وبحق - ، وذلك لأنه يمنح القاضى المستعجل سلطة غير محددة الضوابط بموجبها يمكن له اتخاذ الإجراء الذى يراه مناسباً لظروف الحالة المعروضة عليه دون الاعتداد بطلبات المدعى باعتباره الأقدر دون غيره على تقدير مضمون وتحديد الاجراء الذى يناسب ظروفه ويحقق مأربه^(٤)، بحكم كونه الشخص الذى يحوم حوله مركزه القانونى المخاطر والقادر على تحديد حجمها ومدائها.

(١) د/أحمد زغلول - ذات الإشارة المتقدمة.

(٢) د/أحمد زغلول - المرجع السابق - بند ٤٥٨، ص ١٠٠٥.

(٣) أنظر فى تنفيذ هذا الرأى بالتفصيل: البند المتقدم.

(٤) د/عبد القصاص - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ١٥٩ - ص ٢٩٦.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة القاضى المستعجل فى تحويل الطلبات المطروحة عليه تقتصر على الطلبات الوقتية التى أساء الخصوم تقديرها وتصور طبيعتها بشكل يجعل الفصل فيها ماساً بأصل الحق ، ولا تمتد بأى حال من الأحوال إلى الطلبات الموضوعية^(١).

ووفقاً لهذا رأى ، فإن مكنة التحويل ينحصر مجال أعمالها على الإجراءات الوقتية التى يكون من شأن البت فيها المساس بأصل النزاع بحيث لا تطبق على غيرها من الطلبات التى تطرح على القاضى المستعجل أياً كانت طبيعتها ومضمونها . ونتيجة لذلك ، فلا يصح تحويل الطلبات الموضوعية التى تعرض على القاضى المستعجل لخروجها عن نصاب اختصاصه ، ولا مناص والحال كذلك سوى الحكم بعدم اختصاصه^(٢). كطلب الحكم بالبطلان مثلاً^(٣). كذلك لا تمتد مكنة التحويل إلى الطلبات الوقتية بالمعنى الصحيح التى لا يترتب على الفصل فيها المساس بأصل الحق ، وإنما ينبغى على القاضى المستعجل التقيد بها ، وذلك لأنها تتدرج بطبيعتها فى اختصاصه.

وأساس الاتجاه المائل لدى البعض أن المدعى حال لجوئه إلى القضاء المستعجل إنما يتقدم بطلب اتخاذ إجراء وقتى ، غير أنه قد أخطأ فى وصف وتقدير طبيعة ومضمون طلبه^(٤). وبذلك تكون نيته قد اتجهت بالفعل إلى طلب الحماية الوقتية بما يتعين معه على القاضى المستعجل تحويل هذا الطلب ومنحه هذه الحماية

-
- (١) د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٣؛ وقوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٢٥٨ & /كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والنقطة - ط ١٩٩٥ - ص ٣٩٠ & /أحمد هندى - التعليق على المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٩٤٥.
- (٢) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٢٥٨ & /كمال عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٣٩٠.
- (٣) د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٥.
- (٤) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - الإشارة السابقة. وفى ذات المعنى: د/أحمد هندى - الإشارة السابقة.

بما يتفق وطبيعة اختصاصه^(١)، وذلك دون التقييد بالوصف الذى حدده المدعى فى طلبه^(٢)، فمثلاً أنه حال طلب المدعى وقف قرار فصل الطالب من المعهد - وهو طلب وقتى ، غير أن الفصل فيه يمس أصل الحق -، فإنه يجوز للقاضى المستعجل تحوير هذا الطلب إلى طلب قيد اسم الطالب فى السجلات^(٣).

ومن ناحية أخرى، جنح بعض أنصار هذا الاتجاه نحو اعتماد أساس آخر لعدم إمتداد مكنة التحوير إلى الطلبات الموضوعية حيث ذهب إلى أن هذه الطلبات تتصل بأصل النزاع وتحويرها إلى إجراءات وقتية يكون من شأنه المساس بهذا الأصل^(٤)، وهو ما لا يملكه القاضى المستعجل وفقاً لقاعدة عدم المساس بأصل الحق. هذا فضلاً عن أن منح القاضى المستعجل سلطة تحوير الطلبات الموضوعية إلى إجراءات وقتية هو أمر يتعارض مع مبدأ حرية الإدعاء وسيطرة الخصوم عليه ، ويعد قضاءً بما لم يطلبه الخصوم^(٥)، ومن ثم يخل بأحد المبادئ الإجرائية وهو مبدأ حياد القاضى.

والواقع أن الاتجاه المائل قد تأثر فى مسلكه هذا بما هو مستقر عليه فى القضاء والذى جرت أحكامه على قصر سلطة التحوير على الطلبات الوقتية بطبيعتها والتي يكون من شأن الفصل فيها المساس بأصل الحق. وهذا ما سوف نتطرق إلى معالجته الآن.

١٨- ثانياً : موقف القضاء من نطاق التحوير.

إذا كان القضاء قد اعترف للقاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات التى تطرح عليه إلى الإجراءات الوقتية التى تتلاءم مع طبيعة اختصاصه^(٦)، إلا أنه قد

(١) د/أمنية النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) د/أمنية النمر - ذات المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٢، ١٥٣.

(٣) د/أمنية النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٢٥٨.

(٤) أنظر: أكمال عبد العزيز - الإشارة السابقة.

(٥) د/أمنية النمر - الإشارة السابقة.

(٦) فى المقابل، لم تأخذ بعض أحكام القضاء الحديثة بسلطة التحوير مطلقاً؛ ففى أحد الدعاوى المستعجلة أقال المدعى دعواه بطلب الحكم بفرض الحراسة القضائية على مخبز الفرنجى - وكامل أرض وبناء العقار - حتى ينتهى النزاع القائم بينه وبين المدعى عليهم - أخواته - نظراً لعدم استلامه أرباح المخبز حيث يديره المدعى

حصر نطاق هذه السلطة على الطلبات الوقتية - بحسب موضوع الدعوى - التي تبنى على أساس موضوعي بحيث يكون تحقيقها والفصل فيها ماساً بأصل الحق. ولقد عبر القضاء عن ذلك في العديد من أحكامه حيث قضى بأنه «طلب الحكم بعدم الاعتداد بالحجز الموقع ضده وإلغاء ما ترتب عليه من آثار واعتباره كأن لم يكن بحسب الأساس الذي بنيت عليه الدعوى والنزاع الذي أثير فيها تعتبر طلبات موضوعية ، والقضاء بها يكون فضلاً في ذات الحق ، وهو ما لا يملكه قاضي الأمور المستعجلة . ولذا يكون من واجبه أن يغض النظر عنها وأن يأمر بما له من سلطة تحوير طلبات الخصوم في مثل هذه الحالة بالإجراء الوقتي الذي يتفق وطبيعة الاشكال المعروض عليه»^(١).

والملاحظ في هذا الحكم أن الطلب محل مكنة التحوير المائل في عدم الاعتداد بالحجز هو بحسب مظهره ومضمونه طلب وقتي، غير أنه بحسب الأساس الذي بنى عليه في الدعوى هو طلب وقتي من شأن الفصل فيه المساس بأصل الحق. كما قضى بأن «طلب المدعى استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده مع وكيل المؤجر فطعن المؤجر ببطالان هذا العقد واستبان للقاضي المستعجل ... أن القضاء منه بالتسليم بالرغم من أنه طلب مؤقت بطبيعته ، إلا أنه قد يستفاد منه القطع الضمني في هذه المنازعات مما يتعين معه تركه سليماً للقاضي الموضوعي صيانةً

عليهم من دونه تأسيساً على ملكيته للمخبر على الشبوع مع المدعى عليهم بموجب عقد تعديل شركة تضامن. فقضت المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى مؤسسة قضائها على أن طلب المدعى يفرض الحراسة ينطوي على المساس بأصل الحق. (الحكم في الدعوى رقم ٣٢٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٠١٧/٦/٢٢).

واعتقد أن هذا الحكم محل النظر، وذلك لأن طلب المدعى فرض الحراسة تأسيساً على ملكيته للمخبر محل النزاع، هو طلب وقتي يثير نزاعاً موضوعاً حول الملكية أصل الحق المتنازع عليه، وهو بهذه المثابة يخضع لسلطة التحوير إذا يجوز تحويره إلى طلب الزام المدعى عليهم - باعتبارهم شركاء المدعى - بإيداع ريع المخبز لدى خزانة المحكمة إلى حين الفصل في أصل الحق. وأنظر كذلك: الحكم في الدعوى رقم ٧٧٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥ ؛ والحكم في الدعوى رقم ٤٤ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة - الدائرة الأولى الاقتصادية - جلسة ٢٠١٤/١١/٣٠ ؛ والحكم في الدعوى رقم ٧٥ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة - الدائرة الأولى الاقتصادية - جلسة ٢٠١٤/١٠/٢٧.

(١) نقض مدني - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥ - الطعن رقم ٥٠ لسنة ٢١ق. وكذلك: الحكم في الدعوى رقم ١١٤٣ لسنة ١٩٦٥ مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٦٥/١٠/٣١ - منشور لدى إبراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص ١٥٠.

لحقوق الخصوم . فلا شبهة في أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوي في معناه تسليمها إليه بأى صفة كوديع أو حارس»^(١).
والملاحظ في هذا الحكم أن طلب استلام العين المؤجرة الذى قام القاضى المستعجل بتحويله لا يخرج عن كونه إجراءً وقتياً بحسب طبيعته ، إلا أن تحقيقه والفصل فيه يترتب عليه المساس بأصل النزاع، ولذا فقد تم استبداله بطلب فرض الحراسة.

وعلى هذا النحو ، تكون غالبية أحكام القضاء قد استقرت - حسبما نرى - على أن سلطة التحويل التى يتمتع بها القاضى المستعجل تكون قاصرة على الطلبات الوقتية التى تبنى على أساس موضوعى ، أى الطلبات التى تكون فى ظاهرها طلبات وقتية ، وفى باطنها طلبات موضوعية. أما الطلبات الموضوعية - بحسب موضوع الدعوى - التى ترفع إلى القاضى المستعجل وتتطلب الحصول على الحماية القضائية النهائية ، كطلب فسخ عقد أو بطلانه أو تثبيت ملكية عين ، فهى ليست محلاً للتحويل ، وذلك لأنها تكون خارجة أصلاً عن اختصاصه طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات^(٢). وهذا هو الرأى الذى نميل إلى تأييده على النحو التالى.

١٩- ثالثاً: رأينا الخاص.

إذا كنا نسلم بمبدأ تمتع القاضى المستعجل بسلطة تحويل الطلبات المعروضة عليه ، فإننا نميل إلى تأييد الاتجاه الفقهي والقضائى الذى يقصر سلطة التحويل على الطلبات الوقتية بحسب موضوع الدعوى والتى تدخل أصلاً فى نصاب اختصاص

(١) الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ١٩٣٩ مستعجل مصر - جلسة ١٦/١٢/١٩٣٩ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ١٠٠١.

(٢) نقض مننى - الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ق - جلسة ١٠/٤/١٩٥٨ ص ٩ ص ٣٦٨ حيث قضى «بأن القضاء المستعجل يكون غير مختص بنظر طلب تمكين طالب من متابعة الدراسة بمعهد قرر فصله لتعلق هذا النزاع بأصل الحق، وإن كان له أن يقضى بما له من سلطة تحويل بقيد اسم الطالب بجدول امتحانات المعهد، لأن هذا القضاء ليس إلا إجراءً وقتياً لا يمس الموضوع». كما قضى بأنه «إذا طلب المدعى استلام منقولات محل وضعت عليه أختام مستنداً فى ذلك إلى أن هذه المنقولات مملوكة له وليست مملوكة للمدين، وأنضح للقاضى جديده هذا الإدعاء، فله بدلاً من أن يقضى بتسليم المنقولات، أن يحكم بتعيين حارساً عليها وأن يحرر محضر جرد بها». مستعجل مصر - جلسة ٢٦/١٠/١٩٣٢ - المحاماة - السنة ١٤ - ص ٢٠٣. عكس ذلك، أنظر: مستعجل مصر - القضية رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ - المحاماة - السنة ١٧ - ص ٦٦٨.

القاضي المستعجل النوعى وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، غير أن الفصل فى هذه الطلبات يصاحبه مساساً بأصل الحق نظراً لأنها قد أقيمت على أسس موضوعية. بمعنى أن مجال أعمال سلطة التحويل. ينحصر على الطلبات التى تكون فى ظاهرها طلبات وقتية تدخل فى اختصاص القاضي المستعجل لكنها فى باطنها تثير نزاعاً موضوعياً حيث يتطلب البت فيها التعرض لأصل النزاع، وهو ما يخرج عن نصاب اختصاصه.

ولعل هذا يتفق مع الغاية من سلطة التحويل باعتبارها سلطة إحتياطية أو بديلة لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلت المنازعة من الطلبات الوقتية التى لا يترتب على القضاء بها المساس بأصل الحق . فبدلاً من أن يقضى القاضي المستعجل بعدم اختصاصه بنظر الطلب المطروح عليه المؤسس على أسس موضوعية ، فإنه بالإمكان استبداله بالإجراء الوقتى أو التدبير التحفظى الذى يستجيب لوقائع النزاع التى عرضها الخصوم ، وذلك حفاظاً على حقوقهم ودرء المخاطر عنها^(١)، وهو ما يتفق مع إعتبارات اللجوء إلى القضاء المستعجل ويحد من فكرة الهدر الاجرائى.

بل نعتقد أن القول بأن سلطة التحويل لا ترد على الطلبات الوقتية ذات الأساس الموضوعى هو فى حقيقة الأمر تعطيل لوظيفة القضاء المستعجل وحصر نطاق اختصاصه فى مدى ضيق قد يصل إلى حد العدم^(٢).

(١) مثال ذلك؛ رفع المؤجر طلباً إلى القضاء المستعجل بقصد طرد المستأجر من الأطنان المؤجرة بسبب إنتهاء عقد الإيجار فدفع المستأجر بأحقية فى الاستمرار فى العين المؤجرة بحجة تجديد العقد ضمناً، وهو ما يعنى أن النزاع يمس أصل الحق ويمتنع على القاضي المستعجل التعرض له، إلا أن ذلك لا يمنعه من الحكم بوضع الأطنان المذكورة تحت الحراسة على أن تودع صافى غلتها خزانة المحكمة إلى أن يفصل القاضي الموضوعى فى مسألة التجديد الضمنى للعقد. (د/أمنية النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٣). ولمزيد من الأمثلة، انظر: أ/على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٥٢ - ص ٩٠، ٩١ & /محمد عبداللطيف - المرجع السابق - بند ٥٠٠ - ص ٤٤٠ وما بعدها.

(٢) ويقصد بالطلبات الوقتية ذات الأساس الموضوعى، الطلبات الوقتية التى تدخل أصلاً فى اختصاص القضاء المستعجل النوعى وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات، غير أن المدعى قد أسسها على أسباب موضوعية. وبذلك فعلى الرغم من طبيعتها الوقتية إلا أن الفصل فيها يثير نزاعاً موضوعياً. بمعنى أنه رغم أن المدعى لم يطلب حسم النزاع بشكل نهائى إلا أن تحقيقها والفصل فيها يمس أصل الحق. وعلى هذا، تتميز هذه الطلبات عن الطلبات الموضوعية بحسب موضوع الدعوى التى تخرج عن اختصاص القضاء المستعجل النوعى، وهى الطلبات التى يطلب فيها الحكم بحسم النزاع بشكل نهائى فى أصل الحق.

وعلى ذلك ، نرى أن سلطة التحويل لا تمتد إلى الطلبات الوقتية بالمعنى الصحيح التي تكون في نصاب اختصاص القاضى المستعجل النوعى وليس من شأنها الفصل فى أصل الحق . فلا يصح تحويلها واستبدالها بإجراءات وقتية أخرى . والقول بغير ذلك يعنى تحويل القاضى المستعجل سلطة التعديل بالمعنى الخاص للكلمة فى طلبات الخصوم والسماح له باتخاذ الإجراءات الوقتية التى تغاير ما يطلبه الخصوم ، وهو ما لا يجوز طبقاً لمبدأ حياد القاضى ، فضلاً عن تجاهل إرادة الخصوم القادرة على تحديد مضمون الاجراء الذى يحقق مصالحها .

وبهذه المثابة ، فإن قيام القاضى المستعجل بإعادة صياغة طلبات المدعى الوقتية بحسب موضوع الدعوى والتى تدخل فى اختصاصه والتى لم يحسن تقديرها على هذا النحو ليس تحويلاً بالمعنى الصحيح - كما يعتقد البعض-، وإنما هو فى حقيقة الأمر إنزال التكييف القانونى الصحيح لهذه الطلبات .

وبالتالى ، فليس هناك حاجة إذن إلى لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحويل إذا كانت الطلبات المعروضة عليه بحسب طبيعتها طلبات وقتية لا تثير نزاعاً موضوعياً ، لأنه يملك - بحسب الأصل - مكنة تصحيحها وإنزال التوصيف القانونى الصحيح عليها عبر سلطة التكييف القانونى . وهو بذلك لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم، وإنما يكون قد قضى فى صميم طلباتهم^(١).

وأثر لذلك، فإنه لا يصح القول بأن الطلبات الوقتية القائمة على أسس موضوعية هى طلبات موضوعية بالمعنى الفنى للكلمة، فثمة فارق جوهري بينهما على النحو المتقدم. كالفارق بين دعوى ثبوت الملكية كدعوى موضوعية، وبين دعوى فرض الحراسة تأسيساً على ملكية العين.

(1) وتطبيقاً لذلك؛ أنه فى إحدى الدعاوى المستعجلة طلب المدعى "تقرير حق الصرف الذى كان موجوداً من قبل وإعادة المصرف إلى الحالة التى كان عليه ورد الجزء المغتصب". فقضت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليهم بإعادة مصرف الصرف إلى ما كان عليه وإزالة ما وضعه المدعى عليهم به من رسوم ومعوقات لإمتلاكها حق إعطاء الدعوى التكييف القانونى الصحيح. فطعن المدعى عليهم بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية على أساس أن محكمة أول درجة قد قضت بما لم يطلبه المدعى. فقضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف على أساس أن طلب المستأنف ضده هى فى حقيقته طلب وقتى، وهو الحكم بصفة مستعجلة بتقرير حق الصرف وإعادة المصرف إلى ما كان عليه. (الحكم فى الاستئناف رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ مدنى مستأنف كفر الدوار - جلسة ٢٥/٩/٢٠٠٩). والبيان من هذا الحكم أن طلب المدعى فى حقيقته هو طلب وقتى، "وهو طلب تقرير حق الصرف" غير أنه قد أخطأ فى تحديد طلبه وأضاف إليها "طلب رد الجزء المغتصب"، وهو طلب موضوعى يمس أصل النزاع يخرج عن اختصاصه. وبذلك يكون هناك طلباً وقتياً مطروحاً على القاضى المستعجل، وهو ما قضى به، وذلك بعد بمنحه وصفه القانونى الصحيح دون أن يستعمل سلطته فى التحويل، وهذا ما انتهت إليه محكمة الاستئناف. وعلى هذا

كذلك أن سلطة التحوير لا تمتد بداهة إلى الطلبات الموضوعية التي تكون بمنأى أصلاً عن اختصاص القضاء المستعجل النوعى طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون مرافعات ، وذلك لأنها فى حقيقتها منازعة موضوعية لا يملك أصلاً نظرها والفصل فيها ، فالتحوير هو وسيلة لمعالجة أخطاء الخصوم فى بيان الأساس الذى بئى عليه طلباتهم الوقتية بحيث يؤدى الفصل فيها الى التعرض لأصل الحق بشكل يجعلها تخرج عن نصاب اختصاص القضاء المستعجل ، ومن ثم فلا يصح التوسع فيه ، وذلك لأن الأخذ بالمدلول الواسع لفكرة التحوير يترتب عليه إتساع نطاق سلطة القاضى المستعجل. فكما كانت سلطة التحوير ذات مدلول واسع ، زادت سلطة القاضى المستعجل بالنسبة لتغيير الطلبات المنظورة أمامه . فثمة تناسب طردى بينهما ، وهو ما يخل بقاعدة ثبات أساس الإدعاء وإمتناع القاضى عن تغييرها. فضلاً عن مخالفة ذلك لصريح نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات كما ذكرنا مسبقاً.

المطلب الثانى

شروط التحوير

٢٠- بالنظر إلى طبيعة مكنة التحوير باعتبارها وسيلة لتغيير الطلبات الأصلية المطروحة على القاضى المستعجل واستبدالها بإجراءات وقتية أو تحفظية يترتب عليها تغيير الوجه القانونى للنزاع دون تنبيه الخصوم أو سماع أقوالهم فى هذا الخصوص ، فإن ثمة مجموعة من الشروط يلزم توافرها حال استعمال القاضى المستعجل لهذه السلطة.

ولا شك أن المفترض الأساسى والجوهري لمكنة التحوير هو توافر شرطى اختصاص القاضى المستعجل ، الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، هذا من ناحية.

النحو، يكون هذا الحكم قد تبنى الاتجاه القائل بقصر مكنة التحوير على الطلبات الموضوعية دون الطلبات الوقتية التى يملك القاضى المستعجل حسن تقديرها وإعادة منحها التوصيف القانونى الصحيح إذا تبين له خطأ المدعى فى ذلك.

ومن ناحية ثانية، وضع الفقه شرطاً لممارسة القاضى المستعجل سلطة التحوير ، وهو ضرورة أن يكون الإجراء الوقتى الذى سيقضى به طلباً مطروحاً عليه بالفعل من الخصوم يأخذ شكلاً ضمنياً بحيث يكون كامناً بالطلب الأصيل ونتيجة له^(١).

ومن ناحية ثالثة، قيدت أحكام القضاء سلطة القاضى المستعجل فى التحوير بضرورة عدم الإضرار بالمدعى عليه حفاظاً على حقوقه ، فضلاً عن إلزام المدعى بتقديم كفالة أو ضمان مالى كافى لتغطية نفقات الإجراء الوقتى الذى سيتم اتخاذه. وسوف نتولى معالجة كل هذه الشروط بشكل تفصيلى فيما يلى:

٢١-١ - شرط الاستعجال.

من المسلم به أن الاستعجال هو مقتضى ضرورى لا غنى عنه لتقرير الحماية المستعجلة ومناطق إنعقاد الاختصاص للقاضى المستعجل على وجه العموم^(٢). وتبعاً لذلك ، فإذا كان مناط لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحوير هو تحقيق الحماية المستعجلة للمراكز القانونية للخصوم ، وذلك باتخاذ أحد التدابير الوقتية اللازمة للحفاظ على هذه المراكز ، فإنه يلزم - بدايةً - توافر شرط الاستعجال حال استعمال هذه المكنة.

(١) هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الطلب محل التحوير طلباً وقتياً بحسب طبيعته طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات. أنظر: ما تقدم - بند ١٩٩.

(٢) الحكم فى الدعوى رقم ٦٢٢ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٠١٧/٩/٢٨ ؛ والدعوى رقم ١٤٥٤ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية - ١د - جلسة ٢٠١٧/١/٢٩ ؛ والدعوى رقم ٦٣٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥ ؛ والطعن رقم ٥٩٠١ لسنة ٦٤٤ ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ ؛ والطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٢٨. وأنظر بالتفصيل: د/احمد أبو الوفا - التعليق على المرافعات - المرجع السابق - ص ٣١٠ وما بعدها & د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٣١٣ وما بعدها & د/جوى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ & أ/على راتب وأخرين - المرجع السابق - بند ١٣ وما يليه - ص ٢٦ وما بعدها & د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٢٧ وما يليه - ص ٤٤ وما بعدها.

وبهذه المثابة ، يعد عنصر الاستعجال المبرر الرئيسى لتوسيع سلطات القاضى المستعجل والاعتراف له بمكنة تحويل الطلبات المنظورة أمامه ، فلا محل للتحويل إذا لم يكن هناك استعجال^(١).

والواقع أن المادة ٤٥ من قانون المرافعات لم تضع مفهوماً محدداً لفكرة الاستعجال كمناط لاختصاص القاضى المستعجل . ومرجع ذلك أن الاستعجال هو فكرة مرنة أو نسبية تتبع من طبيعة الحق المراد حمايته ، وتختلف من حالة إلى أخرى ، وتتغير بتغير ظروف الزمان والمكان ، وهو ما يصعب معه وضع تعريف محدد لها^(٢).

بيد أن هذه المادة قد عبرت عن لفظ الاستعجال بعبارة "الخشية من فوات الوقت" ، أى خطر التأخر فى الحصول على الحماية الموضوعية^(٣). وهذا ما تدور حوله التعريفات الفقهية والقضائية لشرط الاستعجال^(٤).

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٧٨/٦/٢٩ منشور لدى إبراهيم عثمان - الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - المرجع السابق - ص ٧٥. وكذلك: استئناف بيروت ١٩٦٨/١/١١ - النشرة القضائية - ١٩٦٨ - ص ١٠٧٥ ؛ وقاضى الأمور المستعجلة بيروت - جلسة ١٩٨٣/٨/٢٤ - مجموعة حاتم - ١٩٨٣ - ص ٣٧٠ - مشار إليهما مسبقاً.

(٢) د/أحمد الصاوى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ٢٣١ - ص ٤٧٥ & /على راتب وأخرين - المرجع السابق - بند ١٣، ١٤ - ص ٢٦ وما بعدها & د/أمنية النمر - مناط الاختصاص والحكم فى دعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٢٩ - ص ٤٦ & د/طلعت دويدار - وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة - المرجع السابق - ص ٢٨ & د/عبد القصاص - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ١٥٦ - ص ٢٨٥. وكذلك : الحكم فى الدعوى رقم ٧٨٥ لسنة ١٩٨٣ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٨٣/٥/٢٨ ؛ والدعوى رقم ٢٩١ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٨٢/١١/١٢ - منشوران لدى: /مجدى هرجة - آراء وأحكام فى القضاء المستعجل - طبعة نادى القضاء - ط ٢٠١٠ - ص ٢٢، ٧٨٦.

(٣) د/فتحي والى - المبسوط فى القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٣١٣ & د/وجدى راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى - المرجع السابق - ص ٢٤٦ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٥ - ص ٦٧٥ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - ص ٣٧٤. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٧ مستأنف مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٧٧/١٢/٣١ - لدى /إبراهيم عثمان - المرجع السابق - ص ١٦٦.

(٤) فيذهب الراى الغالب إلى القول بأن الاستعجال هو الخطر الحقيقى المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والمطلوب دفعه بإجراء وقتى وعاجل لا يمكن أن يتحقق عن طريق اللجوء إلى القضاء العادى ولو قصرت مواعيد. (/على راتب وأخرين - المرجع السابق - بند ١٣ - ص ٢٦ & /محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ٥٦ & د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٢٩٤ - ص ٣٤٤ & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧. وكذلك : الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٤١٥ لسنة ١٩٨١ مستعجل جزئى القاهرة - منشور لدى /مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ٢٥). ولقد عبر البعض عن الاستعجال بفكرة الضرورة الداعية إلى إتخاذ التدبير المؤقت الملائم والذى لا يمكن أن

ويتحقق هذا الخطر إذا كان من شأنه إحداث ضرر قد يتعذر - إن لم يكن يستحيل - تداركه أو إصلاحه^(١). ويشترط في هذا الضرر أن يكون حالاً أو وشيك الوقوع^(٢). فإذا تحقق الضرر بالفعل ، فلا فائدة إذن من عملية التحويل ، وذلك لأن الغاية من اتخاذ الإجراءات الوقائية هي غاية وقائية لحماية الأطراف من ضرر محتمل، وليس غاية جزائية تستهدف إزالة ضرر قد تحقق بالفعل^(٣).

ويخضع عنصر الاستعجال في تقديره لسلطان القاضى المستعجل حال استعماله للسلطة المخولة له في تحويل الطلبات المنظورة أمامه حيث يستخلصه ويستلهمه من الظروف والملابسات التى تحيط بالوقائع التى تصلح لإرساء الحماية الوقائية^(٤)، وخطاؤه فى ذلك لا يصلح سبباً للطعن عليه متى كان تقديره قائماً على أسباب سائغة^(٥).

-
- يتحقق باتباع الإجراءات العادية حتى مع تقصير المواعيد. (د/أمانة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢٢٩، ٣١٢. وكذلك : الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٧/٦/٢٢ ؛ والحكم الصادر فى الدعوى ١٥١٤ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٥ - منشور لدى / مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ٢٨). ويلاحظ أن اصطلاح الضرورة يعنى الاستعجال غير أنه أوسع نطاقاً من الاستعجال. والاستعجال يعنى ضرورة التحرك بسرعة من أجل اتخاذ الإجراء المطلوب، ولا جناح من إحلال أحد الاصطلاحيين محل الآخر. د/أحمد عبد الكريم - نظرية الأمور المستعجلة - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - بندق ٧٩٦ - ص ٥٨. وأنظر بالتفصيل فى تعريفات الفقه لعنصر الاستعجال: د/أمانة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بندق ٢٩٦ - ص ٤٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٣٤، ٢٣٥.
- (١) الحكم فى الدعوى رقم ٧٠٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د - جلسة ٢٠١٧/٧/٢٧ ؛ والدعوى رقم ٧٦٦ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د - جلسة ٢٠١٧/٩/٢٨ ؛ والدعوى رقم ٣٣٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د - جلسة ٢٠١٧/٦/٢٢.
- (٢) د/فتحى والى - الميسوف فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بندق ١٣٢ - ص ٣١٤ & د/ وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ ؛ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى - المرجع السابق - ص ٢٤٦، ٢٤٧ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - ص ٣٧٤ وما بعدها.
- (٣) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٦٠، ٦١ ؛ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى - المرجع السابق - ص ١٩٩ & د/طلعت دويدار - وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة - المرجع السابق - ص ٢٥، ٢٦.
- (٤) أنظر: الطعون أرقام ٨٣٢ و ٨٣٨ و ٧٩١ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ ، ونقض مدنى - جلسة ١٩٦٦/١/١٨ - مجموعة أحكام النقض - س ١٧ ص ١٤٧.
- (٥) الطعن رقم ١٥١ لسنة ١٩ق - جلسة ١٩٥١/٣/٢٢ ؛ والطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٥/٧/٧ ؛ ونقض مدنى - جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س ٣٢ ص ٩٦٠.

لما كانت الغاية من تخويل القاضى المستعجل سلطة التحوير هي تقرير حماية وقتية للمحافظة على حقوق الأطراف وتحديد مراكزهم القانونية تحديداً مؤقتاً إلى حين البت في أصل الحق المتنازع عليه^(١)، فإنه يشترط ألا يترتب على عملية التحوير المساس بأصل الحق^(٢). وهذا أمر منطقي، وذلك لأن إنزال الحماية الوقتية على النزاع يقيد - كقاعدة - عدم المساس بأصل الحق^(٣)، فليس للقاضى المستعجل أن يقضى في أصل النزاع حال الأمر باتخاذ الإجراء الوقتي، فهو لا يقرر إلا حلاً وقتياً لا تؤثر في الحقوق المتنازع عليها دون الفصل فيها^(٤). فالغاية من اتخاذ الإجراء الوقتي هي إيجاد وسيلة للتوفيق بين الخصوم حفاظاً على حقوقهم ودون المساس بها^(٥).

وتطبيقاً لذلك؛ قضى بأن مناط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة في الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت هو أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا فصلاً في أصل الحق. وعلى ذلك، فإن القضاء المستعجل يكون غير مختص بنظر طلب تمكين طالب من متابعة الدراسة بمعهد قرر فصله لتعلق هذا النزاع بأصل الحق،

(1) وذلك على أساس أن الطلب الوقتي المقدم إلى القاضى المستعجل يكون من شأن الفصل فيه المساس بأصل الحق بما يتعذر عليه إنزال الحماية الوقتية. وهذا هو أساس اللجوء إلى فكرة التحوير. انظر: ما تقدم - بند ٣.

(2) الحكم في الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة - الدائرة الأولى استئنافية - جلسة ١٠/٣/١٩٦٥ - منشور لدى ابراهيم عثمان - أحكام ومبادئ في القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص ٢٠٥ وما بعدها؛ ونقض مدنى ١٨/١٢/١٩٥٢ - مشار إليه مسبقاً؛ والدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٧ - ص ٦٦٨؛ والدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليه مسبقاً.

(3) الحكم في الدعوى رقم ٤٤٦ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ١د - جلسة ٢٨/٥/٢٠١٧؛ والدعوى رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٥/٧/٢٠١٧؛ والدعوى ٧٩٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٨/٩/٢٠١٧؛ والدعوى رقم ٧٠ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة - ٢د اقتصادية - جلسة ٢٣/١٠/٢٠١٤. وانظر بالتفصيل: أعلى راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٢١ وما يليه - ص ٣٦ وما بعدها & د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٨٥ وما يليه - ص ١٢٦ وما بعدها & د/أحمد أبو الوفا - التعليق على المرافعات - المرجع السابق - ص ٣١٩ وما بعدها.

(4) الطعن رقم ٤٩٤٩ لسنة ٦١ق - جلسة ٥/٤/١٩٩٧؛ والحكم في الدعوى رقم ٨٥٤ لسنة ١٩٤٠ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ٢٠ - العدد ٧ - ص ١٠١٦.

(5) الحكم في الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ١٩٣٨ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٨ - ص ٣٧٧.

وإن كان له أن يقضى بما له من سلطة تحوير بقيد اسم الطالب بجدول امتحانات المعهد ، لأن هذا القضاء ليس إلا إجراء وقتياً لا يمس الموضوع^(١).

ويقصد بعدم المساس بأصل النزاع^(٢)، ألا يترتب على إنزال الحماية الوقتية قطع دابر الخلاف القائم بين الخصوم ، أو إزالة التجهيل الذى يلابس مراكزهم القانونية أو تعديلها سواء بإكسابها حق أو حرمانها من آخر، لتظل هذه المراكز على سيرتها الأولى للقضاء الموضوعى^(٣). وبذلك ، فإن عدم المساس بأصل الحق معناه ألا يتعرض القاضى المستعجل حال قضائه فى المسألة المستعجلة المعروضة عليه إلى الفصل فى النزاع الموضوعى^(٤) وأن يترك حكمه - المزمع إصداره - هذا النزاع سليماً ليتناضلوه الخصوم فيما بعد أمام القضاء الموضوعى^(٥).

٢٣ - ٣ - صلاحية الطلب الأصيل لإرساء الحماية الوقتية.

يضع الفقه شرطاً إضافياً لممارسة القضاء المستعجل لسلطة تحوير الطلبات المنظورة أمامه يتمثل فى كون الإجراء الذى سيأمر باتخاذها طلباً ضمناً كامناً بالطلب الأصيل المطروح عليه ونتيجة حتمية له^(١). بمعنى أن يكون الطلب المقدم من المدعى ومقدماته الواقعية المثبتة محتوية فى طياتها على طلب وقتى ، وذلك حتى يحكم القاضى المستعجل بالإجراء الذى يقصده المدعى ويتسق مع وقائع النزاع

(1) نقض مدنى - جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ - الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ق - ص ٩ ص ٣٦٨.

(2) ويعبر البعض عن شرط عدم المساس بأصل الحق بشرط رجحان وجود الحق. ومعناه أن يقتنع القاضى المستعجل للوهلة الأولى من ظاهر الأوراق حال إصدار التدبير الوقتى باحتمال وجود الحق المهدد. د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٥ & د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٣١٣.

(3) د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٢٢ ، ٣٢٤ & د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢٤٧ & أ/مجدى هرجه - المرجع السابق - ص ٤٦.

(4) الحكم فى الدعوى رقم ٤١٠ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٦٥/٣/١٠ - منشور لدى إبراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص ١٧٨. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ١٣٦ لسنة ١٩٣٣ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٤ - ص ٥٢٣.

(5) الحكم فى الدعوى رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٠ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢ ، والدعوى رقم ٢١٦٨ لسنة ١٩٩٦ مستأنف مستعجل الاسكندرية - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠ ، والدعوى رقم ٧٧ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة - ٢د اقتصادية - جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥.

(6) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨٣ & د/عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & د/عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المصرى - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١.

، وإن غاير التحديد الوارد بطلب المدعى . وهذا ما يمكن التعبير عنه بشرط صلاحية الطلب الأصلي لإرساء الحماية الوقتية التي سيقضى بها^(١).

والحقيقة أن صلاحية الطلب الأصلي لإرساء الحماية الوقتية هو شرط بديهى ، وذلك لأن مقدماته الواقعية التي طرحها المدعى وأثبتها هي بطبيعة الحال قادرة على توليد الحماية الوقتية ، وذلك لأن المدعى حال رفع دعواه المستعجلة قد طرح وقائع النزاع وقام بإثباتها مبيناً أن مركزه القانونى يحوم حوله خطر الاستعجال إلا أنه قد أساء تقدير طلبه . وبذلك يعد الطلب الوقتى على هذا النحو طلباً مطروحاً على القاضى المستعجل يتوجب عليه الفصل فيه^(٢). وهذا ما يعد تجسيداً لفكرة الطلبات الضمنية على فرض الإجراء الذى سيقضى به القاضى المستعجل جراء استخدام سلطة التحويل ينبثق من الحالة الواقعية للنزاع ويدخل فى نطاق ما هو مطروح عليه بغير حاجة لطلبه بشكل صريح^(٣).

ومثال ذلك ، تقدم المدعى بطلب إزالة المبانى التي أقامها المدعى عليه يحتوى فى طياته على طلب وقف الأعمال^(٤). وكذلك طلب المدعى استلام المنقولات باعتباره مالكا لها يتضمن طلب تعيينه حارساً على هذه المنقولات بهذه الصفة^(٥).

-
- (1) ولقد عبر البعض عن هذا الشرط بضرورة اشتراط اتجاه نية المدعى إلى طلب الحماية الوقتية. أنظر: ما تقدم - بند ٤.
- (2) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٧٢ - ص ٦٨٣.
- (3) ويقصد بالطلب الضمنى؛ الطلب القضائى المستور أو الكامن بالطلب الأصلى المقدم صراحة إلى القاضى والمرتبط به إرتباطاً لا يقبل الانفصام بحيث يجوز له الفصل فيه سواء قبل الطلب الأصلى أو رفضه، وذلك دون اعتباره طلباً عارضاً يكون من شأنه تغيير نطاق الطلب الأصلى سبباً وموضوعاً، وهذا هو جوهر الطلب الضمنى. وبهذه المثابة، يعتبر الطلب الضمنى طلباً مطروحاً على القاضى يتوجب عليه الفصل فيه دون أن يشكل ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم. أنظر فى مدلول فكرة الطلبات الضمنية ونظامها القانونى: د/أحمد الصاوى - الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم به - رسالة جامعة القاهرة - ط ١٩٧١ - ص ٥١ وما بعدها & د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التي تحوز حجية الأمر المقضى به - دار النهضة العربية - ط ١٩٩٠ - بند ٢٢٩ وما بعده - ص ٤٤٢ وما بعدها ؛ آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - بند ٢١٣ وما يليه - ص ٣٢٥ وما بعدها & د/عبد القصاص - التزام القاضى بمبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ٢٢٤ وما يليه - ص ٣٤٠ وما بعدها & د/على الشيخ - الحكم الضمنى - رسالة جامعة القاهرة - ط ١٩٩٧ - بند ١١٢ وما يليه - ص ١٧٢ وما بعدها & د/نبيل عمر - الوسيط فى التماس إعادة النظر - دار الجامعة الجديدة - ط ٣ - ٢٠٠٠ - بند ٣٩ - ص ٦٤ وما بعدها.
- (4) أنظر: استئناف مختلط - مايو ١٩٠٥ - المجموعة ١٧ - ص ٢٥١.
- (5) مصر مستعجل - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ - سابق الإشارة إليه.

وكذا طلب المدعى بصفته المؤجر طرد المستأجر من العين المؤجرة يتضمن طلب تعينه حارساً عليها.

ولا شك أن المقصد من استلزام شرط صلاحية الطلب الأصلي لإرساء الحماية الوقتية هو عدم تجاوز القاضى المستعجل نطاق وحدود إدعاءات الخصوم^(١)، وألا يدخل وقائع جديدة لم تطرح عليه ، وإنما يقضى فى وقائع قد طرحها الخصوم بالفعل وتناقشوا فيها، صراحة أو ضمناً، وقاموا بإثباتها.

وعلى ذلك ، يمكن القول أن سلطة التحويل هى أمر مرهون بضرورة تضمن الطلب الأصلي المقدم من المدعى طلباً وقتياً كامناً به بحيث يكون الأخير هو الوجه المستور له . وبالتالي ، فإن الطلب الوقتى الذى يأمر القاضى المستعجل باتخاذ هو طلب ضمنى لم يتقدم به المدعى صراحة ، وإنما أثير بشكل ضمنى بوقائع النزاع بحيث يصبح نتيجة حتمية للطلب الأصلي وأثراً له.

ولا يشترط فى الإجراء الوقتى الذى يملك القاضى المستعجل اتخاذه على النحو المتقدم أن يكون كامناً بالطلب الأصلي الوارد بصحيفة الإدعاء فحسب ، وإنما يشترط كذلك أن يكون هناك إرتباطاً وثيقاً بينها قوامه إعتداده هذه الطلبات على سبب واحد^(٢). فلا شك عندنا أن الإرتباط هو مناط منح القاضى المستعجل سلطة التحويل والسماح له باستبدال الطلب الأصلي بإجراء وقتى آخر . فكلما كان هناك إرتباط بين هذه الطلبات بهذا المعنى ، كنا بصدده سلطة تحويل. ويكون للقاضى المستعجل سلطة تقدير هذا الإرتباط باعتباره مسألة موضوعية.

وعلى نقيض ما تقدم ، اتجهت بعض أحكام القضاء إلى عدم قصر نطاق أعمال سلطة التحويل على الطلبات الضمنية ، وإنما منحت للقاضى المستعجل سلطة التحويل حال الطلبات الإحتياطية التى طُرحت عليه ، فقد قضى بأنه " إذا وقع إعتداء مادى من السلطة الإدارية على محلج المدعى ومكاتبه الملحقه به ومسكنه ،

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليه مسبقاً.
(٢) ويقصد بالارتباط وحدة الموضوع محلاً وسبباً. أنظر بالتفصيل : د/أحمد هدى - الارتباط فى قانون المرافعات - رسالة جامعة الاسكندرية - ١٩٨٦ - ص ٢٤ وما بعدها.

فطلب رفع الأختام عن المسكن والمكاتب وتسليمها له ، وإحتياطياً تسليمه الأوراق التي بالمكتب ، واستبان للقاضي المستعجل توافر الاستعجال في طلب استلام المسكن دون طلب استلام المكاتب إذ يعتبر الإنتفاع به ملحاً بإنتفاعه بالمحلج الذي لم يطلب فتحه . كما أتضح للقاضي المستعجل أن مصلحة المدعين في المكاتب هي في استلام ما بداخلها من الأوراق ، فإنه يختص قانوناً بأن يستبدل بطلبها الأصلي بفتح المكاتب طلب آخر ، هو تسليم ما بها من الأوراق وهو الطلب الإحتياطي^(١).

والواقع أن هذا الحكم محل نظر ، وذلك لأنه أقر سلطة التحويل على الرغم من أن النزاع لا يستلزم مثل هذه السلطة ، وذلك لأن المدعى قد طلب اتخاذ الحماية الوقتية بشكل صريح ، وإن جاء ذلك في صورة طلب احتياطي ، وهو طلب استلام الأوراق التي بداخل المكاتب التي وقع عليها الإعتداء". وبذلك، فإن الطلب الوقتي الذي قضى به القاضي المستعجل هو طلب مطروح عليه صراحة ، وليس طلباً كامناً بالحالة الواقعية للنزاع . وبالتالي ، فإن إنزال القاضي المستعجل الحماية الوقتية على هذا النحو لا يعد تحويلاً بالمعنى الصحيح ، وذلك لأنه لم يقض بإجراء مغاير لما يطلبه المدعى ، وإنما قضى في طلب هو مطروح عليه بالفعل وتمسك به المدعى بشكل صريح ، وهو الطلب الإحتياطي ، وذلك لأن القاعدة هي امتلاك القاضي سلطة الفصل في الطلبات الإحتياطية حال رفضه الفصل في الطلبات الأصلية^(٢).

(١) مستعجل مصر - جلسة ٣ يناير ١٩٣٢ - المحاماة - السنة ١٥ - ص ١٢٢.
(٢) الطعن رقم ٩٨٨٠ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٠١١/٣/٩. ويقصد بالطلب الإحتياطي؛ الطلب الذي يقدمه الخصوم كبديل عن الطلب الأصلي لتوقى خطر رفضه، ولا يكون قائماً بالفعل أمام القاضي بما يتوجب عليه الفصل فيه اللهم إلا إذا تم رفض الطلب الأصلي، وأندك يحل محله ويصير بمثابة طلباً أصلياً ينظره القاضي - حتماً من تلقاء نفسه - ويفصل فيه. وهذا ما يمثل جوهر الاختلاف بينه وبين الطلب الضمني سالف الذكر. فإذا كان الطلب الضمني يعتبر طلباً مطروحاً وقائماً بالفعل أمام القاضي مما يتعين عليه نظره والفصل فيها سواء قبل الطلب الأصلي أو رفضه، فإن الطلب الإحتياطي لا يكون كذلك إلا إذا رفض الطلب الأصلي، فهو بمثابة وسيلة تحفظية الحكمة منها الإحتياط من رفض الطلب الأصلي. أنظر في مفهوم الطلب الإحتياطي وطبيعته: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٧٥ مكرر - ص ١٧٩؛ والطلب الإحتياطي - المحاماة - السنة ٥٥ - العددان الثالث والرابع & د/وجدى راغب - مبادئ الخصومة المدنية - المرجع السابق - ص ٤٠١ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائي الخاص - ج ١ - المرجع السابق - ص ٤٦٢ & د/أحمد زغلول - أعمال القاضي التي تحوز الحجية - المرجع السابق - بند ١٨٩ - ص ٣٨٦، ٣٨٨.

لم تكثف أحكام القضاء بشرط كون الطلب المقدم من المدعى محتوياً في طياته على طلب وقتي لإعمال القاضى المستعجل لسلطته في تحوير الطلبات المطروحة عليه ، وإنما تبنت فضلاً عن ذلك مبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه وتوسى مركزه القانونى المؤقت . فقد قُضى بأن "اختصاص القاضى المستعجل بالقضاء بالإجراءات التحفظية لا يقف عند حد الطلبات الواردة فى الدعوى ، بل له أن يعدل فيها أو يتعدها إلى غيرها مما يراه أكثر موافقة للقانون ولظروف الحال ، على ألا تكون أكثر ضرراً للمدعى عليه ، وإلا اعتبر قاضياً بما لم يطلبه الخصوم"^(١).

ومفاد هذا الحكم أن المقصود بعدم الإضرار بالمدعى عليه ليس هو عدم إصابته - مطلقاً - بأية أضرار بالمعنى الفنى للكلمة جراء استعمال القاضى المستعجل لسلطة المخولة له فى تحوير الطلبات ، وذلك لأن فصل القاضى المستعجل فى النزاع المطروح عليه واتخاذ الإجراء الوقتى الملائم له لصالح المدعى - سواء استخدم مكنة التحوير أو لم يستخدمها - سوف يمس بالفعل حقوق المدعى عليه ومركزه القانونى المؤقت ، ويرتب حتماً ضرراً له أقله هو عدم قبول الحكم وعدم إرضائه بما قضى به^(٢)، وإنما يقصد بعدم الإضرار بالمدعى عليه ألا يترتب على استخدام مكنة التحوير إصابته بأضرار تفوق بكثير الأضرار التى كانت ستلحق به حال القضاء ضده بالطلبات التى يقدمها المدعى، وذلك حتى لا يتجاوز القاضى المستعجل حدود هذه الطلبات.

وعلى هذا ، فإن سلطة القاضى المستعجل فى التحوير تتقيد بالألا يكون الإجراء الذى سيقضى به - إعمالاً لهذه السلطة - أكثرأ ضرراً بالمدعى عليه ،

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٥٢٦٠ لسنة ١٩٣٢ مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ - المحاماة - السنة ١٤ - ص ٢٠٥؛ ومستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٢/٣ - المحاماة - السنة ١٥ - ص ١٢٢.
(٢) فالضرر هو النتيجة الحتمية الملازمة للقرار القضائى الصادر لصالح أحد الخصوم. فمن المقرر أن للقاضى المستعجل حق تقرير حلول وقتية للحفاظ على حقوق الخصوم حتى ولو ترتب على تلك الحلول لحوق ضرر بأحد الخصوم، ذلك أن ترتيب هذا الضرر لا ينهض بذاته سبباً لحجب اختصاص القاضى المستعجل. الحكم فى الدعوى رقم ٢٤١٨ لسنة ١٩٤٠ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ٢١ - العدد ٥ - ص ٨٤٧.

وذلك حتى لا يتجاوز حدود الطلب المطروح عليه ويقضى بأكثر مما طلب منه^(١).
وبعبارة أخرى - وكما تعبر بعض أحكام القضاء - أن يكون الإجراء المقضى به
أقل شدة من الإجراء الذى يطلبه المدعى^(٢). فإذا أصبح إنزال الحماية العاجلة أمراً لا
غنى عنه ، فإنه أقل ما ينبغى على القاضى المستعجل آنذاك أن يتحقق قبل تقررها
من أن الإجراء الذى سيقضى به أقل شدة من الطلب الأصيل الذى يطلبه المدعى
المنظور أمامه.

وتطبيقاً لذلك ، فإذا طلب من القاضى المستعجل تعيين المؤجر حارساً
قضائياً على الأرض المؤجرة لإنهاء مدة الإيجار المحددة بالعقد ، وثار نزاع جدى
أمامه بشأن تجديد مدة الإيجار بالطريق الضمنى بسبب استمرار المستأجر بالأرض
مدة بعد إنتهاء مدة الإيجار المحددة بالعقد بعلم المؤجر ، فليس له أن يحور الطلب
الأصيل ويقضى بطرد المستأجر^(٣)، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه
وإساءة مركزه القانونى المؤقت جراء استخدام مكنة التحوير ، وذلك على اعتبار أن
القضاء بتعيين المؤجر حارساً قضائياً فى هذا الصدد يكون أقل ضرراً للمدعى عليه
إذا ما قضى بطرده من العين محل التداعى باعتباره مستأجراً.

ويجد هذا المبدأ سنده - فى اعتقادنا - فى قاعدة شرعية مفادها ضرورة
تحمل أقل الضررين أثراً إذا كان أحدهما لا مفر منه^(٤). فلئن كانت النتيجة الحتمية

(١) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول -
أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨٤ & د/أحمد هدى - التعليق على
المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - هامش ص ٩٤٥. وكذلك: مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٢/٣ سابق
الإشارة إليه.

(٢) حيث قضى بأن القاضى المستعجل مقيد حال اتخاذ أحد الإجراءات التحفظية التى يراها بشرط أن يكون
هذا الأجراء أقل شدة من الإجراء الذى يطلبه المدعى. الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ١٩٣٩ مستعجل مصر - مشار
بها مسبقاً. وأنظر: الحكم فى الدعوى رقم ٥٩٥ لسنة ١٩٣٧ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٧ -
ص ١٠٨٥.

(٣) أنظر: استئناف مختلط - ١٩٠٢/٤/٢٣ - المجموعة ١٤ - ص ٢٢٥. مشار إليه لدى: /على راتب
وأخرين - المرجع السابق - هامش ص ٩١.

(٤) ويطلق على هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى قاعدة "تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد" أو قاعدة "
أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". ويقصد بهذه القاعدة أنه حال اجتماع ضررين وكان أحدهما يسيراً
والآخر شديداً بالنسبة إلى الأول، فإنه يجوز تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، بمعنى أن يتحمل
المضرور أخف الضررين أثراً. أنظر فى هذه القاعدة: د/على أحمد الندوى - موسوعة القواعد والضوابط

لتحويل الطلبات الأصلية هي إساءة المركز القانوني المؤقت للمدعى عليه بشكل يضر بحقوقه ومصالحه، وكان القضاء بالإجراءات الوقتية سيترتب عليه كذلك إلحاق ضرر بالمدعى عليه، فإنه ينبغي على القاضى المستعجل تفضيل الضرر الأخف أثراً.

ولا شك في أن مبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه يحقق مصلحته ويتفق مع العدالة واعتباراتها التي تقتضى ضرورة الموازنة بين حقوق الخصوم . فلو كان من حق المدعى الحصول على الحماية العاجلة ، فإنه في المقابل لا يجوز أن يضار المدعى عليه مقابل النفع الذي يتحقق للمدعى. ومن ثم ، فليس أمام القاضى المستعجل سوى القضاء بالإجراء الذي يكون أقل ضرراً بالمدعى عليه.

٢٥ - ٥ - تقديم المدعى كفالة.

قيدت بعض أحكام القضاء سلطة القاضى المستعجل فى الهيمنة على سير الدعوى وحقه فى تعديل الطلبات التى تقدم إليه وتحويلها إلى تدابير وقتية أو تحفظية بضرورة تقديم المدعى كفيلاً أو ضماناً كافياً لتغطية نفقات الإجراء الذى سيتم اتخاذه^(١).

والعلة من ذلك واضحة ، وهى مراعاة مصلحة المدعى عليه وموالاته رعاية خاصة . فإذا كانت مصلحة المدعى تقتضى أعمال القاضى المستعجل لسلطته فى تحويل الطلبات المطروحة عليه طالما كان مضمون هذه الطلبات هو الحماية الوقتية وطالما كانت وقائع النزاع تستجيب لذلك ، فإن مصلحة المدعى عليه - فى المقابل - تقتضى أيضاً وجود ضمانات تكفل صيانة حقوقه وتحافظ على مركزه القانونى إلى أن يتم الفصل فى النزاع أمام القضاء الموضوعى ، وذلك للتوفيق بين مصالح هؤلاء الخصوم المتعارضة^(٢).

الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية فى الفقه الإسلامى - ط ١٩٩٩ - ص ٧٤ وما بعدها & د/أسامة الشيخ - قاعدة لا ضرر ولا ضرار- دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠٠٧ - ص ٤٦٧ وما بعدها.

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٥٢٦٠ لسنة ١٩٣٢ مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ - المحاماة - السنة ١٤ - ص ٢٠٣.

(٢) ويقصد بنظام الكفالة؛ كل ما يقدمه المحكوم له من ضمانات بالشكل الذى يحدده القانون ضماناً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ إذا تبين فيما بعد عدم أحقيته فى التنفيذ وإلغاء سنده التنفيذى. د/أبورفا -

وعلى ذلك ، فإنه يجوز للقاضي المستعجل أن يلزم المدعى - باعتبار
الخصم المستفيد من التحوير - بتقديم كفالة أو ضمان مالى كافى لتغطية الإجراء
الوقتى الذى أمر باتخاذها ، أو تقديم ضمان ، مالية أو شخصية كانت^(١)، لتخفيف
الضرر الذى سيعيب المدعى عليه جراء تنفيذ هذا الإجراء أو لمواجهة احتمال
إلغائه وإعادة الحال إلى ماكان عليه لكونه حكماً مشمولاً بالنفاذ المعجل عرضة بشكل
كبير للإلغاء^(٢).

والمواقع أن الزام القاضى المستعجل المدعى بتقديم الكفالة حال إعماله لسلطة
التحوير هو رخصة له إن شاء استخدامها أو وإن شاء أعرض عنها ، وذلك لأنه
ليس هناك قاعدة تشريعية تقرر الكفالة فى حالة التحوير^(٣). فالقيود والاستثناءات -
كقاعدة - لا تنقرر إلا بنص صريح . وبالتالي ، فإنه فى ظل غياب نص تشريعى

إجراءات التنفيذ - منشأة المعارف - ط ٩ - ١٩٨٩ - بند ٣٢ - ص ٧٠ & د/وجدى راغب - النظرية العامة
للتنفيذ القضائى - دار الفكر القانونى - ص ٨٤ ، ٨٥ & د/نبيل عمر - التنفيذ الجبرى - دار الجامعة الجديدة
- ط ٢٠١٠ - ص ٢٠١ & د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم النقض - بيروت -
ط ١ - ١٩٩٦ - بند ١٨ - ص ٢٢ & د/أحمد هندى - التنفيذ الجبرى - دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠١٨ -
بند ٢٩ - ص ٨٢.

(١) ولقد عدت المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الصور التى تقدم بها الكفالة وهى: إيداع خزانة المحكمة
مبلغاً من النقود، أو إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشئ المأمور بتسليمه إلى حارس
مقتدر، أو تقديم كفيل مقتدر. ويلاحظ أن القاضى حال إذا ما قضى بضرورة تقديم الكفالة، فهو لا يعين نوعها
أو شكلها، وإنما يقوم بذلك الملزم بها ويعلن بها خصمه قبل الشروع فى التنفيذ. د/أبو الوفا - إجراءات التنفيذ
- المرجع السابق - بند ٣٢ - ص ٧٢ & /على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٧٦ - ص ١٢٤ ، ١٢٥
& د/نبيل عمر - التنفيذ الجبرى - المرجع السابق - ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ & د/أحمد هندى - التنفيذ الجبرى -
المرجع السابق - بند ٢٩ - ص ٨٤ وما بعدها & د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ - المرجع السابق -
بند ١٨ - ص ٢٣.

(٢) فالكفالة ليست هى ما يعادل قيمة الحكم المنفذ به، وإنما هى بمثابة وسيلة علاجية لضمان حالة التنفيذ
العكسى تدفع القاضى للحكم بالنفاذ المعجل مطمئناً إلى حماية حقوق المحكوم عليه إذا الغى الحكم الذى
سيقضى به. د/محمد عبدالخالق - مبادئ التنفيذ - ط ١٩٧٨ - ص ١٣٩ & د/أحمد هندى - التنفيذ الجبرى -
المرجع السابق - بند ٢٩ - ص ٨٣. أنظر فى مدى كفاية نظام الكفالة فى مواجهة مخاطر إلغاء التنفيذ: د/أحمد
خليل - طلبات وقف التنفيذ - المرجع السابق - بند ١٩ - ص ٢٤ وما بعدها.

(٣) فالقاعدة - طبقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات - أن النفاذ المعجل جبرى بلا كفالة واشتراط
تقديم الكفالة هو استثناء عليه. وبالتالي، فلا يلتزم طالب التنفيذ بتقديمها إلا إذا حكمت المحكمة بها. د/أبو الوفا
- إجراءات التنفيذ - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٦٩ & د/محمد عبدالخالق - المرجع السابق - ص ٢٠٢
& /على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٧٦ - ص ١٢٣ ، ١٢٤ & د/أحمد هندى - التنفيذ الجبرى -
المرجع السابق - بند ٢٩ - ص ٨٣ & د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ - المرجع السابق - بند ١٩ -
ص ٢٥.

يقرر شرط الكفالة، فهو ليس قيماً بالمعنى الصحيح على سلطة التحويل . فيعد صحيحاً استعمال القاضى المستعجل لهذه السلطة دون إعمال شرط الكفالة^(١).
غير أننا نرى أنه من الأوفق والأنسب على القاضى المستعجل إذا لجاء إلى مكنة التحويل أن يلزم المدعى بتقديم الكفالة أو الضمان المالى المناسب لتخفيف الضرر الذى قد يلحق بالمدعى عليه تحقيقاً لمصلحته ، وذلك لأنه إذا كانت الغاية من التحويل هى مراعاة مصلحة العدالة وإنزال الحماية الوقتية للنزاع ، وليس مجرد مصلحة المدعى بشكل محض ، إلا أن مناط التحويل ينتهى - بلا شك - إلى تحقيق مصلحة المدعى.

المبحث الثالث

النظام الإجرائى للتحويل.

٢٦- تمهيد وتقسيم:

سبقت الإشارة إلى أن سلطة التحويل تعد وسيلة فنية مخولة للقاضى المستعجل يستخدمها من تلقاء نفسه دون تدخل من الخصوم ، وذلك لمواجهة عجز الإجراء الذى يطلبه المدعى عن إضفاء الحماية الوقتية على النزاع.
وإذا كانت سلطة التحويل على هذا النحو سلطة محصورة على القاضى المستعجل ذاته بحكم طبيعة عمله أنه لا يفصل إلا فى نزاع وقتى، فما هى الضوابط الإجرائية المقررة لاستعمال هذه السلطة؟
وإذا كان القاضى المستعجل يمارس سلطة التحويل بمعزل تام عن الخصوم ، فهل تعد هذه السلطة سلطة تطبيقية من القيود أم أنها سلطة مقيدة، وإذا كانت مقيدة ، فما هى حدود ممارسة هذه السلطة؟

(١) وتطبيقاً لذلك، جرت بعض أحكام القضاء على تقرير سلطة التحويل دون الزام المدعى بتقديم كفالة أو ضمان مالى. أنظر على سبيل المثال: الحكم فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٠ مستأنف مستعجل القاهرة - د ٣ استئنافية - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٩؛ والدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل الجيزة - د٥ استئنافية - جلسة ١٩٦٥/١/٩ - منشوران لدى: إبراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص٢٦ وما بعدها.

وحتى يتسنى الإجابة عن هذه التساؤلات، فإنه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : الضوابط الإجرائية للتحويل.

المطلب الثانى : حدود سلطة القاضى المستعجل فى التحويل.

المطلب الأول

الضوابط الإجرائية للتحويل.

يقصد بالضوابط الإجرائية لمكنة التحويل بيان ميعاد إجرائها من ناحية أولى. وبيان مدى امتداد هذه المكنة إلى غير القاضى المستعجل من ناحية ثانية. ومعالجة إجراءاتها وسلطة القاضى المستعجل فى استخدامها من ناحية ثالثة. وتحديد دور الخصوم فى التحويل من ناحية رابعة. وهذا ما سوف نتولى بيانه فيما يلى.

٢٧- أولاً : ميعاد التحويل.

متى وصلت الخصومة المستعجلة إلى ذروتها وانتهى الخصوم من تقديم ما لديهم من طلبات ودفوع ومستندات ، وتهيأ القاضى المستعجل للفصل فى هذه الخصومة بعد أن اقتنع بصلاحياتها للبت فيها بحالتها التى هى عليها ، جاز له قفل باب المرافعة تمهيداً للفصل فى الخصومة وإصدار حكمه فيها^(١).

وبمجرد قفل باب المرافعة ينتقل النزاع إلى حوزة القاضى المستعجل، ويغل يد الخصوم على النزاع ، بما لا يجوز لأى خصم إبداء طلبات جديدة أو تعديل طلباته أو تقديم أية مستندات^(٢) حيث تكون صلة الخصوم بالنزاع قد انقطعت^(٣)،

(١) ويقصد بقفل باب المرافعة تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل ما لديهم من طلبات ودفوع وأوجه دفاع. (د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٦٣ & د/فتحي والى - المبسوط فى القضاء المدنى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ١٠٥ - ص ٢٨٧ & د/نبيل عمر - النظام القانونى للحكم القضائى - دار الجامعة الجديدة - ط ٢٠١٠ - بند ١١١ - ص ١٧). ويعبارة أخرى هو وصول الخصومة إلى المرحلة النهائية التى يسكت فيها الخصوم ويتكلم فيها القاضى. (د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ٢ - المرجع السابق - بند ٣٦٧ - ص ٢٨٧). أو هى انتقال حيازة الدعوى للمحكمة وجعلها بينها وحدها وانقطاع صلة الخصوم بها. (الطعن رقم ٧٤٦٢ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٥/١٠/٢٠٠٧). وقفل باب المرافعة بهذه المثابة هو نظام إجرائى لصيق بالخصومة بالمعنى الفنى للكلمة، لا يسرى على الأوامر على العرائض وكذلك أوامر الأداء. د/نبيل عمر - الإشارة المتقدمة.

(٢) طبقاً لنص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات.

(٣) ما لم تصرح المحكمة بتقديم مذكرات أو مستندات فى أجل معين، وهنا يجوز تقديمها طالما أن الخصم المقدم ضده قد علم بها واطلع عليه. الطعن رقم ٤٥١٤ لسنة ٧٥ ق - جلسة ١٣/٧/٢٠٠١.

وذلك إعمالاً لمبدأ احترام حقوق الدفاع وأصول التقاضى المقررة لكفالة تحقيق العدالة ولعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفاً فيها^(١).

وبهذه المثابة ، تعد واقعة إقفال باب المرافعة هي لحظة بدء عملية التحويل حيث تكون عناصر الدعوى - بعد أن تهيأت للحكم فيها - فى حوزة القاضى المستعجل ليشرع على الفور - كما سيجئ فى حينه - بفحص العناصر الواقعية للدعوى التى طرحها الخصوم وقاموا بإثباتها ، ليستخلص منها ما يصح الاستناد إليه لاتخاذ أحد التدابير الوقتية أو التحفظية الملائمة للحفاظ على حقوق الخصوم.

وعلى ذلك ، تكون مرحلة قفل باب المرافعة وحتى النطق بالحكم هى النطاق الزمنى الذى يمارس فيه القاضى المستعجل سلطته فى تحويل الطلبات المعروضة عليه.

٢٨- ثالثاً: الاختصاص بالتحويل.

ذكرنا مسبقاً أن طبيعة القضاء المستعجل والدور المناط به أدائه بحسبانه قضاء وقتياً يوفر حماية عاجلة للخصوم ضد الأضرار المحدقة التى تلحق بهم دون الفصل فى أصل الحق هى السبب الرئيسى وراء تبنى سلطة التحويل . ولعل هذا معناه أن سلطة التحويل لا يؤخذ بها إلا فى الدعاوى المستعجلة حيث يكون هناك استعجال وخشية من فوات الوقت^(٢).

وعلى ذلك ، فإن التحويل هو سلطة خاصة لصيقة بالقاضى المستعجل وحده بحكم عمله لا تمتد إلى غيره^(٣) يجريها من تلقاء نفسه ودون طلب يقدم إليه من الخصوم^(٤). وثبوت سلطة التحويل للقاضى المستعجل على هذا النحو هو اختصاص

(١) الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠١٢/٥/١٥.

(٢) د/فتحى والى - المشكلات العملية فى قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١.

(٣) فى ذات المعنى: د/فتحى والى - الإشارة السابقة & د/عبدالباسط جمبى - مبادئ المرافعات - المرجع السابق - ص ١٣١ & د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢٥٨ & د/عاشور مبروك - الوسيط فى القانون القضاء المصرى - ج ١ - المرجع السابق - بند ٣٥٨ - ص ٣٨١.

(٤) الحكم فى الدعوى رقم ٢٨١ لسنة ١٩٦٦ مستأنف مستعجل الجيزة مشار إليها مسبقاً.

استثنائي على سبيل الأفراد. ومن ثم ، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته والخروج عنه^(١).

وأثراً لذلك ، فإنه يتمتع على قاضي التنفيذ تحوير الطلبات التي تطرح عليه ، وذلك لانتهاء المبرر من اللجوء إلى هذه السلطة ، إلا إذا كان النزاع المعروض عليه نزاعاً وقتياً ينظره بصفته قاضياً للأمر المستعجلة وليس بصفته قاضياً وقتياً^(٢). وهذا ما أخذت به محكمة النقض^(٣).

كذلك لا تؤول سلطة التحوير إلى القاضي الموضوعي لانتهاء ركن الاستعجال المبرر للأخذ بسلطة التحوير^(٤).

٢٩- ثالثاً : إجراءات التحوير وسلطة القاضي المستعجل.

يقوم القاضي المستعجل حال استعماله للسلطة المخولة له في تحوير الطلبات المطروحة عليه التي تخرج عن نطاق اختصاصه بإتباع مجموعة من الإجراءات على التوالي: تبدأ بفحص العناصر الواقعية للنزاع وكشف الوقائع الكامنة بها التي تصلح لإنتاج الحماية الوقائية ، ثم يعقب ذلك عملية تقدير هذه الوقائع على غير النحو الذي قدره المدعى ، وذلك للتحقق من كفاءتها وقادرتها على إنزال الحماية العاجلة ، ثم ينتهي بإنزال التكييف القانوني لهذه الوقائع وإرساء القاعدة القانونية التي تستجيب لها . وهذا ما سنتعرض إليه عبر النقاط الأساسية التالية:

٣٠-١- الفحص الظاهري لوقائع النزاع.

سبقت الإشارة إلى أن يشترط لإعمال القاضي المستعجل لسلطته في التحوير أن تكون عناصر الدعوى الواقعية التي طرحها الخصوم تحمل في ثناياها وقائع

(١) استناداً إلى طبيعة اختصاص القضاء المستعجل باعتباره اختصاصاً نوعياً يتعلق بالنظام العام. د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٢٩٢ - ص ٣٢٩ & أعلى راتب - المرجع السابق - بند ٢ - ص ٦، ٧. وكذلك: الدعوى رقم ١٦٢٣ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية - د ١ - جلسة ٢٩/١/٢٠١٧؛ والدعوى رقم ١٥٤٤ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية - د ٢ - جلسة ٣١/١/٢٠١٧.

(٢) د/فتحي والي - الإشارة المتقدمة. وأنظر كذلك: د/عبدالباسط جميعي - نظرية الاختصاص - المرجع السابق - ص ١٢٥. حيث يقرر أن امتلاك قاضي التنفيذ سلطة تحوير طلب الحكم ببطلان حجز إلى وقف تنفيذ إنما يثبت له باعتباره قاضياً مستعجلاً.

(٣) نقض مدني- جلسة ٢٥/١٢/١٩٥٢.

(٤) أنظر: الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٣ق - جلسة ٢١/١٢/١٩٧٧ - المكتب الفني س ٢٨ ج ٢ ص ١٨٤١.

تصلح لتوليد الحماية العاجلة . ولعل هذا يقتضى من القاضى المستعجل بذل مجهوداً
يجرى بطبيعة الحال بشكل ظاهرى سطحى من أجل استنباط وإظهار هذه الوقائع ،
وهو ما يمكن التعبير عنه بعملية الفحص الظاهرى.

ونقصد بالفحص الظاهرى تقييم القاضى المستعجل لإدعاءات المدعى والبحث
فى طيات الحالة الواقعية التى أدلى بها وقام بإثباتها ، وذلك للتحقق من كونها
تتضمن وقائع أخرى تصلح لإنزال الحماية الوقتية الملائمة للحفاظ على حقوق
الخصوم وصيانة مصالحهم ، وهى ما نسميها نحن "بالوقائع الضمنية"، وبالأحرى
"الوقائع البديلة". وبذلك، فعملية الفحص الظاهرى هى فحص المركز الواقعى
المؤقت المتنازع عليه للتحقق من إنطوائه على الوقائع البديلة.

ولا شك أن المقصد من عملية الفحص الظاهرى هو استخلاص الوقائع
البديلة - أو الضمنية - الصالحة لتوليد الحماية العاجلة من قائمة العناصر الواقعية
التى أدلى بها المدعى ، وذلك إزاء عدم قدرة إدعاءه - الصريح - الذى جاء مصاغ
بشكل يثير نزاعاً موضوعياً على كشف ذلك وتقرير الصحيح والثابت فيها.

والوقائع البديلة هى - فى رأينا - وقائع قدمها وأثبتها الخصوم ضمن
عناصر الدعوى الواقعية بشكل يجعلها جزاء لا يتجزأ منها ، غير أن الخصوم لم
يعتمدوا عليها بشكل صريح فى تأسيس طلباتها الوقتية المطروحة على القاضى
المستعجل رغم صلاحيتها لإرساء الحماية العاجلة.

وبهذه المثابة ، تعد الوقائع البديلة جوهر التحوير وأساسه ، فهو يدور معها
وجوداً وعدمياً ، حيث يجوز للقاضى المستعجل الاعتماد عليها فى إنزال الحماية
الوقتية بدلاً من الوقائع التى بُنى عليها طلبات الخصوم صراحةً ، فهى تؤدى بذاتها
إلى النتيجة القانونية التى يطلبها الخصوم ، وهى إنزال الحماية العاجلة على أصل
النزاع . وهنا يظهر المعنى الذى نقصده من اصطلاح الوقائع البديلة.

وبذلك فيتوجب على القاضى المستعجل إذا لجأ إلى سلطته فى التحوير التقيد
بالوقائع التى حددها الخصوم وحصرها بالمناقشة عليها دون سواها . فإذا وجد فيها ما
نعبر عنه باصطلاح "الوقائع البديلة" ، جاز له التحوير . والعكس صحيح.

وتطبيقاً لذلك ، أنه في إحدى الدعاوى المستعجلة طلب المدعى استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده مع وكيل المؤجر فطعن المؤجر ببطالان هذا العقد واستبان للقاضي المستعجل أن القضاء منه بالتسليم بالرغم من أنه طلب مؤقت بطبيعته ، إلا أنه قد يستفاد منه القطع الضمني في هذه المنازعات مما يتعين معه تركه سليماً للقاضي الموضوعي صيانةً لحقوق الخصوم . فلا شبهة في أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوي في معناه تسليمها إليه بأى صفة كوديع أو حارس»^(١).

والواقع أننا نتفق مع هذا الحكم ، وذلك لأن الحالة الواقعية المطروحة على القاضي المستعجل ، والتي تتمثل في استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقد إيجار ، وإن كان الفصل فيها يقضى المساس بأصل الحق ، غير أنها تحوى في طياتها وقائع تعيين الحراسة على العين المؤجرة ، وهى وقائع تكون قادرة إنزال الحماية المستعجلة - وهى فرض الحراسة على العين المتنازع عليها - إلى حين البت في أصل النزاع أمام القضاء الموضوعي^(٢).

ويشترط في الوقائع البديلة أن تكون وقائع منتجة في النزاع ، أى تكون وقائع قدمها الخصوم وتمسكوا بها أمام القاضي المستعجل وقاموا بإثباتها . فلا يجوز للقاضي المستعجل إجراء الفحص الظاهري لوقائع غير منتجة لما يعد ذلك بمثابة إدخال لعناصر واقعية جديدة ، وهو ما يحرم عليه استناداً إلى قاعدة إمتناع القاضي عن تغيير سبب الدعوى.

وتطبيقاً لذلك ، أنه في إحدى الدعاوى المستعجلة؛ طلب المدعى تمكينه من الشقة محل النزاع تأسيساً على ملكيتها لمورثته وفقاً لعقد البيع وإقامته معها - هو وأسرته - حتى مماتها ، وذلك على أثر قيام أحد الورثة بطرده منها بالقوة . ففضت

(١) مستعجل مصر - جلسة ١٦/١٢/١٩٣٩ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ١٠٠١
(٢) وعلى النقيض تماماً، أنه إذا تبين للقاضي المستعجل من عملية الفحص الظاهري أن الإطار الواقعي الذي طرحه المدعى لا ينطوي على الوقائع البديلة القادرة على لإنزال الحماية الوقائية، امتنع عليه التحويل وتعين عليه القضاء بعدم اختصاصه بنظر النزاع، وذلك لأن إجراء التحويل في هذه الحالة يعتبر قضاءً بما لم يطلبه الخصوم. انظر: د/نبيل عمر - امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي - المرجع السابق - ص ١٠٧.

المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى استناداً إلى تأسيس المدعى دعواه على ملكية مورثته للعين محل النزاع، وهو ما يتعلق بأصل الحق المتنازع عليه^(١). ونحن نتفق مع هذا الحكم ، وذلك لأن البين من وقائع النزاع أن طلب المدعى تمكنه من الشقة محل التداعى ، وهى طلب وقتى بطبيعته ، قد تأسس على وقائع يكون الفصل فيها ماساً بأصل الحق ، وهى ملكية مورثته للشقة . وإذا كان صحيحاً أن عناصر الدعوى الواقعية تحوى فى طياتها على نسيه بالوقائع البديلة ، والتي تتمثل فى حيازة المدعى للشقة وإقامته فيها مع مورثته حتى وفاتها ، وهى وقائع تصلح لإنتاج الحماية الوقئية ، إلا أنها فى حقيقة الأمر وقائع غير منتجة حيث لم تكن محل إثبات الخصوم ومناقشتهم . ولذا ، فلا يصح فى هذه الحالة اللجوء إلى مكنة التحوير .

وخلاصة ما تقدم ، فإن عملية الفحص الظاهرى - باعتبارها الخطورة الأساسية للتحوير - هى مجرد استنباط مستمد من واقع النزاع المطروح على القاضى المستعجل للوقائع البديلة المنتجة فيه والقادرة على توليد الحماية الوقئية . وفى هذه العملية ، تنتوع الأعباء الإجرائية بين القاضى المستعجل والخصوم ، فيقع عبء إدعاء الوقائع البديلة وإثباتها على كاهل الخصوم ، بينما يقع على عاتق القاضى المستعجل عبء استخلاصها واقتطاعها من قائمة العناصر الواقعية المطروحة عليه .

٣٠ مكرر - ٢ - تقدير الوقائع البديلة .

لا يقتصر نشاط القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحوير على عملية الفحص الظاهرى للحالة الواقعية للنزاع المعروضة عليه لاستنباط الوقائع البديلة منها ، وإنما هى البداية حيث يعقبها عملية تقدير هذه الوقائع . وفى سبيل ذلك ، يستخدم القاضى المستعجل ما يعرف بفن التقدير القضائى المستقبلى^(٢) .

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٧٧٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢د - جلسة ٢٥/٧/٢٠١٧ .
(٢) ويقصد بالتقدير القضائى المستقبلى؛ إجراء القاضى تقديراً مستقبلياً للوقائع المقدمة إليه من الخصوم والمثبته بواسطتهم بهدف استشفاف الحل الذى يمكن إنزاله على هذه الوقائع والذى به يحسم النزاع بين

ويقصد بتقدير الوقائع البديلة؛ انطباع القاضى المستعجل للوقائع البديلة وتحديد مدى قيمتها وصلاحيتها لإرساء الحماية الوقتية المناسبة للحفاظ على أصل النزاع . ولذا ، فإنه ينبغي أن تكون الوقائع البديلة قادرة على توليد الحماية الوقتية . بمعنى أن تكون الوقائع التى يستخلصها القاضى المستعجل من عناصر الدعوى الواقعية تحوى فى طياتها على الإجراء الوقتى الأنسب لإنزال الحماية العاجلة اللازمة لحماية حقوق الخصوم من الإضرار المحدقة بها^(١).

وفى هذا الخصوص ، يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية واسعة فى تقدير الوقائع البديلة ، فهو الذى يقرر مدى تعلقها بالنزاع - وكونها منتجة فيه من عدمه - ومدى كفاءتها على إنتاج وتوليد الحماية الوقتية التى يطلبها الخصوم اللازمة للحفاظ على حقوقهم^(٢).

غير أننا لا نقصد باصطلاح السلطة التقديرية المعنى المطلق الذى يعنى حرية القاضى المستعجل التامة فى التقدير بلا شرط وبلا قيد^(٣)، وإنما نقصد به السلطة التقديرية المنطقية^(٤) للقاضى المستعجل فى تقدير الوقائع البديلة وتحديد مضمون الإجراء الوقتى الأكثر ملائمة لإشباع مصالح الخصوم المتعارضة، المدعى

الخصوم. د/نبيل عمر - التقدير القضائى المستقبلى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الاولى - ١٩٩٩ - ص١٣. ولمزيد من التفاصيل، انظر: ذات المرجع.

(١) انظر : ما تقدم - بند ٢٣.

(٢) انظر فى دراسة تفصيلية لسلطة القاضى التقديرية، مضمونها ونطاقها وطبيعتها وتطبيقاتها: د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - منشأة المعارف - الطبعة الأولى - ١٩٨٤. وانظر فى تقدير القاضى المستعجل للحماية الوقتية: ذات المرجع - بند ٣٥٧ وما يليه - ص٤٠٦.

(٣) وهذا أمر بديهي، وذلك لأن قانون المرافعات لا يترك القاضى حراً تاماً فى تكوين العمل والرأى القضائى، وإنما يورد عليه العديد من الضوابط الموضوعية والقيود الإجرائية. فلا يعرف قانون المرافعات - كقاعدة - السلطة المطلقة بالمعنى الفنى للكلمة، وإنما فنن السلطة التقديرية فى اختيار السلوك الملائم للغايات التى يحددها القانون وقيدها فى تحديد هذه الغايات. د/نبيل عمر - السلطة التقديرية للقاضى - المرجع السابق - بند ٦٨ - ص١٠٥. وانظر بالتفصيل: د/وجدى راغب - العمل القضائى - المرجع السابق - ص٣١٥ وما بعدها. وكذلك: د/نبيل عمر - ذات المرجع - بند ٩٤ وما يليه - ص١١٢ وما بعدها.

(٤) ويقصد بها حرية القاضى فى تقدير النزاع الذى يعرض وفقاً لمنهج أو فكر منطقى بموجبه يقوم القاضى من خلال مقدمات موضوعية معروضة عليه الوصول إلى نتائج منطقية بحيث يكون قراره الذى سيتخذ قائماً على أسباب منطقية تبرره. وهو ما يعرف بالاستدلال القضائى. انظر فى مدلول فكرة الاستدلال القضائى: د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المرجع السابق - ص١٤٠ وما بعدها & د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - ط ١ - ١٩٨٤ - بند ٦٨ - ص١١٦، ١١٧ & د/عزى عبد الفتاح - تسبيب الاحكام - المرجع السابق - ص٤٦٢، ٤٦٣.

والمدعى عليه، المائلة فى إنزال الحماية الوقتية على أصل النزاع ، وذلك وفقاً لما تقتضيه الحالة الواقعية المطروحة على القاضى المستعجل وبشكل محايد طبقاً لما تتجه إليه إرادة الخصوم.

وعلى ذلك ، فإن القاضى المستعجل لا يكون حراً تماماً فى عملية تقدير الوقائع البديلة ، وإنما يتقيد فى ذلك بالشروط الموضوعية لممارسة مكنة التحويل - سائلة البيان - والحدود المرسومة لها - التى سيأتى الحديث عنها لاحقاً-، وذلك حتى لا يصيب أساس الإدعاء المطروح عليه تغييراً نتيجة إجراء التحويل. وبذلك، تلعب شروط التحويل وقيوده دوراً هاماً فى تحديد وتوجيه سلطة القاضى المستعجل التقديرية بخصوص تقدير الوقائع البديلة وعملية التحويل بوجه عام.

وتفريعاً على هذا ، فإنه يجب على القاضى المستعجل الالتزام بحدود الوقائع المطروحة عليه، سبباً وموضوعاً وإثباتاً، على النحو الذى قدره الخصوم دون أن يتعدى هذا النطاق.

ويجب على القاضى المستعجل أيضاً إذا وجد الوقائع البديلة أن يتحرى الشروط المطلوبة لإعمال مكنة التحويل ، فيتحقق من توافر شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل النزاع^(١)، وهذا أمر بديهى باعتبارهما شرطاً انعقاد اختصاصه ، فضلاً عن تعلقهما بالنظام العام^(٢).

كما ينبغى على القاضى المستعجل التحقق من شرط عدم الإضرار بالمدعى عليه . فيقع عليه عبء تقدير الضرر الذى سيلحق بالمدعى عليه جراء استخدام مكنة

(١) وللقاضى المستعجل سلطة تقدير هذين الشرطين دون معقب بحيث لا يصلح خطؤه فى ذلك سبباً للطعن بالنقض. نقض مدنى ١٩٦١/١١/٨ - الطعن رقم ١٢٧ - لسنة ٢٧ق ، نقض مدنى ١٩٥٠/١١/٢٢ - السنة ٢ - ص ١٠٣. ويلاحظ أن الاستعجال قوامه طبيعة الحق والظروف والملابسات المحيطة به، بينما يجد عدم المساس بأصل الحق مجاله وقائع الدعوى. الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٨٣ لسنة ١٩٥٩ - مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٥٩/٥/٣٠ - منشور لدى إبراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق. وكذلك: مستعجل مصر ١٩٣٧/١٢/٨ - المحاماة - السنة ١٨ - ص ٣٧٧.

(٢) فمن المقرر أن شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق يتعلقان بالنظام العام بما يتعين على القاضى المستعجل حال تخلف أحدهما أو كلاهما أن يقضى بعدم اختصاصه، كما يجوز للخصوم التمسك بهذا الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى. أنظر: مستعجل القاهرة - ١٩٦١/٤/٩ - المجموعة الرسمية - السنة ٦٠ - ص ٨٣١ - رقم ١٠٧.

التحوير ، وكذلك الضرر الذى سيصيبه خال إذا ما قضى بالطلبات الأصلية فى الدعوى ، وإجراء مقارنة بينهما واختيار أخفهما . ويجرى القاضى المستعجل الموازنة بين هذين الضررين وفقاً لما يسميه البعض بسلطة التقدير القضائى المستقبلى^(١).

وعلى ذلك يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية كاملة فى تقدير شرط عدم الإضرار بالمدعى عليه وفقاً لظروف الحال وملايسات الدعوى المستعجلة^(٢). وتبعاً لهذا ، فإذا تبين للقاضى المستعجل أن أعمال سلطته فى التحوير سوف ينتج عنه اتخاذ إجراء وقتى أكثر شدة من الطلب الذى يطلبه المدعى، وهو ما قد يترتب عليه إصابة المدعى عليه بأضرار أشد من الأضرار التى يحتمل أن تلحق به حال القضاء بطلب المدعى الأسمى ، امتنع عليه تحوير هذا الطلب. وإن يقضى بعدم اختصاصه بنظر النزاع لما فى ذلك من إخلال بمبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه. أما إذا اتضح للقاضى المستعجل أن الإجراء الوقتى الذى سيقضى به أقل شدة من الطلب المقدم من المدعى ، جاز له القضاء بهذا الإجراء^(٣).

وجدير بالإشارة الى أن إجراءات فحص عناصر الدعوى الواقعية المطروحة على القاضى المستعجل ، واستخلاص الوقائع البديلة الكامن فيها القادر على إنزال الحماية الوقتية الملائمة للنزاع ، وتقديرها والموازنة بين مصالح الخصوم المتعارضة - المدعى والمدعى عليه - والكشف المبكر عما تفرزه عملية التحوير من الأضرار التى ستلحق بهم للوقوف على الأولى منها بالرعاية تجرى جميعها

(١) أنظر: د/نبيل عمر - التقدير القضائى المستقبلى - المرجع السابق - ص ١٣.

(٢) أنظر: مصر مستعجل - جلسة ١٠/٢٦/١٩٣٢ - المحاماة - السنة ١٤ - ص ٢٠٣.

(٣) وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه «لا شبهة فى أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوى فى معناه تسليمها إليه بأى صفة كوديع أو حارس إذ الصفة الأخيرة أقل كثيراً من الصفة الأولى حيث يصبح خاضعاً لرقابة القضاء فى إدارته لا يملك تصرفاً فى غير الدائرة التى ترسم له». مستعجل مصر - جلسة ١٦/١٢/١٩٣٩ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ١٠٠١.

والبين من هذا الحكم أن القاضى المستعجل بماله من سلطة تقديرية قد أجرى مقارنة مستقبلية بين الضرر الذى سيلحق بالمدعى عليه جراء الحكم للمدعى بطلبه استلامه للعين محل النزاع بوصفه المؤجر، وبين الضرر الذى يحتمل أن يلحق به إذ قضى بتعيين المؤجر حارساً واستلامه للعين بهذه الصفة، فاختر أقلهما لاسيما وأن سلطة المدعى على العين محل النزاع سوف تكون محلاً لرقابة القضاء باعتباره حارساً عليها يسأل عن إدارته لها، وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه.

بشكل ظاهري سطحي دون تعديل المراكز القانونية للخصوم أو الفصل موضوعياً في أصل النزاع والذي يبقى قائماً سليماً بحيث يمكن للخصوم التنازل فيه أمام القضاء الموضوعي.

٣١ - ٣ - تكييف الوقائع البديلة وإنزال حكم القانون.

بعد إنتهاء القاضى المستعجل من عملية الفحص الظاهري للحالة الواقعية المطروحة عليه وتقدير صلاحية الوقائع البديلة الكامنة فيها لإرساء الحماية العاجلة ، فإنه يتعين عليه تكييف هذه الوقائع وإنزال حكم القانون الصحيح عليها ، وذلك على اعتبار أن التكييف القانوني هو إجراء يلتزم القيام به من تلقاء نفسه.

ولإسباغ الوقائع البديلة بالتوصيف القانوني السليم ، فإنه يلزم على القاضى المستعجل التحقق من أن هذه الوقائع تأخذ تكييفاً قانونياً معيناً ، أى ترجمتها إلى مفهوم قانوني يسمح بإدراجها داخل نطاق قاعدة قانونية معينة . بمعنى - وكما عبرت عنه محكمة النقض - أن يعطيها الوصف القانوني الصحيح^(١)، وهو فى ذلك لا يتقيد بأراء الخصوم أو أوصافهم المحددة فى طلباتهم ، وإنما عليه أن يعيد تصحيح التكييف القانوني للنزاع وفقاً للعناصر الواقعية البديلة.

والواقع أن عدم تقيد القاضى المستعجل بتكييف المدعى لدعواه يرجع أساسه إلى سببين ؛ أولهما أن إنزال الحكم القانوني الصحيح على واقعة الدعوى هو التزام يقع على عاتق القاضى ذاته يجريه من تلقاء نفسه دون التقيد بمقترحات الخصوم وإدعاءاتهم^(٢). وثانيهما أن الوصف القانوني الذي قدمه المدعى لدعواه هو بطبيعة الحال وصف ذات طبيعة موضوعية يمس أصل الحق ، لا ينطبق على الوقائع التي استخلصها القاضى المستعجل الصالحة لتوليد الحماية المستعجلة.

(١) الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٧٣ق - جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢ & والطعن رقم ٢٧٨٦ لسنة ٦٠ق - جلسة

١٩٩٧/١/١٢ ، والطعن ٢٩ لسنة ٦٣ق - جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥ .

(٢) الطعن رقم ١٧٨٢ لسنة ٦٧ق - جلسة ٢٠١٠/٢/٢٤ ؛ والطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠٩/٢/٢٤ .

وبمجرد أن يجد القاضى المستعجل القاعدة القانونية التى بتطبيق على الوقائع البديلة ، فإن ذلك يخوله إعمال الأثر القانونى لها ، اى يبين حكم القانون فيها وينزله على هذه الوقائع.

٣٢ - رابعاً : دور الخصوم فى التحوير.

الظاهر فى عملية التحوير أن دور الخصوم ينحصر فى عرض وقائع النزاع على القاضى المستعجل وإثباتها دون التدخل فيها ، وذلك لأن استخدام القاضى المستعجل لسلطته فى التحوير يتم بعد قفل باب المرافعة والدخول فى مرحلة المداولة ، وهى فترة تصبح فيها الدعوى فى حوزة القاضى المستعجل وتغل يد الخصوم عنها بحيث لا يجوز لهم الحضور فيها أو إتاحة الفرصة لهم لمناقشة التدبير الذى سيقضى به والمغاير لما يطلبه المدعى^(١).

بيد أنه ليس معنى ذلك ، أنه ليس للخصوم أى دور فى عملية تحوير الطلبات المطروحة على القاضى المستعجل ، وإنما الصحيح أن الخصوم تساهم بدرجة كبيرة فى هذا الخصوص ، وهو ما يكون عن طريق سرد الوقائع وتوجيهها على نحو يسمح للقاضى المستعجل باستخلاص الطلب الوقتى الكامن فيها والذى بموجبه يرسى الحماية الوقتية الملائمة للنزاع . وبالتالي، فإن السيطرة للإدعاء، سبباً وموضوعاً وإثباتاً، تبقى وبشكل كامل للخصوم. ولذا، فلن يكون دقيقاً القول بأن مكنة التحوير تتم بمعزل تام عن الخصوم ، وذلك لأنها تجرى - كما جاء مسبقاً - على نحو ما يرمى إليه الخصوم وتقصده نيتهم باعتبارها مناط التحوير وجوهره.

وبهذه المثابة ، تشكل إرادة الخصوم إلى حد كبير قيلاً على سلطة القاضى المستعجل فى استعمال مكنة التحوير. فلئن كان التحوير سلطة يجريها القاضى المستعجل من تلقاء نفسه لمواجهة خطأ المدعى فى تقدير طلباته وعدم قدرتها على إنزال الحماية الوقتية وإشباع رغبته فيها ، إلا أن ذلك ينبغى أن يتم استناداً إلى إرادة الخصوم - وعلى الأخص المدعى - دون الخروج عنها.

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة - مشار إليه مسبقاً.

وعلى ذلك ، فليس صحيحاً القول بأن القاضى المستعجل عندما يستخدم سلطته فى التحويل يحل محل إرادة الخصوم ، وإنما الصحيح أن دور القاضى المستعجل يتبلور فى تصحيح الوضع القائم المطروح عليه وإعادة تقدير النزاع على النحو الذى كان من المفترض أن يكون عليه إبتداءً. فهو لا يفرض على الخصوم طلبات جديدة أو مغايره لما يطلبوه ، وإنما هو يحدد مضمون إرادتهم ليقدر على ضوئه الحل الأكثر ملائمة لإشباع مصالحهم المتعارضة بشكل حيادى وفقاً لما تقضى به عناصر الدعوى الواقعية المطروحة عليه . بمعنى أن دور القاضى المستعجل هو بمثابه كشف وإجلاء لإرادة الخصوم والقضاء بما تتجه إليه هذه الإرادة، وهو إنزال الحماية الوقتية.

المطلب الثانى

حدود سلطة القاضى المستعجل فى التحويل

٣٣ - سبق القول أن أعمال مكنة التحويل يترتب عليه توسيع سلطة القاضى المستعجل على نحو يسمح له بإعادة تقدير الوقائع على غير النحو الذى قدره الخصوم ، وهو ما يؤدى إلى تغيير الوجه القانونى للنزاع الذى أخطأ الخصوم فى إبرازه إبرازاً كافياً أو أساءوا التعبير عنه.

غير أنه ينبغى ألا يفهم من ذلك إطلاق سلطة القاضى المستعجل فى التحويل ، فهو وإن كان له هذه السلطة من أجل تحقيق الهدف المنشود منها ، وهو تقرير حماية وقتية عاجلة ، إلا أنه يكون مقيداً فى هذا الخصوص بالالتزام بحدود الدعوى ، سبباً وموضوعاً ، على النحو الذى قدمه وأثبته الخصوم بما لا يخل بحياده ، فضلاً عن مراعاة طبيعة اختصاصه باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى.

ومن ناحية أخرى ، أنه إذا كانت مكنة التحويل على هذا النحو سلطة مقيدة، فإن التساؤل يدق هنا حول ماهية الرقابة التى يمكن أن تمارس على القاضى المستعجل إذا تجاوز حدود سلطته فى تحويل الطلبات المنظورة أمامه؟ وإذا كان هناك رقابة بالفعل ، فما هى آليات هذه الرقابة ، وكيف تمارس، وما هى حدودها؟

وللإجابة عن التساؤلات المتقدمة ، فإننا سوف نتولى معالجة هذا المطلب في عدة نقاط أساسية على النحو التالي:

٣٤- أولاً : المبادئ التى تسيطر على سلطة القاضى المستعجل فى التحوير.

يوجد العديد من المبادئ الإجرائية التى تقيد سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه يجب عليه التزامها؛ هى مبدأ حياد القاضى، وقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الإدعاء، ومبدأ المواجهة، وقاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى ، وقاعدة عدم المساس بأصل الحق. وبيان هذه المبادئ فيما يلى:

٣٥- ١ - مبدأ حياد القاضى.

يقصد بحياد القاضى دور القاضى فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم^(١)، ووقفه من الخصوم موقفاً سواء دون أن يكون له حق توجيه أحدهما أو كلاهما فى الخصومة المنظورة أمامه^(٢). وهو بذلك يغير ويختلف - كما يرى البعض ويحق - عن مبدأ حيده القاضى الذى يعنى نزاهة القاضى والتحلّى بموقف متكافئ من الخصوم بحيث لا ينجاز أو يميل إلى أحدهما على حساب الآخر^(٣)، وذلك لأن عدم الإنحياز هو أمر بديهى ومفترض فى القاضى تقتضيه طبيعة الوظيفة المسندة إليه المائلة فى منح الحماية القانونية للأشخاص^(٤).

-
- (١) د/طلعت دويدار - ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - ٢٠٠٩ - دار الجامعة الجديدة - ص ٨٣.
(٢) فى ذات المعنى: د/عبد القصاص - مبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ١٤٣ - ص ١٩٢.
(٣) د/السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ج ٢ - ط ٢٠١٠ - بند ٢٥ - هامش ص ٢٦ & د/سمير تناغو - النظرية العامة للإثبات - ط ١٩٩٩ - بند ٨ - ص ١٩ & د/محمود جمال الدين زكى - المبادئ العامة فى نظرية الإثبات - مطبعة جامعة القاهرة - ط ٢٠١١ - بند ٨ - ص ٢٩ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٦ & د/طلعت دويدار - ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - المرجع السابق - ص ٨١ وما بعدها. عكس ذلك: د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٧٢ - ص ١٤٣، ١٤٤. وأنظر فى التفريق بين مبدأ الحياد والحيده: د/عبد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - المرجع السابق - بند ١٤٣ - ص ١٩٢، ١٩٣ & د/طلعت دويدار - ذات المرجع السابق - ص ٨١ وما بعدها.
(٤) د/السنهورى - الإشارة السابقة & د/سمير تناغو - الإشارة السابقة & د/محمود جمال الدين زكى - الإشارة السابقة & هشام صادق - المرجع السابق - هامش ص ٧٦. وكذلك: الطعن رقم ٢١٧ لسنة ١٤٤٤ ق. ع - جلسة ٢٠٠١/١/١٠.

ولقد تأثر مبدأ حياد القاضى فى بداية ظهوره بمبدأ سيادة الخصوم الذى يعنى ملكية الخصومة للخصوم وحريرتهم فى إدارتها وتوجيهها^(١)، فقد أصبح دور القاضى آنذاك دوراً سلبياً محضاً فى الخصومة المدنية بحيث تكون وظيفته عملاً آلياً يشبه الآلة الميكانيكية^(٢) يقتصر على تلقى طلبات الخصوم والفصل فيها على أثر ما قدموه^(٣)، دون أن يكون له حق التعديل فى نطاقها وحدودها، وذلك بأن يضيف إليها أى عنصر - من عناصر النزاع الموضوعية أو الشخصية - لم يتمسك به الخصوم أو يعرضونه عليه^(٤). وهذا ما يعرف بالمفهوم التقليدى لمبدأ حياد القاضى.

ويقصد بهذا المبدأ؛ سلبية دور القاضى فى الخصومة المدنية بحيث لا يكون له أى نشاط فى توجيهها وإثباتها واستكمال عناصرها وتدارك مواطن الخطأ فيها ليقصر دوره السلبى على الفصل فى الخصومة على ضوء ما طرحه الخصوم من وقائع وأدلة ومستندات وفقاً لأحكام القانون^(٥)، وذلك على اعتبار أن الخصومة ملكاً خاصاً لأطرافها يتولون إنشائها ومتابعتها وإنهائها وتحديد موضوعها ومحلها وسببها دون أن يكون للقاضى دخلاً فى ذلك^(٦).

والواقع أن قانون المرافعات الحالى قد طور من مبدأ حياد القاضى تطوراً جوهرياً من حيث المضمون والدلالة^(٧)، فلم تعد الخصومة حكراً على الخصوم

(1) أنظر: د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٥ & د/محمود زكى - المرجع السابق - بند ٨ - ص ٣٠.

(2) د/جميل الشرقاوى - الاثبات فى المواد المدنية والتجارية - ط ١٩٨٣ - بند ١٠ - ص ٢٣ & د/سمير تناغر - المرجع السابق - بند ٨ - ص ٢٠.

(3) د/ووجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٩٠ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٦.

(4) د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٥.

(5) د/السنهورى - المرجع السابق - بند ٢٥ - ص ٢٧ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٥، ٥٩٦ & د/سمير تناغر - المرجع السابق - بند ٨ - ص ١٩ & د/جميل الشرقاوى - الاثبات - المرجع السابق - بند ١٠ - ص ٢٤ & د/محمود زكى - الاشارة السابقة

(6) د/ووجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٩٠ & د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢ - ص ٤٠ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٧، ١٢٨.

(7) أنظر: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٤ - ص ٥١، ٥٢ & د/ووجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٩١ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٧ & د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق -

وحدهم تجرى إجراءاتها بحسب أهوائهم ووفق مصالحهم الخاصة ، وإنما مُنح القاضى مزيداً من الإيجابية والفاعلية التى تحقق هيمنته على الدعوى^(١). فقد خُول للقاضى أن يأمر فى بعض الحالات من تلقاء نفسه بموالاته إجراءات الخصومة وتسييرها ، وذلك لضمان سرعة الفصل فيها ولتحقيق العدالة على الوجه الأكمل فى أسرع وقت^(٢).

وبذلك ، أصبح للقاضى دوراً إيجابياً فى تسيير الخصومة وإثباتها وتحقيقها وتصحيح شكلها ومعالجة أوجه القصور التى تشوبها^(٣). وهذا ما يعرف بمبدأ الحياد الإيجابى للقاضى^(٤). ويجد هذا المبدأ تبريره فى عدم ترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد وهواة المطل^(٥).

غير أن تقرير هذا الدور الإيجابى للقاضى يجب أن يتم بما لا يخل بالأصول العامة للتقاضى التى تقتضى التزام القاضى بحدود الدعوى سبباً أو موضوعاً ، وذلك حتى يظل محتفظاً بحياده^(٦)، ويكون حكمه بما طلبه الخصوم . بمعنى أن يقع عبء الإدعاء وإثباته على الخصوم ، بينما يقع عبء تقديره والفصل فيه على القاضى دون المساس به^(٧)، وهذا هو جوهر مبدأ الحياد.

بند ٢٢ - ص ٤٠ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٨، ١٢٩.

- (1) الطعن رقم ١٠٤٣٥ لسنة ٧٩ق - جلسة ٢٠١١/٥/٨.
- (2) د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٤١ - ص ٥٢.
- (3) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٣٩١ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٧، ٥٩٨ & د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢ - ص ٤١ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٢٩، ١٣٠.
- (4) ومن مظاهر الحياد الإيجابى للقاضى فى قانون المرافعات: سلطته فى اختصاص الغير من تلقاء نفسه (م ١١٨)، وسلطته فى فرض الغرامات والجزاءات (م ٩٩)، وسلطته فى شطب الدعوى (م ٨٢)، وسلطته فى وقف الدعوى اتفاقياً (م ١٢٨) أو تعليقاً (م ١٢٩).
- (5) المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.
- (6) د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٩. وكذلك: د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢ - ص ٤٢. وكذلك: الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٠.
- (7) د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٣٠. وانظر تفصيلاً: د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند ٩ - ص ٢٣ وما بعدها.

وتقريباً على ذلك ، يتمتع القاضى المستعجل بذات الدور الإيجابى الممنوح للقاضى العادى بحكم عمله بحيث يمتلك مزيداً من الفاعلية على الخصومة المستعجلة المعروضة عليه والتي تسمح له بتسيير هذه الخصومة وتصحيح مواطن القصور فيها واتخاذ بعض الإجراءات فيها من تلقاء نفسه^(١). ولعله من أهم مظاهر هذه الإيجابية سلطة القاضى المستعجل فى تحويل الطلبات المعروضة عليه من تلقاء نفسه^(٢)، وذلك عن طريق البحث فى طيات الوقائع المطروحة عن الإجراء الوقتى المستور فيها الذى لم يبيده المدعى بشكل صريح والذى يكون قادراً على إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها.

غير أن الاعتراف للقاضى المستعجل بالدور الإيجابى الموسع على هذا النحو فى تحويل طلبات الخصوم ينبغى أن يمارس فى الحدود التى رسمها المشرع ودون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضى التى تلزم القاضى بالالتزام بحدود النزاع والفصل فيه حتى لا يخل بحياده ويقضى بذات طلبات الخصوم^(٣). وأثراً لذلك، نرى أن سلطة التحويل لا تعد استثناء - كما يرى البعض^(٤) - على مبدأ حياد القاضى ، وإنما يعد هذا المبدأ بمثابة ضابط لها يتقيد به القاضى المستعجل حال لجوئه إليها. وبهذا يبدو واضحاً أنه ينبغى على القاضى المستعجل حينما يقوم باستعمال سلطته فى تحويل الطلبات المطروحة عليه أن يتقيد بمحل ونطاق النزاع^(٥)، بمعنى أن يلتزم بحدود الطلبات المنظورة أمامه كما قدمها الخصوم^(٦).

(١) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٢٥٨ ؛ ومناطق الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - المرجع السابق - بند ٩٥ - ص ١٥٣ & /محمد عبداللطيف - القضاء المستعجل - المرجع السابق - بند ٥٠٠ - ص ٤٤٠. وقرب ذلك: د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ١٣٣ - ص ٣١٧، ٣١٨ & د/أحمد زغلول - أصول وقواعد المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٦٨١.

(٢) الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستأنف القاهرة مشار إليه مسبقاً.

(٣) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة ؛ والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة مشار إليهما مسبقاً.

(٤) أنظر فى هذا الرأى وتفنيده : ما تقدم - بند ٥.

(٥) د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٠٧.

(٦) الحكم فى الدعوى ٨٣٥ لسنة ١٩٤٥ مستأنف مستعجل القاهرة ، والدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر مشار إليهما مسبقاً.

٣٦-٢- قاعدة الامتناع عن تغيير السبب.

سبب الدعوى^(١) هو أداة فنية يتعين على القاضى الالتزام بها حال فصله فى النزاع حتى لا يغير الطلب القضائى المطروح عليه بطلب آخر لم يطلبه الخصوم^(٢)، بوصفها الأساس الذى يبنى عليه الطلب القضائى^(٣). ويجمع الفقه الحديث على أن سبب الدعوى هو الوقائع المنتجة التى يطرحها الخصوم ويرتكبونها إليها فى تأييد إدعاءاتهم^(٤).

وتبعاً لذلك ، كانت القاعدة هى أن الواقع هو ملك الخصوم ، فهم أحرار فى تقدير الحالة الواقعية التى يستندون إليها فى دعواهم^(٥) بما يمتنع على القاضى

(١) باعتباره ما يُبنى عليه الطلب القضائى. د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٣ - ص ٥٤٤.

(٢) د/عزى عبدالفتاح - أساس الإدعاء - المرجع السابق - ص ١٦.

(٣) د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٧٧ - هامش ص ١٨٢ & د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٣٠ - ص ٥٧٣.

(٤) فلقد كان مدلول سبب الدعوى من المسائل الخلافية حيث انقسم الفقه فى هذه المسألة إلى عدة آراء: فهناك من ينظر إلى السبب باعتباره فكرة قانونية ويعرفه بكونه المبدأ القانونى الذى يؤسس عليه المدعى إدعاءه. ويذهب رأى ثانى إلى اعتبار السبب بمثابة الواقعة المكيفة تكييفاً قانونياً والتي تقدم به الخصوم إلى القاضى. ويذهب رأى ثالث - وهو الرأى الذى أجمع عليه الفقه الحديث - إلى القول بأن السبب هو فكرة واقعية محضة تقتصر على مجموعة الوقائع التى يطرحها الخصوم على القاضى وقاموا بإثباتها والتمسك بها لتأييد طلباتهم دون أن يدخل فى معناها عملية التكييف القانونى لهذه الوقائع. (أنظر فى دراسة تفصيلية لهذا الاختلاف: د/عزى عبدالفتاح - أساس الإدعاء - المرجع السابق - ص ١٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى - المرجع السابق - بند ٢٣٣ وما يليه - ص ٣٨ وما بعدها & د/هشام صانق - المقصود بسبب الدعوى - المرجع السابق - ص ٧٦ وما بعدها & د/أحمد الصاوى - الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه - المرجع السابق - ص ٧٩ وما بعدها & د/إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٩٩ - ص ٥٦٤ وما بعدها & د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ١٧٧ - هامش ص ١٨٣، ١٨٤). ولقد أيد القضاء الاتجاه الأخير حيث اتجهت أحكامه إلى اعتبار سبب الدعوى هو مجموع الوقائع التى يتولد عنها موضوع الدعوى أو الحق المدعى به الطعن رقم ٢٤٣٣ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٠١٠/١١/٢١؛ والطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٦٤ - جلسة ١٩٩٩/١/١٢ - س ٤٩ ج ١ ص ١٠٣.

ومما ينبغى الإشارة إليه أن ثمة اختلاف بين سبب الدعوى ووسائل الدفاع؛ فإذا كان السبب هو الحالة الواقعية المطروحة على القاضى محل الإثبات، فإن الوسائل هى الأدلة التى يستند إليها الخصوم فى إثبات هذا المحل، وعليه، فلئن كان السبب هو الوقائع أساس الطلب، فإن الوسائل هى أساس هذه الوقائع. وهى بذلك أساس غير مباشر للدعوى. د/إبراهيم نجيب - ذات المرجع السابق - بند ٢٣٠ - ص ٥٧٣. وكذلك: د/أحمد أبو الوفا - ذات المرجع السابق - بند ١٧٧ - هامش ص ١٨٢، ١٨٣.

(٥) وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع. (الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٢)، أو مبدأ ملكية الخصومة للأطرافها؛ ومفاده حرية الأطراف فى اختيار الوقائع التى يؤسس عليها إدعاءاتهم شريطة أن تكون وقائع منتجة أى ذات صلة بموضوع النزاع. د/عزى عبدالفتاح - أساس الإدعاء - المرجع السابق - ص ١٣٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المرجع

المساس بها أو تغييرها ، وذلك بأن يؤسس قضاؤه على وقائع لم يتمسك بها الخصوم ولم يقوموا بإثباتها^(١)، وإنما يتعين عليه الإلتزام بها^(٢). وهذا ما يعبر عنه بقاعدة امتناع القاضى عن تغيير سبب الدعوى^(٣).

ومفاد هذه القاعدة، أنه ولئن كان للقاضى طبقاً لمبدأ الحياد الإيجابى حق توجيه الخصومة وإدارتها وإثباتها على النحو المتقدم إلا أن ذلك ليس أمراً مطلقاً إذ يظل القاضى مقيداً بالبنيان الواقعى للنزاع الذى لازال للخصوم كامل السيطرة عليه طبقاً لمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع^(٤). وبالتالي ، فإنه ينبغى على القاضى أن يفصل فى النزاع المنظور أمامه على أثر الوقائع التى قدمها الخصوم وكانت محلاً لمناقشتهم دون الخروج عنها أو الإضافة إليها^(٥).

وهنا يثور التساؤل حول مدى اعتبار استخدام القاضى المستعجل لسلطته فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه تغييراً فى سبب الدعوى؟

سبقت الإشارة إلى أن جوهر سلطة التحوير هو إنطواء الحالة الواقعية المقدمة إلى القاضى المستعجل على ما نسميه "بالوقائع البديلة" وصلاحيه الأخيرة على إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها. وبهذه المثابة، يمكن القول أن التحوير لا يودى إلى تغيير البنيان الواقعى للنزاع الذى قدمه الخصوم سنداً لدعواهم طالما كانت

السابق - بند ١٧٥ - ص ٣٥٧ وما بعدها & د/على تركى - التزام القاضى بالفصل فى النزاع - المرجع السابق - بند ١٣١، ١٤٥، ص ١٤٥.

(١) الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/٤/٢١. ومن المقرر أن تغيير سبب الدعوى هو فى حقيقته بمثابة رفع دعوى جديدة من غير المدعى. الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٨/١/١٢.

(٢) الطعن رقم ٧١٢٨ لسنة ٦٦ق - جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢ ؛ والطعن رقم ٢٢٣٢ لسنة ٦٦ق - جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤ ، والطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/٥/١٢.

(٣) أنظر بالتفصيل فى هذه القاعدة : د/إبراهيم سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص ٦٣ وما بعدها & د/هشام صادق - السبب الممتنع على القاضى - مجلة المحاماة - السنة ٥٠ - إبريل ١٩٧٠ - ص ٧٦ وما بعدها & د/عزى عبدالفتاح - أساس الإدعاء - المرجع السابق - ص ١٠٤ وما بعدها & د/هشام صادق - المركز القانونى للأجنبى - المرجع السابق - بند ٢٣٢ وما يليه - ص ٣٢ وما بعدها.

(٤) الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٢. وكذلك: د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٣٠.

(٥) د/إبراهيم نجيب - القانون القضائى الخاص - ج ١ - المرجع السابق - بند ٢٤٣ - ص ٥٩٨، ٥٩٩ ؛ وقاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص ٦٣، ٦٤ & د/نبيل عمر - إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - ص ١٣١، ١٣٠.

الوقائع البديلة وقائع منتجة ولها أصل في الأوراق وتناولها الخصوم بالمناقشة .
وعليه، لا يعد استعمال القاضى المستعجل لسلطة التحوير. المخولة له تغييراً لسبب
الدعوى.

أما إذا لم تكن الوقائع البديلة منتجة أو كانت طرحت بصفة عارضة ولم
يُمنح الخصوم الفرصة الكافية لمناقشتها والرد عليها ، أو تعذر على الحالة الواقعية
للنزاع التى قدمها الخصوم إنتاجها ، فإن قيام القاضى المستعجل بتحويل الطلبات
المعروضة عليه واستبدالها بإجراءات وقتية فى هذه الأحوال يعد تغييراً فى أساس
الدعوى وحدودها وإخلاقاً. بمبدأ حياد القاضى فى مجال الواقع الذى يعد ملكاً
للخصوم.

٣٨- ٤ - عدم القضاء بالعلم الشخصى.

القاعدة هى أنه ينبغى على القاضى. ألا يكون عقيدته إلا بناء على عناصر
الإثبات التى قدمت له بالشكل الذى يحدده القانون وكانت محلاً للنقاش بين الخصوم .
فإذا استناد القاضى فى بناء حكمه وتكوين عقيدته على معلومات وأدلة تحصل عليها
من خارج نطاق الخصومة المطروحة عليه وبغير الطريق الذى رسمه القانون ، كان
ذلك قضاء بعلمه الشخصى أو الخاص^(١).

(١) الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٧٥ق - جلسة ٢٠١١/٤/١١ ؛ والطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٦٧ق - جلسة
٢٠٠٤/٧/٥ ؛ والطعن رقم ٨٢ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٢.

ويقصد بقاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى أن القاضى لا يستند فى حكمه وتكوين عقيدته بناء على
معلومات أو أدلة لم تصل إلى علم الخصوم أو قدمت من أحد الخصوم دون أن تطرح على الخصم الآخر
ويسمح له بمناقشتها. (د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ٢٤٦ وما بعدها
& د/فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٣٠٧ وما بعدها &
د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - المرجع السابق - ص ٥٤١، ٥٤٢ & د/إبراهيم نجيب -
قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص ٦٦ & د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء
بعلمه الشخصى - المرجع السابق - بند ٨ - ص ١١.) وتغدو العلة من هذه القاعدة فى أن علم القاضى هنا
يعد دليلاً، ويحق للخصوم مناقشته كدليل إثبات، الأمر الذى يترتب عليه أن ينزل القاضى منزلة الخصوم،
فيكون خصماً وحكماً فى آن واحد، وهو ما لا يجوز. د/السنهورى - الوسيط فى القانون المدنى - ج ٢ -
المرجع السابق - بند ٢٧ - ص ٢٩ & د/سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٠. وتجد هذه القاعدة أساسها
لدى البعض فى مبدأ احترام حقوق الدفاع، بينما يرى البعض أن أساسها يرجع إلى مبدأ حياد القاضى. وأنظر
فى دراسة تفصيلية لهذه القاعدة، مفهومها وأساسها: د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى
- المرجع السابق.

وتفريعاً على هذه القاعدة ، فإن ينبغي على القاضى المستعجل إذا استخدم سلطته فى التحوير أن يجرى عملية استخلاص وتقدير ما نسميه "بالوقائع البديلة" التى تصلح لإرساء الحماية الوقتية من الحالة الواقعية التى طرحها الخصوم أن يتحقق من كون هذه الوقائع قد تم تحقيقها وإثباتها بواسطة الخصوم طبقاً للإجراءات التى ينظمها القانون.

فإذا خالف القاضى المستعجل ذلك وقام باستخلاص الإجراء الوقتى من وقائع تحصل عليها من خارج إطار النزاع المنظور أمامه ولم يتمسك بها الخصوم ، أو من وقائع ليس لها أصلاً فى الأوراق أو ثبتت له من دليل مستمد من خارج الخصومة ولم يكن - الدليل - محلاً لمناقشة الخصوم أمامه ، كان ذلك بمثابة قضاء بعلمه الشخصى يصيب حكمه بعوار البطلان^(١)، فضلاً عن كون تعديلاً للإطار الواقعى الذى وضعه الخصوم للإدعاءاتهم ، وهو ما يمتنع عليه طبقاً لقاعدة امتناع القاضى عن تغيير سبب الدعوى سالفه البيان^(٢).

وعلى ذلك ، يكون القاضى المستعجل متجاوزاً لحدود سلطته - فضلاً عن خرقه لمبدأ الحياد الذى يتعين عليه الالتزام به - ، وذلك لأن قيامه باستخلاص الاجراء الوقتى محل الحماية الوقتية التى سيقورها قد تم وفقاً لعلمه الشخصى حيث اعتمد فى هذا الاستنباط على عناصر واقعية جديدة لم يقم الخصوم بإدعائها وإثباتها . وهو ما يؤدى بدوره لإدخال القاضى المستعجل تعديلاً فى مضمون وسبب الإدعاء ووسائل الدفاع يترتب عليه فساد النتيجة التى سيتوصل إليها عبر مكنة التحوير .

(١) أنظر: الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٩٨١/١١/٢٩. وأنظر فى أثر قضاء القاضى بعلمه الشخصى على وقائع الدعوى وأدلة الإثبات : د/هشام صادق - سبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره - المرجع السابق - ص٧٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - بند ٦٢ وما يليه - ص٧٦ وما بعدها & د/سمير تناغو - المرجع السابق - ص٢٢.

(٢) ويرى البعض - وبحق - أن امتناع القاضى عن القضاء بعلم الشخصى هو قاعدة مكملة لقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الدعوى، ذلك أن حال قضاء القاضى بعلمه الشخصى، فإنه يكون قد استند إلى وقائع ليست مطروحة عليه ولم يتمسك بها الخصوم. وهو بذلك يكون قد عدل البنيان الواقعى الذى رسمه الخصوم لنزاعهم، وغير بذلك سبب الدعوى. د/إبراهيم نجيب - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - المرجع السابق - ص٦٦. وكذلك: د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - بند ٧ - ص١٠، ١١.

قد يبدو للوهلة الأولى أن منح القاضى المستعجل سلطة تحويل الطلبات المطروحة عليه يتعارض مع قاعدة عدم جواز المساس بأصل الحق ، وذلك على اعتبار أن استخدام القاضى المستعجل لهذه السلطة يعنى قيامه ببحث العناصر الواقعية للنزاع واستخلاص الإجراء الوقتى الكامن فيه. وهو بذلك يتعرض لأصل الحق.

والواقع أن التعارض بين التحويل وقاعدة عدم المساس بأصل الحق هو تعارض ظاهرى - صورى - ، وذلك لأن التحويل بحسب طبيعته هو تغيير طبيعة ومضمون الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل من الطبيعة الموضوعية إلى الطبيعة الوقتية بحيث لا يكون من شأن الفصل فيه إثارة نزاع موضوعى يمس بأصل الحق.

ومن ناحية أخرى، إن أعمال القاضى المستعجل لسلطة التحويل وما يستتبعها من فحص عناصر الدعوى الواقعية واستنباط منها الوقائع البديلة وتقديرها هو أمر يقتضى إجراء الموازنة بين مصالح الخصوم المتعارضة - المدعى والمدعى عليه - والكشف المبكر عما تفرزه عملية التحويل من الأضرار التى ستلحق بهم للوقوف على الأولى منها بالرعاية ، وهى أمور تجرى جميعها بشكل ظاهرى سطحى دون تعديل المراكز القانونية للخصوم أو الفصل موضوعياً فى أصل النزاع والذى يبقى قائماً سليماً بحيث يمكن للخصوم التنازل فيه أمام القضاء الموضوعى.

وعلى هذا النحو ، نرى أنه ليس هناك وجه تعارض بين التحويل وقاعدة عدم المساس بأصل الحق . وهذا أمر بديهى لكون الإجراء الذى يتخذه القاضى المستعجل جراء التحويل على هذا النحو هو بحسب طبيعته إجراء وقتى . وطالما كان هذا الإجراء وقتياً ، فإنه يكون غير ماساً بأصل النزاع^(١).

(١) فعدم المساس بأصل الحق ما هو إلا وجه آخر لشرط الصفة الوقتية للإجراء المؤقت. فعدم المساس والوقتية جناحان لطائر واحد. فإذا كانت وقتية الإجراء المطلوب اتخاذه تقتضى بالضرورة عدم المساس بأصل الحق، فإن عدم المساس يفترض كذلك أن يكون هذا الإجراء وقتياً. (د/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢٤٨. وكذلك: الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٤١٥ لسنة ١٩٨١ مستعجل جزئى القاهرة - جلسة ١٩٨١/١١/٥ - منشور لدى مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ٤٠). بمعنى أن

٤٠ - ثانياً: رقابة سلطة القاضى المستعجل فى التحويل.

تتفقد سلطة القاضى المستعجل فى التحويل بالمبادئ التى تحكم هذه السلطة سالفه الذكر . وبالتالي ، فإنه يمتنع عليه تغيير موضوع الدعوى وسببها، وذلك بإحداث تغيير طلبات الخصوم والحالة الواقعية المطروحة عليه . كما يمتنع عليه الاعتماد على وقائع مستمدة من خارج النزاع أو ليس لها أصلاً فى الأوراق إعمالاً لقاعدة إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الخاص . كما يحظر عليه الاعتماد على وقائع لم يتمسك بها الخصوم ولم يتناقشوا بشأنها إعمالاً لمبدأ المواجهة.

وعلى ذلك ، تدور رقابة سلطة التحويل حول التحقق من أن القاضى المستعجل قد استخدم هذه السلطة فى الحدود المرسومة له حتى يتم إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها فى حدود وقائع الدعوى كما طرحها الخصوم عليه وأثبتوها، وذلك حتى لا يتخذ من هذه السلطة ذريعةً للخروج عن حدود الطلبات المطروحة عليه.

وإذا كانت الغاية من اللجوء إلى سلطة التحويل هى استصدار القاضى المستعجل تدبير وقتى أو تحفظى مغايراً للطلب المطروح عليه دون الخروج عن أساس الإدعاء ، سبباً وموضوعاً وإثباتاً ، فإن جوهر رقابة هذه السلطة يكمن بداهة فى التحقق من أن القاضى المستعجل لم يقض بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلب.

وتأسيساً على ما تقدم ، يخضع القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحويل المخولة له لرقابة الاستئناف ، سواء كانت محكمة الاستئناف العالى^(١) أو المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية^(٢)، وذلك بحسبان أن القاعدة هى أن الأحكام المستعجلة تقبل

عدم المساس بأصل الحق هو أثر حتمى لكونه الطلب وقتياً. (د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٣٢٦).

(١) وذلك فى حالة كون الحكم المستعجل صادراً من المحكمة الابتدائية التى عرض عليها النزاع الوقتى بطريق التبعية للنزاع الموضوعى المنظور أمامها. وفى هذه الحالة يتم استئناف الحكم المستعجل استقلالاً دون إنتظار صدور الحكم النهائى طبقاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات. الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٧٧ق - جلسة ٢٠١٢/٧/١١؛ والطعن رقم ٢٢٩٥ لسنة ٨١ق - جلسة ٢٠١٣/١/٢٨؛ والطعن رقم ٢١٦ لسنة ٦٧ق - جلسة ٢٠١٣/٢/٢٥.

(٢) وذلك إذا كان النزاع الوقتى مطروحاً بشكل مستقل على قاضى الأمور المستعجلة بوصفه قاضياً جزئياً.

الطعن بالاستئناف^(١). كما أنه من المتصور أن تخضع سلطة التحوير إلى رقابة كل من محكمة إلتماس إعادة النظر ومحكمة النقض، وذلك على اعتبار أن القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه هو إحدى حالات الطعن على الأحكام بهذين الطريقين^(٢).

وبناء على ما سبق ، يخضع القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحوير لرقابة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بحسب الأحوال ، و رقابة محكمة إلتماس إعادة النظر ، و رقابة محكمة النقض^(٣). وهذا ما سيكون محلاً للبيان بشكل تفصيلى على النحو التالى :

١- أولاً : رقابة الاستئناف.

ويقصد بهذه الرقابة؛ رقابة سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المعروضة عليه أمام محكمة ثانى درجة وإعادة فحص العناصر الواقعية للنزاع من جديد ، وذلك للتحقق من سلامة استخلاصه للوقائع البديلة أو الضمنية ومدى قدرتها على إنزال الحماية الوقتية على النزاع ، وذلك للوقوف حول مدى التزام القاضى المستعجل بالحدود المرسومة له فى التحوير وعدم إنحرافه عن الأصول الفنية لها أو تجاوزه لحدود الطلبات المطروحة عليها وأساسها^(٤).

(1) حيث تنص المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات على أنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها، سواء كانت صادرة من قاضى الأمور المستعجلة أو من القاضى الموضوعى.

(2) مع ملاحظة أن الفارق الجوهرى بين طريق الطعن بإلتماس إعادة النظر وطريق الطعن بالنقض هو قصد القاضى تجاوز طلبات الخصوم وإدراكه لحقيقة هذه الطلبات. فإذا كان القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه نتيجة سهو غير متعمد من القاضى لعدم إدراكه لنطاق الدعوى، فإن سبيل الطعن على هذا القضاء إنما يكون بإلتماس إعادة النظر لاستدراك هذا السهو. أما إذا كان ذلك نتيجة إدراك ووعى لحقيقة الطلبات المطروحة، فإن السبيل للطعن هنا هو الطعن بالنقض. الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٧/٥/٢٠١٣؛ والطعن رقم ٣٨ لسنة ٦٨ق - جلسة ١١/١١/٢٠١١.

(3) والواقع أن هذه الدراسة ليست مجالاً للخوض لمعالجة النظام القانونى للطعن بالاستئناف أو النقض أو إلتماس إعادة النظر، وإنما هى بقصد معالجة مكنة التحوير فقط. لذلك فإننا سوف نعالج ما يكون له خصوصية فى عملية التحوير. أما ما يخرج عن ذلك، فهو ليس مجالاً للدراسة منعاً للإطالة دون داع. ونحيل بشأنها إلى المؤلفات العامة والمتخصصة.

(4) فالقاعدة هى أنه يترتب على رفع الاستئناف إعادة طرح النزاع من جديد على محكمة الدرجة الثانية لتتصل فيه من الناحيتين القانونية والواقعية بحكم نهائى. (الطعن رقم ٣٩٥٦ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠٣/٧/٦). وبذلك، فإن رقابة الاستئناف لا تقتصر على رقابة الحكم المستأنف من الناحية القانونية فقط وإنما تمتد كذلك إلى رقابة هذا الحكم من الناحية الواقعية لتعيد تقدير عناصر النزاع بشقيه القانونى والواقعى.

وعلى ذلك ، تنظر محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية - بحسب الأحوال - الدعوى المستعجلة من جديد ، ويكون لها سلطة كاملة فى رقابة مكنة التحوير دون التقيد بتقدير القاضى المستعجل للعناصر الواقعية للنزاع واستخلاص الوقائع البديلة، فلها أن تتجاهل هذا التقدير كلياً وتفصل فى النزاع من جديد، ويكون لها حق استعمال سلطة التحوير مقيدة فى ذلك الأمر بالقيود الواردة على هذه السلطة سالفه البيان.

ولا شك أن بيان التطبيقات القضائية لهذه المسألة سوف يسهم إلى حد كبير فى بيان طبيعة وحدود هذه الرقابة . ففى إحدى الدعاوى أقام المدعى دعواه أمام القاضى المستعجل بوصفه محكمة أول درجة بطلب عدم تعرض المدعى عليهم بالانتفاع للعين المؤجرة المتنازع عليها ، فقضى بعدم اختصاصه تأسيساً على أن لا ولاية للقضاء المستعجل بالفصل فى دعوى منع التعرض . فطعن المدعى على هذا الحكم بالاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف قد أخطأ فى القضاء بعدم اختصاصه ، وذلك لأن القاضى المستعجل بما له من سلطة تحوير الطلبات يستطيع أن يعطى الوقائع المطروحة عليه وصفها القانونى الصحيح ، وهذه الوقائع تتمثل فى شكوى المستأجر (المدعى) بتعرض المؤجر (المدعى عليه) وأتباعه فى الانتفاع بالعين، ومن ثم فهو يطالب بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فهى بذلك دعوى ليست من دعاوى اليد كما ذهبت محكمة أول درجة^(١).

والبين من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف بما لها من سلطة إعادة تقدير النزاع من جديد - بعنصريه الواقعى والقانونى - قد محصت الحالة الواقعية للنزاع واستخلصت منها الوقائع التى تصلح لإنتاج الحماية الوقتية وهو "شكوى المدعى بتعرض المدعى عليه وأتباعه فى الانتفاع بالعين"، وانتهت إلى أن هذه الوقائع تحوى فى طياتها إجراء وقتياً ، وهو تمكين المدعى من الانتفاع بالعين المؤجرة بوصفه

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠١/٣/١٩؛ والطعن رقم ٨٤٧١ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٠٠٢/٥/٢).
(١) الحكم فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٠ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٩ - مشار إليه.

مستأجر ملتزمة بذلك بحدود سلطة التحويل دون المساس بأساس الدعوى المستعجلة . فإذا كان القاضى المستعجل قد كيف الطلب المطروح عليه بأنه طلب عدم التعرض ، وهو ما يخرج - بطبيعة الحال - عن حدود اختصاص القضاء المستعجل⁽¹⁾، إلا أن هذا الطلب يحمل فى طياته طلب تمكين المدعى من الانتفاع بالعين ، وهذا ما تجاهلت محكمة أول درجة.

وفى دعوى أخرى، أقام المدعى دعواه بطلب الحكم برد حيازته لبوفيه مستشفى الشبراويشى وتمكينه من إدارته على سند من القول أنه تعاقد مع المستشفى المدعى عليها على استئجار هذا البوفيه لمدة سنة تبدأ من ١٩٦٤/١٠/١٢ وتنتهى فى ١٩٦٥/١٠/١١ وفجأة خلال شهر مايو ١٩٦٥ قامت المستشفى المدعى عليها بغلق البوفيه ومنعه من مباشرة عمله بما يمنع حيازته بالقوة ، فقضت محكمة أول درجة بتمكين المدعى من الانتفاع ببوفيه المستشفى استناداً إلى أن الدعوى فى واقع الأمر هى طلب تمكين المستأجر (المدعى) من استلام العين المؤجرة وليس من دعاوى اليد . طعنت المستشفى المدعى عليها بالاستئناف على هذا الحكم استناداً إلى تجاوز محكمة أول درجة حدود سلطة التحويل على اعتبار أن طلب التمكين المقضى به طلباً موضوعياً يخرج عن حدود اختصاصها. فقضت محكمة ثانى درجة - وهى محكمة الجيزة الابتدائية بهيئة استئنافية - بأن قضاء محكمة أول درجة بتمكين المستأنف ضده (المدعى) من الانتفاع بالبوفيه فيه مساس بحق المستأنفة (المستشفى) فى إلغاء العقد حسب البند الخامس من العقد الذى يجيز للمؤجر حق إلغاؤه الفورى دون إنذار إذا لم يدفع المستأجر الإيجار المتفق عليه ، وبذلك يكون الحكم المستأنف

(1) فمن المستقر عليه أن القاضى المستعجل لا يختص بنظر دعوى منع التعرض، وذلك لأن الحكم فيها يمس حتماً موضوع النزاع إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التى تخول المدعى رفع دعواه وحقوق المتعرض على العقار محل النزاع بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاعاً موضوعياً بين الأطراف يمكن عرضه على القضاء الموضوعى. الحكم فى الدعوى رقم ٥٨٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ٢٥ - جلسة ٢٧/٧/٢٠١٧. وأنظر: /على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٢١ - ص ٣٧٩ & /مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ٦٨٧، ٦٨٨. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٤١٧٧ لسنة ١٩٧٩ مستعجل القاهرة - جلسة ١٢/١٢/١٩٧٩ ؛ والحكم فى الدعوى رقم ١٤٧٥ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ٢٨/١١/١٩٨٢ مشار إليهما لدى: مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ٧٠٢، ٧٠٤.

فيما قضى به ماساً بموضوع الدعوى مما يتعين إلغاؤه والقضاء بعدم الاختصاص بنظر الدعوى^(١).

والواقع أن قضاء محكمة الاستئناف جدير بالاعتبار ، وذلك لأن النزاع يدور في جوهره حول مدى حق المستأجر في استمرار انتفاعه ببؤفيه المستشفى، ومدى حق المستشفى المؤجرة في إلغاء العقد لعدم دفع المستأجر القيمة الإيجارية ، وهذه الأمور هي في حقيقة الأمر منازعات جدية يقتضى الفصل فيها التعرض لأصل الحق ، وهو أمر ممنوع على قاضى الأمور المستعجلة ، فحسم هذه الأمور يحتاج إلى تدخل محكمة الموضوع^(٢). وبذلك، فإن استعمال محكمة أول درجة سلطة التحويل على النحو المتقدم يكون في غير محله ، وذلك لعدم صلاحية الحالة الواقعية للنزاع على إنتاج الحماية الوقتية ، فضلاً عن استعمال هذه السلطة يتعارضها مع قاعدة المساس بأصل الحق ويضر بحقوق المستشفى المدعى عليها ويسوء مركزها القانوني.

وبناء على ما تقدم ، يكون لمحكمة الاستئناف السلطة الكاملة في رقابة سلطة التحويل المخولة للقاضى المستعجل حيث يكون لها حق رقابة تقدير القاضى المستعجل للوقائع المعروضة عليه واستخلاصه لما يصلح منها لتوليد الحماية المستعجلة ، فضلاً عن امتلاكها حق إعادة تقدير هذه الوقائع من جديد وتجاهل تقدير القاضى المستعجل لها^(٣).

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل الجيزة - جلسة ١٩٦٥/١١/٩ - مشار إليه مسبقاً.

(2) وفى تأييد ذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٤٠١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - ١٠ - جلسة ٢٠١٧/٥/٢٨ ، حيث قضى بعدم الاختصاص نوعياً بنظر الدعوى تأسيساً على أن طلب المدعى القضاء ببرد حيازته للشقة عين التداعى - رغم أنه طلب وقتى - يقتضى البحث حول ما إذا كان المدعى هو صاحب السيطرة الفعلية على عين التداعى وما إذا كانت حيازته قد سلبت منه بالقوة أو الغش أو التتليس، وهو ما يقتضى بحثاً موضوعياً مستفيضاً يترتب عليه المساس بأصل الحق، وهو ما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل. وهذا نسلم به حيث أن عناصر الدعوى الواقعية تعجز عن توليد الحماية الوقتية.

(3) وهذا إعمالاً لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف. أنظر فى هذه القاعدة: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٦١٨ وما يليه - ص ٨٠٨ وما بعدها & د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المندى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ١٩٠، ١٩١ - ص ٥٦٥ وما بعدها & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المندى - المرجع السابق - ص ٦٣٩ وما بعدها & د/نبيل عمر - الوسيط فى قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٨٤٦ وما بعدها & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى شرح المرافعات - المرجع السابق - بند ٦٥٢ مكرر

٤٢ - ثانياً: رقابة محكمة إلتماس إعادة النظر.

القاعدة أن إلتماس إعادة النظر هو طريق غير عادى^(١) للطعن على الأحكام الصادرة بصفة انتهائية يرفع أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه^(٢)، وذلك إذا تحقق سبب أو أكثر من الأسباب التي حددتها المادة ٢٤١ من قانون المرافعات على سبيل الحصر^(٣). وعلى ذلك، فإن الفرض هنا في الحكم المستعجل الذي أصدره القاضى المستعجل نتيجة إعماله سلطة التحويل محل الرقابة أن يكون صادراً بصفة انتهائية^(٤).

والواقع أن الخلاف قد احتدم حول مدى جواز الطعن بإلتماس إعادة النظر على الأحكام المستعجلة النهائية. فذهب رأى إلى القول بعدم جواز الطعن عليها، وذلك على أساس أن الطعن بإلتماس إعادة النظر هو طريق استثنائى للتخلص من الأحكام النهائية الفاصلة فى الموضوع ومحوها لإعادة المركز القانونى الموضوعى للملتبس إلى ما كان عليه. فى حين أن الأحكام المستعجلة لا تتضمن فصلاً نهائياً فى موضوع النزاع، فضلاً عن أنها أحكام مؤقتة بطبيعتها لا تقيد القضاء الموضوعى بما يجوز الحكم على خلافها. كما أنه يجوز العدول عنها وتعديلها من ذات القضاء المستعجل إذا تغيرت الظروف التى دعت إلى إصدارها^(٥).

وما يليه - ص ١٠٩٧ وما بعدها & د/أحمد هندى - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند ٣٠٦ وما يليه - ص ٦١٥ وما بعدها.

(1) أنظر فى دراسة تفصيلية لنظام التماس إعادة النظر: د/نبيل عمر - التماس إعادة النظر - المرجع السابق.

(2) ولا يقصد به تجريح الحكم المطعون عليه أو إصلاحه، وإنما يرمى إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الطاعن الملتبس فى الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم. استئناف القاهرة - ١٠١٠ أحوال شخصية - الإلتماس رقم ٥٥٩٦ لسنة ١٢٦٦ق - جلسة ٢٠٠٩/٧/٥؛ وذات الدائرة - الإلتماس رقم ٢٤٤٥ لسنة ١٢٦٦ق - جلسة ٢٠٠٩/٧/٦.

(3) الإشارة السابقة.

(4) فالحكم المستعجل الصادر من القاضى المستعجل بصفة إبتدائية لا يقبل الطعن بإلتماس إعادة النظر. وتطبيقاً لذلك، قضى بعدم جواز نظر إلتماس فى حكم مستعجل جزئى رفع إلى ذات المحكمة التى أصدرته. الحكم فى الدعوى رقم ٤٨١٦ لسنة ١٩٧٩ مستعجل جزئى القاهرة - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٥ - مشار إليه لدى: أ/مجدى هرجة - المرجع السابق - ص ١٠٢٦.

(5) ومن هذا رأى: د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٦٣٢ - ص ٨٣٨ & د/فتحى والى - المبسوط فى القضاء المدنى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ٢٠١ - ص ٥٩٢ & أ/على راتب وآخرين - المرجع السابق - بند ٩٦ - ص ١٤٣ & أ/محمد عبداللطيف - المرجع السابق - ص ٤٦٣ & محمد رشدى - المرجع السابق - ص. وقد أيد هذا الاتجاه العديد من أحكام القضاء منها: الحكم فى الدعوى رقم ٥٨٣ لسنة

وفي المقابل ، يرى جانب آخر من الفقه أنه من الجائز الطعن بالتماس إعادة النظر على الأحكام المستعجلة النهائية ، وذلك لأن الحكم المستعجل يعد في حقيقة الأمر حكماً بالمعنى الخاص لاصطلاح الأحكام ، فهو يفصل في نزاع وإن كان نزاعاً وقتياً . وبالتالي ، فهو شأنه شأن الأحكام طالما كان حكماً نهائياً يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر إذا شابه سبب من أسبابه استناداً إلى إطلاق نص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات^(١).

ولا شك عندنا أن الرأي الثاني هو الأولي بالتأييد ، نظراً لقوة وقناعة حجته ، فالحكم المستعجل هو حكم بالمعنى الصحيح . فإذا صدر نهائياً، فإنه يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر طبقاً لعموم نص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، وطالما أن نص هذه المادة لم يستثن الأحكام المستعجلة من الخضوع لطريق الطعن بالتماس إعادة النظر ، فليس هناك ما يمنع من الطعن عليها بهذا الطريق^(٢).

وعلى وجه الخصوص ، يمكن القول أن جواز الطعن بالتماس إعادة النظر على الحكم المستعجل النهائي في حالة تجاوز القاضى المستعجل حدود سلطته في التحوير يستجيب مع اعتبارات العدالة ، وذلك لأنه يعد الطريق الوحيد آنذاك لتصحيح وتدارك هذا التجاوز متى كان ذلك نتيجة خطأ أو سهو غير متعمد في تقدير القاضى المستعجل لوقائع النزاع ، لا سيما إذا لم يحدث هناك تغييراً في ظروف ووقائع الدعوى يجيز اللجوء إلى القضاء المستعجل مرة أخرى^(٣).

١٩٧٧ مستأنف القاهرة - جلسة ١٩٧٧/٤/٢٤ لدى /المجدي هرجة - المرجع السابق - ص ١٠٢٦، ١٠٢٧؛
والحكم في الدعوى رقم ١٠٩٩ لسنة ١٩٧٦ مستأنف مستعجل القاهرة - جلسة ١٩٧٦/١٢/١٣ مشار إليه
لدى /الإبراهيم عثمان - الفقه والقضاء في الأمور المستعجلة - المرجع السابق - ص ٢٠٧، ٢٠٨.
(١) ومن هذا الرأي: د/رمزي سيف - الوسيط في المرافعات - المرجع السابق - ص ٨٥٩ & د/العشماوى
- المرافعات - ج ٢ - المرجع السابق - بند ١٢٨١ - ص ٩٢١ & د/نبيل عمر - الوسيط في إلتماس إعادة
النظر - المرجع السابق - بند ٧٨ - ص ٨٠، ٨١ & أكمال عبدالعزيز - المرجع السابق - ص ١٦١٢،
١٦١٤. وانظر في أحكام القضاء المؤبدة لهذا الاتجاه : /المجدي هرجة - المرجع السابق - ص ١٠٢٣ وما
بعدها.

(٢) فالقاعدة أنه لا استثناء إلى بنص صريح يجيزه ، وأنه لا يجوز الاجتهاد مع صراحة النص. الطعن رقم
١٥٩٨ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٣٧ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤ ؛ والطعن
رقم ٧٠٦١ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٧/١١/٨.

(٣) فمن المقرر أن الحكم المستعجل يضع الخصوم في وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر
المقتضى بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبهت ولذات الموضوع، وهذا يعنى عدم جواز إثارة النزاع المؤقت

ونتيجة لذلك ، فإذا تجاوز القاضى المستعجل حدود سلطته فى تحوير الطلبات المطروحة عليه بأن قضى بإجراء وقتى لا تتضمنه عناصر الدعوى الواقعية المعروضه عليه والمثبتة بواسطة الخصوم، جاز الطعن على حكمه بإلتماس إعادة النظر .

أما إذا كان تجاوز حدود سلطة التحوير نتيجة إدارك ووعى من جانب القاضى المستعجل لحقيقة طلبات الخصوم ووقائع الدعوى ، فإن السبيل لمعالجة ذلك هو الطعن بالنقض^(١) . وهذا ما سيكون محلاً للدراسة الآن .

٤٣ - ثالثاً: رقابة محكمة النقض .

مما ينبغى الإشارة إليه فى بادئ الأمر أن رقابة محكمة النقض لسلطة التحوير تقتصر على الأحكام المستعجلة التى تصدرها محكمة الاستئناف العالى ، وهى الأحكام التى تُصدر بناء على الطلب المستعجل المقدم إلى المحكمة الابتدائية بطريق التبعية لدعوى موضوعية مقامة بالفعل أمامها ثم استؤنفت أمام محكمة الاستئناف . أما الأحكام المستعجلة التى تُصدر من قاضى الأمور المستعجلة ثم تُستؤنف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، فهى لا تقبل - كقاعدة - الطعن بالنقض^(٢) .

الذى فصل فيه الحكم المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير. الطعانان رقماً ٨٥٥ و١٦٥٨ لسنة ٨٦ق - جلسة ١٩٨٩/١١/٢٤ - سنة ٤٩ ج ٢ ص ٦٦٥؛ والطعانان رقماً ٩٦٦ لسنة ٥١ق و٥٧٣ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ ؛ ونقض مننى ١٩٩٦/٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٤٧ ج ١ ص ٣٩٥ .

(١) فالفرق الجوهرى بين طريق الطعن بإلتماس إعادة النظر وطريق الطعن بالنقض هو قصد القاضى تجاوز طلبات الخصوم وإدراكه لحقيقة هذه الطلبات. فإذا كان القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه نتيجة سهو غير متعمد من القاضى لعدم إدراكه لنطاق الدعوى، فإن سبيل الطعن على هذا القضاء إنما يكون بإلتماس إعادة النظر لاستدراك هذا السهو. أما إذا كان ذلك نتيجة إدراك ووعى لحقيقة الطلبات المطروحة ، فإن السبيل للطعن هنا هو الطعن بالنقض. الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٠١٣/٥/٢٧؛ والطعن رقم ٣٨ لسنة ٦٨ق - جلسة ٢٠١١/١١/١٤ .

(٢) الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٩ . ما لم تتوفر الحالة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٩ مرافعات، ذلك أنه من المقرر أنه يجوز الطعن بالنقض فى الحكم النهائى أياً كانت المحكمة التى أصدرته إذا فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى به (الطعن رقم ٢٣٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠١٠/٢/٩؛ والطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٣ق - جلسة ٢٠٠٩/٥/١٤؛ والطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٦٧ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٣). وإذ جاء نص المادة ٢٤٩ عاماً مطلقاً، فإنه بذلك يشمل الأحكام المستعجلة الصادرة من القضاء المستعجل. وبالتالي، يصح الطعن عليه وفقاً لهذه المادة متى كانت تنقض قضاء سابقاً حاز قوة الأمر المقضى به. (الطعن رقم ٢٨٣٧ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠١٢/٤/٨؛ والطعن رقم

وإذا كان بالإمكان خضوع الأحكام المستعجلة لرقابة محكمة النقض على هذا النحو ، فإن التساؤل الذى يفرض نفسه فى هذا المقام هو ما هى طبيعة وحدود رقابة محكمة النقض لسلطة القاضى المستعجل فى تحويل الطلبات التى تطرح عليه؟

حتى يتسنى تحديد طبيعة وحدود رقابة محكمة النقض لسلطة القاضى المستعجل فى التحويل ، فإنه ينبغى تحديد طبيعة عملية التحويل ذاتها من حيث مدى تعلقها بالواقع والقانون ، وذلك لبيان ما يعد مسألة واقع فيخرج عن اختصاص محكمة النقض وما يعد مسألة قانون فيدخل فى اختصاصها^(١). ولقد سبق القول أن عملية التحويل هى عملية مركبة من كلا المسألتين ، وذلك لأنها تمر بمرحلتين متتاليتين^(٢)، الأولى هى استخلاص الوقائع التى تصلح لإنتاج الحماية الوقتية من قائمة العناصر الواقعية للنزاع المطروحة على القاضى المستعجل ، وهى ما نسميها بالوقائع الضمنية أو البديلة ثم يعقب ذلك إعادة تقديرها . وبهذه المثابة ، فهى تعد مرحلة تتعلق بالواقع . أما المرحلة الثانية فهى تخص التوصيف القانونى للوقائع البديلة وإنزال حكم القانون الصحيح عليها ، وهى بطبيعة الحال تعد من مسائل القانون.

والواقع أن مرحلة استخلاص الوقائع المذكورة ، هى ما تمثل وجه الخصوصية فى هذه الدراسة باعتبارها من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان تقدير القاضى المستعجل . ولذلك ، فإننا سوف نقتصر على معالجة رقابة محكمة النقض لعملية الاستخلاص الواقعى الذى أجراه القاضى المستعجل للوقائع التى أدلى بها الخصوم واستنباط الحماية الوقتية منها ، وذلك لبيان طبيعة وحدود هذه الرقابة . أما

٢٤٣٩ لسنة ٧٣ق - جلسة ٢٠٠٤/١٢/١٤). كذلك أنه يجوز للنائب العام أن يطعن على أى حكم مستعجل لمصلحة القانون طبقاً لنص المادة ٢٥٠ مرافعات.

(١) فالقاعدة أن القاضى لا يخضع فى تقديره للواقع لرقابة محكمة النقض، فى حين أن القانون وهو ما يطبقه القاضى بحكم عمله يخضع لرقابة محكمة النقض. أنظر فى دراسة متخصصة لنطاق رقابة النقض على الواقع والقانون. د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة النقض - دار النهضة العربية - ط١ - ١٩٨٤ - بند ٧٢ وما بعده - ص ١٢٣ وما بعدها & د/فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ٣٩٧ وما يليه - ص ٨٢٠ وما بعدها. وكذلك: د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - المرجع السابق. (٢) أنظر: ما تقدم - بند ٢٩ وما يليه.

بالنسبة لمرحلة التكيف القانوني للوقائع المذكورة ، فهي لا تشكل أية خصوصية فى هذه الدراسة ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض - باعتبارها من مسائل القانون البحثية^(١) - إذ تراقب مدى تقدير القاضى المستعجل لحكم القانون الصحيح لهذه الوقائع دون أن يكون له سلطة فى ذلك . لذلك نحيل بشأنها إلى المراجع العامة والمتخصصة منعاً للإطالة.

والقاعدة أن محكمة النقض ليست محكمة موضوع ، فهي لا تعيد بحث وتقدير وقائع النزاع من جديد ، وإنما هى تسلم بها كما أكدها وأثبتها الحكم المطعون فيه . ولذا ، فإن رقابتها تقتصر على بحث ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق على وقائع النزاع حكم القانون السليم من عدمه^(٢) . وبعبارة أوضح أن محكمة النقض لا تراقب رأى القاضى ذاته ، وإنما تراقب طريقة تكوين هذا الرأى^(٣) . بمعنى مراقبة مصادر اقتناع القاضى بالوقائع أو مصادر السلطة التقديرية للقاضى^(٤) .

وتفريعاً على هذه القاعدة ، تخضع عملية استخلاص وتقدير الوقائع البديلة الصالحة لتوليد الحماية الوقتية العاجلة لرقابة محكمة النقض من حيث مدى كفايتها ومدى منطقيتها للتأكد من قيام هذه الوقائع وأن لها أصل فى الأوراق، فضلاً عن استظهار نية المدعى فى طلب هذه الحماية.

فمن ناحية تراقب محكمة النقض مدى كفاية الوقائع البديلة لاستصدار الاجراء الوقتى الذى اتخذه القاضى المستعجل أو كون هذه الوقائع قادرة على إنزال الحماية العاجلة غير أن القاضى المستعجل لم يقرها.

(١) الطعن رقم ١٥٩٠٦ لسنة ٨٠ق - جلسة ٢٠١٢/٢/٩ ؛ والطعن رقم ٧١٥٨ لسنة ٦٦ق - جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢ ؛ والطعن رقم ٩٧٩١ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٥ .

(٢) د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند ٦٤٤ - ص ٨٦٨ & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند ٦٨١ - ص ١١٤٨ & د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - ج ٢ - المرجع السابق - بند ٢٠٨ - ص ٦١٢ ، ٦١٣ & د/أحمد هندى - قانون المرافعات - المرجع السابق - بند ٣١٧ - ص ٦٣٥ ، ٦٣٦ . وكذلك الطعن رقم ٢٠٦٩ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١٨ .

(٣) د/ وجدى راغب - نظرية العمل القضائى - المرجع السابق - ص ٥٢١ .

(٤) د/نبيل عمر - السلطة التقديرية للقاضى - المرجع السابق - بند ٤٤٤ - ص ٥٠٨ وما بعدها & د/وجدى راغب - نظرية العمل القضائى - المرجع السابق - ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

ومن ناحية أخرى، تراقب محكمة النقض مدى فهم القاضى المستعجل للحالة الواقعية المعروضة عليه ومدى منطقية استخلاصه للوقائع البديلة من هذه الحالة الواقعية ، وذلك للتحقق من كون هذا الاستخلاص استخلاصاً سائغاً وله أصل فى الأوراق أم أن الحالة الواقعية لا تحوى تلك الوقائع وتعجز عن إنزال الحماية المستعجلة . وبذلك يكون هذا الاستخلاص غير صحيحاً.

وتطبيقاً لما تقدم ، قضى بأنه «إذا كان البين من الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه أن الدعوى رفعت على أنها إشكال فى التنفيذ فيما يتعلق ببيع الأشياء المحجوز عليها وأن محكمة الدرجة الأولى قضت بقبول هذا الاشكال شكلاً لرفعه بعد الحجز وقبل اليوم المحدد للبيع ، وأيدت محكمة ثانى درجة هذا القضاء فتكون الدعوى على أساس هذا الوصف من المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات واجبة التنفيذ التى يختص القاضى المستعجل بالحكم فيها بصفة مؤقتة دون المساس بالحق . ولهذا لا يقضى بعدم اختصاصه بنظرها ، كما لا يصدر فيها حكماً فاصلاً فى الموضوع ، وإنما يأمر بما يراه من إجراء وقتى كفيل لحماية صاحب الحق حسب ظاهر الأوراق . ولا يمنع من ذلك أن المستشكل لم يطلب فى إشكاله الحكم بإجراء وقتى ، وإنما طلب الحكم بعدم الاعتداد بالحجز الموقع ضده وإلغاء ما ترتب عليه من آثار واعتباره كأن لم يكن. وهذه الطلبات بحسب الأساس الذى بنيت عليه الدعوى والنزاع الذى أثير فيها تعتبر طلبات موضوعية ، والقضاء بها يكون فصلاً فى ذات الحق ، وهو ما لا يملكه قاضى الأمور المستعجلة . ولذا يكون من واجبه أن يغض النظر عنها وأن يأمر بما له من سلطة تحوير طلبات الخصوم فى مثل هذه الحالة بالإجراء الوقتى الذى يتفق وطبيعة الاشكال المعروض عليه»^(١).

والبين من هذا الحكم أن محكمة النقض قد بسطت رقابتها على القاضى المستعجل فى إعماله لسلطته فى التحوير بحيث تبين لها أن استخلاصه الواقعى قام على أسباب غير منطقية أى استخلاص غير سائغ ، وذلك لأنه على الرغم من

(١) نقض مدنى - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥ - الطعن رقم ٥٠ لسنة ٢١ق.

عناصر الدعوى الواقعية كانت قادرة على إرساء الحماية الوقتية ، غير أن القاضى المستعجل قد انتهى إلى عكس ذلك حيث انتهى إلى أن الطلبات المطروحة عليه ومقدماتها الواقعية لا تحمل فى ثناياها ثمة إجراءات وقتية، وهى نتيجة غير منطقية. ويلاحظ أن خطأ القاضى المستعجل فى تقدير النزاع على هذا النحو على اعتباره نزاعاً موضوعياً قد أدى إلى وقوع خطأ آخر وهو الخطأ فى التكييف ، وهو ما يخضع كذلك لرقابة محكمة النقض.

وعلى ذلك ، فإن المقصد من رقابة النقض لسلطة التحويل ليس هو إعادة فحص الحالة الواقعية للنزاع من جديد لاستخلاص الوقائع البديلة منها، وذلك لأن الطعن بالنقض ليس له أثراً ناقلاً كما هو الحال بالنسبة للاستئناف، وإنما يقصد بهذه الرقابة التحقق من قيام الاستخلاص الواقعى للوقائع البديلة على أسباب واقعية سائغة مستمدة من عناصر الدعوى كما طرحها وأثبتها الخصوم بحيث يبررها المنطق والعقل وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. ولذا ، فإنه يتعين على القاضى المستعجل حال استخدامه لسلطته فى التحويل أن يبين فى حكمه الوقائع التى تبرر استخدام هذه السلطة واتخاذ الاجراء الوقتى الذى يستصدره⁽¹⁾.

المبحث الرابع

تحويل الطلبات فى التحكيم

٤٤ - تمهيد وتقسيم:

سبقت الإشارة إلى أن مكنة تحويل الطلبات هى سلطة لصيقة بالقاضى المستعجل وحده تثبت له استناداً إلى طبيعة اختصاصه باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى دون البت فى أصل النزاع.

(1) وهنا تظهر أهمية تسبيب الأحكام الماثلة فى بيان كيفية اتخاذ القاضى قراره، ومدى إلمامه بالوقائع المطروحة عليه ومراقبة صحتها وما استخلصه منها. الطعن رقم ١١٩٢٩ لسنة ٨٠ق - جلسة ٢٠١٢/٤/٣؛ والطعن رقم ١٣٢١ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠١١/٢/٢٧. وأنظر فى مفهوم وأهمية التسبيب: د/عزمى عبدالفتاح - تسبيب الأحكام - المرجع السابق - ص ١٥ وما بعدها. ويلاحظ أن القاضى المستعجل فى تسبيب حكمه لا يستند إلى ثبوت الحق أو نفيه، بل يجب أن يقتصر على الترجيح بين الاحتمالات دون أن يقطع برأى فى أصل الحق، وإلا فإن حكمه يكون مبنياً على أساس فاسد لتجاوزه حد اختصاصه.

وإذا كان المحكم يؤدي مهمة قضائية ، وهى الفصل فى منازعات الأطراف باعتبارها - وإن جاز التعبير - قاضياً خاصاً بالمعنى الصحيح ، وله كذلك الفصل فى المنازعات الوقتية التى تعرض عليه أثناء سير إجراءات التحكيم إلى حين البت فيها حفاظاً على أصل النزاع وصيانة لحقوق الأطراف، فهل ذلك يعد كافياً لمنحه سلطة التحويل المخولة للقاضى المستعجل بشأن التدابير التى تعرض عليه وتكون خارج حدود اختصاصه بحيث يمكن له القضاء بتدابير وقتية مغايرة لها؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإننا سوف نقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على

النحو التالى:

المطلب الأول : سلطة المحكم فى إصدار التدابير المؤقتة.

المطلب الثانى : سلطة المحكم فى تحويل الطلبات.

المطلب الأول

سلطة المحكم فى إصدار التدابير المؤقتة

٤٥ - ١ - مفهوم التحكيم وتطوره:

التحكيم هو طريق استثنائى لفض المنازعات بين الأطراف ، قوامه اتفاق الأطراف على الخروج عن طرق التقاضى العادية وسلب اختصاص القضاء الوطنى صاحب الاختصاص الأصيل فى ذلك وقصره على هيئة التحكيم^(١)، وهو نظام قانونى مغاير للقضاء لا يتنوع عنه وليس استثناء منه^(٢).

(١) الطعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ق "تجارى" - جلسة ٢٠١٤/٢/١٣ ؛ والطعن رقم ١٤٥ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٠١١/٣/٢٢. وكذلك: استئناف القاهرة - ٦٢د تجارى - جلسة ٢٠١٣/٢/٦ - دعوى رقم ٤٦ لسنة ٢٩ق تحكيم. وأنظر فى دراسة تفصيلية للتحكيم: د/فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - ط١ - ٢٠٠٧ & د/نبيل إسماعيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - ط٣ - ٢٠١١ & د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - دار النهضة العربية - ٢٠١٠ & د/أحمد هندى - التحكيم - دراسة إجرائية فى ضوء قانون التحكيم المصرى وقوانين الدول العربية والاجنبية - دار الجامعة الجديدة - ط١ - ٢٠١٣ & د/عاشور مبروك - التحكيم - دار النهضة العربية - ط١ - ٢٠١٤ & د/مختار بريرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - ط٣ - ٢٠٠٤ & د/محمود يونس - المرجع فى التحكيم - دار النهضة العربية - ط٢٠٠٩.

(٢) استئناف القاهرة - ٧د تجارى - جلسة ٢٠١٥/١/٥ - الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٣١ق تحكيم.

ويحقق التحكم العديد من المزايا منها ؛ سرعة وسهولة الفصل في المنازعات ، وحفاظه على أسرار الأطراف ، وقلة تكاليفه ، فضلاً عن كونه آلية لمعالجة ظاهرة بطء التقاضي^(١).

وإذا كان التحكم التقليدي يلبي متطلبات التجارة التقليدية من حيث السرعة والسرية في الفصل في منازعاتها ، إلا أنه طريق ليس كذلك بالنسبة للمعاملات التجارية الإلكترونية^(٢)، فقد باتت وسيلة غير ملائمة لها^(٣).

وعليه ، فقد تم تطوير نظام التحكم من شكله التقليدي إلى آلية جديدة تتسجم مع خصوصية هذه المعاملات هي التحكم الإلكتروني ، وذلك حتى يتم تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عبر ذات الوسيلة التي تنشأ عبرها^(٤). ولذلك ، فالتحكم الإلكتروني يدور وجوداً وهدماً مع التجارة الإلكترونية ، فهو الوجه الأخر لها^(٥).

والتحكم الإلكتروني هو آلية حديثة تسمح للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية بتسوية نزاعهم عبر وسائل الإتصال الحديثة لاسيما شبكات الإنترنت دون الانتقال المادي أو الإلتقاء بالمحكمين في مكان معين^(٦).

والمواقع أن التحكم الإلكتروني هو بمثابة مزيج أو خليط من دمج فكرة التحكم بمعناه التقليدي المعروف مع فكرة الوسائل الإلكترونية^(٧)، فهو في جوهره

(١) أنظر بالتفصيل في مزايا التحكم: د/مختار بريري - المرجع السابق - بند ٤ وما يليه - ص ٩ وما بعدها & د/فتحى والى - قانون التحكم - المرجع السابق - بند ٢ - ص ١٤ وما بعدها & د/نبيل عمر - التحكم - المرجع السابق - بند ١٢ - ص ١٨، ١٩.

(٢) ويقصد بالتجارة الإلكترونية المعاملات التي تبرم وتنفذ إلكترونياً عبر شبكة الانترنت بين الأطراف دون التقائهم في مكان مادي معين.

(٣) وذلك لأن التحكم العادي يعد وسيلة بطيئة ومكلفة بالنسبة للمعاملات الإلكترونية، وذلك لأن إجراءاته تتم عبر الوسائل التقليدية والتي تستلزم إنتقال الأطراف والمحكمين إلى مكان معين، وذلك على نقض طبيعة هذه المعاملات باعتبارها تعاملات تتم عبر شبكات الإنترنت دون الانتقال إلى مكان معين. وهو ما يتطلب مزيداً من الوقت والجهد والنفقات. أنظر في دراسة تفصيلية للتحكم الإلكتروني: المؤلف - أوجه الرقابة على آلية التحكم الإلكتروني - رسالة جامعة الاسكندرية - ٢٠١٦ - بند ٨ - ص ١١ وما بعدها.

(٤) BENYEKHELF and GÉLINAS, «Online Dispute Resolution», *Lex Electronica*, Vol 10, No. 2, 2005, p. 72.

(٥) أنظر في إرتباط التحكم الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية: مؤلفنا بعنوان خصوصيات التحكم الإلكتروني في الاتفاق والخصومة والتنفيذ والرقابة - ط ٢٠١٨ - دار الجامعة الجديدة - بنده.

(٦) BENYEKHELF and GÉLINAS, *supra*, p. 72.

(٧) وهذا ما ذهب إليه البعض معتبراً أن التحكم الإلكتروني هو بمثابة إمتداد للتحكم التقليدي في صورة جديدة متطور له على فرض أن التطور التكنولوجي قد أصاب كل شيء، ومن بينهما التحكم. /معتصم سويلم

تحكيم عادى ، فكلاهما وسيلة بديلة لفض المنازعات والخلافات بعيداً عن القضاء الوطنى صاحب الولاية العامة فى ذلك . غير أن مناط الاختلاف بينهما هو شكل سير إجراءات التحكيم وتتابعها ، فالأول تتم إجراءاته بحسب طبيعته إلكترونياً عبر شبكات الانترنت . وهذا ما يعطيه نوعاً من الخصوصية والذاتية تميزه عن الأخير^(١).

غير أن طبيعة النزاع فى أى مرحلة من مراحل سير إجراءات التحكيم ، سواء كان التحكيم تقليدياً أو إلكترونياً ، قد تقتضى اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى، أو ما يسمى بالتدبير المؤقت كمصطلح جامع لهما^(٢)، وذلك لمواجهة الأخطار التى تهدد حقوقهم بالضياع أو الإنقاص منها إلى حين الفصل فى النزاع بشكل نهائى^(٣). وفى هذا الفرض ، يجوز للمحكم إتخاذ التدابير المؤقتة - بنوعها وقتية أو تحفظية^(٤) - الملائمة لدرء المخاطر التى تحوم حول المراكز القانونية للأطراف^(٥)،

- مدى تحقق الشروط المطلوبة فى التحكيم التقليدي فى ظل التحكيم الإلكتروني - مجلة الاقتصاد المعاصر - العدد ٦٩ - المجلد السابع - فبراير ٢٠٠٤ - ص ٥٨، ٥٩.

(1) فالتحكيم الإلكتروني هو آلية تنشأ كاتفاق، وتسرى كإجراء، وتنتظر كخصومة، وتنفذ كحكم إلكترونياً عبر شبكات الإنترنت، دون اللجوء إلى القضاء الوطنى، ودون التنقل المادى من مكان لآخر. وأنظر فى مفهوم التحكيم الإلكتروني: مؤلفنا بعنوان خصوصيات التحكيم الإلكتروني - المرجع السابق - بند ٣.

(2) Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, English, German and Hong Kong Law Compared, vol 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, (August 1998), p. 5. available at; <http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html>

(3) أنظر فى مبررات اتخاذ هذه التدابير: د/على الحديدى - التدابير الوقئية فى التحكيم - ط ١٩٩٦ - ص ٢٣، ٢٤.

(4) والتدابير الوقئية هى التدابير العاجلة التى ترمى إل تحقيق حماية وقتية سريعة قد يتعذر الحصول عليها بالإجراءات العادية. وهى بهذه المثابة تودى إلى إشباع فوري لمصلحة طالبيها إلى أن يتم البت فى النزاع القائم بينهما نهائياً، كالنفقة الزوجية الوقئية. أما التدابير التحفظية ، فهى الإجراءات التى ترمى إلى المحافظة على وسائل الحصول على الحق مستقبلاً وتضمن تنفيذ حكم التحكيم المزمع إصداره حال استصداره. ويهذه المثابة، فهى تودى إلى إشباع مستقبلى لطالبيها. أنظر فى أوجه التشابه والاختلاف بين التدابير الوقئية والتحفظية: رسالتنا - بند ١٣ - ص ٢٧٤ وما بعدها.

(5) ويلاحظ أن اختصاص المحكم بإصدار التدابير الوقئية لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطنى فى هذا الخصوص، إعمالاً لمبدأ الاختصاص المشترك. وموذى هذا المبدأ هو توزيع الاختصاص بين كل من القاضى الوطنى والمحكم بشأن نظر خصومة التدابير الوقئية أو التحفظية اللازمة للبت فى النزاع، ليصبح كلاهما مختصاً بإصدار هذه التدابير ما لم يتفق الأطراف على إقصاء أحدهما. وهذا ما يمثل نوعاً من التعاون الوثيق بين القضاء والتحكيم. أنظر فى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مفهومه ومبرراته وضوابطه الاجرائية: رسالتنا - بند ٨٥ وما يليه - ص ١٧٧ وما بعدها.

وذلك لأن القاعدة هي أن محكم الأصل هو محكم الفرع، وأن من يملك الكل يملك الجزء . فإذا كانت سلطة الفصل في أصل النزاع تؤول إلى المحكم ، فإنه ومن باب أولى يختص كذلك باتخاذ التدابير المؤقتة التي تحافظ عليه^(١). كذلك أن مقتضيات حسن سير العدالة ومصلحة الأطراف تقتضى تمركز الاختصاص بالنزاع بشقيه ، الموضوعى أو الوقتى ، فى يد سلطة واحدة وهى هيئة التحكيم ، وذلك حتى لا تقطع أوصال الخصومة بين عدة جهات فى آن واحد^(٢).

وإذا كان للمحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفيزية على النحو المتقدم ، فما هى شروط ذلك؟ وسوف نتولى الإجابة عن هذا التساؤل الآن.

٤٦ - ٢ - شروط إصدار المحكم للتدابير المؤقتة.

تبنى قانون التحكيم طريقان لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفيزية فى خصومة التحكيم هما ؛ الأول الأوامر على عرائض ونظمته المادة ١/٢٤ ، والثانى الأحكام الوقتية ونظمته المادة ٤٢^(٣).

بالنسبة للشكل الأول ، وهو استصدار هذه التدابير فى صورة أمر على عريضة^(٤)، فيحكمه وجود اتفاق خاص بين الأطراف على منح المحكم هذه السلطة ، فلا يكفى لذلك اتفاق التحكيم ذاته^(٥). بمعنى أن اختصاص المحكم بإصدار التدابير

(١) د/محمود هاشم - اتفاق التحكيم - ط ١٩٩٠ - ص ١٥٩ & د/سيد محمود - سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن والكويتى والمصرى - مجلة الحقوق الكويتية - العدد الثالث - السنة ٢٥ - سبتمبر - ٢٠٠١ - ص ١١٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا - فى القضيتين رقمًا ١١٤ ، ١١٥ لسنة ٢٤ قضائية دستورية - جلسة ٢٠٠٣/١١/٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٦.

(٣) وتنص المادة ١/٢٤ على أنه يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفيزية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به. بينما تنص المادة ٤٢ على أنه يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية أو فى جزء من من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم النهائى المنهى للخصومة كلها.

(٤) كالإذن مثلا بتوقيع الحجز التحفظى على الأموال المتنازع عليها، والأمر بإيداع البضائع محل النزاع لدى شخص أمين خوفاً من تهريبها أو سرقتها.

(٥) د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٣٣ - ص ٤٠٢ & د/أحمد الصاوى - الرجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ١٧٨ - ص ٢٤٨ & د/أحمد هندى - التحكيم - المرجع السابق - ص ٦٠ & د/سيد محمود - سلطة المحكم - المرجع السابق - ص ١١٨ ، ١٢٨.

الوقتية في صورة أمر على عريضة لا ينعقد له إلا إذا كان هناك اتفاقاً خاصاً يقضى بذلك^(١).

واشترط هذا الاتفاق الخاص على هذا النحو يجد تبريره في أن المحكم لا يمتلك بحسب الأصل سلطة إصدار الأوامر على عرائض ، وذلك لأن إصدارها يجرى في غيبة الخصوم دون مراعاة مبدأ المواجهة، وهو ما لا يجوز بالنسبة للمحكم الذي يقع على عاتقه عبء مراعاة مبدأ المواجهة ولا يصح إعفائه منه^(٢).

أما الطريقة الثانية وهي إصدار التدابير المؤقتة في صورة أحكام تحكيم وقتية^(٣)، فلا يشترط وجود اتفاق خاص لذلك ، كما هو مقرر بالنسبة للأوامر على عرائض ، وإنما يكفي وجود اتفاق التحكيم ذاته^(٤). وتطبيقاً لذلك، قضى بأن لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية ، سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لم يتفقوا^(٥).

(1) ويجوز أن يأتي الاتفاق الخاص كبند من بنود اتفاق التحكيم أو في أي اتفاق لاحق له حتى لو جاء بعد بدء سير إجراءات التحكيم. د/فتحي والى - الإشارة السابقة.

- وإذا كانت القاعدة هي أن اللجوء إلى نظام الأوامر على عرائض لا يكون إلا في حالات معينة على سبيل الحصر لا المثال وفقاً للمادة ١٩٤ من قانون المرافعات. (الطعن رقم ٢٦٥٩ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٩/٣/٩ ؛ والطعن رقم ١٩٧٥ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٢). فهل يتقيد المحكم بهذه القاعدة؟ يرى رأي - نؤيده - أن المحكم لا يتقيد بهذه المادة، وذلك لأنه لا يتقيد بحسب الأصل بقانون المرافعات، وإنما يتقيد بالضوابط الواردة بقانون التحكيم. د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٣٣ - ص ٤٠٣ & د/سيد محمود - سلطة المحكم - المرجع السابق - هامش ص ١٢٨، ١٢٩. وطالما أنه ليس هناك نصاً صريحاً في هذا الخصوص يقيد سلطة المحكم، فإنه لا يجوز تقييده. ناهيك عن ذلك أن اتجاه قواعد التحكيم الحديثة إلى إطلاق سلطة المحكمين في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية في شكل الأوامر على عرائض. أنظر المادة ١٧/ط من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل في عام ٢٠٠٦.

(2) د/أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - منشأة المعارف - ط ١٩٨٩ - ص ١٣٦ & د/عزمي عبدالفتاح - قانون التحكيم الكويتي - المرجع السابق - ص ١٧١ & د/سيد محمود - سلطة المحكم - المرجع السابق - ص ١١٧، ١١٨.

(3) كتعيين حارس على البضائع محل النزاع أو إثبات حالة البضائع.

(4) د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٣٢ - ص ٤٠٠ & د/أحمد الصاوي - الوجيز في التحكيم - المرجع السابق - بند ١٧٨ - ص ٢٤٨ & د/أحمد هندی - التحكيم - المرجع السابق - ص ٦١ & د/محمود يونس - المرجع السابق - بند ٤٥٢ - ص ٣١٨.

(5) القضية التحكيمية رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٨ - مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي - جلسة ٢٠١٠/٢/١ - مجلة التحكيم العربي - العدد ١٥ - ديسمبر ٢٠١٠ - ص ٢٣٥. عكس ذلك: محكمة التمييز الكويتية - الطعن رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٥ - مجلة القضاء والقانون - س ٣٦ ج ٣ ص ٢٦

وتبعاً لذلك ، فإنه يكفي لاختصاص المحكم بإصدار الأحكام الوقتية مجرد عدم اتفاق الأطراف على استبعاد سلطته في هذا الخصوص⁽¹⁾، وذلك على أساس أن الاتفاق على التحكيم يتضمن منح هيئة التحكيم كافة السلطات القضائية على النزاع ، الموضوعية والوقتية⁽²⁾.

وأياً كان الشكل الذي سيصدر فيه التدبير الوقتي أو التحفظي ، فإنه يشترط ضرورة توافر ركن الاستعجال ، فالاستعجال هو مناط اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في خصومة التحكيم⁽³⁾.

كما يشترط لاختصاص المحكم بالأمر بإصدار التدابير المؤقتة - بنوعها - أن تكون هذه التدابير وقتية . وعليه ، فإذا لم يكن الطلب المقدم إلى المحكم طلباً وقتياً ، تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه⁽⁴⁾. وحتى تكتسب التدابير المؤقتة الصفة الوقتية ، فإنه يتعين ألا يكون الغرض منها البت في أصل الحق المتنازع عليه⁽⁵⁾. وهذا ما عبر عنه البعض بأن الوقتية وعدم المساس بأصل الحق وجهان لعملة واحدة⁽⁶⁾. ولذا ، فإنه ينبغي على المحكم حال استصداره للتدابير المؤقتة عدم المساس بخصومة التحكيم أو التطرق إلى البت في أصل النزاع باعتباره شرطاً لاتخاذ هذه التدابير.

(1) Michael (W.) and Thomas (H), Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials, Sweet \$ Maxwell, 2014, P. 421, 422

(2) في ذات المعنى: جين روبيير - قانون التحكيم الدولي - بند ١٢٧ - ص ١٠٤ مشار إليه لدى: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٣٢ - ص ٤٠٠.

(3) القضية التحكيمية ٩٥٩ لسنة ٢٠١٤ - مركز تحكيم القاهرة الإقليمي - جلسة ٢٠١٥/١/٢٨ - مجلة التحكيم العربي - العدد ٢٤ - يونيو - ٢٠١٥ - ص ٢٥٣.

(4) ذات الإشارة السابقة.

(5) Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, supra, P. 9.

(6) د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢٤٨ & د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٣٢٦.

المطلب الثاني

سلطة المحكم فى التحوير

خلا قانون التحكيم من أى تنظيم لسلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل ، فلم يتضمن نصاً خاصاً يخول للمحكم هذه السلطة . كما أن الفقه ذاته لم يتطرق إلى معالجة هذه المسألة ، فهل ذلك يعنى عدم امتداد سلطة التحوير إلى المحكم ، أم يجوز له استخدامها فى النزاع الوقتى المطروح عليه؟

وإذا كان للمحكم ذلك ، فما هو نطاق وشروط وحدود ممارسة هذه السلطة ، وما هى آليات رقابتها ، بمعنى أشمل ما مدى سلطة المحكم فى تحوير الطلبات التى تقدم إليه فى خصومة التدابير المؤقتة؟

وسوف نتولى الإجابة عن هذه التساؤلات عن طريق معالجة النقاط الأساسية

التالية:

٤٧- أولاً: قضائية أعمال المحكم هى مناط الاعتراف له بسلطة التحوير.

لا شك أن الاعتراف للمحكم بسلطة التحوير التى يتمتع بها القاضى المستعجل يتوقف على طبيعة عمله ، فهل يعد قاضياً بالمعنى الصحيح بحيث تكون ولايته على النزاع المعروض عليه ولاية قضائية، وبالتالي فيتمتع بما يتمتع به القاضى ويتقيد بما يتقيد به؟

القاعدة المسلم بها أن التحكيم هو نظام خاص للتقاضى لفض المنازعات بين الأطراف، وأن المحكم يعتبر - وإن صح التعبير - قاضياً خاصاً بالمعنى الفنى للكلمة يكون له ولاية القضاء بين الخصوم والفصل فى منازعاتهم وفقاً للمنهج القضائى للفصل فى المنازعات ، وذلك بحكم نهائى وملزم^(١).

وإذا كان المحكم يمتلك - كما جاء مسبقاً - سلطة الفصل فى النزاع الوقتى القائم بين الأطراف وإتخاذ التدابير الوقائية اللازمة للحفاظ على حقوق الأطراف مقيداً

(١) استئناف القاهرة - ٧د تجارى - جلسة ٢٠١٥/٣/٤ - دعوى رقم ٣٧ لسنة ١٣١١ق تحكيم ؛ واستئناف القاهرة - ٨د تجارى - جلسة ٢٠٠٩/٥/١٨ - دعوى رقم ٧٥ لسنة ١٢٢٥ق تحكيم. وأنظر فى معيار تمييز المحكم: د/سحر عبدالستار - المركز القانونى للمحكم - دار النهضة العربية - ط١ - ٢٠٠٦ - بند ١٨٨ - ص ٤٨، وما بعدها.

فى ذلك بسلطات القاضى المستعجل ، ومنها توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، فإننا نرى أنه يجوز للمحكم تحوير الطلبات التى تعرض عليه فى خصومة التدابير المؤقتة المنظورة أمامه ، وذلك لذات الاعتبارات القائم عليها الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحوير وهى مواجهة خطر التأخير فى الحصول على الحماية الموضوعية^(١). فإذا كانت حالة الاستعجال هى السبب فى تزويد القاضى المستعجل بسلطة التحوير ، فإنها ذاتها هى التى تملى الاعتراف بهذه السلطة للمحكم . وبالتالي ، فإن أثر قضائية أعمال المحكم هو منح المحكم سلطة التحوير .

وتأسيساً على ذلك ، نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من استخدام المحكم لسلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل عندما ينظر خصومة التدابير المؤقتة شريطة أن تكون الطلبات الوقتية التى أثرها الأطراف تخرج عن نصاب اختصاصه بما يتعذر عليها توليد الحماية الوقتية المناسبة للحفاظ على أصل النزاع . بمعنى قصر مجال إعمال مكنة التحوير أمام المحكم على الطلبات الوقتية التى يكون من شأن الفصل فيها المساس بأصل الحق دون غيرها من الطلبات ، أى الطلبات التى تكون فى مظهرها وقتية وفى مخبأها تثير نزاعاً موضوعياً^(٢).

وتبعاً لذلك ، فإذا اقتضت خصومة التحكيم ضرورة اتخاذ تدبير وقتى أو تحفظى لصيانة حقوق الأطراف والحفاظ على مراكزهم القانونية حتى يتم البت فى أصل النزاع ، وتقدم أحد الأطراف إلى المحكم بطلب وقتى لاستصدار هذا التدبير ، غير أنه أساء تصورده وتقديره بحيث يصبح الفصل فيه ماساً بأصل الحق بما يخرج عن حدود اختصاص المحكم الوقتى ، فإنه من الجائز للمحكم تحوير التدبير الوقتى المطروح عليه - باعتباره يثير نزاعاً موضوعياً - باستبداله بتدبير وقتى آخر طالما أن إرادة طالب التدبير قد اتجهت إلى طلب الحماية الوقتية^(٣).

(١) أنظر فى اعتبارات الاعتراف بسلطة التحوير: ما تقدم - بند ٤ .
(٢) أنظر فى مجال إعمال سلطة التحوير: ما تقدم - بند ١٤ وما يليه.
(٣) أنظر فى نية طالب التدبير كمناط اللجوء إلى سلطة التحوير: ما تقدم - بند ٤ .

ويجوز للمحكم سلطة التحويل عن طريق البحث في الحالة الواقعية المطروحة عليه وفحصها بشكل ظاهري لاستخراج الوقائع البديلة أو الضمنية الكامنة فيها الصالحة لإرساء الحماية الوقتية ومن ثم اختيار الاجراء الوقتي الذي يستوجب لهذه الوقائع^(١).

والاعتراف للمحكم بمكنة التحويل على النحو المسبق ، وإن كان رخصة مقرررة له بحيث له أن يستعملها وله ألا يستعملها ، إلا أن حال إعماله لها ، فإنه يكون مقيداً بذات الشروط التي يعترف بها للقاضي المستعجل بهذه المكنة وبذات القيود التي ترد على سلطته في استعمالها. وهذا ما سوف يتم معالجته الآن.

٤٨- ثانياً : شروط استعمال المحكم لسلطة التحويل.

يشترط لإعمال المحكم لسلطة تحويل الطلبات التي تطرح عليه في خصومة التدابير المؤقتة - والتي تخرج عن حدود اختصاصه الوقتي - توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق . وهذا أمر منطقي وضروري، وذلك لكونهما مفترضين لازمين لانعقاد خصومة التدابير المؤقتة^(٢). فضلاً عن أنه إذا كان الغرض من التحويل هو اتخاذ تدبير وقتي يحمي المراكز القانونية للأطراف من المخاطر التي تحوم حولها بدلاً من القضاء بعدم الاختصاص بنظر النزاع ، فلا يتصور بدهاءة اتخاذ هذا التدبير دون توافر هذين الشرطين.

ومن ناحية أخرى ، تفترض طبيعة مكنة التحويل ذاتها مجموعة من الشروط تدور حول ؛ صلاحية الطلب محل التحويل ومقدماته الواقعية لإرساء الحماية الوقتية ، وألا يترتب على استعمال التحويل ضرراً للطرف المقدم ضده الطلب ، والتزام مقدم الطلب بتقديم كفالة أو ضمان لتغطية نفقات التدبير الوقتي الذي سيتم اتخاذه . ولقد سبق دراسة هذه الشروط بشكل مفصل ، لذا فلا حاجة للعودة لمعالجتها مرة أخرى منعاً للتكرار وإزدواج البحث^(٣).

(١) انظر بالتفصيل في اجراءات التحويل وحدود هذه السلطة : ما تقدم - بند ٢٩ وما يليه.

(٢) أنظر في شروط انعقاد الخصومة الوقتية أمام المحكم: ما تقدم - بند ٤٦.

(٣) أنظر: ما تقدم - بند ٢٣ وما يليه.

وعلى ذلك ، فإذا توافرت الشروط المتقدمة جميعها ، فإن أثر ذلك هو تمتع المحكم بسلطة تحويل الطلبات المطروحة عليه . أما إذا تخلف أحد هذه الشروط ، فقد المحكم سلطته في التحويل .

٤٩- ثالثاً : قيود سلطة المحكم فى التحويل .

لا تختلف مهمة المحكم عن مهمة القاضى المستعجل فى عملية تحويل الطلبات ، فهو يقوم بذات الدور الذى يقوم به ، وهو فحص وتقدير الحالة الواقعية المعروضة عليه واستخلاص منها ما نسميه "بالوقائع البديلة" المنتجة والتي تصلح لتوليد الحماية الوقتية المرغوب فيها حفاظاً على حقوق الأطراف . فإذا ظهرت هذه الوقائع للمحكم وكانت قادرة على ارساء الحماية الوقتية ، قام بإتخاذ التدبير الوقتى الذى يستجيب لها وإن خالف الإجراء الذى يطلبه الأطراف ومنحه التكليف القانونى الصحيح دون الاعتداد بالأوصاف والألفاظ المحددة فى صحيفة الإدعاء^(١) .

وإذا اقضى الأمر لجوء المحكم إلى سلطة التحويل ، فإنه يتقيد بذات القيود التى تحكم سلطة القاضى المستعجل فى التحويل^(٢) . هذا مع الأخذ فى الحسبان خصوصية التحكيم باعتباره نظاماً ينشأ ويتحدد باتفاق التحكيم^(٣) ، وأن اختيار المحكم فيه يقوم على اعتبارات أهمها تمتعه بالخبرة الفنية^(٤) . وبالتالي ، فإن ذاتية الدور الذى يؤديه المحكم تفرض خصوصية على القيود التى ترد على سلطته فى التحويل بما يتفق معها ويضمن تحقيق الحماية الوقتية المناسبة للمراكز القانونية للأطراف من المخاطر التى تهددها . وفيما يلى بيان هذه القيود:

- (١) أنظر فى عملية فحص الحالة الواقعية واستخلاص الوقائع البديلة: ما تقدم - بند ٣٠ .
- (٢) أنظر فى هذه القيود: ما تقدم - بند ٣٤ وما يليه .
- (٣) أنظر: استئناف القاهرة - ٩١د تجارى - جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٥ - دعوى رقم ١١٦ لسنة ١٢١١ق تحكيم .
- (٤) د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ١٤٩ مكرر - ص ٢٠٦ & د/عاشور مبروك - التحكيم - المرجع السابق - بند ١٨٠ - ص ٣٠٠ & د/عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - المرجع السابق - ص ٢٥٩ & د/مختار بريوى - المرجع السابق - بند ٥ - ص ١١٢ .

١٠٥-١ - مبدأ حياد المحكم.

لا يقصد بمبدأ حياد المحكم عدم انحيازه مع وجهة نظر أحد الأطراف على حساب الخصم الآخر ، فهذا يعنى حيده المحكم ونزاهته^(١) المنصوص عليه بالمادة ٣/١٦ من قانون التحكيم ، والمادة ٢/١٤٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسية الجديد ، وإنما يقصد بمبدأ حياد المحكم الحياد الإيجابي المائل فى منح المحكم دوراً فعالاً فى توجيه وإدارة إجراءات التحكيم مع التزامه بحدود الطلبات المعروضة عليه - سبباً وموضوعاً - كما قدمها الأطراف^(٢).

بيد أنه أياً كان مدى السلطة المعترف بها للمحكم فى توجيه إجراءات التحكيم وتسييرها^(٣)، إلا أنه ينبغى ألا تصطدم هذه السلطة بالأصول العامة للتقاضى التى بمقتضاها يلتزم القاضى بالنطاق الموضوعى للنزاع بحيث يفصل فيه فى حدود الطلبات المنظورة أمامه.

والمحكم باعتباره قاضياً خاصاً يتقيد بهذه الأصول^(٤)، فإنه ينبغى عليه إذا استخدام سلطته فى التحويل استناداً إلى حقه فى توجيه إجراءات التحكيم وهيمنته عليها أن يكون مقيداً بطلبات الأطراف وملتزمًا بحدودها كما طرحوها وأثبتوها دون

(1) Schafer, Verbist and Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2005, P. 45, 64.

- (2) أنظر فى مفهوم مبدأ الحياد وتطوره والتفرقة بينه وبين مبدأ الحيده: ما تقدم - بند ٣٥.
- (3) ومما ينبغى الإشارة إليه أنه وإن كان المحكم يتمتع بمبدأ الحياد شأنه شأن القاضى بحيث يكون له دوراً إيجابياً وفعالاً فى توجيه إجراءات التحكيم وإدارتها، إلا أن الاعتراف للمحكم بهذا الدور لا يكون بالشكل الموسع الذى يكون للقاضى، وذلك نظراً لخصوصية التحكيم واختلافه عن القضاء باعتباره قضاءً اتفاقياً ينشأ ويسرى وينتهى وفقاً لإرادة الأطراف. وعليه، فلقد زود قانون التحكيم المحكم بدور إيجابى فى توجيه سير إجراءات التحكيم. ومن مظاهر الحياد الإيجابى المحكم؛ حقه فى اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه (م ٢٨)، أو تعيين خبير أو أكثر (م ١/٣٦)، وكذلك سلطته فى أن يقضى فى النزاع إكتفاءً بالمذكرات المكتوبة المقدمة إليه وعدم عقد جلسات مرافعة شفوية (م ١/٣٣)، وسلطته فى وقف إجراءات التحكيم وفقاً لتعليقاً للفصل فى مسألة أولية أو الطعن بالتزوير فى ورقة قدمت إليه (م ٤٦)، أو إنهاؤها إذا رأى عدم جدوى استمرارها (م ٤٨ج). وكذا سلطته فى تصحيح ما عسى أن يقع فى أحكامه من أخطاء مادية بحتة (م ١/٥٠).
- وفى المقابل، نجد أن المحكم لا يملك أحياناً سلطة توجيه إجراءات التحكيم، فليس له - مثلاً - سلطة اختصام الغير الذى لا ينصرف إليه اتفاق التحكيم أو الزام الخصم بتقديم أى مستند تحت يده. كما ليس له سلطة شطب الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن أو الأمر بوقف الدعوى وفقاً جزائياً أو الحكم بالفقرات على الأطراف.
- (4) أنظر: رسالتنا السابقة - بند ٣٠٩ وما يليه.

الخروج عنها^(١)، فليس له أن يحكم بغيرها أو يتجاوز حدودها بأن يغير مضمونها أو يستحدث طلبات جديدة وإلا يكون قد حكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه^(٢).

٢-٥١- الامتناع عن تغيير أساس الادعاء.

الأصل أن الإدعاء أمام المحكم يتحدد بالوقائع التي يطرحها الأطراف عليه ، فلا يجوز للمحكم الخروج عن نطاق النزاع المعروض عليه ، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم^(٣)، إعمالاً لقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الدعوى^(٤).

وتبعاً لذلك ، فإن أساس الادعاء أمام المحكم في خصومة التدابير المؤقتة يعد قيماً على سلطته في التحوير بحيث يحظر عليه تغييره أو المساس به ، فلا يجوز للمحكم اسناد حكمه إلى وقائع خارج إطار خصومة التدابير المؤقتة المعروضه عليه لم تكن مثارة امامه بواسطة الاطراف . بمعنى أنه ينبغي أن تكون الوقائع البديلة القادرة على إنتاج الحماية الوقائية قد طرحها الأطراف وأثبتوها.

٣-٥٢- احترام مبدأ المواجهة.

كما ينبغي على المحكم حال استخدامه لسلطة التحوير أن يضع في اعتباره مراعاة مبدأ المواجهة . ومقتضى ذلك أن تكون الوقائع البديلة محل التحوير وقائع قد تجادل بشأنها الأطراف وتناقشوا بشأنها . فالقاعدة أن إجراءات التحكيم ينبغي أن تتم

(1) د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ١٥٧ - ص ٣٠٢ & د/عاشور مبروك - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٥ - ص ٦٩ & د/عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم - المرجع السابق - ص ٣١٩.

(2) د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٣ - ص ٦٠١ & د/محمود يونس - المرجع السابق - بند ١٣٧ - ص ٣١٧، ٣١٨.

(3) د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ١٠١ - ص ١٢٧ & د/نبيل عمر - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٠٣ - ص ٢٤٤ & د/عاشور مبروك - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٥ - ص ٦٩. ومما يعد تغييراً لسبب طلب التحكيم رفض طلب التعويض استناداً إلى عقد ضمان الائتمان والقضاء به استناداً إلى قواعد المسؤولية للتقصيرية. (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦). وفى المقابل، لا يعد القضاء بالفوائد القانونية تجاوزاً لحدود سلطة المحكمين وتغييراً للسبب. (استئناف القاهرة - ٦٢٢ تجارى - جلسة ١٩٩٥/٥/٥ - مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ - يونيو - ٢٠٠٨ - ص ١٤٥). وكذلك الحال عند الفصل فى الطلبات المعارضة أو الدفع بالمقاصة متى كانت متصلة بموضوع النزاع ولو قدمت بعد تقديم مذكرات الدفاع ولو فى مرحلة لاحقة من الاجراءات متى كان هناك مبرراً لهذا التأخير. (استئناف القاهرة - ٩١١ تجارى - جلسة ٢٠٠٤/٩/٢٩ - دعوى رقم ٢٨ لسنة ١٢١ ق تحكيم - مشار إليه لدى د/فتحي والى - ذات المرجع السابق - بند ١٨٦ - ص ٣٤٨).

(4) أنظر فى هذه القاعدة : ما تقدم - بند ٣٦٦.

مواجهة بين الأطراف^(١)، فلا يجوز للمحكم الفصل في الادعاءات المطروحة عليه ووسائل إثباتها التي يقدمها أحد الأطراف دون إعلان الطرف الآخر وإعطائه الفرصة الكاملة في الاطلاع والرد عليها^(٢).

٥٣-٤- عدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي

تعد قاعدة عدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي قيداً على سلطته في التحوير ، وذلك حتى لا يتخذ من التحوير ذريعة لإدخال واقعة لم تكن مثارة من الأطراف ومحلًا لمناقشتهم.

والمواقع أن قاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصي يختلف مدلولها في التحكيم عن مدلولها في القضاء ، ومناطق هذا الاختلاف أنه يجوز للمحكم أن يستند في حكمه إلى وقائع وأسانيد علم بها من تلقاء نفسه أو بعلمه الخاص^(٣)، على نقيض القاضى الذى لا يجوز له ذلك^(٤)، شريطة عرض المحكم ما استند إليه من أدلة وأسانيد على الأطراف حتى يتسنى لهم مناقشتها تطبيقاً لمبدأ المواجهة^(٥). وبذلك ، يعد مبدأ المواجهة هو القيد الوحيد لاستخدام المحكم لخبرته الفنية والقضاء بعلمه الشخصي.

ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى أن التحكيم ذات طبيعة خاصة حيث يتم اختيار المحكم بسبب ما يتمتع به من خبرة فنية تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه ، فضلاً عن معاصرته لمختلف مراحل نظر النزاع وعلمه الخاص بكل تطوراتته^(٦).

(١) د/أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ٢٤٦ & د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ١٥٩ - ص ٣٠٤ & د/نبيل عمر - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٠٣ - ص ٢٤٤.

(٢) فمن المقرر أن ولاية المحكمين تقتصر على نظر موضوع النزاع الذى يحدده الأطراف أثناء سير الإجراءات فى مواجهة بعضهم البعض طالما أنه لم يخرج عند حدود اتفاق التحكيم. استئناف القاهرة - ٧د تجارى - جلسة ٢٠٠٩/٦/٩ - فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ اق تحكيم؛ وذات الدائرة - جلسة ٢٠٠٩/١/١٩ - فى الدعوى رقم ٤١ لسنة ١٢٥ اق تحكيم.

(٣) د/محمود يونس - المرجع فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٤٤٩ - ص ٣١٧. وأنظر: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ١٦١ - ص ٣٠٨ & د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ١٤٩ مكرر - ص ٢٠٦.

(٤) أنظر : ما تقدم - بند ٣٨.

(٥) د/أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ٢٤٦ & د/عاشور مبروك - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٧ - هامش ص ٨١، ٨٢ & د/ محمود يونس - المرجع فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٤٥٠ - ص ٣١٧.

(٦) د/أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ٢٤٦.

وتفريعاً على ذلك ، نقصد بعدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي حال استعماله لسلطة التحوير ألا يكون استخلاصه للإجراء الوقتى الذى سيقضى به من وقائع وأسانيد لم تكن محلاً لمناقشة الأطراف . بمعنى أن تكون الوقائع البديلة محل التحوير وما تستند إليه من أدلة قد تجادلها الأطراف وأُتيحت الفرصة لهم لمناقشتها . وبالتالي ، لا يكون المحكم متجاوزاً لحدود سلطة التحوير إذا استخدم خبرته الفنية فى تقدير الوقائع البديلة وأسانيدها طالما كانت مطروحة على الأطراف وكانت محلاً للمناقشة.

٥٤ -٥ - الالتزام بحدود اتفاق التحكيم.

يتحدد نطاق النزاع أمام المحكم بحسب الأصل بالحدود التى يضعها اتفاق التحكيم^(١)، وذلك باعتباره دستور التحكيم وأساس عمل المحكم ، فهو الذى يسبغ عليه ولاية الفصل فى النزاع ، وهو مناط تحديد حدود هذه الولاية. ولذا، فإنه يتعين عليه التقيد به والالتزام بنطاقه^(٢)، فليس له أن يتجاوز حدوده أو الفصل فى أى مسألة لم ترد به ، وإلا كان حكمه غير صحيحاً^(٣)، بما لا يصح تنفيذه^(٤).

وبالتبعية لذلك ، تتقيد سلطة التحوير التى تثبت للمحكم بحدود ولايته واختصاصه الذى يحدده اتفاق التحكيم ، فلا يستطيع المحكم أن يقضى بالتدبير المخاير للطلب المعروض عليه خارج هذه الحدود^(٥)، وإلا كان حكمه وارداً على

(1) إستئناف القاهرة - د/تجارى - جلسة ٢٠١٥/٣/٤ - دعوى رقم ٣٧ لسنة ١٣١ ق تحكيم؛ والطعن رقم ٥٨٦ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٦١/١١/٣٠ - س ١٢ ع ٣ ص ٧٣٠.

(2) د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٦ - ص ٨٣، ٨٤ & د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٨ - ص ٦٥، ٦٦ & د/عاشور مبروك - التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٥ - ص ٧٠ & د/محمود يونس - أصول التحكيم - المرجع السابق - بند ٤٩٩ - ص ٣٤٤ & د/أحمد هندى - التحكيم - المرجع السابق - بند ٤٥ - ص ٢٠٠.

(3) الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق تجارى - جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦ - س ٥٣ ع ١ ص ١٠٩٥. وكذلك: استئناف القاهرة - د ٩١ د تجارى - جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٦ - فى الدعويين رقما ٨٤ و ٨٥ لسنة ١٢٠ ق تحكيم - مشار إليه لى: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٥٨٧.

(4) الطعن رقم ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق تجارى - جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢؛ والطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦ سابق الإشارة.

(5) أنظر: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٥٨٨.

غير محل من اتفاق التحكيم ، وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه^(١). وهذا أمر بديهى ، وذلك لأن الغرض من اتخاذ التدابير المؤقتة فى خصومة التحكيم هو الحفاظ على أصل النزاع محل هذه الخصومة . ومن ثم ، فإنه ينبغى أن يكون التدبير الذى سيتخذه المحكم مما تقتضيه طبيعة النزاع محل التحكيم^(٢).

٥٥ رابعاً : رقابة محكمة البطلان لسلطة المحكم فى التحوير .

من المقرر أن دعوى البطلان هى الطريق الوحيد لرقابة أحكام المحكمين^(٣). وهى بهذه المثابة دعوى إجرائية خاصة شرعت للتحقق أن أحكام التحكيم قد صدرت على النحو الذى اتفق عليه الأطراف وبالشكل المنصوص عليه بالقانون الاجرائى واجب التطبيق^(٤)، وذلك دون أن تتسع لإعادة نظر موضوع النزاع الذى فصل فيه المحكم أو التطرق إلى بحث مدى صحة حكم التحكيم وعدالته أو التعرض لفهم المحكم للواقع . فهى ليست طعنأ بالاستئناف على أحكام التحكيم^(٥).

وإذا كان الأمر على هذا النحو ، فهل بالإمكان خضوع المحكم فى أعماله

لسلطة التحوير لرقابة محكمة البطلان؟

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف حول طبيعة خطأ المحكم فى تجاوزه لحدود سلطة التحوير ، وذلك حتى يمكن إدراج هذا الخطأ تحت إحدى

(١) مثال ذلك؛ تقدم أحد المحتكمين إلى المحكم بطلب استلام البضائع المتنازع عليها محل خصومة التحكيم مستنداً إلى ملكيته له وعدم ملكية خصمه لها، فإنه وإن جاز للمحكم تحوير هذا الطلب واستبداله بإجراء وقتى آخر، - باعتباره طلباً وقتياً يكون من شأن الفصل فيه المساس بأصل النزاع - كالأمر بتعيين حارس عليها إلى حين الفصل فى النزاع، إلا أنه لا يجوز للمحكم الأمر بتعيين حارس على بضائع محل نزاع آخر لا ينظره مراعاة لحدود النزاع المعروض عليه ونطاق اتفاق التحكيم.

(٢) أنظر: د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٣٣ - ص ٤٠٣ .

(٣) فلا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات. د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٠٦، ٣٠٧ - ص ٥٤١ وما بعدها & د/نبيل عمر - التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٦٠ - ص ٤٣٩ & د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٤٧ - ص ٣٥٠ .

(٤) استئناف القاهرة - ٧د تجارى - جلسة ٢٠١٥/١/٥ - فى الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٣١ق تحكيم .

(٥) استئناف القاهرة - ١٨د تجارى - جلسة ٢٠١٤/١٢/١٤ - فى الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٣١ق تحكيم - مجلة التحكيم العربى - العدد ٢٣ - ديسمبر - ٢٠١٤ - ص ٣٤٠ . واستئناف القاهرة - ٨د تجارى - جلسة ٢٠١١/٤/١٨ - فى الدعوى رقم ٤٦ لسنة ١٢٧ق تحكيم .

الحالات المقررة للطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، ومن ثم تحديد أساس وحدود الرقابة على سلطة المحكم فى التحوير .

وتقريباً على هذا ، فإذا استخدم المحكم سلطته فى التحوير ، بأن أمر باتخاذ الإجراء الوقتى الكامن فى الحالة الواقعية المطروحة عليه بشكل يغير الطلب المطروح عليه فى المنازعة الوقتية المنظورة أمامه ملتزماً بالقيود التى تحكم سلطة التحوير سائلة البيان ، فإنه لا يعد متجاوزاً لحدود هذه السلطة ، وذلك لأنه قضى بمضمون ما طلب منه ، وهو إنزال الحماية الوقتية الملائمة للحفاظ على المراكز القانونية للأطراف من المخاطر التى تحوم حولها ، وإن لم يلتزم بمقترحات الأطراف ومسمياتهم .

أما إذا تجاوز المحكم حدود سلطته فى التحوير ، كأن مثلاً أمر باتخاذ تدبير خارج حدود اتفاق التحكيم ، فإنه يكون قد غير فى مضمون ما طلب منه وقضى بما لم يطلبه الأطراف أو بأكثر مما طلبوه . وعندئذ يخضع التدبير الوقتى الذى استصدره المحكم لرقابة القضاء الوطنى بواسطة دعوى البطلان . وفى هذا الشأن ، يكون أساس رقابة القضاء الوطنى لسلطة المحكم فى التحوير هو تجاوز حدود اتفاق التحكيم طبقاً للمادة ١/٥٣/و من قانون التحكيم^(١) .

وتبعاً لذلك ، يدخل فى هذه الحالة حالة ما إذا أمر المحكم باتخاذ تدبير وقتى أو تحفظى وفقاً للمادة ٢٤ من قانون التحكيم دون أن يتفق الأطراف على ذلك^(٢) أو لم يتضمنه هذا الاتفاق أصلاً ، كأن يأمر ببيع بضائع خارج نطاق خصومة التحكيم

(١) والمقام هنا ليس مجالاً لمعالجة حالة البطلان المنصوص عليها بالمادة ١/٥٣/و كإحدى حالات بطلان أحكام التحكيم، فهى تخرج عن نطاق بحثنا، وإنما نتناول صلاحيتها لتحديد ما إذا كانت تتسع لشمول حالة تجاوز المحكم لحدود سلطة التحوير، ولذلك نشير إليها بإيجاز. فهى تنص على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم. وبالتالي، يبطل حكم التحكيم إذا فصل فى مسألة لم ترد باتفاق التحكيم، أو كانت واردة به غير أنه تجاوز حدودها. أنظر ذلك بالتفصيل: د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٥٨٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٣٥ - ص ٤٠٣، ٤٠٤ & د/أحمد الصاوى - الوجيز فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٦٠ - ص ٣٧٥، ٣٧٤ & د/أحمد هندى - التحكيم - المرجع السابق - بند ٤٥٥ - ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) د/فتحي والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٥٨٨ .

متنازع عليها بين الأطراف مثلاً . ولمحكمة البطلان تفسير اتفاق التحكيم لبيان حدوده ، وعمّا إذا كان يتسع لما فصل فيه حكم المحكم أو أنه قد فصل في مسألة لا يشملها الاتفاق أو جاوز حدوده^(١).

أما إذا كان سبب تجاوز نطاق سلطة التحوير هو استناد المحكم إلى وقائع غير ثابتة أو لم تكن محلاً للمناقشة - بمعنى أن تكون الوقائع البديلة غير منتجة - أو استند إلى أدلة وأسانيد لم تعرض على الأطراف ، أو كان التحوير وسيلة لتحريف الحالة الواقعية المعروضة عليه بوصفها أساس الإدعاء ، فإنه يمكن إدراج هذه الأحوال ضمن حالة البطلان الواردة بالمادة ١/٥٣/ز^(٢)، وذلك باعتبار تلك الأحوال قضاءً بما لم يطلبه الخصوم حيث أن المحكم لم يتقيد بالنزاع المطروح عليه وتخلق واقع جديد من عنده ، فضلاً عن إخلاله بمبدأ المواجهة^(٣).

وإذا كانت القاعدة أن المحكم له سلطة تقدير حقيقة الواقع ، فإنه لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة البطلان طالما كان استخلاصه للواقع استخلاصاً سائغاً^(٤). فأخطاء أحكام التحكيم المتعلقة بعيوب تقدير الواقع لا تجعلها موصوفة بالبطلان ، فرقابة البطلان ليست رقابة ملائمة بما لا يصح له إعادة بحث هذه الوقائع وتقدير مدى صحة الأسباب الواردة بشأنها، لأن قضاء البطلان ليس جهة استئنافية لهذه الأحكام^(٥).

وبالتالى ، فإن المحكم لا يخضع فى إعماله لسلطة التحوير من حيث تقديره للحالة الواقعية المطروحة عليه واستخلاصه للوقائع البديلة القادرة على توليد الحماية الوقتية لرقابة محكمة البطلان طالما كان الاستخلاص له سند في الأوراق ويبرره المنطق والعقل.

-
- (1) د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٥٨٧.
 - (2) والتي تنص على أنه لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم.
 - (3) أنظر: د/فتحى والى - قانون التحكيم - المرجع السابق - بند ٣٣٥ - ص ٦٠١.
 - (4) الطعن رقم ١٩١٠ لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠١١/١٢/٢٧، والطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٩/١/٨، والطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق - جلسة ٢٠٠٧/٢/٨.
 - (5) استئناف القاهرة - ٧٥ تجارى - جلسة ٢٠١٦/١/٦ - فى الدعوى أرقام ١١، ١٢، ١٤ اق تحكيم.

وبذلك ، فإن دور محكمة البطلان يشبه إلى حد كبير دور محكمة النقض في رقابة سلطة التحوير ، فهي لا تراقب التدبير المُحور ذاته ، وإنما تراقب طريقة تحويره وتكوينه^(١)، للوقوف حول نزاهة العملية التحكيمية ومدى احترام المحكم لحقوق الدفاع والقواعد الإجرائية التي لا يجوز تجاوزها من عدمه^(٢). ولا شك أن لتسبب التدبير الذي سيتخذه المحكم جراء استخدام سلطته في التحوير أهمية بالغة في تحديد مدى احترام المحكم لحدود مهمته وبموجبه يمكن للقضاء الوطنى بسط رقابته على عمل المحكم^(٣).

تم بحمد الله وتوفيقه

-
- (١) أنظر في رقابة محكمة النقض لسلطة التحوير: ما تقدم – بند ٤٣ .
(٢) استئناف القاهرة – ٩١د تجارى – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ – فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١١٩ق. وكذلك: استئناف القاهرة – ٧د تجارى – جلسة ٢٠١٦/١/٦ مشار إليه.
(٣) استئناف القاهرة – ٧د تجارى – جلسة ٢٠١٦/١/٦ مشار إليه.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية.

المراجع العامة.

١- د/إبراهيم سعد - القانون القضائي الخاص - ج ١ - منشأة المعارف - ط٤١٩٧.

٢- د/إبراهيم سعد - القانون القضائي الخاص - ج ٢ - منشأة المعارف - ط١٩٨١.

٣- د/أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - ط١٤١٩٨٦ -

٤- د/أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٠.

٥- د/أحمد أبو الوفا - اجراءات التنفيذ - منشأة المعارف - ط٩١٩٨٩ -

٦- د/أحمد الصاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١١

٧- د/أحمد هندی - قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠١٦.

٨- د/أحمد هندی - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٥

٩- د/أحمد هندی - التنفيذ الجبرى - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠١٨.

١٠- د/أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠١.

١١- د/أدوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ - ج ٨ - قضاء الامور المستعجلة - لبنان - ط١٩٨٧.

١٢- د/أمينة النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الأول - مؤسسة الثقافة الجامعة - ط١٩٨٢.

١٣- د/جميل الشرقاوى - الاثبات فى المواد المدنية والتجارية - ط١٩٨٣.

- ١٤- د/رمزى سيف - قانون المرافعات - الطبعة الثامنة - ١٩٦٨.
- ١٥- د/سمير تناغو - النظرية العامة للاثبات - ط١٩٩٩.
- ١٦- د/طلعت دويدار - الوسيط فى قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠١٦.
- ١٧- د/عاشور مبروك - الوسيط فى قانون القضاء المدنى المصرى - الجزء الأول - الطبعة الأولى - ١٩٩٦.
- ١٨- د/عبد الباسط جميعى - مبادئ قانون المرافعات - دار الفكر القانونى - ط١٩٧٤.
- ١٩- د/عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الأجزاء الأول والثانى - ط ٢٠١٤ - تحديث المستشار مدحت المراعى.
- ٢٠- د/على بركات - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠١٦.
- ٢١- د/عيد القصاص - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ٢٠١٠.
- ٢٢- د/فتحي والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - جزاءن - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١٦.
- ٢٣- د/فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مطبعة جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩٧.
- ٢٤- أ/كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ط١٩٩٥.
- ٢٥- د/محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٥.
- ٢٦- د/محمد ابراهيم - الوجيز فى قانون المرافعات - دار الفكر القانونى - ط١٩٨٣.
- ٢٧- د/محمد عبد الخالق - مبادئ التنفيذ الجبرى - ط١٩٧٨.

- ٢٨- د/محمود جمال الدين زكى - المبادئ العامة فى نظرية الاثبات - مطبعة
جامعة القاهرة - ط٢٠٠١
- ٢٩- د/نبيل سعد - النظرية العامة للالتزام - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٩.
- ٣٠- د/نبيل عمر - التنفيذ الجبرى - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠١.
- ٣١- د/نبيل عمر- الوسيط فى المرافعات - دار الجامعة الجديدة - مطبعة
١٩٩٩.
- ٣٢- د/نبيل عمر - أصول المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف -
الطبعة الأولى - ١٩٨٦.
- ٣٣- د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - دار الفكر العربى - الطبعة
الأولى - ١٩٨٦/١٩٨٧.
- ٣٤- د/وجدى راغب - النظرية العامة لتنفيذ القضائى - دار الفكر القانونى.

المراجع الخاصة.

- ١- د/إبراهيم نجيب سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - منشأة
المعارف - ١٩٨١.
- ٢- أ/إبراهيم عثمان - أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - الطبعة الأولى -
١٩٦٨.
- ٣- أ/إبراهيم عثمان - الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - الطبعة الأولى -
١٩٧٨.
- ٤- د/أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاختيارى - منشأة المعارف -
الطبعة الخامسة - ١٩٨٩.
- ٥- د/أحمد أبو الوفا - نظرية الاحكام فى قانون المرافعات - منشأة المعارف -
الطبعة الرابعة - ١٩٨٠.
- ٦- د/ أحمد الصاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - دار النهضة العربية -
ط١ - ١٩٨٤.

- ٧- د/أحمد الصاوى - التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية - دار النهضة العربية - ٢٠١٠.
- ٨- د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ - بيروت - الطبعة الاولى - ١٩٩٦.
- ٩- د/أحمد عبد الكريم - نظرية الأمور المستعجلة - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى.
- ١٠- د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى به - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٩٠.
- ١١- د/أحمد هندى - التحكيم - دراسة إجرائية فى ضوء قانون التحكيم المصرى وقوانين الدول العربية والاجنبية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠١٣.
- ١٢- د/أحمد هندى - الارتباط فى قانون المرافعات - رسالة جامعة الاسكندرية - ١٩٨٦.
- ١٣- د/أحمد هندى - أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ط١٩٩٩.
- ١٤- د/أحمد يسرى - تحول التصرف القانونى - دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدنى - رسالة دكتوراه - جامعة هيدلبرج - المانيا - ١٩٥٥ - نسخة مترجمة - مطبعة الرسالة - ط ١٩٥٨.
- ١٥- د/أسامة الشيخ - قاعدة لا ضرر ولا ضرار- دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٧.
- ١٦- د/أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة جامعة الاسكندرية - ط١٩٦٧.
- ١٧- د/أمينة النمر - أوامر الاداء - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - ١٩٨٩.
- ١٨- د/حلمى بدوى - آثار التصرفات القانونية الباطلة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤٣.

- ١٩- د/جميل الشراوى - نظرية بطلان التصرف القانونى - دار النهضة العربية
- ط١٩٩٤.
- ٢٠- د/سحر عبدالستار - المركز القانونى للمحكم - دار النهضة العربية -
الطبعة الاولى - ٢٠٠٦.
- ٢١- د/سيد محمود - القضية المستعجلة فى القانون الكويتى - الطبعة الأولى -
١٩٩٩.
- ٢٢- د/سيد محمود - سلطة المحكم فى استصدار الاحكام الوقتية والوامر فى
القانون المقارن والكويتى والمصرى - مجلة الحقوق الكويتية - العدد الثالث -
السنة ٢٥ - سبتمبر - ٢٠٠١.
- ٢٣- د/طلعت دويدار - وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح
المتعارضة - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩.
- ٢٤- د/طلعت دويدار - ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - دار الجامعة
الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩.
- ٢٥- د/عبدالباسط جميعى - نظرية الاختصاص - مجلة العلوم القانونية
والاقتصادية - جامعة عين شمس.
- ٢٦- د/عاشور مبروك - التحكيم - مكتبة الجلاء الجديدة - ٢٠١٤.
- ٢٧- د/عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - مطبوعات جامعة الكويت -
الطبعة الاولى - ١٩٩٠.
- ٢٨- د/عزمى عبد الفتاح - تسبيب الاحكام وأعمال القضاة - دار الفكر العربى -
طبعة ١٩٨٣.
- ٢٩- د/عزمى عبدالفتاح - أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - دار
النهضة العربية - ط١٩٩١.
- ٣٠- د/على أحمد الندوى - موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة
للمعاملات المالية فى الفقه الإسلامى - ط١٩٩٩.

- ٣١- د/على الشيخ - الحكم الضمنى فى قانون القضاء المدنى - رسالة جامعة القاهرة - ط١٩٩٧.
- ٣٢- د/على تركى - التزام القاضى بالفصل فى النزاع - دار النهضة العربية - ط٢٠١٣.
- ٣٣- أ/على راتب ونصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - جزاءان - دار الطباعة الحديثة - بيروت - دون تحديد سنة نشر.
- ٣٤- د/على الحيدى - التدابير الوقتية والتحفظية فى التحكيم الاختيارى - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - ١٩٩٦.
- ٣٥- د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة جامعة الزقازيق - ط١٩٩٤.
- ٣٦- د/فتحي والى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - منشأة المعارف- الطبعة الاولى - ٢٠٠٧.
- ٣٧- د/ فتحي والى - مدى اختصاص القضاء الوطنى بالفصل فى طلبات رد المحكمين فى التحكيم المؤسسى - مجلة التحكيم العربى - العدد ٢٣ - ديسمبر - ٢٠١٤.
- ٣٨- د/فتحي والى - بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات - منازعات التنفيذ - بحث منشور بمركز السنهورى للدراسات القانونية - ط١٩٩٣.
- ٣٩- د/فتحي والى - نظرية البطلان - تحديث د/ماهر زغلول - الطبعة الثانية - ١٩٩٧.
- ٤٠- أ/مجدى هرجة - آراء وأحكام فى القضاء المستعجل - طبعة نادى القضاء - ط٢٠١٠.
- ٤١- د/مجدى عبد الغنى خليف - أوجه الرقابة على التحكيم الإلكتروني - رسالة جامعة الاسكندرية - ٢٠١٦.
- ٤٢- د/مجدى عبدالغنى خليف - خصوصيات التحكيم الإلكتروني فى الاتفاق والخصومة والتنفيذ والرقابة - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠١٨.

٤٣- د/محمد إبراهيم - النظرية العامة للتكليف القانوني الدعوى فى قانون المرافعات - ط١٩٨٢.

٤٤- أ/محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ط١٩٧٧.

٤٥- د/محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربى - ط١٩٩٠.

٤٦- د/محمود مختار بربرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤.

٤٧- د/مصطفى يونس - المرجع فى أصول التحكيم - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٩.

٤٨- أ/معتصم سويلم - مدى تحقق الشروط المطلوبة فى التحكيم التقليدي فى ظل التحكيم الالىكترونى - مجلة الاقتصاد المعاصر - العدد ٦٩ - المجلد السابع - فبراير ٢٠٠٤.

٤٩- د/نبيل إسماعيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الثالثة - ٢٠١١.

٥٠- د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط٢٠١١.

٥١- د/نبيل عمر - الاوامر على عرائض ونظامها القانونى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٤.

٥٢- د/نبيل عمر - النظام القانونى للحكم القضائى - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٦.

٥٣- د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - منشأة المعارف - ط١٩٨٠.

٥٤- د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى أمام الاستئناف - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٨.

٥٥- د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الطبعة الاولى - ١٩٨٤.

- ٥٦- د/نبيل عمر - التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الاولى - ١٩٩٩ .
- ٥٧- د/هشام صادق - مركز القانون الأجنبي أمام القضاء المدني - رسالة جامعة الاسكندرية - ١٩٦٨ .
- ٥٨- د/هشام صادق - السبب الممتنع على القاضي - مجلة المحاماة - السنة ٥٠ - أبريل - ١٩٧٠ .
- ٥٩- د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - جامعة عين شمس - ١٩٧٦ .
- ٦٠- د/وجدى راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد ١٥ .

المراجع الاجنبية:

- 1-BENYEKHFLEF (K.), GÉLINAS (F), «Online Dispute Resolution», Lex Electronica, Vol 10, No. 2, 2005.
- 2- Michael (W.) and Thomas (H), Handbook of ICC Arbitration, *Commentary, Precedents, Materials*, Sweet & Maxwell, 2014.
- 3- Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, English, German and Hong Kong Law Compared, vol 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, (August 1998).
available at; <http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html>
- 4- Schafer, Verbist and Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2005.

الدور الإجرائي للوقت
دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والنظام السعودي

دكتور

محمود على عبد السلام وافي

أستاذ قانون المرافعات المساعد بحقوق عين شمس

الأستاذ المشارك بكليات الشرق العربي للدراسات العليا

تمهيد وتقسيم

يعد الوقت من أبرز تطبيقات الشكلية الإجرائية، فهو يحتل حيزًا بالغ الأهمية في قواعد المرافعات، كما يترتب عليه ويرتبط به العديد من النتائج الهامة، منها ما قد يصل إلى فقدان الحق ليس الإجرائي فحسب بل الموضوعي محل الدعوى، بسبب مخالفة القيد الزمني الذي تطلب القانون مراعاته.

كما يرتبط عامل الوقت -في المجال الإجرائي- بالعديد من مبادئ التقاضي الأساسية، كمبدأ المواجهة، ومبدأ احترام حق الدفاع، ومبدأ الاقتصاد في الإجراءات "تركيز الخصومة" الذي يقتضي ربط إجراءات الخصومة بمواعيد يجب احترامها.

إن ارتباط الوقت بالتنظيم الإجرائي هو ارتباط استلزمته فكرة العدالة القضائية، كما أنه من مستلزمات السير الطبيعي لمرفق القضاء، حال سكونه وحال حركته، فحال سكون مرفق القضاء يلاحظ للوقت دورًا بارزًا يبدأ مبكرًا سابقًا لمرحلة تداعي الإجراءات القضائية، وذلك في خصوص التنظيم القضائي، والاختصاص القضائي، كما أنه في حال حركة مرفق القضاء يأتي الدور الأهم والأبرز -بل والشامل- للوقت، إذ لا يقتصر على مرحلة دون سواها، فهذا الدور موجود في إجراءات التقاضي وإجراءات الاعتراض على الأحكام والأوامر القضائية ومراجعتها، كما أنه موجود كذلك في مرحلة التنفيذ القضائي.

وإذا كان هذا هو دور الوقت في النظم القانونية ومنها القانون المصري والنظام السعودي فإن الأمر لم يختلف في خصوص الفقه الإسلامي، فقد عرف الوقت في التنظيم الإجرائي لدى هذا الفقه العتيق، وكان له عظيم الدور والأثر على إجراءات التقاضي، وتعددت الأحكام الفقهية له والمترتبة عليه، ولعل من أبرز تطبيقات الوقت التي حظيت باهتمام الفقه الإسلامي ميعاد الحضور، والمدد المضروبة أجلًا لأحد الخصمين لإحضار أدلة إثبات أو أوجه دفاعه^(١).

ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة وحدودها على النحو التالي:

(١) راجع في تأكيد هذا المعنى محمد أمين "ابن عابدين"، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ج ٥، ط ٢، ١٩٧٩، ص ٤١٦، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المغني، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٠م، ج ١١٤، ص ٤١٢.

أولاً: أهمية الدراسة

تبدو أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها وهو الوقت، ذلك أن الوقت من أهم الأفكار التي يقوم عليها قانون المرافعات، باعتباره الشريعة العامة للقوانين الإجرائية، فالوقت أحد أهم اعتبارات السياسة التشريعية الإجرائية، وهو اعتبار فني هام في صياغة التشريعية؛ ولذا فقد اعتنت به نصوص المرافعات على مر العصور، وفي جميع أنظمة القانون^(١).

بيد أن الأهمية الحقيقية لهذه الدراسة تتبع من الحاجة إلى دراسة تأصيلية لفكرة الوقت في قواعد المرافعات، فبالرغم من أن المؤلفات العامة تتعرض للوقت حال تناولها للمواعيد الإجرائية بصفة عامة، ورغم أن المكتبة العربية تزخر بالمؤلفات التي تضمنت فكرة الوقت بصورة أو بأخرى، غير أنه تبقى الحاجة ماسة وملحة إلى دراسة خاصة للوقت في قانون المرافعات، تعتمد إلى صياغة القواعد العامة له، وتجمع تطبيقاته المتنوعة في صعيد واحد، تيسيراً لاحتواء وتوحيد الأحكام العامة لها فهماً وتفسيراً وتطبيقاً وتطويراً، وذلك انطلاقاً من فكرة أساسية لا بد من رصدها والتركيز عليها وهي: الدور الإجرائي للوقت، وهو ما أحاول تحقيقه في هذه الدراسة.

هذا: وإن كان بحث موضوع الدور الإجرائي للوقت من المسائل الهامة في فقه المرافعات عموماً والقانون المصري على وجه الخصوص غير أن هذه الأهمية تتضاعف في خصوص النظام السعودي، ذلك لكونه حديث النشأة، انطوى على عديد من الأحكام الانتقالية التي تحتاج إلى تطوير لمواكبة ركب النظم الإجرائية المعاصرة، فضلاً عن عدم تناوله للعديد من أوجه التنظيم القانوني للوقت بالصورة التي لم تعد تتماشى مع واقع القضاء السعودي.

مع مراعاة أنه في الكثير من مجالات التطبيق القضائي في النظام السعودي لا نكاد نجد ما يشفي للصدر غائباً، وهو ملاحظ على معظم مسائل التنظيم الإجرائي،

(١) راجع في تأكيد هذا المعنى وترسيخه طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة في قانون المرافعات المنفحة والتجارية، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، ١٩٩٢، ص(٦٠).

والسبب وراء ذلك حداثة التنظيم الإجرائي في المملكة، فضلاً عن الخلفية الشرعية "غير القانونية" لرجال القضاء؛ ولذا فالتطبيق القضائي يهتم أكثر بالقواعد الموضوعية المأخوذة عن الفقه الإسلامي، وتكاد تندر التطبيقات المتعلقة بالقواعد الإجرائية، رغم تبني النظم الإجرائية لها، ولقد حرصت على الاستفادة من كل تطبيق قضائي ذا صلة بموضوعات هذه الدراسة؛ ولذا يفهم ضمناً أن كل حالة يشار فيها إلى تطبيقات القضاء المصري دون السعودي يرجع السبب إلى عدم وجود تطبيق قضائي يعول عليه في بيان موقف القضاء السعودي في الحالة المعروضة.

كذلك وفي خصوص النصوص القانونية قد لا يوجد للعديد من نصوص قانون المرافعات المصري ما يقابلها في نظام المرافعات السعودي، ويكفي تدليلاً على ذلك الإشارة إلى عدد نصوص كلا القانونين، فنصوص قانون المرافعات المصري تزيد عن نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي بإحدى وثلاثين مادة^(١)؛ وعليه فكل حكم يشار إليه في القانون المصري دون السعودي يعني إلى انتفائه في هذا الأخير.

ثانياً: الدراسات السابقة

على خلاف الحال في المجال الموضوعي لم يحظى دور الوقت في المجال الإجرائي بالاهتمام البحثي، اللهم إلا بعض الدراسات العامة غير المتعمقة. ففي المجال الموضوعي تعددت الدراسات المتخصصة التي اتخذت من دور الوقت وأهميته محلاً لها، سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية على السواء.

فهناك دراسات تناولت دور الوقت من الناحية الإدارية، ومن هذه الدراسات ما تناول الوقت من الناحية الجنائية، كدوره في اكتمال النموذج التشريعي لبعض الجرائم، ودوره في تحديد مسؤولية المتهم بل ومحاسبته، إلى غير ذلك، كما أن هناك

(١) فنصوص قانون المرافعات المصري (بعد استبعاد نصوص المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ لصنوع قانون التحكيم، واستبعاد المواد من ٥١٤ إلى ١٠٢٢ الملغاة بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال؛ ولستبعاد نصوص التنفيذ لكون نظام المرافعات الشرعية السعودي لا يتضمنها إذ أفرد لها نظاماً مستقلاً هو نظام التنفيذ) هي ٢٧٢ مادة بينما تنحصر مواد نظام المرافعات الشرعية في ٢٤٢ مادة.

دراسات تناولت الدور الاقتصادي للوقت، باعتباره من العوامل المهمة المؤثرة اقتصادياً^(١).

وفي خصوص الفقه الإسلامي نجد العديد من الدراسات المتخصصة التي تناولت الدور الشرعي للوقت، كدوره في الأحكام الشرعية للصلاة والصيام والزكاة والحج، ودوره أيضاً في المعاملات ذات الصبغة الشرعية كالزواج والطلاق وما يتعلق بهما من أحكام كالعدة^(٢).

أما في المجال الإجرائي فقد اقتصر الأمر على دراسة المواعيد الإجرائية في إجراءات التقاضي، وتحديدًا التقسيمات العامة لهذه المواعيد إلى كاملة وناقصة ومرتدة، أو متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به، أو حتمية وتنظيمية، فلا توجد - على حد علمي - دراسات متخصصة اتخذت من الوقت أو من دوره محلًا لها، وتحديدًا في خصوص بيان "الدور الإجرائي للوقت في قواعد المرافعات"، سواء قبل بدء الخصومة القضائية، أو أثناء سيرها، أو بعد انقضائها.

وبالرغم من وجود بعض الدراسات المتخصصة ذات الصلة، غير أنها - كما ذكرت - اقتصرت على المواعيد الإجرائية وهي جزء من الوقت، فهناك مدد زمنية معتبرة إجرائيًا خارج هذا الإطار، كما أنها اقتصرت على استعراض المواعيد الإجرائية وتقسيماتها، وكيفية احتسابها، وأهم تطبيقاتها، دون الوقوف على جوهر الدور الإجرائي لهذه المواعيد^(٣).

(١) من هذه الدراسات محمد الطاهر الرزقي، عمل الزمن في العبادات والمعاملات، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، وما تضمنه كمرجع من دراسات سابقة في هذا الخصوص، وأيضًا لطفي عبدالقادر أحمد غرابية، أهمية الوقت وإدارته من المنظورين الوضعي والإسلامي، رسالة ماجستير، كلية التربية والفنون جامعة اليرموك، ١٩٩٥.

(٢) من هذه الدراسات: لأمال أحمد الكسلبية، أثر الوقت في الأحكام الشرعية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة مؤتة، ٢٠٠٨. ومن الدراسات ما تناولت دور الوقت بصفة عامة في حياة الإنسان، وضرورة استثماره والاستفادة القصوى منه، لكونه رأس المال الحقيقي لكل إنسان، من هذه الدراسات: لشراف أحمد البيرودي، قيمة الوقت في التربية الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم أصول الدين، جامعة اليرموك، ١٩٩٧، طه حسين إبراهيم، استثمار الوقت عند الشباب الأردني، رسالة ماجستير، كلية الآداب، بغداد، ١٩٩٥.

(٣) لم يقتصر أمر تناول المواعيد الإجرائية على المؤلفات العامة فقط، ذلك أن بعض الدراسات المتخصصة تناولتها، وسمت الإشارة تباعًا إلى بعض هذه الدراسات، ومنها على سبيل المثال: بدر بن سليمان بن صالح النصيل، المواعيد الإجرائية المنقولة بالدعوى قبل الحكم في نظام المرافعات الشرعية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤م.

وإن كان هذا لا ينفى وجود إشارات مباشرة للدور الإجرائي للوقت^(١)، غير أن المقصود عدم وجود دراسات خاصة اتخذت من هذا الموضوع الهام محلًا لها. ومن هنا جاءت أهمية هذه الدراسة -برأيي- لتسليط الضوء على أهمية الدور القانوني للوقت من الناحية الإجرائية.

ثالثاً: فلسفة الربط بين الوقت والإجراءات

لم يأت تقييد الإجراءات بمواعيد ومدد زمنية معينة عسفاً دون حكمة، بل إنه جاء منطلقاً من فلسفة إجرائية معتبرة، تعمل على تدعيم وتفعيل العديد من مبادئ التقاضي، وتكريساً لضروريات إجرائية ملحة، ذلك أن هذه الفلسفة تقوم على عدة محاور من أبرزها ما يلي:

١- السرعة في الإجراءات، وذلك من خلال تقييد الحقوق والمكناات الإجرائية بمدد زمنية قصيرة نسبياً، ومواقيت محددة، يتعين مراعاتها عند ممارسة الحق الإجرائي، أو مباشرة المكنة الإجرائية، فلا يترك الأمر لمحض إرادة أشخاص الخصومة القضائية.

٢- الاقتصاد في الإجراءات، وذلك باستبعاد كل إجراء فات موعده، والاهتمام بالإجراءات التي لا يزال موعد اتخاذها قائم، وهو ما يتحقق من خلال إعمال السقوط كأثر لتجاوز الحدود الزمنية لمباشرة الإجراء^(٢).

٣- حماية الحقوق الموضوعية والمراكز محل الدعوى، فبالرغم من أن الوقت من تطبيقات الشكل الإجرائي الذي هو عبء على الحق الموضوعي، إلا أن تقييد مباشرة إجراءات الحصول على الحماية القضائية للحق الموضوعي بزمن محدد يعمل على إنجاح التنظيم الإجرائي للحماية القضائية، ولا شك أن مقصد هذه الحماية هو الحق الموضوعي أو المركز القانوني محل الدعوى، فإذا كان التقييد بالمواعيد من

(١) من أبرز الإشارات المباشرة في هذا الخصوص ما ذهب إليه أستاذنا الدعي ر/ طلعت دويدار ويؤي ضمن أحد مؤلفاته العامة عنوان "لمرة الوقت في نظام المرافعات"، راجع مؤلف سوابقه الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، دار الحافظ، ط٣، ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م، ص٢٢٧.

(٢) وفي هذا السياق أوضحت محكمة النقض فلسفة التقييد في الربط بين الطعن وميعاد محدد يستتبع فواته سقوط الحق فيه، من خلال قضائها بأن هذه الفلسفة تبدو في الاقتصاد في الإجراءات والحد من المقارعات غير الجادة. راجع في تأكيد هذا المعنى حكماً في الطعن رقم ٧٧٦٥، من ١٥/٢٤/٢٠٠٨م، وفي ذات

السياق راجع لحكمتها في الطعن رقم ٣٢٢٢، من ٧٦٦، جلسة ٢٠١٧/١/٢٦، ١٢٦٧٢، من ٧٨٩، جلسة ٢٠١٧/١/٢٢، ٢٠٢٢٤، من ٩٨٢، جلسة ٢٠١٦/١٢/١٣.

أسباب إنجاح التنظيم الإجرائي في أداء دوره، وكان مما لا شك فيه أن نجاح هذا التنظيم يصب في صالح الحق والمركز القانوني محل الدعوى؛ فإن التقيد بالزمن والمدد والمواعيد في المجال الإجرائي يعمل على حماية الحقوق الموضوعية والمراكز القانونية محل الدعوى^(١).

رابعاً: حدود الدراسة

تأتي هذه الدراسة لرصد أبرز ملامح الدور الإجرائي للوقت في قواعد المرافعات، دون الوقوف على مرحلة الخصومة القضائية؛ ولذا استعملت اصطلاح الوقت دون اصطلاح المواعيد الإجرائية في عنوان هذه الدراسة، ذلك أن المواعيد الإجرائية -وفقاً لمعناها الاصطلاحي المحدد- تتصرف إلى المواعيد الإجرائية المتعلقة بسير الإجراءات وتتابعها، فهي جزء من عموم الوقت، ولكون الدور الإجرائي للزمن لا يتوقف عند هذه الإجراءات تعين استعمال اصطلاح "الوقت"^(٢). ومن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي لم يستخدم مصطلح "ميعاد" في كتاباته المتعلقة بإجراءات التقاضي، وإنما استخدم ألفاظاً مرادفة له بالمعنى كلفظ "أجل"، وما يندرج تحته من مرادفات أخرى مثل "الإمهال، المدة، والتأقيت"، سواء كان مصدر التقيد بالزمن هو الشارع، أو القضاء، أو إرادة الأفراد^(٣).

خامساً: مصطلحات الدراسة

في هذه الدراسة ينصرف مصطلح "قانون" إلى القانون المصري، بينما ينصرف اصطلاح "نظام" إلى النظام السعودي، ويقصد باصطلاح "مرافعات" إذا جاء مجرداً

(١) لقد أحسن استنفاً للجيل الراحل أ.د/ وجدي راغب فهمي حين قال بأن "الحق لا يكون محققاً في شكواه من التكبئة إلا بالنظر الذي يكون فيه الطائر محققاً في شكواه بأن الريح تموق حركته دون أن يدري أن الريح هي التي تحمله". (وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٦٧م، ص ١٣٠).

(٢) تستطيع رصد اختلافات قهية في الاستعمال المصطلحي في هذا الصدد، فرغم أن الغالب من الفقه الإجرائي يوسع من مضمون مصطلح "المواعيد الإجرائية" بحيث يجعله يشمل كل المواعيد المرتبطة بإجراءات التقاضي، نجد رأياً آخر يميز بين المواعيد الإجرائية ومواعيد التقادم ومواعيد السقوط، راجع طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة، ص ٥.

هذا: وأرى انصراف المعنى الاصطلاحي للمواعيد الإجرائية إلى "الفترة الزمنية التي يتقيد بها الإجراء القضائي"، راجع بدر النصيان، المواعيد الإجرائية، ص ١٦، وللوقوف على المعنى الاصطلاحي للمواعيد الإجرائية راجع نبيل إسماعيل عز، الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥م، ص ٣٩٩.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، ص ٤٠٥، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ٢٤، ص ٥.

قانون المرافعات المصري^(١)، بينما يقصد باصطلاح "مرافعات شرعية" نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد^(٢)، ويقصد باصطلاح "نظام التنفيذ" نظام التنفيذ السعودي^(٣)، وباصطلاح "قانون التحكيم" قانون التحكيم المصري^(٤)، وباصطلاح "نظام التحكيم" نظام التحكيم السعودي الجديد^(٥)، مع ملاحظة أن جميع أحكام محكمة النقض المصرية الواردة بالهامش منشورة بالموقع الإلكتروني للمحكمة^(٦)، وأن اصطلاح "مجموعة الأحكام" ينصرف إلى "مجموعة الأحكام القضائية" الصادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل السعودية^(٧)، وأن اصطلاح "مدونة الأحكام" ينصرف إلى "مدونة الأحكام القضائية" الصادرة عن الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل السعودية^(٨).

سادساً: تقسيم الدراسة

يتعين لتحقيق هدف هذه الدراسة -المتتمثل في تأصيل الدور الإجرائي للوقت- تناول دور الوقت فيما يتعلق بأشخاص الخصومة القضائية، فضلاً عن دوره في منح الحماية القضائية وفق صورها المتعددة، ومما لا شك فيه عدم منطقيّة تناول الدور الإجرائي للوقت دون تناول محددات احتسابه ذات الأثر على تحديد دوره؛ وعلى هذا سنتقسم هذه الدراسة إلى مباحث ثلاثة تتمثل في:

المبحث الأول: أثر الوقت على أشخاص الخصومة القضائية.

المبحث الثاني: عوامل تحديد الأثر الإجرائي للوقت.

المبحث الثالث: دور الوقت في منح الحماية القضائية.

(١) الصادر ب القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وفق آخر تعديلاته.

(٢) الصادر بمرسوم الملكي رقم (١/م) في ١٢/١٢/١٤٣٥هـ ولائحته التنفيذية ال صادرة بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) في ١٩/٥/١٤٣٥هـ.

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٢/م) في ٣٠/١٢/١٤٣٣هـ ولائحته التنفيذية ال صادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٨٩٢) في ١٧/٤/١٤٣٤هـ.

(٤) ال قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

(٦) الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية بشبكة المعلومات الدولية على الرابط:

<http://www.cc.gov.eg>

(٧) منشورة بشبكة المعلومات الدولية على الرابط: <http://www.moj.gov.sa>

(٨) منشورة بشبكة المعلومات الدولية على الرابط: <http://www.moj.gov.sa>

المبحث الأول

أثر الوقت على أشخاص الخصومة القضائية

هل للوقت أثر مباشر على المراكز القانونية لأشخاص الخصومة القضائية؟
إن إجابة هذا التساؤل ستكون شاغل هذا المبحث وموضوعه، سواء فيما يتعلق بالقاضي أو الخصوم، وذلك في مطلبين على نحو ما يلي:
المطلب الأول: أثر الوقت على المركز القانوني للقاضي.
المطلب الثاني: أثر الوقت على المركز القانوني للخصم.

المطلب الأول

أثر الوقت على المركز القانوني للقاضي

هل للوقت أثر مباشر على المركز القانوني للقاضي؟، هذا السؤال سوف أحاول الإجابة عليه في فرعين على التوالي هما:
الفرع الأول: دور الوقت في اكتساب الصفة القضائية.
الفرع الثاني: دور الوقت في مباشرة الوظيفة القضائية.

الفرع الأول

دور الوقت في اكتساب الصفة القضائية

قد يبدو غريباً للوهلة الأولى تصور أن للوقت دور فيما يتعلق باكتساب الصفة القضائية، غير أنه بتدقيق النظر يتضح لنا هذا الدور من زاويتي منح هذه الصفة وإنهائها، وهو ما يمكن تناوله في الغصنين التاليين:
الغصن الأول: دور الوقت في منح الصفة القضائية.
الغصن الثاني: دور الوقت في إنهاء الصفة القضائية.

الغصن الأول

دور الوقت في منح الصفة القضائية

إن ثبوت الصفة القضائية -فيمن يتولى وظيفة القضاء فصلاً بين المتقاضين في خصوماتهم- مفترض أساس للاعتداد بما يصدر عن صاحب هذه الصفة من قرار يوصف بالقضائي، وهو ما يسمى بالسلطة القضائية؛ ولذا فإن انتفاء هذه السلطة يعني -في ذات الوقت وبذات القدر- انتفاء الصفة القضائية؛ بما يستتبع انعدام الصفة

القضائية عما يصدر عنه من قرارات، كما ينبغي أن تتوافر صلاحية مباشرة العمل القضائي؛ وإلا كان قراره باطلاً ولو ثبتت له السلطة القضائية^(١).

والسؤال المطروح على بساط البحث هو: هل للوقت دور في ثبوت هذه الصلاحية أو تلك السلطة للقاضي؟.

نستطيع إيجاد إجابة حاسمة لهذا التساؤل في خصوص القانون المصري- بالجمع بين العبارة الأولى والفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون السلطة القضائية، فمطلع هذه المادة ينص على أن يكون شغل الوظائف القضائية بالتعيين أو الترقية، والفقرة الأخيرة تنص على أن "يعتبر تاريخ التعيين أو الترقية من تاريخ موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية"، وهو ما يعني أن هذا التوقيت هو الذي تثبت فيه الصفة القضائية للقاضي بما يترتب على ذلك من نتائج من أبرزها تحديد مدى وصف ما يصدر عنه من عمل بالصفة القضائية من عدمه بعد توافر المفترضات الأخرى للعمل القضائي^(٢).

ومن ناحية أخرى فإنه يلزم بلوغ من يراد له شغل الوظيفة القضائية سناً معينة لا يمكنه اكتساب الصفة القضائية قبل بلوغها؛ وهكذا يعمل الوقت عاملاً جوهرياً لتوافر مفترضاً أساسياً لاكتساب هذه الصفة^(٣).

(١) وجدي وراغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط٤، ٢٠٠٤، ص٣٩٥، سيد أحمد محمود، أصول القضاة وفقاً لقانون المرافعات، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م، ص١٤٨.

(٢) رغم ثبوت الصفة القضائية من هذا التوقيت غير أن مباشرة أعمال الوظيفة القضائية يحتاج إلى أداء مبدئياً معينة لدى جهة محددة وفقاً لنص المادة رقم ٧١ من قانون السلطة القضائية (راجع في تفصيل ذلك أحمد ماهر زغلول ويوسف يوسف أبو زيد، أصول وقواعد المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات الكاملة لها والمرتبطة بها في ضوء أحدث التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، مطبوع في حقوق عين شمس، ٢٠٠٧/٢٠٠١م، ص٦٩).

(٣) وفقاً لنص المادة رقم ٣٩ من قانون السلطة القضائية يلزم فيمن يعين قاض من الفئة (ب) من بين وكلاء النائب العام أن يكون قد أمضى في شغل هذه الوظيفة أربع سنوات متتالية على الأقل، وكذا في خصوص المحامين أن يكون قد اشغلت مدة أربع سنوات متتالية في الترافع أمام محكمة الاستئناف، وأن يكون قد أمضى في المحاماة بصفة عامة أو أي عمل مناظر مدة سبع سنوات، وكذا أعضاء هيئة تدريس القانون في الجامعات ومن في حكمهم أن يكون قد أمضى في عمله سبع سنوات متتالية.

كذلك وفقاً لنص المادة رقم ٤١ من قانون السلطة القضائية يلزم فيمن يعين في وظيفة قاض من الفئة (ا) من قضاة المحاكم الابتدائية أن يكون قد أمضى في شغل هذه الوظيفة خمس سنوات على الأقل، وكذا في خصوص المحامين أن يكون قد اشغلت مدة سبع سنوات متتالية في الترافع أمام محكمة الاستئناف، وأن يكون قد أمضى في المحاماة بصفة عامة أو أي عمل مناظر مدة أربع عشرة سنة، وكذا أساتذة القانون المساعدون في الجامعات ومن في حكمهم أن يكون قد أمضى في عمله أربع عشرة سنة متتالية.

وفي خصوص وظيفة نواب من الفئة (ب) في المحاكم الابتدائية -وفقاً لذات النص- **يلزم** فيمن سبق له العمل بالمحاماة أن يكون قد اشغلت مدة اثني عشرة سنة متتالية في الترافع أمام محكمة الاستئناف، وأن يكون قد أمضى في المحاماة بصفة عامة أو أي عمل مناظر مدة سبع عشرة سنة، وكذا أساتذة القانون والأساتذة المساعدون في الجامعات ومن في حكمهم أن يكون قد أمضى في وظيفة أساتذ مساعد مدة لا تقل عن خمس سنوات.

هذا: ومن ناحية ثالثة فإن هناك قيوداً زمنياً استلزمته نصوص القانون لشغل الوظيفة القضائية في فروض محددة؛ بحيث يترتب على عدم اكتمال المدد الزمنية اللازمة امتناع اكتساب هذه الصفة^(١).

أضف إلى كل ما سبق أنه حال تبني فكرة معهد أو أكاديمية للقضاة يتعين أن يلتحق بها المرشحين لتتولى منصب القضاء قبل توليهم القضاء للمساهمة في زيادة تأهيلهم للعمل القضائي فإن للوقت دور بارز في ثبوت الصفة القضائية وفق هذا التصور^(٢)، وذلك من ناحيتين.

فمن ناحية أولى يلزم -حال تبني المقترح المذكور- بقاء المرشح لوظيفة القضاء مدة زمنية معينة لا يصح حصوله على إجازة التدريب أو التأهيل قبل مرورها، ومن

أما وظيفة رئيس من الفئة (أ) في المحاكم الابتدائية -ووفقاً لذات النص- وفي خصوص الرؤساء السابقين في المحاكم الابتدائية فيلزم أن يكون قضى في هذه الوظيفة مدة ثلاث سنوات على الأقل، وفيمن سبق له العمل بالمحاماة أن يكون قد اشتغل مدة خمس عشرة سنة متتالية في الترافع أمام محاكم الاستئناف، وأن يكون قد أمضى في المحاماة بصفة عامة أو أي عمل ملازم مدة عشرين عاماً، وكذا أسندت القانون في الجامعات ومن في حكمهم أن يكون قد أمضى في وظيفة أستاذ مدة لا تقل عن سنتين.

وأما وظيفة قاض بمحاكمة الاستئناف فيلزم فيمن سبق له العمل بالمحاماة أن يكون قد اشتغل مدة خمس سنوات متتالية في الترافع أمام محكمة النقض، ويلزم فيمن عمل أستاذاً للقانون في إحدى الجامعات المصرية أن يكون قد أمضى في وظيفة أستاذ مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

وأخيراً -وفق نص المادة رقم ٤٣ من قانون السلطة القضائية معدل بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦- يلزم فيمن عين في وظيفة قاض بمحاكمة النقض أن يكون عمل مدة ثلاث سنوات على الأقل في وظيفة قاض بإحدى محاكم الاستئناف، أو كمحام عام بالنيابة العامة، أو ما يعادلها في الهيئات القضائية، أو أن يكون قد عمل بالتدريس كأستاذ للقانون في إحدى الجامعات المصرية مدة لا تقل عن ست سنوات، وأن يكون قد مضى على تخرجه إحدى وعشرين سنة لم ينقطع خلالها عن العمل القانوني، أو أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا بالمحاماة مدة ثماني سنوات متتالية أمام محكمة النقض.

وفي بيانها للتمهيد التشريعية في استلزام مرور المدد المذكورة في حق المحامين للعمل في الوظيفة القضائية تكررت محكمة النقض أنها تمثل في جعل المساواة في الأهمية مع من هم داخل الكادر القضائي أساساً عادلاً لزمالة حقة تستند إلى صلاحية المحامي للتعين في القضاء ومسؤوليته بهذا التعيين زمولاً متكافئاً لمن سبقه في التعيين بدخول الكادر القضائي في تاريخ صلاحيته هو لهذا التعيين بمرور المدة الزمنية المشترطة بصورة متوالية على اشتغاله بالمحاماة؛ فحصد أتمتته بين أغلبية زملائه الذين استوفوا شروط الصلاحية في نفس التاريخ وعينوا في القضاء قبله. (حكمها في الطعن رقم ٦، من ٣٧٢، جلسة ١٩٧٧/٢/١٠).

وهذا هو المنهج العام للمحكمة في خصوص جميع الفئات والوظائف، ولجاء في تأكيد هذا المعنى أحكامها في الطعون أرقام ١٦٤٩، من ٧٢، جلسة ٢٠١٤/٦/١.

٤٣٦، من ٧٠٠، جلسة ٢٠١٣/٦/١٦، ١٢٤٤٢، من ٧٦٠، جلسة ٢٠١٢/٣/٢٢.

(١) وفقاً لنص المادة رقم ٢٨ من قانون السلطة القضائية يلزم فيمن عين قاض في المحكمة الابتدائية ألا تقل سنه عن ثلاثين سنة، وفيمن عين قاض بمحاكمة الاستئناف ألا تقل سنه عن أربعين سنة، وفيمن عين قاض بمحاكمة النقض ألا تقل سنه عن إحدى وأربعين سنة (وفق نص المادة رقم ٢/١ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢).

(٢) لا يعنى المقترح المشار إليه الإشارة إلى عدم وجود تدريب دائم ومستمر للقضاة بمصر ذلك أنه يوجد بوزارة العدل مركز متخصص في هذا الصدد وهو "المركز القومي للدراسات القضائية"، المنشأ بقرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٨١، وله العديد من الإنجازات في هذا الصدد يمكن الاطلاع عليها من خلال موقع المركز على الرابط: <http://www.jp.gov.eg>، غير أن المقترح المذكور يتضمن عدم الالتحاق بالقضاء إلا بعد تجاوز دورات تدريبية وتأهيلية معينة، بخلاف الوضع القائم إذ ينصرف التدريب وزيادة التأهيل للقضاة الممارسين للوظيفة القضائية بالفعل.

ناحية ثانية فإن الصفة القضائية لن تثبت من تاريخ الالتحاق وإنما من تاريخ الحصول على ما يفيد إتمام التدريب المطلوب.

هذا: وقد تبني النظام السعودي ذات المنطق في إثبات الصفة القضائية للقضاة، من ضرورة الاعتداد بالوقت أساساً لثبوت هذه الصفة^(١).

وفي الفقه الإسلامي فإن ولاية القضاء عقد بين صاحب الحق في التولية أو من ينوب عنه من ناحية والقاضي من ناحية أخرى، يحتاج إلى صيغة لانعقاده، وشروط لصحته، ولا شك أن الولاية القضائية لا تثبت للقاضي إلا بعد انعقاد هذا العقد بتوافر أركانه وشروطه وانتفاء مبطلاته وما قد يفسده أو ينال من صحته^(٢). كما لا تمنح الصفة القضائية لمتولي القضاء إلا من لحظة ثبوت التولية بعلم الكافة بها علماً معتبراً حقيقياً كان أو حكماً^(٣).

(١) يتضمن نظام القضاء الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨٤، وتاريخ ١٩/١١/١٤٢٨هـ في الفقرة هـ من المادة الحادية والثلاثين منه على أن «يشترط فمين يولي القضاء: الأقل سنة عن اربعين سنة إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى».

كما تنص المادة رقم ٣٤ من على أن «يشترط فمين يشغل درجة قاضي (ج) أن يكون قد أمضى في درجة ملازم قضائي ثلاث سنوات على الأقل»، وينص في المادة رقم ٣٥ على أن «يشترط فمين يشغل درجة قاضي (ب) أن يكون قد قضى سنة على الأقل في درجة قاضي (ج)، أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة أربع سنوات على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة أربع سنوات على الأقل»، وينص في المادة ٣٦ على أن «يشترط فمين يشغل درجة قاضي (أ) أن يكون قد قضى أربع سنوات على الأقل في درجة قاضي (ب) أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة ثماني سنوات على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة ثماني سنوات على الأقل»، وينص في المادة ٣٧ على أن «يشترط فمين يشغل درجة وكيل محكمة (ب) أن يكون قد قضى ثلاث سنوات على الأقل في درجة قاضي (أ)، أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة إحدى عشرة سنة على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة إحدى عشرة سنة على الأقل»، وينص في المادة ٣٨ على أن «يشترط فمين يشغل درجة وكيل محكمة (أ) أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة وكيل محكمة (ب)، أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة ثلاث عشرة سنة على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة ثلاث عشرة سنة على الأقل»، وينص في المادة ٣٩ على أن «يشترط فمين يشغل درجة رئيس محكمة (ب) أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة وكيل محكمة (أ) أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة خمسة عشرة سنة على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة خمسة عشرة سنة على الأقل»، وينص في المادة ٤٠ على أن «يشترط فمين يشغل درجة رئيس محكمة (أ) أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة رئيس محكمة (ب) أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة سبع عشرة سنة على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة سبع عشرة سنة على الأقل، أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة سبع عشرة سنة على الأقل»، وينص في المادة ٤١ على أن «يشترط فمين يشغل درجة قاضي استئناف أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة رئيس محكمة (أ)، أو اشتغل بأصايل قضائية نظيرة لمدة تسع عشرة سنة على الأقل، أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة تسع عشرة سنة على الأقل»، وينص في المادة ٤٢ على أن «يشترط فمين يشغل درجة رئيس محكمة استئناف أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة قاضي استئناف»، كما ينص في المادة ٤٤ على أن «١- تكون مدة التجربة للملازم القضائي من تاريخ مبايرته العمل بعد صدور قرار من المجلس الأعلى للقضاء بتعيينه على هذه الوظيفة. فإن رضى خلال هذه المدة عدم صلاحيته للقضاء، يصدر المجلس الأعلى للقضاء قراراً بالاستغناء عنه في السلك القضائي. ٢- يكون من بين من القضاء ابتداءً تحت التجربة لمدة علم، وإذا لم تثبت صلاحيته خلال هذه المدة انتهى خدمته بغير ملكي».

(٢) محمد كامل عبيد، ولاية القضاء في الفقه الإسلامي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي بالإمارات، ج، ٥، ع، ١٩٩٧، ص ١٨.

(٣) راجع في تفصيل ذلك في كتابات الفقه الإسلامي إبراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي (ابن أبي الدم)، أدب القضاء، مطبعة زيد بن ثابت، ١٩٧٥م، ص ٤٢، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٢، ص ٦٩، عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتعيينه، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧٣، ص ١١٣.

وأخيراً فقد تأتي هذه التولية مؤقتة؛ فلا تثبت الصفة القضائية للمولى إلا خلال مدة زمنية محددة هي "مدة التولية"، وهو ما يسمى بالولاية الخاصة أو المقيدة، فمناطق الخصوصية أو التقيد قد يتعلق بالزمان "الوقت" (زمن التولية بمعنى مدتها)، أو المكان (النطاق الجغرافي لولاية القاضي)، أو الحادثة (موضوع الدعاوى المسموح للقاضي سماعها والفصل فيها)، وهكذا يأتي الوقت قيد على ثبوت الصفة القضائية^(١).

الفصل الثاني

دور الوقت في إنهاء الصفة القضائية

يدخل الوقت عنصراً جوهرياً في إنهاء الصفة القضائية، ولهذا الدور العديد من التطبيقات، منها ما هو عام ومنها ما هو خاص، وتتماثل جميعها في اعتبار الوقت معول عليه في تحديد ثبوت أو نفي الصفة القضائية؛ بما يترتب على هذا التحديد من نتائج هامة وخطيرة، ومن أبرز هذه التطبيقات:

أولاً: أثر الوقت في زوال الصفة القضائية حال الندب

تعددت النصوص القانونية المنظمة للندب في القانون المصري والنظام السعودي على السواء، وسواء في خصوص الخصومة القضائية أو إجراءات التنفيذ^(٢).

وقد وردت أحكام الندب بمجالين متكاملين، هما مجال إجراءات الإثبات، ومجال إجراءات المرافعات بخلاف الإثبات كمنح الحماية القضائية الوقتية؛ ولذا فقد وزعت أحكام الندب في القانون المصري بين نصوص قانون المرافعات^(٣) وقانون

(١) في تفصيل ذلك في الفقه الإسلامي راجع إبراهيم ناصر الحمود، التولية القضائية، بحث منشور بمجلة القضائية، تصدر عن وزارة العدل السعودية، العدد ٤، رجب ١٤٣٣هـ ص ٣٥.

(٢) من تطبيقات الندب في مجال التنفيذ القضائي اختيار القضاة الذين تشكل منهم إدارة التنفيذ في القانون المصري، إذ ينتدبون من محاكمهم بناءً على قرار من وزير العدل كي يقوموا بمهام التنفيذ في إدارة التنفيذ خلال مدة الندب (ينص قانون المرافعات المصري في مادته رقم ٢/٢٧٤ على أن "يرأس إدارة التنفيذ قاضٍ بمحكمة الاستئناف ويعاونه عدد كافٍ من قضائتها يندبهم وزير العدل، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، وقضاة من المحاكم الابتدائية بدرجة رئيس محكمة على الأقل تختارهم الجمعية العمومية للمحكمة"^(٣)).

راجع في تأكيد هذا المعنى عبد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥٤؛ سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ط ١، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، ص ٧٠، أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٢١٣، أسامة أحمد شوقي الملجي، الإجراءات المدنية لتنفيذ الجبري، بدون نشر أو تاريخ نشر، ص ١٩٠.

(٣) منها في قانون المرافعات نص المادة ٢٧ و ١/٤٥ و ٢/١٥١ و ١٦٢. وفي تفصيلات ذلك راجع أسامة أحمد شوقي الملجي، نظم الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية والإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٣٠، سحر عبدالستار إمام: دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١، منشور لدى دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٣١٦.

الإثبات^(١)، أما في النظام السعودي فقد وردت في نظام المرافعات الذي يتضمن قواعد الإثبات^(٢).

وينصرف النذب في مجال الإثبات إلى قيام قاضٍ مكان القاضي ناظر الدعوى في اتخاذ إجراء قضائي محدد للاستفادة به في الإجراءات القائمة أمام ناظر الدعوى بسبب قرب المنتدب وبعد ناظر الدعوى عن مكان اتخاذ هذا الإجراء، بينما ينصرف عموماً في قواعد المرافعات والتنفيذ إلى تكليف قاضٍ بمباشرة الوظيفة القضائية مع التقيد بقيد موضوعي بحصر التكاليف بنوع معين من أنواع الحماية القضائية (كندب قاضٍ لمنح الحماية الوقتية)، أو التقيد بقيد زمني (كندب قاضٍ للقيام بالوظيفة القضائية لمدة زمنية محددة)^(٣).

ويترتب على النذب زوال الصفة القضائية للقاضي من حيث انتدب وانتقال هذه الصفة له إلى حيث انتدب، وإذا كان السبب المباشر المؤثر على الصفة القضائية هو قرار النذب ذاته، غير أن هذا لا ينفي ما للوقت من دور بارز في هذا الخصوص، ذلك أن تطبيق هذا القرار مرتبط بمدة زمنية هي مدة النذب، التي تبدأ بوقت سريانه وتنتهي بوقت انتهائه، وهذا التوقيت في حقيقة الأمر هو المعول عليه في تحديد لحظة زوال الصفة القضائية للقاضي المنتدب في خصوص الجهة التي انتدب منها، وكذا لحظة عودة هذه الصفة له، وأيضاً -وفي المقابل- يعول على مدة النذب "أي الوقت"

(١) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩، والقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، ومنصوص المنظمة للنذب في هذا الخصوص بنصوص المواد ٣ و٤ و٧٢ و٨١ و١٢٦ و١٣١.

(٢) من قبيل ذلك ما ورد في نظام المرافعات بنصوص المواد أرقام ١٠٢ و١٠٦ و١١٤ و١١٦ و١٢٢.

(٣) راجع أحكام محكمة النقض المصرية في الطعون أرقام ٥٦٣، من ٣٤٣، جلسة ١٩٦٨/١٢/٥، و٤٢٢، من ٤٣٧، جلسة ١٩٧٧/١٢/١٢، و٨٧٣، من ٧٦٦، جلسة ١٩٨٣/١٢/٨، و١٠٤١، من ٧٢، جلسة ١٩٧١/١٢/١٩.

وراجع في خصوص تطبيقات القضاء السعودي المعقدة في هذا الصدد حكم المحكمة العامة بالرياض الصادر بالصك رقم ٢/٢٣٠، بتاريخ ١٤٢٦/١٢/٢٤هـ منشور بمدونة الأحكام، تصدر عن وزارة العدل السعودية، الإصدار الأول، بتاريخ ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ص ٢٨٨.

في تحديد لحظة ثبوت الصفة. القضائية للقاضي المُنتدب في خصوص الجهة التي انتدب إليها، وكذا لحظة زوال هذه الصفة عنه، وهنا مكمّن الدور الإجرائي للوقت^(١) قبيل ذلك - في مجال التنفيذ القضائي - اختيار القضاة الذين تشكل منهم إدارة التنفيذ في القانون المصري، إذ ينتدبون من محاكمهم بناءً على قرار من وزير العدل كي يقوموا بمهام التنفيذ في إدارة التنفيذ خلال مدة الندب^(٢)، كذلك ما هو مقرر في خصوص القضاء الوقتي والمستعجل^(٣).

أما النظام السعودي فلم يورد أحكاماً تفصيلية للندب وإنما اقتصر على وضع قاعدة عامة حدد فيها بصورة حاسمة الحدود القصوى لمدة الندب^(٤).

ثانياً: أثر الوقت في زوال الصفة القضائية حال الإجابة

الإجابة القضائية تعني قيام قاضٍ "نائب" مقام قاضي الدعوى "الأصيل أو المُنيب" ليحل محل هذا الأخير في إجراء من إجراءات الدعوى، لسبب يقتضيه المقام، بحيث يكون للنائب ما للأصيل من الصلاحيات والسلطة القضائية، وهذه الإجابة قد تكون مؤقتة لمدة من الزمن، وهنا تكون الصفة القضائية للنائب مؤقتة بالمدة المحددة بحيث تزول بانقضائها^(٥).

ومن تطبيقات الإجابة القضائية ما يحدث في مجال التنفيذ القضائي سواء في حالات الاختصاص المشترك أو في فرض وحدة الاختصاص بمسائل التنفيذ^(٦).

(١) في تأكيد هذا المعنى في القانون المصري راجع نصوص المواد من ٥٤ إلى ٥٩ من قانون السلطة القضائية، وفي النظام السعودي نص المادة رقم ٤٩ من نظام القضاء الجديد.

(٢) ينص قانون المرافعات في مادته رقم ٢/٢٧٤ على أن "يرأس إدارة التنفيذ قاضٍ بمحكمة الاستئناف ويعاونه عدد كافٍ من قضاتها بتدبير وزير العدل، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى..."

(٣) تنص المادة رقم ٢٧ من مرافعات على أن "قاضي الأمور الوقفية في المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك"، والمادة رقم ٤٥ منه على أن "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يحش عليها من فوات الوقت".

(٤) تنص المادة رقم ٤٩ من نظام القضاء على أنه "لا يجوز نقل أعضاء الملك القضائي أو تدبيرهم داخل الملك القضائي إلا بقرار من المجلس الأعلى للقضاء، كما لا يجوز نقل أعضاء الملك القضائي أو تدبيرهم أو إعارتهم خارج الملك القضائي إلا بامر ملكي بناءً على قرار من المجلس الأعلى للقضاء تحدد فيه المكافأة المستحقة للقاضي المنوب أو المعمر، وتكون مدة الندب أو الإعاره سنة واحدة قابلة للتجديد لسنة أخرى. على أنه يجوز لرئيس المجلس الأعلى للقضاء في الحالات الاستثنائية أن يندب أحد أعضاء الملك القضائي داخل الملك أو خارجه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في العام الواحد".

(٥) راجع إبراهيم الحمود، النيابة القضائية، ص ١٦.

(٦) راجع في تفصيل ذلك عد محمد القصاص، أصول التنفيذ، ص ٥٤، سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ط ١، ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ص ٧٠، أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٢١٢، أسامة أحمد شوقي، الملبج، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بدون ناشر أو تاريخ نشر، ص ١٩٠.

وفي النظام السعودي تعددت تطبيقات الإنابة القضائية عما هو مقرر في القانون المصري، فتشمل نظر الدعوى، وإجراءات الإثبات، وإن اتفقت في شق منها في ارتباط الإنابة بمدة زمنية محددة تعد قيوداً زمنياً على ثبوت الصفة القضائية للنائب^(١).

والإنابة القضائية لدى الفقه الإسلامي وفق معناها الخاص "الضيق" تعني "قيام من تتوافر فيه شروط ولاية القضاء مقام القاضي الأصلي المعين من قبل الحاكم ليحل محله في النظر، وفصل الخصومات، وإصدار الحكم القضائي، بصورة مؤقتة لمدة من الزمن، لم يتمكن القاضي الأصلي فيها من مزاولة عمله، لسبب من الأسباب وبعد انقضاء هذه المدة يعود للقضاء، وتنتهي النيابة بعودته"^(٢).

وهو ما يعني ارتباط الصفة القضائية بمدة الإنابة فتزول بانقضاء هذه المدة، وهنا مكمن الدور الحقيقي للوقت في استمرار الصفة القضائية من عدمه^(٣).

وهكذا فإن "الإنابة القضائية" - كما تسمى في بعض القوانين ومنها القانون المصري، أو "الاستخلاف" كما يطلق عليها في قوانين أخرى منها النظام السعودي، أو "كتاب القاضي إلى القاضي" كما يسميه الفقه الإسلامي - يلعب الوقت فيها دوراً بارزاً محورياً في تحديد مدى استمرار الصفة القضائية للقاضي المنتدب أو المستخلف، إذ ترتبط بالمدة المحددة في قرار الندب أو الاستخلاف في فرض تقييده بمدة زمنية محددة.

(١) راجع نصوص المواد أرقام ٣٩، ١٠٢، ١٠٦، ١١٤، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١٢٢ من نظام المرافعات الشرعية. وراجع لي تفصيل ذلك إبراهيم بن حسين الموجان، شرح نظام المرافعات الشرعية وفق آخر التعديلات، بدون نشر، ط١، ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م، ص ٩٥، عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، ج١، دار للتمزية، ١٤٢٧/٢٠٠٦، ص ٥٤١، ماجد بن سليمان بن عبدالله الخليفة، تيسير إجراءات التقاضي والتنفيذ "دراسة مقارنة على ضوء الفقه، والأنظمة للمعربية، ط٢، ١٤٣٥/٢٠١٤، بدون نشر، ص ١٣٧، محمد بن برك الفوزان، التوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودي، ج١ الخصومة، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض، ص ١٤٢.

(٢) إبراهيم الحمود، النيابة القضائية، ص ١٦. وفي تفصيلات أكثر في أمهات كتب الفقه الإسلامي راجع كمال الدين بن عبدالواحد "ابن الهمام"، فتح القدير، دار الفكر، ج ٧، ص ٢٨٦، المغني لابن قدامة، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف التنافع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٦، ص ٣٦١.

(٣) راجع في تفصيلات هذا الأمر وتطبيقاته في الفقه الإسلامي إبراهيم بن علي بن محمد "ابن فرحون"، قبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، ج١، ص ٦٠، إبراهيم بن عبدالله "ابن أبي الدرداء"، أدب القضاء "للدرز المنظومات في الأفضية والحكمات"، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م، ص ٤٦٠.

ثالثًا: أثر الوقت في زوال الصفة القضائية حال الانقطاع عن العمل

يترتب على امتناع القاضي عن أداء عمله مدة زمنية معينة زوال الصفة القضائية عنه، ويلاحظ أن الصفة القضائية في هذا الفرض تزول استنادًا على مفترضين متكاملين لا غناء عن أحدهما، هما الانقطاع عن العمل، واستمرار هذا الانقطاع مدة زمنية محددة، وبالنظر إلى هذا المفترض الأخير يبدو ما للوقت من دور بارز ومباشر في زوال الصفة القضائية عن المتمتع بها.

ففي القانون المصري ووفقًا لنص المادة ٣/٧٧ من قانون السلطة القضائية يعتبر القاضي مستقيلًا إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يومًا بدون عذر، وهو ما يعني زوال الصفة القضائية عنه باكتمال هذه المدة منقطعًا عن عمله دون عذر^(١).

أما النظام السعودي فلم يتبنى هذا الحكم^(٢).

رابعًا: حظر مباشرة الوظيفة القضائية خلال مدة الوقف

قد يُوقف القاضي عن مباشرة الوظيفة القضائية لسبب ما لمدة محددة، وفي خلال مدة الوقف وبالرغم من بقاء الصفة القضائية له - يكون ممنوعًا من ممارسة الوظيفة القضائية؛ وهو ما يستتبع انعدام أي عمل قضائي يباشره خلال هذه المدة، وانعدام ما قد يتمخض عنه من قرارات قضائية^(٣).

(١) هنا: ولا يتعارض مع ما ورد بالمعنى ما تفرده الفقرة الأخيرة من هذا النص (معدلة بالمادة الثانية من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦) من جواز عودة القاضي الذي اعتبر مستقيلًا لعمله القضائي مرة أخرى، إذا عاد خلال سنة من تاريخ علمه بقرار اعتباره مستقيلًا وقدم أعتذارًا عرضها وزير العدل على مجلس القضاء الأعلى، وثبت للمجلس جديتها.

ورفع هذا التعارض بوضع بالنظر إلى أن هذه الفقرة وإن اعتبرت القاضي غير مستقيل، مع احتساب مدة الغياب إجازة، إلا أن هذا لا ينفي كون الوقت علمًا حقيقيًا وهما في زوال الصفة القضائية وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى أن مجرد اكتمال مدة الغياب المشار إليها يستتبع اعتبار القاضي مستقيلًا بما يزول عنه الصفة القضائية، كما أن رفع حكم الاستقالة لا يكون إلا بمقتضى الإلا وهو تقديم عذر يتقرر جديته وقبوله من قبل مجلس القضاء الأعلى.

والناحية الثانية أنه على فرض تقديم عذر وقبوله على النحو المنكور - فإن الفترة ما بين اعتبار القاضي مستقيلًا وقبول عذره تكوّن كإجازة؛ وهو ما يعني انتفاء الصفة القضائية خلاها عن القاضي، فلو باشر عملًا قضائيًا خلال هذه الفترة عد منعنًا لصدوره من غير قاض. (في تأكيد هذا المعنى راجع عدل سالم محمد اللوزي، الحكم القضائي المنعوم، رسالة دكتوراه، جامعة صان، كلية الدراسات القانونية العليا، ٢٠٠٤، ص ٧٦).

(٢) اكتفت نصوص نظام القضاء على حدث القضاء على عدم التقاعس عن أداء مهام وظيفتهم القضائية وعدم التغيب عن العمل القضائي دون عذر أو تصريح، دون ترتيب أي أثر أو جزاء مباشر على مخالفة هذا الحكم، فالمادة رقم ٥٤ من هذا النظام تنص على أنه "لا يجوز للقاضي أن يغيب عن مقر عمله، ولا أن ينقطع عن عمله لسبب غير مفاجئ، قبل أن يرخّص له في ذلك كتابة"، حتى إن المادة رقم ٦٩ من هذا النظام والخاصة بـ انتهاء خدمة القضاة لم تضمن تعدد أسباب هذا الانتفاء الانقطاع عن العمل مهما طالت مدته.

(٣) راجع أحمد أبو الرقاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٢٢.

ويترتب هذا الأثر على مجرد تحقق مقتضى الوقف سواء كان الوقف وجوبي أو جوازي، وسواء تمثل في عقوبة تبعية أو كان مجرد تدبير احترازي، وفي الحالتين يتعطل مباشرة الوظيفة القضائية خلال مدة الوقف^(١).

خامساً: زوال الصفة القضائية ببلوغ سن التقاعد

لا يقف دور الوقت عند حد ثبوت أو انتقال أو زوال الصفة القضائية وفق الحدود المذكورة في الفقرات السابقة، بل يبقى فضلاً عن ذلك - الاستمرار في الوظيفة القضائية مرتين بما عامل الوقت، إذ لا يجوز الاستمرار في مباشرة الوظيفة القضائية ممن بلغ سنًا معينة^(٢).

ومن المقرر أن بلوغ سن التقاعد يستتبع زوال الصفة القضائية؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، لعل من أبرزها انعدام ما قد يصدر من قرار قضائي عن قاضٍ بلغ سن التقاعد^(٣).

وفي الفقه الإسلامي وبالرغم من عدم وجود سنًا للتقاعد غير أنه وفقاً لرأي معتبر يعد كبر السن من أسباب انتهاء الولاية للقضائية، ولهذا الرأي تطبيقات من أبرزها انتهاء ولاية شيخ القضاة "شريح" بسبب كبر سنه^(٤).

(١) في القانون المصري، تنص المادة ٩٧ من نظام القضاء على أنه "يترتب حتماً على حبس القاضي بناء على أمر أو حكم وقفه عن مباشرة أعمال وظيفته مدة حبسه ويجوز لمجلس التأديب أن يلمس بوقف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته في أثناء إجراءات التحقيق أو المحاكمة عن جريمة وقت منه...".

وفي النظام السعودي تنص المادة رقم ٦٢ من نظام القضاء على أنه "يجوز لدائرة التأديب عند تقرير السير في إجراءات الدعوى وبعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء أن تلمس بوقف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته حتى تنتهي المحاكمة والدائرة في كل وقت أن تحيد النظر في أمر الوقف".

(٢) في القانون المصري كان من هذه السن في بداية الأمر سنتين سنة، ثم زيد في تعديلات متتالية حتى وصل إلى سبعين سنة، بموجب نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية (نشر بالجريدة الرسمية - العدد ١٨ مكرراً في ٢٠٠٧/٥/٨)، حيث يقرر أن "تستبدل عبارة "سبعون عامًا" بعبارة "ثمانية وستين سنة" في كل من المواد (٦٩) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بإصدار قانون السلطة القضائية. (١٢٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، (٢٩) من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن تنظيم هيئة قضايا الدولة، والمادة (١) من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية، وفي تطبيق أحكام المواد (١٣٠) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، (١٤، ٢٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١.

وفي النظام السعودي تنص المادة رقم ١/٦٩ من نظام القضاء على أن "تنتهي خدمة عضو السلطة القضائية ببلوغه من السبعين".

(٣) في تأكيد هذا المعنى راجع فتحى والى وأحمد ماهر زغول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٧، ص٧٨٨، أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، ص٣٢١، وعادل اللوزي، الحكم القضائي المنعوم، ص٩٠.

وفي بيان هذا الأمر في القانون المقارن راجع سليمان منصور غيوش العنقودي، عزل القاضي من وظيفته بين الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية المصري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٤، ص١٣٣.

(٤) لتتبع هذه المسألة وتطبيقها لدى مذاهب الفقه الإسلامي راجع سليمان منصور، عزل القاضي، ص١٠١.

الفرع الثاني

دور الوقت في مباشرة الوظيفة القضائية

المقصود بمباشرة الوظيفة القضائية أداءها على نحو معتبر قانوناً، وهذا أمر بلا شك يختلف عن مجرد ثبوت الصفة القضائية وبقائها، فإذا سلمنا بما انتهينا إليه في الفقرات السابقة من أن الوقت يدخل عاملاً في اكتساب الصفة القضائية، وأن لهذا الوقت أثر ملحوظ في بقاء واستمرار هذه الصفة؛ فقد بات ملحقاً -انطلاقاً من هذا وذاك- الوقوف على دور الوقت في أداء وممارسة هذه الوظيفة بعد ثبوتها، من خلال الإجابة على تساؤل هام يتمثل في: هل للوقت دور في مباشرة الوظيفة القضائية؟، وهذا التساؤل ما أحاول الإجابة عليه في غصنين على التوالي يتمثلان في:

الغصن الأول: دور الوقت في ثبوت الصلاحية للقاضي.

الغصن الثاني: دور الوقت في أداء الوظيفة القضائية.

الغصن الأول

دور الوقت في ثبوت الصلاحية للقاضي

قد تثبت الصفة القضائية للقاضي ولا تزول عنه ومع ذلك لا يكن صالحاً لنظر دعوى معينة، وهو ما يعبر عنه بعدم الصلاحية، والسؤال محل البحث هو: هل للوقت دور في نفي الصلاحية عن القاضي؟.

وإجابة على هذا التساؤل يلاحظ أن للوقت دور لا يمكن غض الطرف عنه في تحديد مدى صلاحية القاضي لنظر الدعوى المعروضة عليه، وذلك وفقاً لنص المادة رقم ١٤٦ مرافعات، وإلا وقع عمله باطلاً وفقاً لنص المادة رقم ١/١٤٧ مرافعات^(١). بيان ذلك أن مقتضى عدم الصلاحية في البند ٢ من نص المادة ١٤٦ المشار إليه يكمن في أن يكون للقاضي أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى

(١) تنص المادة رقم ١٤٦ على أن "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم في الأحوال الآتية: ... ٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته"، بينما تنص المادة ١/١٤٧ على أن "يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المنقذة الذكر ولو تم بالتفاهق للخصوم".

ولذا يرى أستاذنا الدكتور/ فتحي والي جواز رفع دعوى مبتدأة ببطان الحكم الصادر بالمخالفة لأحكام هذه المادة على اعتبار البطلان ينزل بالحكم لدرجة العدم، وكأنه صدر عن غير قاض، راجع فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٢١٤.

المعروضة على القاضي، وردًا للتحايل فإن المعول عليه في تحديد مدى توافر هذه الحالة من حالات عدم الصلاحية هو توقيت هذه الخصومة، فإن كانت أسبق من الدعوى المعروضة انتفت صلاحية القاضي لنظر الدعوى انتفاءً مطلقاً، وإن كانت لاحقة عليها فلا مجال لتطبيق نص المادة ١٤٦ المشار إليه، لتوافر شبهة التحايل من الخصم، وحتى لا تُترك الصلاحية القضائية لمحض إرادة الخصوم^(١).

كما تضمنت المادة رقم ٧٥ من قانون السلطة القضائية حالة مماثلة من حالات عدم الصلاحية المطلقة^(٢)، وهي حالة وجود قرابة حتى الدرجة الرابعة للقاضي مع وكيل أحد الخصوم، ودور الوقت في هذه الحالة واضح فيما تضمنته الفقرة الثانية لهذا النص من أنه "... لا يعتد بتوكيل المحامي التي تربطه بالقاضي الصلة المذكورة إذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضي بنظر الدعوى"، وذلك ردًا للتحايل من الخصم الذي قد يعتمد إلى توكيل أحد أقارب القاضي بقصد منعه من نظر الدعوى^(٣).

هذا: وفيما يتعلق بنظام المرافعات السعودي نجده قد تبنى تطبيق عدم الصلاحية الأول دون الأخير، حيث جاء نص المادة رقم ٩٤ منه مطابقاً بصورة شبه حرفية لنص ٢/١٤٦، ولم يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية المصري^(٤).

كما أنه تبنى منهج القانون المصري فيما يتعلق بأثر مخالفة القاضي للقيد المتعلق بعدم الصلاحية حيث جاء نص المادة رقم ٩٥ منه مشابهاً لنص المادة رقم ١٤٧ مرافعات مصري بصورة حرفية^(٥).

(١) وجدي راغب، مبادئ، ص ٢٣٤، أحمد ماهر زغلول ويوسف أبو زيد، أصول، ص ١٥١.

(٢) المصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، منشور بالجريدة الرسمية العدد ٤٠، في ١٥/٥/١٩٧٢.

(٣) أحمد ماهر زغلول ويوسف أبو زيد، ص ١٥١، وجدي راغب، مبادئ، ص ٢٣٦.

(٤) تنص المادة ٩٤ على أن "يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية: ... ب- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته".

(٥) تنص المادة ٩٥ على أن "يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة في المادة الرابعة والتسعين من هذا النظام ولو تم باتفاق الخصوم، وإذا وقع هذا البطلان في حكم مؤيد جاز للخصم أن يطلب من المحكمة العليا نقض الحكم وإعادة نظر الدعوى أمام دائرة أخرى".

وهكذا يُرَكَنُ لعامل الوقت في فرضي عدم الصلاحية المذكورين للثبوت من مدى صلاحية القاضي لنظر الدعوى، وهذا ممكن الدور الإجرائي للوقت في هذا الخصوص.

الفصل الثاني

دور الوقت في أداء الوظيفة القضائية

يتعين على القاضي مراعاة منه لالتزامه المهني - اتخاذ قراراً في الطلب المقدم إليه خلال مدة زمنية معينة وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، وهذا يقتضي أن تكون الدعوى مرفوعة أمام القضاء وفق النظام الإجرائي المقرر ثم يتخذ موقفاً سلبياً لمدة زمنية محددة^(١).

ويلاحظ أن للوقت دور بارز في وصف مسلك القاضي بإنكار العدالة، إذ يتعين بقاء القاضي ممتنعاً عن إجابة الطالب لمدة زمنية معينة، فمجرد امتناع القاضي عن القيام بوظيفته القضائية بصدد الطالب المعروف لا يجعله منكراً للعدالة؛ ولا يبيح مخاصمته تبعاً لذلك.

فالمادة رقم ٤٩٤ مرافعات تنص على أن "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية: ٢- إذا امتنع القاضي من الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعداره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة

^(١) في بيان الضوابط العملية لإكمال جريمة إنكار العدالة في حق القاضي راجع أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٣١٨، عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ٣، ٢٠١٠م، ص ٣٢٧، وفي تطبيقات القضاء المصري حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٠٣٧، س ٥٣، جلسة ١٩٨٣/١١/٣، وفي تأكيدها أن إنكار العدالة تحتم اتخاذ موقف سلبى من القاضي بما مؤداه أن حكمه بعدم القبول ينفي تحقق مقترض إنكار العدالة ولو كان حكمه غير صحيح راجع حكمها في الطعن رقم ٤٥٠، س ٤٠، جلسة ١٩٧٥/٣/٥، وفي تقريرها لمفهوم إنكار العدالة قضت بأن "لكل مواطن الحق في التقاضي وفي أن يلجأ إلى قاضيه الطبيعي مطالباً بحقه فيصدر القاضي حكمه وفقاً للقانون وإلا اعتبر منكراً للعدالة ومرتكباً لجريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية عنها بالتقادم". حكمها في الطعن رقم ٥٣٨، س ٤٦، جلسة ١٩٨٣/٢/٧.

وفي خصوص تطبيقات القضاء السعودي وفي تأكيدها على أن تدافع الاختصاص بنشئ إنكار عدالة راجع حكم المحكمة العامة بجدة في الدعوى رقم ٣٢٤٠٧١٥١، بالصك رقم ٣٣٤٧٧٠٠٢٨، بتاريخ ١٤٣٣/١٢/٢٥، مصدق عليه بقرار محكمة الاستئناف رقم ٣٤١٢٣٠٢ بتاريخ ١٤٣٤/١/١٤، منشور بمجموعة الأحكام، المجلد الثامن والعشرون، ص ١١٨.

للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعدار"، فلو قلت -وفق هذا النص- دورين هامين يتمثلان في:

الدور الأول: تأكيد تقاعس القاضي عن أداء وظيفته القضائية تبعاً لفوات الميعاد الكامل بين الإعدارين المشار إليهما في النص.

الدور الثاني: كونه شرط لقبول دعوى المسؤولية القانونية للقاضي عن تقاعسه تبعاً لفوات الميعاد الكامل بين آخر إعدار ورفع دعوى المخاصمة؛ فبدون الوقت لا يمكن القول بتحقيق التقاعس في مسلك القاضي بالصورة التي تجعله منكراً للعدالة، وبدونه كذلك لا يمكن مساءلة القاضي عن تقاعسه غير المبرر في مباشرة وظيفته القضائية^(١).

ويلاحظ انتفاء وجود هذا الدور للوقت في النظام الإجرائي السعودي لعدم تبنيه تنظيمًا إجرائيًا لمخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة حتى الآن.

هذا: وفي مجال التحكيم ورغم انتفاء الصفة القضائية عنه وفق الرأي الغالب والراجح^(٢) يلاحظ أن للوقت دور إجرائي هام، وذلك في خصوص ولاية هيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي، ذلك أن هذه الولاية مقيدة بقيد زمني يتمثل في مهلة التحكيم فتزول هذه الولاية بانقضاء هذه المهلة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت مهلة التحكيم محددة اتفاقاً أو بنص القانون.

فإذا كان الأساس القانوني لثبوت ولاية الفصل في النزاع التحكيمي لهيئة التحكيم يكمن في الاتفاق الذي هو دستور التحكيم^(٣)؛ فإن اتفاق الأطراف مع المحكم على

(١) راجدي راغب، مبادئ، ص ٢٣٠. حول هذه المسألة راجع أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والدلائل، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٤م، بند ٢٦، ص ٢٤٢، سلامة أحمد شوقي

(٢) الملوي، هيئة التحكيم الاختياري، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ١٤، قاضي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، ص ٨٧، وحدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، دراسة انتقالية لنظرية الطبيعة للقضائية للتحكيم، مجلة الحقوق بالكويت، ص ١٧، ع ١٧، رمضان ودي الحجة ١٤١٢هـ، مارس ومايو ١٩٩٢، ص ١٢١.

(٣) راجع في تأكيد هذا المعنى محمود محمد هشيم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج ١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م، ص ٨٨، محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٢٤.

قضت محكمة النقض بأن " التحكيم ليس من قبيل الدعاوى التي هي سلطة مَخولة لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو لحمايته كما أن مشاركة التحكيم لا تعد من قبيل التصرفات

إصدار الحكم الفاصل في النزاع خلال مدة زمنية معينة "ميعاد ناقص" يعني أن الولاية الثابتة له مقيدة زمنياً بهذه المدة؛ فيكون لزاماً عليه إصدار حكمه خلالها وإلا زالت ولاية الفصل في النزاع عنه^(١).

كذلك وفي فرض عدم وجود تحديد اتفاقي لمهلة التحكيم فهذا لا يعني تحرر ولاية هيئة التحكيم للفصل في النزاع من كل قيد زمني، إذ يتعين إصدار الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات، أي أنه إذا لم يوجد تحديداً اتفاقياً تعين على المحكم الفصل في النزاع في خلال التحديد القانوني^(٢).

المنشئة أو الكاشفة لحق عيني عقاري أصلي أو من قبيل صحف الدعاوى وإنما مجرد اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم". حكما في الطعن رقم ٢٢١٢، س ٥١ ق، جلسة ١٩٩١/١/٢٧.

وفي ذات المعنى راجع أحكامها في الطعون أرقام ٥٤٧، لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٣ والطعن رقم ٢٢٦٧، لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٩٢/٧/١٣ والطعن رقم ٢٦٦٠، لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧ والطعن رقم ٤١٧٣، لسنة ٦١ ق، جلسة ١٩٩٧/٦/٢١ والطعن رقم ١٠٣٥٠ - لسنة ٦٥ ق، جلسة ١٩٩٩/٣/١ والطعن رقم ٢٩١، لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ والطعن رقم ٢٦١٩، لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/١١ - محكمة النقض، المكتب الفني - المجموعة العشرية المدنية - المستحدث من القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية من أول يناير سنة ١٩٩١ حتى ٣١ ديسمبر ٢٠٠١ - ج ٢، من حرف ب إلى حرف ش، ص ٥١٢.

^(١) ولا يقدح في هذا القول أن المحكمون لا يستقلون بتحديد مهلة التحكيم دون المحكم، فهو يعد ضمن بنود اتفاق التحكيم المبرم بين المحكم والمحكمين، ويتعين على المحكم أن ينظر لموضوع النزاع وأبعاده وما يتوقع أن يستغرقه من وقت للفصل فيه ويحاول تحديد المهلة الكافية لإنجازه مهمة الفصل في النزاع حتى لا يعد مخالفاً بأحكام العقد.

راجع في تفصيل ذلك عزمي عبدالفتاح عطيه، حكم المحكمين في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي والقانون المصري والفرنسي الجديد، مجلة الأمن والقانون بالإمارات، مج ٧، ع ٢٤، ١٩٩٤، ص ٢٩١، ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٦، ص ٤٠.

^(٢) يتم تطبيق نص المادة ١/٤٠ من نظام التحكيم السعودي حرفياً مع نص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم فيما تضمنه من النص على أنه "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي أتفق عليه الطرفين فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم".

وفي تأكيد هذا المعنى وبيان فلسفة استلزام إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها خلال مدة محددة، احمد هندي: التحكيم، دراسة إجرائية، في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، الأحكام القانونية لهذه المدة راجع

خصومة التحكيم، رد المحكم، الحكم التحكيمي، دعوى البطلان، تنفيذ الحكم التحكيمي، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ١٥٠، أحمد السيد صاوي، حكم التحكيم، نودة القرارات التحكيمية وكيفية تنفيذها في المنازعات الإدارية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٦، ص ٢٠، "لتفصيلات أكثر راجع بصفة عامة على بروكث، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٧٠، علشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط ١، ١٩٩٨، ص ١٩٦.

وهكذا نخلص إلى أن الوقت قيد هام على مباشرة هيئة التحكيم ولاية الفصل في موضوع النزاع التحكيمي؛ بحيث تتأثر الممارسة العملية لهذه الولاية بالوقت بصورة مباشرة.

ولا ينال من هذا الاستنتاج جواز مد مهلة التحكيم باتفاق الأطراف أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم أو بقرار من المحكمة المختصة بحسب الأحوال^(١).

ذلك أنه في فرض التمديد -بغض النظر عن مصدره- تبقى ولاية الفصل في النزاع التحكيمي مقيدة بقيد زمني، إذ يتعين إصدار الحكم خلال فترة التمديد وإلا زالت هذه الولاية، وعاد الأطراف إلى القضاء الطبيعي^(٢).

كما أنه مما يقطع بصحة تقيد ولاية هيئة التحكيم بالوقت أن استمرار هذه الولاية في فرض انتهاء مهلة التحكيم يتوقف على التمديد الذي لا يخضع لمحض إرادة الهيئة إلا لمرة واحدة ولمدة محددة هي ستة أشهر كحد أقصى، أما إذا لم يتم مد المهلة أو انقضت مدة المد دون الفصل في النزاع التحكيمي فتزول ولاية هيئة التحكيم؛ وتنتهي بالتالي الخصومة التحكيمية دون حكم في الموضوع "انقضاء مبتسراً"، بل ولا يجوز عرض ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى -ولو على محكم آخر- إلا باتفاقات جديدة (اتفاق بين الخصوم من جهة، واتفاق آخر بينهما وبين المحكم الجديد من جهة أخرى)^(٣).

(١) تنص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢/٤١ من نظام التحكيم السعودي على أنه يجوز في جميع الأحوال لهيئة التحكيم أن تقرر مد مهلة التحكيم، على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

(٢) تنص المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم المصري والمادة ٣/٤١ من نظام التحكيم السعودي على أنه إذا لم تصدر هيئة التحكيم حكمها خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من القضاء إصدار أمر بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

(٣) راجع في تفصيل ذلك أحمد هندي: التحكيم، ص ٢٦٣، ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ص ٤٠.

المطلب الثاني

أثر الوقت على المركز القانوني للخصوم وممثليهم

إذا كان للوقت دور إجرائي في خصوص القاضي كأهم أشخاص الخصومة القضائية، فإن دوره يتعاضد في خصوص الخصوم وممثليهم، وهو ما يمكن رصده في فرعين على التوالي يتمثلان في:

الفرع الأول: أثر الوقت على المركز القانوني للخصوم.

الفرع الثاني: أثر الوقت على المركز القانوني لممثلي الخصوم.

الفرع الأول

أثر الوقت على المركز القانوني للخصوم

للووقت دور هام وبارز ومباشر على المركز القانوني للخصم، سواء فيما يتعلق باكتساب هذا المركز، أو فيما يتعلق بما يتضمنه هذا المركز من سلطات إجرائية، وهو ما يمكن تناوله في غصنين على التوالي يتمثلان في:

الغصن الأول: أثر الوقت على اكتساب المركز القانوني للخصم.

الغصن الثاني: أثر الوقت على تحديد سلطات الخصم.

الغصن الأول

أثر الوقت على اكتساب المركز القانوني للخصم

يعبر المركز القانوني للخصم عن حصيللة القواعد القانونية التي تعتد بوصف الخصم، بما تنفرع عنه من حقوق وواجبات وأعباء إجرائية، بحيث ينصرف إلى مجموعة الحقوق والواجبات والأعباء الإجرائية التي يسندها القانون للشخص بوصفه خصماً^(١).

وعلى ذلك فإن فارقاً واضحاً بين المركز القانوني للشخص قبل اكتساب وصف الخصم وبعد اكتسابه؛ ولذا فمن الأهمية بمكان تحديد لحظة اكتساب هذا الوصف،

(١) راجع فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، ١٩٧٤م، ص ٢٨٧، وجدي راغب، دراسات في المركز القانوني للخصم، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، السنة ١٨، ع ١٤، يناير ١٩٧٦، ص ٧٧.

فمن وقت اكتسابه يثبت للشخص كثيرًا مما لم يكن ثابتًا له قبل هذا، كما يقع عليه العديد من الأعباء والواجبات التي لم تكن تتقل كاهله قبل هذا التوقيت.

غير أنه لا يمكن الوقوف عند هذا الحد تدليلاً على دور الوقت في اكتساب المركز القانوني للخصم، ذلك أن بحث حقيقة هذا الدور ومداه إنما يكمن في الإجابة على تساؤل هام يتمثل في: هل للوقت ابتداءً دور في اكتساب المركز القانوني للخصم؟، بحيث يكون الوقت ذا دور مصدري لهذا المركز، أو بالأحرى يكون الأساس أو السبب القانوني لاكتساب هذا المركز، فإن كانت الإجابة بالإيجاب تأكد لنا حقيقة دور الوقت وأهميته في اكتساب المركز القانوني للخصم.

هذا: وبتدقيق النظر في قواعد القانون الإجرائي ونظرياته نجد أن للوقت دور ملحوظ في اكتمال المركز القانوني للخصم ومباشرته، وهو ما يمكن رصده في العديد من موضوعات القانون الإجرائي التي من أبرزها:

أولاً: دور الوقت في ثبوت أهلية الاختصاص

بالرغم من أن أهلية الاختصاص ليست مكوناً من مكونات المركز القانوني للخصم، غير أنها مفترض حتمي لمباشرته، فبالرغم من خروجها عن تكوينه إلا أنه بغيرها يقعد عن ترتيب آثار اكتسابه، ومتى كانت لازمة لترتيب آثار اكتسابه، وكان بغيرها بلا أثر؛ فإن هذه الأهلية تعد من مقومات المركز القانوني للخصم، فأهلية الاختصاص هي صلاحية اكتساب المركز القانوني للخصم، فبغيرها لا يكتسب هذا المركز ابتداءً^(١).

وهذه الأهلية تحدد من منظور الوقت، ذلك أنها ترتبط بالشخصية القانونية وتُدور معها وجوداً وعدمًا، سواء فيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وهو ما يعني أن لحظة وجود الشخصية القانونية هي بذاتها لحظة ثبوت أهلية الاختصاص، التي لا يمكن بدونها الحديث عن مركز إجرائي للخصم.

(١) راجع في تفصيل هذا المعنى وجدي راغب، دراسات في المركز القانوني للخصم، ص ١١٤.

ولعل من أبرز مؤكدات هذا المعنى ما يتعلق بتحديد أثر انقضاء الشخصية -بوفاته الشخص الطبيعي أو زوال الشخص الاعتباري- على الخصومة القضائية، فالمعول عليه والفيصل في الأمر هو وقت زوال الشخصية، وما إذا تحقق قبل انعقاد الخصومة أم أثناء سير إجراءاتها:

ففي الفرض الأول لا تنشأ الخصومة لتخلف أحد أركانها الأساسية؛ فتضحى منعدمة؛ بما يعني انعدام كل أثر لها ولما اتخذ فيها من إجراءات، بما في ذلك الحكم القضائي، لصدوره دون خصومة؛ ومن ثم فلا حجية له ^(١).
بينما يختلف الحكم تمامًا في الفرض الثاني، إذ تنقطع الخصومة فحسب، وهو ما يعني بطلان ما قد يتخذ من إجراءات قبل تعجيلها؛ بما في ذلك الحكم لو صدر تأسيسًا على هذه الإجراءات الباطلة، أو صدر أثناء الانقطاع، وبطلان الحكم لا يحول دون ترتيب آثاره إلى أن يتقرر إبطاله ^(٢).

^(١) في تأكيدها لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة- أن الخصومة لا تتعقد إلا بين أطراف أحياء وإلا كانت معدومة بالنسبة لمن توفي قبل اختصاصه". (أحكامها في الطعون أرقام ٢٦، س ٤٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١/٨، ١٧٠، س ٤٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/٦/١٤، ١١٧، س ٤٥٥ق، جلسة ١٩٩٤/٤/٢٤، ٢٥١٧، س ٦٥٥ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٤، منشورة بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض على الرابط: <http://www.cc.gov.eg>

وفي تأصيل ذلك راجع وجدي راغب، دراسات في المركز القانوني للخصم، ص ١١٨، ولتأكيده في النظم القانونية المقارنة راجع عادل سالم، الحكم القضائي المنعدم، ص ١١٥.

^(٢) في تأكيدها لهذا المعنى قررت محكمة النقض أنه لما كان الثابت أن "مورث الطاعنين توفي قبل إيداع الخبير تقريره المودع بتاريخ ١٩٨٨/٩/٢١ ومن ثم فلم يبد طلباته وأقواله الختامية قبل الحكم في الدعوى لوفاته فلا تكون الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها وتكون الخصومة قد انقطع سيرها بقوة القانون كنتيجة حتمية للوفاة الحاصلة قبل حجز الدعوى للحكم ويترب على هذا الانقطاع بطلان جميع الإجراءات التي تمت بعد حصوله وإذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر في فترة انقطاع الخصومة فإنه يكون قد وقع باطلاً"، حكمها في الطعن رقم ٤٠٥، س ٥٩٩ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٨.

هذا: ومن الجدير بالملاحظة أن الحكم الباطل يتشابه مع الحكم الصحيح في العديد من النواحي: فمن ناحية أولى يترتب جميع آثار الحكم الصحيح إلى أن يتقرر إبطاله، ومن ناحية ثانية لا يجوز النعي عليه إلا بطرق محددة وفق إجراءات محددة وفي مدد زمنية ضيقة نسبيًا وذلك من خلال طرق الطعن المقررة، ومن ناحية ثالثة فهناك بعض الحالات التي لا يمكن فيها ابتداء الاعتراض على الحكم وهو ما يعني تطابق الآثار القانوني للحكم الباطل مع الحكم الصحيح في هذه الحالات، ومن ناحية رابعة قد يفوت الخصم ميعاد الطعن على الحكم الباطل فيزول ما كان يتهدهد من احتمال الغائه؛ بما يزيل كل فارق في الأثر القانوني بينه وبين الحكم الصحيح:

وهنا يثار التساؤل عن وقت انعقاد الخصومة؟، بمعنى ما هو التوقيت المتعين الوقوف عنده لبحث مدى توافر أهلية الاختصاص من عدمه، وذلك بالنسبة لكل من المدعى والمدعى عليه.

تبدأ الخصومة بالمطالبة القضائية وتنعقد بالإعلان "التبليغ في النظام السعودي"، فالمطالبة القضائية هي الإجراء الأول من إجراءات الخصومة، وبه تعد الدعوى قد رفعت أمام القضاء بما يترتب على ذلك من آثار^(١).

وهكذا يتضح أن اكتساب المركز القانوني للخصم هو الأثر الإجرائي الأهم لبدء الخصومة القضائية، غير أن هذا الأثر وإن كان يتحقق بالنسبة للمدعى من وقت قيد الطالب القضائي لدى المحكمة غير أنه يتحقق بالنسبة للمدعى عليه من لحظة إعلامه بشكل معتبر قانوناً بالطالب القضائي^(٢).

وجدير بالذكر أن حضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى بناء على إعلان باطل يقوم مقام الإعلان الصحيح في انعقاد الخصومة، وذلك وفق نص قانون المرافعات المصري والراجح في النظام السعودي^(٣).

^(١) تنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات على أن "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة"، وإلى نحو هذا ذهب نص المادة ٤١/١ من نظام المرافعات هذا وتنقسم آثار المطالبة القضائية إلى آثار إجرائية وأخرى موضوعية، أما الآثار الإجرائية فتتمثل في بدء الالتزام المهني للقضاء، ثبوت اختصاص المحكمة، بدء الالتزام الوظيفي لمعاوني القضاء، اكتساب المركز القانوني للخصم، تحديد النطاق الشخصي والموضوعي للقضية، واعتبار محل المطالبة متنازعاً فيه، بينما تتمثل الآثار الموضوعية في قطع التقادم، بدء احتساب غرامات التأخير في القانون المصري جون النظام السعودي، وانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي.

راجع سيد محمود، أصول التقاضي، ص ٤٥٧، وجدي راغب، مبادئ، ص ٦٠١.

^(٢) تنص المادة ٣/٦٨ من أفعات معدلة بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م- على أن "لا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بتبليغ صحيفتها إلى المدعى عليه..."

^(٣) في القانون المصري جاء التعديل القانوني للمادة ٦٨ من أفعات بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وأضاف الفقرة الثالثة التي تنص على أن "لا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة".

وجاء في المذكرة الإيضاحية، ما يفيد في تحديد المقصود بالحضور في هذا النص، حيث ذكرت أن "المقصود بالحضور في هذا المقام هو أن يحضر المدعى عليه- دون إعلان- بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها ويتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها كأن يقر باستلامه صورة منها، أو يتسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض، أو يبدي دفاعاً في الموضوع، أو يطلب أجلًا لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزه القانوني".

ثم أصدرت محكمة النقض عقب التعديل المذكور حكماً قضائياً سرت فيه التطور القانوني والفقهية والقضائي لهذه المسألة ثم أقرت في هذا الحكم الوضع النهائي، حيث ذكرت أن "نص الفقرة الثالثة المستحدث على

وعلى ذلك فإن مباشرة أي إجراء من إجراءات الخصومة القضائية قبل ثبوت مركز الخصم للمدعى عليه تجعله غير ذي أثر^(١)، كما أنه يعني أن الوقت المعول عليه لبحث مدى ثبوت الشخصية القانونية للمدعى عليه هو بوقت تمام الإعلان "التبليغ" وليست العبرة بوقت المطالبة القضائية.

وهكذا فإن توقيت زوال الشخصية القانونية مقارنة بوقت بدء الخصومة بالنسبة للمدعى وانعقادها بالنسبة للمدعى عليه هو المعول عليه في تحديد وجود المركز القانوني للخصم أو انعدام هذا المركز، وهو ما يعد إجابة واضحة على السؤال محل البحث حول دور الوقت في اكتساب المركز القانوني للخصم^(٢).

انعقاد الخصومة أيضًا بحضور المدعى عليه قد تجاوز هذه الفروض جميعها إذ تتعقد به الخصومة سواء تنازل المدعى عليه صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحتها أو لم يتنازل عنه فلا يلزم باستلامه صورة الصحيفة أو أن يتسلمها بالجلسة دون اعتراض منه سواء بدفاع أو مستندات في الدعوى أو لم يقدم بما مفاده أن المشرع افترض علم المدعى عليه بالخصومة والطلبات فيها بمجرد مثوله أمام المحكمة دون ما حاجة لتوافر أي شرط أو اتخاذ أي مجابهة" حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٩٤٦، س٦٣، جلسة ١٩٩٤/١/٦.

بينما لم يتعرض نظام المرافعات السعودي ولا لائحته التنفيذية لهذه المسألة بصورة مباشرة، وإن كانت نصوص هذا النظام تفيد ضمناً بحكم هذه المسألة، فإذا كانت المادة الخامسة تقرر أن تحقق الغاية من الإجراء تسقط حق التمسك ببطلانه؛ فإن حضور الجلسة المحددة لنظر الدعوى بناء على تبليغ باطل تتعقد به الخصومة، لتحقيق الغرض من التبليغ وهو الحضور، وهو ما يعني أن الحضور تتعقد به الخصومة بشرط أن يأتي بناءً على تبليغ باطل، فإن كان التبليغ صحيح انعقدت به الخصومة وليس بالحضور، وإن لم يوجد تبليغ فلا تتعقد الخصومة وإن حضر المدعى عليه.

كما أن نص المادة ٤٧ يفيد بهذا الحكم ضمناً حين نص على أنه "إذا حضر المدعى والمدعى عليه أمام المحكمة من تلقاء نفسيهما ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني- وطلباً سماع خصومتهما فتسمع المحكمة الدعوى في الحال إن أمكن وإلا حددت لها جلسة أخرى".

^(١) قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ١/٦٣ من قانون المرافعات أنه وإن كان يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليه- كأثر إجرائي- بدء الخصومة إلا أن إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه يبقى كما كان في ظل قانون المرافعات الملغى إجراءً لازماً لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ويكون وجود الخصومة الذي بدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب معلقاً على شرط إعلانها إلى المدعى عليه إعلاناً صحيحاً فإن تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الابتدائي زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية" ط ٤١٩- س٤٣- ج ١٩٧٧/٥/٣٠.

^(٢) قد يقال بأن المعول عليه في تحديد وجود أو عدم وجود المركز القانوني للخصم في العرض الوارد بالمتن هي واقعة زوال الشخصية القانونية التي ترتب زوال هذا المركز، أو عدم وجودها ابتداءً بما يؤدي إلى عدم وجود هذا المركز "انعدامه"، وهو ما يعني انتفاء دور الوقت المشار إليه في المتن. غير أن هذا القول مردود بأن دور الوقت يكمن في تحديد ما إذا كان المركز الإجرائي للخصم موجود ومعتل "انقطاع" أو لا وجود له أصلاً، وهذا الأثر هو للوقت لا لزوال الشخصية، بدليل أن زوال -أو عدم وجود- الشخصية القانونية متحقق في الفرضين، رغم البون الشاسع بين حكمي كلا الفرضين، فهذا البون والاختلاف في الحكم نابع من توقيت زوال الشخصية القانونية لا من زوالها ذاته، فقد تزول هذه الشخصية وتقطع الخصومة، وقد تزول هذه الشخصية فتتعدم الخصومة، والمعول عليه بلا شك في تحديد

ثانياً: دور الوقت في اكتمال أهلية التقاضي

من المقرر أن الوقت هو العامل الأهم والأبرز - وإن لم يكن الوحيد- في وجود أهلية التقاضي، بل وتحديد درجة قوتها، ببيان ما إذا كانت كاملة أم ناقصة أم منعدمة؛ بما لذلك من أثر مباشر على تحديد القوة القضائية للقرار القضائي في ذاته^(١).

فبالرغم من أن التمييز هو العامل الأساس في تحديد أهلية التقاضي، فهي تدور في فلكه وترتبط به وجوداً وهدماً ونطاقاً، فتتعدم بانعدامه، وتكتمل باكتماله، وتتقص بنقصانه؛ ولذا فالوقت ليس العامل الوحيد، غير أن أهمية التمييز ودوره بالنسبة لأهلية التقاضي لا ينفيان ما للوقت من دور في هذا الخصوص، ذلك أن الوقت هو المعول عليه لتحديد درجة التمييز، لارتباط هذا التمييز بالعمر، وإن لم يكن المعيار الوحيد، ذلك أن مرور الوقت وحده لا يكفي للقول باكتمال التمييز، إذ يجب انتفاء موانع هذا التمييز من كل عاهة عقلية تحول دونه.

إلا أن انتفاء الموانع كمفترض هام لتحديد درجة تمييز الشخص لا ينفى عن الوقت كونه العامل الأهم والأبرز لتحديد درجة التمييز وذلك من عدة نواح تتعلق بالفروض الآتية:

الفرض الأول: انعدام أهلية التقاضي

إن الوقت في هذا الفرض هو المعول عليه وحده في تحديد درجة التمييز، فكل من هم دون سن التمييز "السابعة" عديمي التمييز بغض النظر عن الخلو من العاهات العقلية من عدمه.

ما إذا كان الحكم الانتقاع أم الانعدام هو بالوقت الذي زالت فيه تلك الشخصية، فإن كان الزوال قبل انعقاد الخصومة انعدمت، وإن جاء بعد انعقادها انقطعت، فالتمييز في الحكم بين الفرضين ينبع من توقيت الزوال لا من الزوال ذاته، وهنا مكن دور الوقت وأثره على المركز القانوني للخصم^(١) في تأكيد وتفصيل هذا المعنى راجع وجدي راغب، دراسات، ص ١٣٨.

وهو ما أكدته محكمة النقض في كثير من تطبيقاتها معولة عليه بصفة أساسية لتحديد مدى صحة القرار القضائي من عدمه، من قبيل ذلك ما قرره في الطعن رقم ١٦٦٨٧، س ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٦، وكذا حكمها في الطعن رقم ٢٢٧٢، س ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢.

وإذا كان الوقت وحده في هذا الفرض هو المعول عليه في تحديد درجة التمييز ذلك أن عدم بلوغ سنًا معينًا "أي مرور مدة معينة من الوقت على الولادة" يعنى انعدام التمييز دون حاجة إلى بحث الخلو من موانع التمييز العقلية من عدمه، وكانت أهلية التقاضي ترتبط بالتمييز والوقت؛ فإن الوقت وحده هو المعول عليه في تحديد أهلية التقاضي في هذا الفرض؛ حيث يقال أن كل من هو دون السابعة تتعدم أهلية التقاضي لديه، وهنا يبدو جليًا الربط المباشر بين الوقت وأهلية التقاضي^(١).

الفرض الثاني: نقص أهلية التقاضي

الوقت في هذه المرحلة قرينة على درجة التمييز، غير أن الوقت وحده لا يكفي قرينة كاملة، فتخالف موانع التمييز كالجنون مكمل لهذه القرينة، بحيث تكون النتيجة أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد غير مصاب بمانع من موانع التمييز يعد ناقص التمييز؛ وبالتالي يتمتع بأهلية تقاضي ناقصة^(٢).

ويبقى دور الوقت هو الأهم في هذه المرحلة، ذلك أن الخلو من موانع التمييز العقلية مفترض لا يحتاج إلى إثبات، بل يحتاج نفيه إلى إثبات، وهو ما يعني أن الوقت وحده يكفي للقول بوجود أهلية تقاضي ناقصة، وإن أمكن نفي هذا الحكم بإثبات وجود عاهة تحول دون التمييز، ولذا يبقى دور الوقت هو الأهم في تحديد ثبوت أهلية التقاضي، وبيان درجة قوتها.

الفرض الثالث: كمال أهلية التقاضي

في هذا الفرض يصدق نفس ما ذكر في الفرض السابق مع فارق وحيد هو أن الوقت يعد المعول عليه الأبرز والأهم في ثبوت أهلية تقاضي كاملة وليست ناقصة،

(١) أحمد هندي، قانون المرافعات، ص ٢١٩، عيد محمد القصاص: الوسيط، ص ٣٨٥. وهو ما أكدته محكمة النقض في كثير من تطبيقاتها معولة عليه بصفة أساسية لتحديد مدى صحة القرار القضائي من عدمه، من قبيل ذلك ما قرره في الطعن رقم ١٦٦٨٧، س ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٦، وكذا حكمها في الطعن رقم ٢٢٧٢، س ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢.

(٢) أحمد هندي، قانون المرافعات، ص ٣٢٧، عيد محمد القصاص: الوسيط، ص ٣٨٥. وهو ما أكدته محكمة النقض في كثير من تطبيقاتها معولة عليه بصفة أساسية لتحديد مدى صحة القرار القضائي من عدمه، من قبيل ذلك ما قرره في الطعن رقم ١٦٦٨٧، س ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٦، وكذا حكمها في الطعن رقم ٢٢٧٢، س ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢.

وما دون ذلك فيصح في شأنه كل ما سبق في الفرض الثاني؛ ولذا أحيل إليه منعاً لل تكرار.

نخلص مما سبق أن للوقت دور بارز في اكتساب ومباشرة المركز القانوني للخصم.

الفصل الثاني

أثر الوقت على تحديد سلطات الخصم

أولاً: الوقت محدد أولي لسلطات الخصم

تختلف سلطات الخصم بحسب ما إذا كان يتمتع بالمركز الإجرائي للخصم كاملاً أو منقوصاً، ويدخل الوقت معياراً هاماً في هذا التحديد، ويبدو هذا جلياً فيما يتعلق بإجراءات الطعن بالاستئناف، وكذا إجراءات التنفيذ القضائي.

ففي خصومة الطعن بالاستئناف تتعدد أوصاف الخصم المستأنف وتباین بحسب وقت تقديم الاستئناف؛ ويتحدد تبعاً لذلك قوة المركز القانوني للخصم في خصومة الاستئناف؛ بما يتم على أساسه تحديد ما يتمتع به من سلطات ومكانات إجرائية.

فمن المقرر أن الخصم الذي يقرر بالاستئناف في ميعاد الاستئناف يتمتع بالمركز القانوني للخصم كاملاً؛ ولا يتأثر استئنافه باستئناف غيره، بغض النظر عما إذا كان الاستئناف أصلي أو مقابل، بينما يضعف المركز الإجرائي للخصم الذي يقرر باستئنافه بعد انقضاء ميعاد الاستئناف "وهو ما يسمى بالاستئناف الفرعي"، إذ يتبع استئنافه الاستئناف الأصلي وجوداً وعدمًا، فيضحي مركز المستأنف في الميعاد أقوى من مركز المستأنف بعد الميعاد، إذ يستطيع الأول تحديد الاستمرار في الاستئناف أو تركه، بينما لا يستطيع الثاني الاستمرار في الاستئناف إذا ما قرر الأول ترك استئنافه^(١).

وفيما يتعلق بالتنفيذ القضائي يلعب الوقت دوراً هاماً وبارزاً في هذا الخصوص، ومن قبيل ذلك دوره في تحديد أصحاب حق الاشتراك في حصيلة التنفيذ، فهذا الحق مقرر لطائفتين من الدائنين هما الدائنين الحاجزين، والدائنين الذي اعتبروا بقوة

(١) في تأكيد هذا المعنى وتفصيلات أنواع الاستئناف راجع سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٨٦.

القانون طرفاً في إجراءات التنفيذ، ويستعان بالوقت في تحديد كلتا الطائفتين، فالطائفة الأولى تشمل كل دائن تدخل في إجراءات التنفيذ قبل لحظة الاختصاص بحصيلة التنفيذ، فهذه اللحظة هي المعول عليه في تحديد دخول الدائن في هذه الفئة من عدمه؛ بما لهذا من أثر بالغ الأهمية يتمثل في بيان مدى حقه في الاشتراك في حصيلة التنفيذ من عدمه، كما أن الطائفة الثانية تشمل الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وهكذا فإن لحظة تسجيل التنبيه هي المعول عليه في تحديد دخول الدائن في هذه الفئة من عدمه^(١).

وهكذا يلعب الوقت دوراً محورياً في تحديد القوة الإجرائية للمركز الإجرائي للخصم في خصومة الاستئناف، وكذا في تحديد الحدود الإجرائية لهذا المركز في مجال التنفيذ القضائي؛ بما يقطع بالدور الإجرائي البارز للوقت في تحديد السلطات الإجرائية للخصم.

ثانياً: الوقت قيد على سلطة الخصم في مباشرة الإجراءات

يعد الوقت من أبرز تطبيقات الشكليات الإجرائية، فهو قيد عام على سلطات الخصم في اتخاذ معظم إجراءات التقاضي، وما تقسيم المواعيد الإجرائية إلى كاملة وناقصة ومرتدة إلتديلاً على كثرة تقيد الخصم بالوقت في مباشرته ما تقرر له من مكناات إجرائية، وهو ما تكرر ذكر تطبيقاته المتعددة والمتباينة في غير موضع من هذه الدراسة^(٢).

هذا: وفي مجال التحكيم يعد الوقت قيذاً معتبراً لاتخاذ العديد من الإجراءات، وفي جميع مراحل الخصومة التحكيمية، كالنترام المدعى ببيان دعواه خلال الأجل المحدد، والنترام كل خصم بتقديم المذكرات والمستندات خلال المدد المحددة^(٣)، والنترام هيئة

(١) نص المادة ٤١٧ مرافعات، ونص المادتان ٤١، ٥٨ من نظام التنفيذ ولائحتها التنفيذية

(٢) تجنباً للتكرار راجع ما سيلي ذكره تحت عنوان: "الدور الإجرائي للميعاد بحسب كيفية احتسابه"

(٣) تنص المادة ٣٠ من قانون التحكيم على أن ١- يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان. ٢- يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع

التحكيم بتسليم صورة حكم التحكيم للمحكمن^(١)، وإيداع الحكم لدى المحكمة المختصة^(٢)، وحق الخصم في طلب تفسير الحكم فضلاً عن قيام هيئة التحكيم بالتفسير^(٣)، وكذا تصحيح حكم التحكيم^(٤)، واستكمال ما أغفل الفصل فيه من طلبات^(٥)، التزام المحكوم ضده برفع دعوى البطلان خلال الأجل المحدد لرفعها^(٦).

ثالثاً: الوقت مصدر تهديد يفقد الخصم ما تقر له من سلطات

تفرض قواعد المرافعات على الخصم الاهتمام بالوقت وفق تحديده الإجرائي، ورصد المواعيد الإجرائية والعمل على مراعاتها، ذلك أن الوقت مصدر تهديد للخصم، إما بالحرمان من حق إجرائي مقرر، أو بتوقيع جزاء إجرائي مرصود، إذ

أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير". وهو نفس ما قرره نص المادة ٣٠ من نظام التحكيم

بصورة حرفية.

أحمد مندو: التحكيم، الإشارة السابقة، عامة على بركات، خصومة التحكيم، ص ١٤٥، عشر مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص ١٧٣.

(١) تنص المادة رقم ١/٤٤ من قانون التحكيم على أن "تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمن الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره"، بينما تنص المادة ١/٤٣ من نظام التحكيم على أن "تسلم هيئة التحكيم إلى كل من طرفي التحكيم صورة طبق الأصل من حكم التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره".

(٢) كلف قانون التحكيم المحكوم له بهذا الإيداع دون التقيد بوقت محدد، وعلى خلاف ذلك جاء نظام التحكيم الذي جعل الإيداع على كاهل هيئة التحكيم خلال مدة ١٥ يوم من تاريخ صدور الحكم "م/٤٤".

(٣) تنص المادة ٤٩ من قانون التحكيم على أنه "١- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض... ٢- يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك"، وهو نفس ما قرره نص المادة ٤٦ من نظام التحكيم مع فارق وحيد هو عدم منح هيئة التحكيم سلطة تمديد ميعاد التفسير.

(٤) تنص المادة ٥٠ من قانون التحكيم على أن "١- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، وتجرى هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. ٢- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره"، وهو نفس ما قرره نص المادة ٤٦ من نظام التحكيم مع فارق وحيد هو عدم منح هيئة التحكيم سلطة تمديد ميعاد التصحيح.

(٥) تنص المادة ٥١ من قانون التحكيم على أنه "١- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم... ٢- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك"، وهو نفس ما قرره نص المادة ٤٨ من نظام التحكيم بصورة حرفية.

(٦) أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، ندوة التحكيم في عقود التشغيل والمقارلات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ديسمبر ٢٠٠٥، ص ٧٨.

إن الوقت في الكثير من تطبيقاته يعد ضابطاً لتحقيق المخالفة الإجرائية التي هي مناط توقيع الجزاء الإجرائي ومفترضه، كما أن الوقت مفترض مستقل من مفترضات توقيع الجزاء الإجرائي في العديد من الحالات، أو بالأحرى سبب من أسبابه، بل إن الوقت في ذاته قد يعد جزءاً إجرائياً، وهو ما سيتم تناوله بقدر من التفصيل فيما بعد^(١).

هذا: وفي مجال التحكيم يبدو جلياً الدور الإجرائي للوقت في فقد الخصم العديد مما تقرر له من سلطات ومكنات إجرائية، ومن قبيل ذلك:

١- سقوط حق الخصم في اختيار محكمه، وانتقال هذه المكنة الإجرائية إلى القضاء^(٢).

٢- سقوط حق الخصم في رد المحكم، فضلاً عن انتقال خصومة الرد إلى القضاء وخروجها من سلطان هيئة التحكيم^(٣).

٣- سقوط حق الخصم في مراجعة والطعن على قرار هيئة التحكيم أو حكمها^(٤).

(١) راجع ما سيلي ذكره تحت عنوان: "دور الوقت في تفعيل الجزاء الإجرائي".
(٢) تنص المادة ١٧ ب من قانون التحكيم على أنه "إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر... تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين..."، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة ١٥ ب/ راجع في تفصيل الأمر أحمد هندي، التحكيم، ص ٢١٥، علي بركات، خصومة التحكيم، ص ١٢٣، عشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص ١٩٦.

(٣) تنص المادة ١/١٩ من قانون التحكيم على أن "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه...". (حكمت المحكمة الدستورية في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق دستورية بجلسة ١١/٦/١٩٩٩ بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند رقم (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم التي كانت تتضمن عبارة "فصلت هيئة التحكيم في الطلب" بدلًا من العبارة الواردة بالنص الحالي، ونشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد ٤٦ بتاريخ ١١/١٨/١٩٩٩، وتم استبدال النص القديم بالنص الحالي بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٤/٤/٢٠٠٠).

وهو ما يتناه نظام التحكيم مع وجود بعض الفوارق سواء فيما يتعلق بالمدة أو باتفاق الأطراف على الرد، حيث تنص المادة ١/١٧ منه على أن "... يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة، أو بالظروف المسوغة للرد، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمه، فعلى هيئة التحكيم أن تبث فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه، ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً...".

بل إن كل حق الاعتراض على أي خطأ أو مخالفة يسقط إذا لم يباشر خلال الوقت المحدد له، كضمانة عامة لاستمرار إجراءات التحكيم والمضى قدمًا بها نحو غايتها النهائية دون اضطراب، وتجنبًا لاستغلال الخصم حقوقه الإجرائية لتهديد سلامة الإجراءات^(٢).

الفرع الثاني

أثر الوقت على المركز القانوني لمثلي الخصوم

إذا كان تمثيل الخصم إما أن يكون إجرائيًا أو أن يكون فنيًا، فهل للوقت دور على المركز القانوني لكلا الممثلين؟ هذا ما سوف أعرض له في الغصنين التاليين:

الغصن الأول: أثر الوقت على المركز القانوني للممثل الإجرائي.

الغصن الثاني: أثر الوقت على المركز القانوني للممثل الفني.

الغصن الأول

أثر الوقت على المركز القانوني للممثل الإجرائي

إذا كان الممثل الإجرائي ينوب عن الخصم الأصلي لعدم كمال الرشد لدى هذا الأخير، إما لكونه عديم أو ناقص الأهلية، أو لكونه بالغ سن الرشد مصاب بمانع أو عارض من عوارض الأهلية^(٣)، فإن للوقت دور هام في تحديد المركز القانوني لهذا الممثل الإجرائي.

(١) ففي خصوص قرار هيئة التحكيم برفض طلب الرد تنص المادة ٣/١٩ من قانون التحكيم على أن "الطالب الرد أن يطعن في الحكم

برفض طلبه خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون"، وهو ما تبناه نص المادة ١/١٧ من نظام التحكيم بصورة حرفية.

وفي خصوص دعوى بطلان حكم التحكيم تنص المادة ١/٥٤ من قانون التحكيم على أن "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يومًا التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه..."، بينما تنص المادة ١/٥١ من نظام التحكيم على أن "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم من أي من طرفيه خلال الستين يومًا التالية لتاريخ إبلاغ ذلك الطرف بالحكم".

(٢) تنص المادة الثامنة من قانون التحكيم على أنه "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضًا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر

ذلك نزولًا عن حقه في الاعتراض"، وهو ما قرره حرفيًا نص المادة السابعة من نظام التحكيم، مع اختلاف وحيد أن نص نظام التحكيم حدد المدة في فرض عدم الاتفاق بثلاثين يومًا بخلاف نص قانون التحكيم الذي استخدم عبارة "وقت معقول" دون تحديد مدة، ويبدو لي منهج النظام السعودي أضبط وأفضل من منهج القانون المصري في هذه الخصوص.

(٣) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ١٠١.

ذلك أن المركز القانوني للممثل الإجرائي للخصم القاصر رهين ببلوغ هذا القاصر سن الرشد، فبمجرد بلوغ هذا السن يتعطل التمثيل الإجرائي؛ وتزول الصفة في هذا التمثيل عن الولي أو الوصي بحسب الأحوال، وهكذا فإن المركز القانوني للممثل الإجرائي مؤقت، وهو ما يعني أن الوقت محدد للنطاق الزمني لهذا المركز، وأنه سبب من أسباب انقضائه وزواله.

وهو ما أكدته محكمة النقض في كثير من تطبيقاتها معولة عليه بصفة أساسية لتحديد مدى صحة القرار القضائي من عدمه، من قبيل ذلك ما قرره من أنه "إذا كان الحكم المطعون فيه لم يرد على دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة لبلوغ ابن المطعون ضده سن الرشد قبل إقامة الدعوى رغم اكتمال أهليته قبل إقامة الدعوى ابتداءً ودون ثبوت قيام نيابة قانونية أخرى أو اتفاقية لوالده وهو ما يمكن أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً^(١).

وقد استقر قضاء محكمة النقض -منذ إنشائها- على أن "الولي الطبيعي هو وكيل جبري عن قاصره بحكم القانون ينظر في القليل والجليل من شئونه الخاصة بالنفس والمال، وأن له بهذه الصفة أن يقرر بالطعن في الأحكام التي تصدر على قاصره مدنية كانت أو جنائية، لما في ذلك من مصلحة للقاصر قد تكون بجلب منفعة أو بدرء مضرة وكفل له هذه الصفة حتى ولو تجاوز القاصر سن الطفولة المنصوص عليها في قانون الطفل مادام لم يبلغ سن الرشد"^(٢).

^(١) حكمها في الطعن رقم ١٦٦٨٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١٦/٦، وقد سبق للمحكمة التأكيد على أن "النزاع حول بلوغ سن الرشد هو نزاع حول الصفة". حكمها في الطعن رقم ٤٣٤، س٥٠ق، جلسة ١٩٨٥/٥/٢٧.

^(٢) حكمها في الطعن رقم ١٠٨٩٠، س٨٠ق، جلسة ٢٠١٢/٧/٧، وهو ما أكدته في الطعون أرقام ١١٨٨، س٥٣ق، جلسة ٢٠١٢/٣/٨، ١١٤٢٣، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٠/٥/١٥، ٥١٨٩٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠٠٨/١/١، ١٢٥٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٣.

وتأكيداً لذات المعنى قضت محكمة النقض بأنه "يترتب على بلوغ القاصر من رافعي الدعوى الابتدائية سن الرشد قبل تهيئة الدعوى للحكم في موضوعها زوال صفة الوصي الذي كان يباشر الخصومة عنهم وبالتالي انقطاع سير الخصومة طبقاً لنص المادة ٢٩٤ من قانون المرافعات وبطلان الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع طبقاً للمادة ٢٩٧ من القانون المذكور"، حكمها في الطعن رقم ٩٩، س٣٣ق، جلسة ١٩٦٧/٧/٦.

واضطر إذا لذات الموقف قضت محكمة النقض بأن طعن الولي الشرعي في الحكم الصادر ضد القاصر بعد بلوغه سن الرشد "قد قرر به من غير ذي صفة، ويتعين الحكم بعدم قبوله شكلاً"، حكمها في الطعن أرقام

ولا يتعارض مع هذا ما استقر عليه قضاء محكمتنا العليا "النقض" من أن استمرار الممثل الإجرائي رغم بلوغ القاصر سن الرشد لا أثر له على الإجراءات إذ يتحول ممثل القاصر من ممثل إجرائي إلى وكيل بالخصومة، بل إن هذا الموقف يؤكد المعنى، ذلك أنها أكدت زوال التمثيل الإجرائي بمجرد بلوغ سن الرشد، وتحوله إلى تمثيل اتفاقي ضمني، وما هذا إلا أثراً للوقت على المركز القانوني للممثل الإجرائي^(١).

٥١٨٩٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠٠٨/٦/١، ٢٠٥٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٣، ١٦٦٨٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٦، ١٠٨٩٠، س٨٠ق، جلسة ٢٠١٢/٧/٧، ١١٨٨، س٥٣ق، جلسة ٢٠١٢/٣/٨، ٥١٨٩٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠٠٨/٦/١، ٢٠٥٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٣.

(١) في تبريرها لهذا المنهج اعتبرت محكمة النقض استمرار الممثل الإجرائي بعد زوال هذه الصفة عنه في مباشرة الإجراءات، وعدم اعتراض من بلغ سن الرشد وكالة ضمنية بالتقاضي، راجع في تأكيد هذا المعنى حكمها في الطعن رقم ٣١٧٥، س٦٣ق، جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٧، ٦٤٤٧، س٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/٧/١٣.

ويبدو هذا التبرير فيما خلصت إليه في العديد من أحكامها واستقرت عليه من أنه "لما كانت المادة ١/١٣٠ من قانون المرافعات تنص على أن (يقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من التائبين...) أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدي بذاته إلى انقطاع سير الخصومة إنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن القاصر. لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى أن الطاعنة اختصت المطعون عليه الثاني أمام محكمة أول درجة بصفته ولياً طبيعياً على ابنه القاصر.... كما أقام المطعون عليه الثاني بذات الصفة مع باقي المطعون عليهم الدعوى الفرعية أمام ذات المحكمة ثم استأنف معهم الحكم الصادر في الدعوى دون أن ينبه المحكمة إلى بلوغ القاصر الذي يمثله في الخصومة سن الرشد واستمر كذلك حتى صدور حكم نهائي فيها. ومن ثم فإن تمثيله لابنه المذكور في الدعوى يكون برضاء وقبول منه ويبقى هذا التمثيل منتجاً لكافة آثاره القانونية باعتباره نائباً عنه نيابة اتفاقية ويكون اختصاصه في صحيفة الطعن بهذه الصفة صحيحاً". (حكمها في الطعن رقم ٦٤٤٧، س٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/٧/١٣، والطعن رقم ١٩٠٢، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢).

وهذا الموقف للمحكمة يبدو جبرائياً - منطقياً لكون من زالت صفته من أقارب القاصر حتى الدرجة الثالثة وإلا لما ثبتت له الصفة في التمثيل الإجرائي للقاصر ابتداءً فهو من تطبيقات نص المادة ٧٢ مرافعات التي تنص على أن "... يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكولونه من المحامين وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يوكولونه من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلي الدرجة الثالثة". وهو نفس ما كانت تتبناه اللائحة التنفيذية الملغية لنظام المرافعات في المادة ٢/٤٧ التي كانت تنص على أن "النائب في الخصومة هو: الوكيل أو الولي أو الوصي ونحوهم"، وقد تم استبعاد هذا النص في اللائحة الحالية، غير أن هذا الاستبعاد ينبغي ألا يحمل على إلغاء حكم النص المستبعد لكونه تطبيقاً للقواعد العامة في الولاية على النفس بدليل إثبات النظام نفسه ذات الحكم للمنعين من الوكالة من القضاة وأعاونهم، إذ ينص في مادته رقم ٥٤ على أنه "لا يجوز للقاضي ولا لعضو النيابة العامة ولا لأحد من العاملين في المحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم في الدعوى ولو كانت مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع لها، ولكن يجوز لهم ذلك عن أزواجهم وأصولهم وفروعهم ومن كان تحت ولايتهم شرعاً".

الفصل الثاني

أثر الوقت على المركز القانوني للممثل الفني

لما كان المقصود بالممثل الفني من ينوب عن الخصم الأصيل وكالة فيما يتعلق بمباشرة إجراءات التقاضي "المحامي والأقارب حتى درجة معينة"، فإن للوقت دور بارز في خصوص المركز القانوني لهذا الممثل^(١).

ويتعاطم دور الوقت في خصوص الممثل الفني عنه في خصوص الخصم الأصيل، ذلك أن جميع سلطات هذا الممثل وصلاحياته إنما ترتبط وجودًا وعدمًا بالوقت وتقيده به، فإذا كانت نصوص المرافعات تمنح للممثل الفني كل ما يتعلق برفع الدعوى ومباشرة إجراءاتها وما يتعلق بها من حقوق وواجبات وأعباء إجرائية إلا ما يستلزم القانون له وكالة خاصة، غير أن جميع هذه السلطات لا تبدأ إلا من وقت إنشاء هذه الوكالة، كما أنها تزول من لحظة إنهائها، وبالتالي فإن مباشرة أي إجراء من منطلق التمثيل خارج وقت هذا التمثيل - إما قبل بدئه أو بعد انقضائه - يضحى غير معتبر قانوناً لمباشرته من الغير^(٢).

ويبدو هذا جلياً إذا ما أعملنا القواعد العامة للوكالة في خصوص الوكالة بالخصومة، وتحديدًا فيما يتعلق بانقضاء أجل الوكالة، وذلك في فرض اتفاق طرفيها على توقيت زمني تنتهي بانقضائه، حيث يترتب على هذا التصور تأقيت المركز القانوني للممثل الفني^(٣).

(١) اختلفت النظم القانونية في تحديد درجة قرابة من يصلح ممثلًا فنيًا للخصم دون أن يكون محامياً، فبينما نجد نص المادة ٧٢ من قانون المرافعات المصري تحصر حالات هذا التمثيل في الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثالثة نجد نظام المحاماة السعودي في المادة الثامنة عشرة منه ينص على أن "للمحامين المقدمين في جدول الممارسين دون غيرهم، حق الترافع عن الغير أمام المحاكم أو ديوان المظالم، أو اللجان المشار إليها في المادة الأولى من هذا النظام، واستثناء من ذلك يُقبل للترافع عن الغير من يأتي: ... ب- الأزواج أو الأصهار أو الأشخاص من ذوي القرى، حتى الدرجة الرابعة".

(٢) في تفصيل أحكام التمثيل الفني راجع أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، دار الفكر العربي، ص ١٢٥.

(٣) في عرض هذا الفرض ومدى تصوره عملاً في الوكالة بالخصومة راجع في القانون المصري وجددي راجب، مبادئ القضاء المدني، ص ٥٥٥، وفي النظام السعودي طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولانحته التنفيذية في المملكة العربية السعودية، دار الحافظ، ١٤٣٦هـ، ص ٢٠١٥م، ص ٤٤٨.

المبحث الثاني

عوامل تحديد الأثر الإجرائي للوقت

تتعدد العوامل المحددة لأثر الوقت في المجال الإجرائي، وكذا أثر مخالفته تبعاً لذلك، فليست كل المواعيد والمدد ذات نفس الأثر، ويمكن بيان هذه العوامل والمحددات في مطلبين على نحو ما يلي:

المطلب الأول: الضوابط الإجرائية لاحتساب الوقت.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية في تحديد للوقت.

المطلب الأول

الضوابط الإجرائية لاحتساب الوقت

هل تدخل ضوابط احتساب الوقت عاملاً في تحديد تأثيره على الإجراءات؟، لا شك أن إجابة هذا التساؤل ضرورية لتحديد ما إذا كان من المتعين شمول هذه الضوابط بالبحث، أو استبعادها لخروجها عن جوهر هذه الدراسة، ذلك أن الوقوف على الدور الإجرائي للوقت يقتضي ألا ينظر سوى لما يكون له أثر إيجابي ملحوظ على هذا الدور.

ومن خلال تحليل النصوص القانونية، ورصد التطبيقات القضائية، والاسترشاد بالشروح الفقهية أستطيع القول بأن لضوابط احتساب الوقت عظيم الأثر في تحديد الدور الإجرائي له، ويبدو هذا من زاويتين هامتين تتمثلان في: ضوابط احتساب الوقت المتعلقة بجوهره، والضوابط المتعلقة بكيفية احتسابه، وأحاول تناول هذه الضوابط مع بيان أثرها على تحديد الدور الإجرائي للوقت في فرعين على نحو ما يلي:

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بجوهر الوقت.

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بكيفية احتساب الوقت.

الفرع الأول

الضوابط المتعلقة بجوهر الوقت

تتعدد محددات احتساب الوقت في المجال الإجرائي، ومن أبرز هذه المحددات ما يتعلق بجوهر الوقت أو ذاتيته، وتحديدًا طبيعته، نوعه، ووظيفته، وهو ما يمكن تناوله في غصنين على التوالي هما:

الغصن الأول: طبيعة الوقت كمحدد لدوره الإجرائي.

الغصن الثاني: نوع ووظيفة الوقت كمحددين لدوره الإجرائي.

الغصن الأول

طبيعة الوقت كمحدد لدوره الإجرائي

إذا كانت طبيعة الأشياء ذات دور ملحوظ وأثر هام في تحديد النظام القانوني الذي تخضع له، فإن لتحديد طبيعة الوقت في المجال الإجرائي أهمية بالغة في تحديد الأثر الإجرائي له، سواء فيما يخص مدى تعلقه بالنظام العام، أو من حيث مدى حتمية الالتزام والتقيّد به، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أثر تعلق الوقت بالنظام العام على تحديد دوره الإجرائي

إن تحديد مدى ارتباط الميعاد بالنظام العام من عدمه إما أن يرد بالتقنين، حيث يحسم هذا الأمر بكون الميعاد من النظام العام، كما هو الحال في خصوص مواعيد الطعن إذ تجمع القوانين الإجرائية على تعلقها بالنظام العام، أو بالنص على ما يقطع بعدم تعلق الميعاد بالنظام العام، كما لو نص على جواز الاتفاق على خلاف أحكامه.

فإذا لم يوجد في نصوص القانون ما يفيد في تحديد مدى تعلق الميعاد بالنظام العام من عدمه، فإن الإجماع منعقد على أن المعيار المعول عليه يكمن في مدى تعلق الميعاد بالتنظيم القضائي وتوحيه حماية المصلحة العامة، فإن كان كذلك فهو متعلق بالنظام العام، وإلا فلا^(١).

(١) على فارس عمر، عوارض المواعيد الإجرائية في قانون المرافعات المدنية، منشور بمجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ع ٢٧، ٢٠٠٦، ص ٨٤.

ويتمثل الدور الإجرائي للمواعيد المتعلقة بالنظام العام في حماية الصالح العام القضائي، بضبط سير العدالة الإجرائية، وتحقيق الاستقرار للقرار القضائي، وتجنب ربط مصير إدارة مرفق القضاء بمحض الميول والأهواء الخاصة لأشخاص الخصومة القضائية؛ ولذا جاءت أحكامه صارمة ملزمة، لا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على ما يخالفها، ولا يعتد بمثل هذا اتفاق إن تم إذ يعد لغوياً، ويجب على المحكمة أن تقضي بموجبها من تلقاء نفسها، لكونها القائمة على حماية النظام العام القضائي وما يتعلق به، ويجوز التمسك بمخالفة هذه الأحكام في أي وقت أو حالة كانت عليها الإجراءات، بل يجوز هذا التمسك ممن تسبب في هذه المخالفة^(١).

أما الدور الإجرائي للمواعيد غير المتعلقة بالنظام العام فيمكن في حماية المصلحة الخاصة للخصم؛ إذ لا يترتب على مخالفتها أي مساس بالنظام العام الإجرائي، كما لا يترتب على تعطيل أحكامها أي إهدار للمصلحة العامة أو النيل منها. وفي تأكيدها لتوقف أثر مخالفة الميعاد الإجرائي على مدى تعلقه بالنظام العام، قضت محكمة النقض بأن "الحقوق والمراكز المتعلقة بالنظام العام لا يسري عليها أثر فوات المواعيد الإجرائية المسقط للحقوق"^(٢).

ومن أمثلة هذه المواعيد ميعاد مباشرة الإجراء، فالإعلان القضائي "التبليغ" لا يجوز إتمامه ليلًا أو في أوقات العطلات الرسمية^(٣).

(١) أمال أحمد الفزيري، مواعيد المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٤١، عبدالباسط جمعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨٠، ص ٥٥٥.

وتأكيداً للمعنى في تطبيقات القضاء المصري راجع أحكام النقض في الطعون أرقام ٦٥٩٦، س ٧٤ق، جلسة ٢٠١٤/٥/٥، ٦٧٦٤، س ٦٤ق، جلسة ٢٠١٠/١٢/٢٦، ١٠١٣٢، س ٧٨ق، جلسة ٢٠١٠/٥/١١.

قضت محكمة النقض تأكيداً لهذا المعنى بأن "المواعيد المتعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها، ومن ثم فهي تعد حتمية ترتب الشارع البطلان على مخالفتها دون حاجة للنص عليه وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها" حكمها في الطعون أرقام ١٧٢٠، س ٦٤ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/١٣، ٤٢٥٦، س ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١١/١٠، ٢٤٩٣، س ٦٢ق، جلسة ٢٠٠١/١/٢٣، ٧٦٥٣، س ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢.

وتأكيداً لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأن "مواعيد الاعتراض على الأحكام القضائية من النظام العام؛ فعلى المحكمة أن تتأكد من تلقاء نفسها من مراعاتها". حكمها في الطعون أرقام ٧٦٥٣، س ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢، ٤٢٥٦، س ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١١/١٠، ٢٤٩٣، س ٦٢ق، جلسة ٢٠٠١/١/٢٣.

(٢) حكمها في الطعون أرقام ٢٩٤٣، ٢٩٩٥، س ٧٢ق، ٨٧٢٦، س ٧٦ق، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٦.

(٣) تنص المادة ٧ من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز إجراء أي إعلان وتنفيذه قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية"، وتنص المادة ١٢ مرافعات شرعية على أنه

وهكذا يتمثل الدور الإجرائي لميعاد مباشرة الإعلان "التبليغ" في عدم إزعاج الأشخاص وتعكير صفو راحتهم^(١).

وكذلك ميعاد الحضور، وهو الفترة الزمنية التي يجب أن تنقضي بين الإعلان "التبليغ" والجلسة المحددة لنظر الدعوى، إذ يتمثل الدور الإجرائي له في تمكين المدعى عليه من الحضور، ومنحه المهلة الكافية لتحضير دفاعه، وإعداد وتهيئة مستنداته، وتجهيز ما قد يريد طرحه على المحكمة من طلبات، فضلاً عن أدلة الإثبات، بحيث إذا تم تحديد الجلسة قبل اكتمال هذه المدة الزمنية حق للمدعى عليه طلب التأجيل لاستكمال الميعاد^(٢).

وفي الفقه الإسلامي يوجد إجماع على أحقية المدعي في طلب إمهاله لإحضار بينته، ولعل مستندهم في هذا قول سيدنا عمر رضي الله عنه "أجعل لمن ادعى بينة غائبة أمداً ينتهي إليه"، وحتى يعذر المدعي فلا تكن له حجة حين يرفض طلبه، وهو ما يقابل في النظم الوضعية احترام حق الدفاع^(٣).

"لا يجوز إجراء أي تبليغ في مكان الإقامة قبل شروق الشمس، ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطلة الرسمية"^(١)
راجع في أسية الوقت في مجال الإعلان القضائي طلعت محمد دوبدار، الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة، دار الجماعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٣٧.

(١) أحمد ماهر زغول، قواعد الإعلان القضائي وقواعد تطورها في النظام القانون السعودي، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، بحقوق عين شمس، المجلد ٣٥، ع ١، ١٩٩٣، ص ١١٧.
(٢) تنص المادة ٦٩ من قانون المرافعات على أنه "... لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعلن إيه في التأجيل لاستكمال الميعاد"، وهو نفس ما قرره المادة ٤٦ من نظام المرافعات بصورة حرفية.

في تفصيل هذه الأحكام في النظام السعودي مقارنة بالقانون المصري راجع أحمد ماهر زغول، قواعد الإعلان، ص ١١٩. وفي القواعد العامة لهذه الأحكام راجع فتحي والي، الوسيط، بند ٢٦٤، وجدي راغب، مبادئ، ٥١٥.

(٣) راجع في تأكيد هذا المعنى عثمان بن علي الزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط ٢، ١٣١٤ هـ، ج ٤، ص ٣٠٠، رد المحتار، ج ٨، ص ١١٨، وفي تخريج كتاب أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه راجع أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، سنن البيهقي، ج ١٠، ص ١٥٠.
وفي تعليقه على هذا الحكم الإجرائي يقول ابن القيم رحمه الله "هذا من تمام العدل، فإن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة، فلو عجل عليه بالحكم بطل حقه، فإذا سأل أمداً يحضر فيه حجته أجيب إليه، ولا يتقيد ذلك بأجل محدد، بل بحسب الحاجة، فإن ظهر عنده لم يضرب له أمداً، بل يفصل، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتتمام العدل، فإذا كانت فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم". محمد بن أبي بكر الزرعي "ابن قيم الجوزية"، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٢، ص ٢٠٦.
وراجع للمقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية محمد بن إبراهيم بن علي الحسن الغامدي، طلب المدعي والمدعى عليه الإمهال وأثر ذلك في إطالة مدة الدعوى في الفقه الإسلامي موازناً بنظام المرافعات

هذا: وعن أثر عدم تعلق الميعاد بالنظام العام في مثل هذه الفروض على الدور الإجرائي للميعاد فإن هذا الأثر يتمثل في احتمالية تعطل هذا الدور، وذلك في الحالات التي تخالف فيها أحكام الميعاد؛ بما يعني تعطل وظيفته، وغياب الدور الذي شرع لتحقيقه، ومع ذلك يتعدى تدارك الأمر والعمل على تحقيق الدور المتوخى من الميعاد، وذلك في الفرضين الآتيين:

الفرض الأول: تنازل صاحب المصلحة المحمية بالميعاد عن التمسك بمخالفة أحكامه، سواء كان هذا التنازل صراحة أو ضمناً^(١).

الفرض الثاني: سقوط حق الخصم في التمسك بمخالفة أحكام الميعاد المقرر لمصلحته، وذلك بتجاوز الحدود الزمنية أو الترتيب الواجب مراعاته للتمسك بهذا الحق^(٢).

ففي هذين الفرضين يتعطل الدور الإجرائي للميعاد بصورة نهائية، وذلك على عكس ما سبق تأكيده في فرض تعلق الميعاد بالنظام العام.

هذا: ومما لا شك فيه اتساع مجال المواعيد غير المتعلقة بالنظام العام في مجال التحكيم عما هو مقرر أمام القضاء، ذلك أن معظم القواعد الإجرائية في مجال التحكيم لا تتعلق بالنظام العام، وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة، الذي هو دستور التحكيم، وذروة سنامه؛ بما يترتب على ذلك من نتائج^(٣).

ويترتب على الاعتداد بالإرادة الخاصة في مجال التحكيم تصور إيجاد قيود زمنية على بعض الإجراءات خلافاً لما هو مقرر أمام القضاء، إذا تراءى للأطراف أن في

الشرعية في المملكة العربية السعودية، منشور بمجلة جامعة أم القرى، ج ١٨، ع ٣٩، ذو الحجة ١٤٢٧هـ ص ٥٦.

(١) أحمد هندی، قانون المرافعات، ص ٢١٩، عيد محمد القصاص: الوسيط، ص ٣٨٥.

(٢) طلعت محمد دويدار: الإعلان القضائي، ص ١٧٣.

(٣) أكدت محكمة النقض هذا المعنى حيث قضت بأن "جميع المواعيد والمدد المتعلقة بإجراءات التحكيم مومنها مهلة التحكيم- تخضع بحسب الأصل لاتفاق الأطراف، وهو ما ينفي عنها الصفة الأمرية، ويجعل عدم التمسك بأثر مخالفتها تنازلاً ضمنياً عنها؛ وعليه فإن قعود المتضرر من استمرار إجراءات التحكيم بعد انقضاء مهلته عن اللجوء إلى القضاء لطلب إنهاء الإجراءات حتى صدر حكم التحكيم يعد تنازلاً منه عن حقه في إنهاء إجراءات التحكيم؛ بما ينفي إبطال الحكم لصدوره بعد المهلة المقررة لحكم المحكمة في الطعن رقمي ٣٨٩٦ و ٧٠١٦، س ٧٧٨، ق، جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٩".

هذا المسلك فائدة إجرائية لهم؛ وهو ما يستتبع العديد من الآثار المترتبة على مخالفة هذه القيود الزمنية.

كما أنه وفي المقابل -وفي فرض أكثر تصوراً- يجوز لذوي الشأن التحلل من بعض القيود الزمنية المقررة أمام القضاء؛ بما يستتبعه ذلك من تقليص آثار مخالفة المواعيد الزمنية عما هو مقرر أمام القضاء.

وتأكيداً لهذا المعنى قضت محكمة النقض بإخضاع أمر تحديد المواعيد اللازم مراعاتها أثناء الخصومة التحكيمية لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً، وذلك لأن القانون قد نفى عن هذه المواعيد وصف القاعدة الإجرائية الآمرة^(١).

ثانياً: أثر حتمية الوقت على تحديد دوره الإجرائي

ميزت نصوص المرافعات بين المواعيد الحتمية والتنظيمية، ورتبت على هذا التمييز ما يستتبعه من آثار، فقررت المادة الخامسة من قانون المرافعات أنه "إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله".

وفي خصوص نظام المرافعات ورغم أنه لم يتضمن حكماً مماثلاً أو مخالفاً لنص المادة الخامسة المذكور غير أنه عرف التمييز بين المواعيد الحتمية وغير الحتمية، ورتبت نفس النتيجة من التمايز في الحكم بينهما، إذ ينص في المادة ١/٨٦ منه على أنه "يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي موعد حتمي قد حدده النظام لإجراء ما"^(٢).

(١) جاء في قضائها أن "المشرع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الآمرة، فتضحى تبعاً لذلك القواعد الواردة ذكرها في المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هي الواجبة الأعمال على إجراءات الدعويين التحكيميتين رقمي..... لسنة ٢٠٠٢، لسنة ٢٠٠٢ التي تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقاً لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين في الدفاع". (حكمها في الطعن رقم ٦٤٨، س٧٣٣، جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣).

(٢) هذا النص مطابق لنص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات المصري مع اختلاف أنه جعل أقصى مدة للوقف الاتفاقي ستة أشهر بينما جعلها النص ١٢٨ ثلاثة أشهر.

وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من قانون المرافعات فإن لفظة "تم" تعني اكتمال كل المتطلبات الإجرائية أثناء الموعد المحدد، ولذا استقر قضاء النقض على أن الميعاد الحتمي لا يعد مرعيًا إذا تم الإجراء بعد الميعاد، ولو تم البدء فيه أثناء الميعاد^(١).

وامتدادًا لتفعيل الدور الإجرائي لحتمية الميعاد وفي خصوص ميعاد التعجيل من الشطب يتعين تعجيل الخصومة المشطوبة في غضون ستين يومًا وإلا اعتبرت كأن لم تكن بقوة القانون ودون حاجة إلى طلب أو حكم^(٢).

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض بأن "اعتبار الدعوى كأن لم تكن كآثر لمخالفة الميعاد الحتمي المقرر لتعجيلها من الوقف واقع ما لم يتم اتخاذ إجراءين جوهريين هما تحديد جلسة لنظرها، وإعلان الخصم بهذه الجلسة، على أن يتم اتخاذهما أثناء الميعاد المذكور"، وانتهت إلى بطلان الحكم الذي اعتد بمجرد تقديم صحيفة التعجيل إلى قلم الكتاب خلال الميعاد المذكور كمانع من توقيع الجزاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن، رغم إعلانها بعد انقضاء هذا الميعاد^(٣).

(١) ومن ثم انتهت إلى أنه وفقًا لنص المادة ١٣٤ مرافعات لا يتم تعجيل الدعوى من الوقف إلا بتمام إعلان صحيفة التعجيل قبل انقضاء المدة المحددة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي، فلا يكفي مجرد إيداعها قلم كتاب المحكمة أو تحديد جلسة أو تسليمها لقلم المحضرين في غضون هذا الميعاد. (حكمها في الطعن رقم ١٢٩٢، س٧٤ق، جلسة ٢٤/١٠/٢٠٠٥)

(٢) تنص المادة ١/٨٢ مرافعات على أنه "... إذا انقضت ستون يومًا ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها اعتبرت كأن لم تكن".

راجع في تأكيد المعنى وزيادة تأصيله محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ١٢٨. (حكمها في الطعون أرقام ٩٩٣٩، س٦٥ق، جلسة ٢٠/٢/١٩٩٧، ٦٢٢، س٥٠ق، جلسة ٤/١٢/١٩٨٦، ١٢٢٨، س٥٨ق، جلسة ٦/٣/١٩٩١، ٢٠٧٥، س٥٢ق، جلسة ٢٧/٣/١٩٨٩، ١٢٦٤، س٥٢ق، جلسة ٢٤/٥/١٩٨٧، ٧٩٧، س٤٩ق، جلسة ٩/٢/١٩٨٣، ١١٣٦، س٤٨ق، جلسة ١٩/١١/١٩٨١، ٣٣٦، س٤٥ق، جلسة ٦/٢/١٩٧٨).

وفي تأكيدها لضرورة التمييز بين الميعاد الحتمي والميعاد التنظيمي والربط بين حتمية الميعاد وجزاء السقوط راجع حكمها في الطعن رقم ١٦٤٠، س٦٨ق، جلسة ٢١/١١/٢٠١٥، والطعن رقم ٦٥٩، س٦٧ق، جلسة ١٧/١/٢٠٠٨.

كما قضت بأن عدم تعجيل الخصومة المشطوبة في الميعاد الحتمي المحدد لذلك يستتبع اعتبارها كأن لم تكن، ولا يختلف الحكم لو تم التعجيل بعد هذا الميعاد. حكمها في الطعون أرقام ١٠٤٠، س٦٠ق، جلسة ٥/١/١٩٩٧، ٢٩٢، س٧٤ق، جلسة ٢٤/١٠/٢٠٠٥، ١٨٨٧، س٦٣ق، جلسة ٤/٢٤/١٩٩٧.

وفى بيانها للعللة من هذا الحكم أكدت محكمة النقض أنها تتمثل في الحيلولة دون إطالة أمد النزاع^(١).

هذا: وفي خصوص نظام المرافعات السعودي فرغم تبنيه الشطب كأثر لغياب كلاً من المدعى والمدعى عليه وعدم صلاحية الدعوى للحكم فيها وانتفاء العذر عن المدعى^(٢) إلا أنه -خلافاً للقانون المصري- لم يحدد مدة معينة للتعجيل من الشطب؛ وهو ما يعنى تعطل الدور الإجرائي للوقت في مجال الشطب، فيجوز تعجيل الدعوى في أي وقت مهما طال الزمن، ولا شك فيما لهذا الوضع من آثار سلبية إذ يجعل الخصومة قائمة إلى ما لا نهاية، خاصة وأن نظام المرافعات لم يأخذ بفكرة التقادم الإجرائي للخصومة المقررة في قانون المرافعات المصري^(٣).

كما أنه ومن ناحية أخرى أجاز نظام المرافعات معاودة السير في نظر الدعوى بعد الشطب لمرة ثانية أو أكثر بناء على قرار من المحكمة العليا بعد طلب المدعى^(٤).

(١) قضت بأن نص المادة ٨٢ مرافعات "... يدل على أن المشرع حظر شطب الدعوى إلا لمرة واحدة، وذلك للحيلولة دون إطالة أمد النزاع، وأوجب الحكم باعتبارها كأن لم تكن إذا تخلف طرفاها الأصليان معاً -المدعى والمدعى عليه- عن الحضور بعد تجديد السير فيها" حكمها في الطعن رقم ٣٢٦٤، س ٧١ ق، جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٢، ومن تطبيقاتها المفيدة في هذا الخصوص حكمها في الطعن رقم ١٧٦٣٧، س ٧٥ ق، جلسة ٢٣/٤/٢٠١٣، ٧٣٣٥، س ٦٥ ق، جلسة ٨/٦/٢٠٠٦.

(٢) راجع في تقرير الشطب إذا تحقق الغياب مع تخلف العذر المقبول حكم المحكمة العامة بمحافظة الدائر بنى مالك الصادر بموجب الصك رقم ٣٦، بتاريخ ٧/٨/١٤٢٨هـ، مصدق بقرار محكمة التمييز رقم ١/٥/١٤٨٣ بتاريخ ١/١٢/١٤٢٥هـ، منشور بمدونة الأحكام، الإصدار الثالث، ص ٢٥٦.

(٣) جاء الفصل الثالث من الباب السابع من قانون المرافعات تحت عنوان "سقوط الخصومة وانقضاؤها بمضي المدة"، وتضمن النص في المادة ١٣٤ على أن "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي"، وفي المادة ١/٤٠ على أنه "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح فيها"، ولا وجود لمثل هذين النصين في النظام السعودي؛ وهو ما يعنى تصور بقاء الخصومة قائمة رغم ركودها إلى أجل غير مسمى.

(٤) تنص المادة رقم ٥٥ من نظام المرافعات على أنه "إذا غاب المدعى عن جلسة من جلسات الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها بحسب الأحوال، وعند ذلك تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإن غاب المدعى كذلك ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من المحكمة العليا"، كما تنص اللائحة التنفيذية لهذا النص (م/٥٥٠) على أن "يكون الرفع للمحكمة العليا بعد الشطب للمرة الثانية وما بعدها بناء على طلب من المدعى، بكتاب مرفق به ضبط القضية..."

وعلى خلاف ذلك يتضاءل الدور الإجرائي للميعاد التنظيمي الذي يقف عند حد تنظيم إجراءات الخصومة دون ترتيب جزاءات إجرائية، ومن هنا جاءت تسميته.

وقد ينص القانون صراحة على اعتبار الميعاد تنظيمياً بما يترتب على ذلك من نتائج، من قبيل ذلك نص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات في تنظيمها لميعاد إعلان صحيفة الطعن بالنقض، إذ تنص على أنه "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه. ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان إعلان صحيفة الطعن"^(١).

ولم يتضمن النظام السعودي نصاً مماثلاً غير أن هذا لا يعني عدم تبنيه الحكم، فهو يستفاد ضمناً من نص المادة ٢/١٩٥ فيما يتضمنه من النص على أن "تقيد إدارة محكمة الاستئناف مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وترفعها مع صورة ضبط القضية وجميع الأوراق إلى المحكمة العليا خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء مدة الاعتراض"، ذلك أنه لا يمكن القول بأن تأخر محكمة الاستئناف عن رفع الاعتراض إلى المحكمة العليا خلال الموعد المحدد أي جزاء إجرائي، لأن المعول عليه تقديم المعارض على الحكم اعتراضه خلال ميعاد الاعتراض بالاستئناف، أي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو تبليغه بحسب الأحوال"^(٢).

ومن قبيل المواعيد التنظيمية في كلا النظامين المصري والسعودي ميعاد الحضور، وميعاد الإعلان وفق ما سبق ذكره منذ قليل"^(٣).

هذا: وكأثر للتمييز بين هذين النوعين للمواعيد الإجرائية قضت محكمة النقض بأن "الميعاد الحتمي بخلاف الميعاد التنظيمي يترتب على فواته سقوط حق الطعن"^(٤).

(١) محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ٢٥، ٢٤، ج ١، يوليو ١٩٨٣، ص ١٢٩.

(٢) راجع وجدي راغب فهمي - مبادئ - ص ٧٩٤.

(٣) راجع ما سبق ذكره في الصفحات السابقة تحت عنوان أثر تعلق الوقت بالنظام العام على تحديد دوره الإجرائي.

(٤) حكمها في الطعن رقم ٥١١٨، س ٦٢، جلسة ١٩٩٥/١/١٢.

كما قرنت بين بطلان الإجراء وسقوط الحق فيه بصفة عامة وبين حتمية الميعاد، بحيث ربطت بين السقوط والبطلان من ناحية وبين توافر صفة الحتمية في الميعاد من ناحية أخرى^(١).

كما قضت بأن تقييد اتخاذ الإجراء بميعاد تنظيمي يعني عدم سقوط الحق فيه بفوات هذا الميعاد؛ بما يعني امتناع القول بعدم قبول هذا الإجراء إذا ما تم اتخاذه بعد الميعاد المحدد له، بل إن المحكمة كانت قاطعة في تأكيدها امتناع توقيع أي جزاء إجرائي على مخالفة أحكام الميعاد التنظيمي، حيث قضت بأن تجاوز هذا الميعاد لا يترتب عليه عدم قبول الطلب لأنه ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته أي جزاء إجرائي^(٢)، وطبقت نفس المبدأ على ميعاد إيداع مذكرة الدفاع قبل الجلسة كميعاد مرتد^(٣).

هذا؛ ولتخالف الحتمية عن الميعاد ووصفه بالتنظيمي عظيم الأثر على مباشرة السلطة القضائية، ذلك أن تحديد أثر فوات الوقت على سلطة المحكمة في خصوص الإجراءات المقررة للخصوم والمقيدة بميعاد معين، متوقف على تحديد طبيعة هذا الميعاد، فإن كان حتمي استردت المحكمة فور انتهائه سلطتها المذكورة، وإلا كان عليها التريث حتى يتم اتخاذ الإجراء، أو يتأكد عدم إتمامه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن مفاد نص القانون في شأن التصالح في المنازعات الضريبية أنه يتعين على جميع المحاكم بما في ذلك محكمة النقض أن

(١) أحكامها في الطعون أرقام ٩٤٥٠، س ٨٠ق، جلسة ٢٠١٢/١١/١٣، ١٢٥٣، س ٧٠ق، جلسة ٢٠١٢/١/٢٨، ٩٢٨، س ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٦/٣/٢٨، ١٢٩٢، س ٧٤ق، جلسة ٢٠٠٥/١١٠٦/١٠/٢٤، ٢٠٠٥، س ٦٠ق، جلسة ١٩٩٧/٣/٣١، ٩٩٣٩، س ٦٥ق، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠، ١٠٤٠، س ٦٠ق، جلسة ١٩٩٧/١/٥، ٣٤٣٠، س ٥٨ق، جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠، ١٢٢٨، س ٥٨ق، جلسة ١٩٩١/٣/٦.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٢٣٢٩٧، س ٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/١/٩، وهو ما أكدته بصورة أخرى بحكمها في الطعن رقم ١٣٨٨، س ٧١ق، جلسة ٢٠١٣/١١/٢٥.

وفي بيانها للحكمة من الميعاد التنظيمي وقد امتنع أن يكون لمخالفته أي أثر قررت محكمة النقض بأن الميعاد التنظيمي يراد به حث المكلف به "المحكمة أو الخصوم" على عدم التأخر في القيام بمحل التكليف، راجع لها في تأكيد هذا المعنى حكمها في الطعن رقم ٩٤٥٠، س ٨٠ق، جلسة ٢٠١٢/١١/١٣، وكذلك حكمها في الطعن رقم ١٦٤٠، س ١٦٨ق، جلسة ٢٠١٥/١١/٢١.

(٣) حكم المحكمة في الطعن رقم ٤٤٦، س ٣٨ق، جلسة ١٩٧٤/٤/٢٨ وهو ما تبنته في خصوص كل ما هو تنظيمي في المجال الإجرائي. راجع حكمها في الطعن رقم ٢٣١٣، س ٧٨ق، جلسة ٢٠١٧/٥/٢٥، ٥٩٣٨، س ٨٠ق، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٥.

توقف الدعوى وجوباً لمدة تسعة أشهر بناء على طلب مصلحة الضرائب ما لم يمانع الممول في ذلك، كما يجب عليها تجديد الوقف تلقائياً لمدة أخرى مماثلة في حالة ما لم تسفر إجراءات التصالح عن اتفاق ولم تخطرها مصلحة الضرائب بذلك لاستئناف السير في الدعوى، وأن هذا الميعاد تنظيمي؛ ليس من شأن انقضائه زوال أثر طلب الصلح واسترداد المحاكم سلطتها في الفصل في الدعاوى، وإنما يتعين التريث حتى يصدر قرار بقبول الصلح أو بعدم الاستجابة له^(١).

وفي المقابل فإن تقييد حق الخصم بالتزام المحكمة بالحكم له خلال موعد معين يتوقف على بيان أثره على تحديد طبيعة الميعاد، فإن وصف هذا الميعاد بالتنظيمي أثره جواز الحكم للخصم بما يطلبه بعد فوات الميعاد دون تثريب على المحكمة، بخلاف ما لو وصف هذا الميعاد بالحتمي؛ إذ يعد فوات الميعاد دون الفصل في طلب الخصم حكماً ضمنياً بالرفض، بما يترتب على هذه المفارقة من نتائج هامة^(٢).

كما أنه إذا كان حق الدعوى مقيد بميعاد محدد، فإن أثر فوات هذا الميعاد على هذا الحق يتوقف على ما إذا كان هذا الميعاد حتمي أو تنظيمي، فإن كان الميعاد تنظيمي ظل هذا الحق قائم لا يزول بانقضاء الميعاد المذكور، وعلى نقيض ذلك لو كان الميعاد حتمي، إذ يترتب على فواته سقوط هذا الحق^(٣).

(١) حكمها في الطعن رقم ١٣٨٨، س٧١ق، جلسة ٢٥/١١/٢٠١٣، وهو ما سبق أن أكدته من خلال حكمها في الطعن رقم ٩٢٨، س٧٠ق، جلسة ٢٨/٣/٢٠٠٦.

(٢) قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن النص في المادة ٥٧ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه يجوز للمحكمة التي تنتظر دعوى بطلان الحكم أن تأمر بوقف تنفيذه، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، مفاده أن هذا الميعاد تنظيمي، يراد به حث المحكمة على الفصل في طلب وقف التنفيذ دون تأخير؛ فلا يترتب على مخالفته سقوط حق الخصم في وقف التنفيذ، أو بطلان قضاء المحكمة بالوقف بعد انقضائه. (حكمها في الطعن رقم ٩٤٥٠، س٨٠ق، جلسة ١٣/١١/٢٠١٢، وحكمها في الطعن رقم ٩٥٤٠، س٨٠ق، جلسة ١٣/١١/٢٠١٢).

(٣) راجع ما سبق ذكره تحت عنوان: "أثر فوات الميعاد على حق الدعوى". وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن الميعاد الذي حدده القانون لفحص طلبات ذوى الشأن في مدى صحة بيان إدارة تصفية الأموال المصادرة بميعاد تنظيمي وليس بميعاد سقوط؛ فلا يترتب على انقضائه سقوط الحق في المطالبة باسترداد تلك الأموال عن طريق اللجوء إلى القاضي الطبيعي؛ ومن ثم فإنه لا يكون لانقضائه أثر في ولاية المحاكم العادية باعتبارها السلطة الأصلية التي تملك حق الفصل في النزاع. (حكمها في الطعن رقم ١٢٥٣، س٧٠ق، جلسة ٢٨/١/٢٠١٢).

ومن المنطقي -تبعًا لما سبق- أن يترك إضفاء الحتمية على الميعاد للنص القانوني دون جواز الاجتهاد في ذلك، لما يترتب على هذا الوصف من آثار خطيرة^(١).

وهو ما استقر عليه العمل سواء فيما يتعلق بخصومة الحكم القضائي^(٢)، أو فيما يتعلق بالتنفيذ القضائي^(٣).

هذا: وإذا تعارضت حتمية الموعد مع اعتبارات النظام العام كانت الأولوية لهذه الأخيرة، فالميعاد الحتمي لا يترتب أثره في خصوص الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها واستقر قضاؤها عليه^(٤).

(١) هذا ما تبناه قانون المرافعات في العديد من التطبيقات، من أبرزها ما يتعلق بمواعيد السقوط والتقدم الإجرائي للخصومة القضائية، إذ تنص المادة ١٣٤ منه على أن "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي"، وفي تحديدها لوسيلة التمسك بالسقوط كأثر لاكتمال هذه المدة المسقطه تنص المادة ٢/١٣٦ مستبدلة بنص المادة الثانية من القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م- على أنه "يجوز التمسك بسقوط الخصومة في صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد المدة المنصوص عليها في المادة ١٣٤"، وتأكيدًا لحتمية هذا الميعاد، وترتيب أثره في كل الأحوال تنص المادة ١٣٩ مرافعات على أن "تسري المدة المقررة لسقوط الخصومة في حق جميع الأشخاص ولو كانوا عديمي الأهلية أو ناقصيها".

(٢) وفي خصوص التطبيقات القضائية المؤكدة لهذا المعنى راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٣٩٣٥٧٥، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٥/١٤/٦٤٧٩، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٠/٦/١٤، س٧٤ق، جلسة ٢٠٠٨/٣/٢٢، س٧٧ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/١٣، س١٢٩٢، س٧٤ق، جلسة ٢٠٠٥/١٠/٢٤، س٥٩ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤، س٥٩٥٦، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٤/٥/٩، س٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤، س٣٢٩٢، س٦٥ق، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٤، س٢٥٦٦، س٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/٧.

(٣) تنص المادة رقم ٤٢٢ مرافعات على أن "أوجه البطلان في الإجراءات السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات وكذلك جميع الملاحظات على شروط البيع يجب على المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ إبدائها بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بالتقرير بها في قلم كتاب محكمة التنفيذ قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقهم في التمسك بها".

راجع في تأكيد هذا المعنى أحكام النقض في الطعون أرقام ٤٠٩٦، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٤/٤/١، س١٢٠٥، س٥٧ق، جلسة ١٩٨٩، ١٤٢١/١٢/٢٧، س٥١ق، جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦، س٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٣.

(٤) وفي تأكيد هذا المعنى راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٢٩٤٣ و ٢٩٩٥، س٧٢ق، س٨٧٢٦، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٦.

حيث قضت بأنه "إذا كان المشرع قد أوجب في المادة ٤٢٢ من قانون المرافعات التي تسري على إجراءات بيع العقار الشائع عملاً بالمادتين ٤٦٣، ٤٦٨ من ذات القانون إبداء الاعتراضات والملاحظات على قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات بثلاثة أيام وأسقط الحق في التمسك بها. إلا أن ذلك لا يسرى على الاعتراض المؤسس على مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام. وصحة مثل هذا الاعتراض يُوجب على القاضي الذي يباشر الإجراءات وقف البيع إلى حين إزالة وجه الاعتراض بتصحيح قائمة شروط البيع. ومخالفة ذلك يجيز عملاً بالمادة ٤٥١ من قانون المرافعات استئناف حكم إيقاع البيع، لصدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات في حالة كان وقفها فيه واجبًا قانونيًا. والطعن في هذه الحالة

ومن الجدير بالملاحظة - في القانون المصري دون النظام السعودي - أن لطبيعة الإجراء المرتبط به الوقت أو الميعاد دور بالغ الأهمية في تحديد الدور الإجرائي للوقت، فقد يتوقف تحديد الدور الإجرائي للوقت على طبيعة الإجراء بغض النظر عن طبيعة الميعاد ذاته، ودونما تفرقه بين تعلقه بالنظام العام أو عدم تعلقه به، وبغض الطرف عما إذا كان حتمي أو غير حتمي^(١).

يظهر هذا جلياً في خصوص الإجراءات التي لا تقبل التجزئة، ويتحقق ذلك تأثراً بعدم قابلية موضوع الدعوى للتجزئة؛ فيحال دون سقوط الإجراء الذي فات موعده بسبب ارتباطه بإجراء بوشر في موعده، وهو ما قرره نصوص المرافعات في غير موضع، وأكدته تطبيقات القضاء^(٢).

ورغم أنها اعتبرت جزءاً "اعتبار الدعوى كأن لم تكن" من قبيل الجزاءات الإجرائية الحتمية؛ فيقع بقوة القانون، إلا أن محكمة النقض أوقفت تفعيله على دفع

ليس في الواقع طعنًا في حكم إيقاع البيع. وإنما طعن في حكم سابق عليه هو حكم رفض الوقف، الذي يؤدي القضاء بإلغائه إلى بطلان حكم إيقاع البيع بالتبعية".
^(١) بتدقيق النظر في نصوص المرافعات وتطبيقات القضاء نلاحظ أن طبيعة الإجراء القضائي تؤثر على تحديد أثر فوات ميعاد اتخاذه، بمعنى أنه قد يكون أثر فوات الميعاد سقوط مكنة اتخاذ الإجراء، ورغم ذلك يعطل هذا الأثر - رغم تحقق مقترضه - بالنظر إلى طبيعة الإجراء الذي فوت الخصم موعده اتخاذه.
وبالرغم من أنه قد يعترض على تناول طبيعة الإجراء ضمن ضوابط تحديد الدور الإجرائي للوقت المتعلقة بجوهره، وعلى أساس أن طبيعة الإجراء لا تندرج ضمن جوهر الوقت، بل مستقلة عنه خارجة عن جوهره، ورغم وجهة هذا الاعتراض غير أنني أؤثر عدم إغفال هذه الفكرة في هذا الموضوع، وذلك لاقتران أثرها بآثار العوامل المذكورة الداخلة ضمن جوهر الوقت المحددة لدوره الإجرائي، بمعنى أن تناول طبيعة الإجراء عقب استعراض العوامل والمحددات المتعلقة بجوهر الوقت يأتي ربطاً بين أثر طبيعة الإجراء وآثار هذه العوامل والمحددات على الدور الإجرائي للوقت:

^(٢) من قبيل ذلك نص المادة ٢١٨ مرافعات الذي يقرر أنه "... إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في الالتزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته ...، وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصاص الباقي ولو بعد فواته بالنسبة إليهم..."

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان محل الدعوى لا يقبل التجزئة وتم الطعن بالاستئناف أو النقض من أحد الخصوم، حق لكل خصم لم يطعن في الحكم أن يقدم طعنه ولو بعد فوات الميعاد"، حكماً في الطعن رقم ٨٤٢٦، س٦٦٦ق، جلسة ٢٥/١٢/٢٠٠٧، وكذا حكماً في الطعن أرقام ٧١٩٥، س٦٦ق، جلسة ١٠/٣/٢٠٠٩، ٤٣٦٩، س٧٠ق، جلسة ٢٨/١١/٢٠٠١، ٢٥٨٢، س٥٩ق، جلسة ٢٥/١٢/١٩٩٧، ١٣٠٥، س٦٠ق، جلسة ١٣/٥/١٩٩٣.

المدعى عليه، واعتبرت هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، من أهمها سقوط الحق فيه بعدم مراعاة الترتيب اللازم في التمسك به.

ولذا قضت بأنه "إذا قررت المحكمة شطب الدعوى وبقيت مشطوبة سنتين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت -وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- كأن لم تكن بقوة القانون، وذلك جزاء تقصير المدعى في موالة السير في دعواه وموالاته لإجراءاتها، وعلى محكمة الموضوع باعتبار الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب في ميعاد السنتين يوماً سألغة البيان هو دفع إجرائي غير متعلق بالنظام العام يتعين التمسك به قبل التكلم في موضوع الدعوى" (١).

بل إنها قضت بأن "الدفع بعدم قبول التظلم من أمر تقدير رسوم الشهر العقاري التكميلية لعدم رفعه في الميعاد دفع متعلق بعمل إجرائي هو حق الطعن في القرار، يرمى إلى عدم النظر فيه كجزء على عدم مراعاة الميعاد الذي يتعين القيام به خلاله وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول" (٢).

وهنا قد يبدو موقف المحكمة متناقضاً، لاعتبارها أثراً إجرائياً معيناً حتمياً يقع بقوة القانون؛ بما يعني أن القرار القضائي بتقريره لا يعد منشئاً وإنما يعد كاشفاً ومقررًا له، ومع ذلك تعتبر أن التمسك به لا يتعلق بالنظام العام، وفي تبريرها لهذا الموقف عولت محكمة النقض على خطورة اعتبار الدعوى كأن لم تكن، لما يترتب عليه من زوال جميع الآثار المترتبة على الدعوى بما فيها صحيفتها، وما قد يترتب على ذلك في بعض الأحوال من سقوط الحق المدعى به، أو استكمال المدعى عليه مدة اكتسابه بالنقادم، ومما لا شك فيه أن ابتداء النص القانوني محل التعليق بلفظة "يجوز" يعطي موقف محكمة النقض أساساً قانونياً متيناً لما انتهت إليه (٣).

(١) حكمها في الطعن رقم ٧٣٣٥، س ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٨.

(٢) الطعن رقم ١٢١٤، س ٦٠ق، جلسة ١٩٩٨/٥/٢٨.

(٣) قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن "مفاد نص المادة ٧٠ من قانون المرافعات يدل -وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون وما جرى به قضاء محكمة النقض- على أنه نظراً لخطورة الجزاء المنصوص عليه في هذه المادة لما يترتب على توقيعه من زوال جميع الآثار المترتبة على الدعوى بما فيها صحيفتها وما قد يترتب على ذلك في بعض الأحوال من سقوط الحق المدعى به، أو

الفصل الثاني

نوع ووظيفة الوقت كمحددين لدوره الإجرائي

رغم دخولها تحت مفهوم الوقت باعتبارها فترة زمنية محددة تتعدد أنواع المواعيد في المجال الإجرائي وتتباين بتعدد وتباين معايير التمييز بينها؛ كما تتعدد وظائفها تبعاً لذلك، وإذا كان التقسيم التقليدي للمواعيد الإجرائية ينصرف إلى تقسيمها إلى ناقصة وكاملة ومرتدة، غير أن هذا لا يعني امتناع وجود تقسيمات أخرى لا تقل أهمية عن هذا التقسيم^(١).

وهو ما أحاول تناوله بما يخدم موضوع هذه الدراسة المتمثل في بيان الدور الإجرائي للوقت، بمعنى التركيز على التقسيمات ذات الأثر المباشر في تحديد الدور الإجرائي للوقت، فضلاً عن تناول الوظيفة القانونية التي يقوم بها الوقت في المجال الإجرائي، إذ إن لبيان هذه الوظيفة عظيم الأثر في تحديد الدور الإجرائي للوقت، ذلك أن الأحكام تقيد بعقلها، وهو ما أتناوله تفصيلاً على النحو التالي:

أولاً: أثر نوع الميعاد على تحديد دوره الإجرائي

تتنوع المواعيد والمدد الإجرائية إلى عدة أنواع بالنظر إلى أساس هذا التنوع، فمن حيث مصدرها تنقسم إلى مواعيد مصدرها القانون، وأخرى مصدرها القضاء، وأخيرة مصدرها اتفاق الخصوم، ومن حيث سلطة المحكمة تنقسم إلى مواعيد تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة وأخرى تأبى الخضوع لهذه السلطة، ومن حيث درجة الالتزام بها وترتيب جزاء على مخالفتها تنقسم إلى مواعيد حتمية وأخرى تنظيمية،

استكمال المدعى عليه مدة اكتسابه بالتقادم، فلا يجدي المدعي في هذه الحالة رفع دعوى جديدة به مما يؤدي إلى إهدار مصلحته كلية لظروف قد تكون خارجة عن إرادته؛ لذلك جعل المشرع توقيع الجزاء المذكور منوطاً بأمرين: أن يثبت تقصير المدعي في إتمام الإعلان في الميعاد، وأن توازن المحكمة بين مصلحة الطرفين في توقيع الجزاء وتقدر أيهما أولى بالرعاية من الآخر، إذ قد يكون الضرر الذي يصيب المدعي من اعتبار الدعوى كأن لم تكن أشد جساماً من الضرر الذي يصيب المدعى عليه من مجرد بقاء الدعوى قائمة منتجة لآثارها دون أن يعلم بها لمدة تجاوز الثلاثة أشهر، وبذلك يمكن تحقيق العدالة بين مصلحة الطرفين دون إجحاف بأحدهما، مما مفاده أنه لا يكفي للحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مجرد أن الدعوى لم تعلن إعلاناً صحيحاً في الميعاد، بل ينبغي أن تستظهر المحكمة في أسباب حكمها أن عدم الإعلان مرده فعل المدعي، ثم تجري موازنة بين مصلحة الطرفين مراعية جساماً خطأ المدعي أو المستأنف". (حكمها في الطعن رقم ٥٨٣٦، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٨).

(١) في تأكيد جوهر الميعاد الإجرائي في النظم القانونية المقارنة راجع أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٨٩، ص٢٦٣.

ومن حيث تعلقها بالنظام العام القضائي تنقسم إلى مواعيد متعلقة بالنظام العام وأخرى مقرره لمصلحة خاصة فلا تتعلق بالنظام العام، هذا فضلاً عن التقسيم التقليدي للمواعيد بحسب كيفية احتسابها إلى مواعيد كاملة وناقصة ومرتدة.

ولهذا التنوع أثره في تحديد الدور الإجرائي للميعاد، ونعرض لأبرز هذه الأنواع مع التركيز على أثر كل تقسيم على الدور الإجرائي للميعاد، مع الإحالة إلى ما سبق ذكره في خصوص بعض هذه الأنواع عند تناول طبيعة الوقت كمحدد لدوره الإجرائي منعاً للتكرار^(١)، ونعرض لما تبقى منها على النحو التالي:

١- الدور الإجرائي للميعاد بحسب مصدره

أ- الميعاد الإجرائي بنص القانون:

الأصل أن الميعاد الإجرائي لا يكون إلا بنص القانون، ذلك أن المواعيد الإجرائية مرتبطة بالإجراءات والأعمال الإجرائية، وهي في تكوينها ورسم الإطار القانوني لها من قبيل الوظيفة التشريعية التي يستأثر بها القانون دون القضاء أو الإرادة الخاصة للخصوم.

وتتعدد المواعيد التي قررتها نصوص القانون، وتعددت مواطن التعرض لها في هذه الدراسة، في معظم أفكاره وجزئياته، وهذا النوع من المواعيد هو المعني بتقسيم المواعيد إلى حتمية وتنظيمية، وأخرى متعلقة وغير متعلقة بالنظام العام، فيحال إلى ما سبق ذكره في هذا الخصوص^(٢).

ب- الميعاد القضائي:

تتعدد تطبيقات المواعيد الإجرائية التي مصدرها القضاء، منها على سبيل المثال لا الحصر، تحديد الميعاد الذي يتم فيه الإعلان في بعض الفروض، وبخاصة عندما تنشأ الحاجة إلى الإعلان أثناء سير الإجراءات، كإعلان الورثة حال وفاة الخصم، أو

^(١) راجع ما سبق ذكره في خصوص المواعيد التنظيمية والحتمية، والمواعيد المتعلقة وغير المتعلقة بالنظام العام وأثر هذا التنوع على الدور الإجرائي لهذه المواعيد في الغصن السابق تحت عنوان "طبيعة الوقت كمحدد لدوره الإجرائي".

^(٢) راجع ما سبق ذكره تحت عنوان "طبيعة الوقت كمحدد لدوره الإجرائي".

فقد أهليته، وتتسع المواعيد القضائية لتشمل كل ميعاد تحدده المحكمة للقيام بعمل ما، أو اتخاذ إجراء محدد، كمواعيد تقديم أدلة الإثبات المتنوعة^(١).

ومن أبرز نتائج التمييز بين المواعيد الحتمية والتنظيمية تحديد ما تتمتع به المحكمة من سلطة في تطبيق واستحداث الميعاد، إذ تتمتع بسلطة واسعة في المواعيد التنظيمية دون الحتمية، وذلك من خلال ما تفرضه المحكمة من قيود زمنية على مباشرة الإجراءات^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض أكدت سريان ذات الحكم في خصوص التحكيم تبعاً لما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحيات لتقييد الالتزامات الإجرائية للمحكّمين^(٣).

ومن تطبيقات هذا الميعاد التي تفرد بها النظام السعودي عن القانون المصري ميعاد استلام نسخة الحكم، والذي يترتب عليه بداية احتساب ميعاد الاعتراض على الحكم^(٤).

ومن المواعيد القضائية التي تفرد بها القانون المصري عن النظام السعودي ميعاد الوقف الجزائي، إذ يخضع تحديد مدته لسلطة المحكمة بشرط ألا يتجاوز الحد

(١) راجع في تأكيد هذا المعنى وتطبيقاته حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٨٩٩، س ٨١، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٨، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٦٥١، س ٦٨، جلسة ٢٠١٣/١٠/١٢. وراجع في تفصيلات ذلك لاسمعة أمدشوق المليحي، نظم الإثبات، الإشارة السابقة، سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص ٣١٣.

(٢) من قبيل ذلك ما خوله القانون للمحكمة من سلطة في مد المواعيد الإجرائية (المادة ٢/١٧ قانون المرافعات والمادة ٢١ من نظام المرافعات)، وضرب آجال للخصوم للقيام بأعمال إجرائية معينة (المادة ٩٣ و ٩٥ من قانون المرافعات والمادة ١/٥٠ والمادة ١/٨٨ من نظام المرافعات)، ومنع مباشرة الإجراءات خلال مدة معينة (المادة ٢/٩٩ والمادة ٢/١١٩ من قانون المرافعات، والمادة ٨٠ من نظام المرافعات)، وتحديد أجل للنطق بالحكم (المادة ١/١٧١ من قانون المرافعات، والمادة ٦٩ من نظام المرافعات).

راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٣٤٠، س ٥٤، جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢، ١٣٥٥، س ٤٩، جلسة ١٩٨٤/٤/٣، ٤٢، س ٥٥، جلسة ١٩٨٨/٤/١٩.

(٣) راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٧٥١٨، س ٧٦، جلسة ٢٠١٧، ٣٢٣٤/٣/٢٨، س ٨٢، جلسة ٢٠١٦/١٢/١٣، ٢٠١٦، س ٧٨، جلسة ٢٠١٦/١٢/٧.

(٤) تنص المادة رقم ١/١٧٩ من نظام المرافعات الشرعية على أن "يبدأ موعد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم صورة صك الحكم إلى المحكوم عليه وأخذ توقيعه في الضبط...".

راجع في تفصيل ذلك محمد بن عبدالعزيز بن صالح الخضير، المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية وحجة الاستحكام وتنحي القضاة في نظام المرافعات الشرعية، دراسة مقارنة، ملخصات الأبحاث القضائية، الجمعية العلمية القضائية السعودية "قضاء"، العدد ٩، ص ٣٤٣.

الأقصى الذي قرره القانون، فيخضع هذا الميعاد في الإلزام به ابتداءً وتحديد مقداره إلى السلطة التقديرية للقضاء^(١).

ومنها أيضًا ميعاد رفع الدعوى بعدم الدستورية إذا ما قدرت المحكمة جدية الدفع بعدم دستورية نص أو لائحة متعلقة بموضوع النزاع المطروح أمامها، وقد استقر العمل القضائي على أن تقدير المدة المتعين رفع هذه الدعوى خلالها متروك لمطلق تقدير المحكمة، على أنه يترتب على فوات هذا الميعاد سقوط مكنة رفع هذه الدعوى، وحرمان الخصم من إمكان نقادي تطبيق نص قانوني قد يؤثر تطبيقه على الفصل في الدعوى؛ وبالتالي مدى كسب أو خسارة الخصم لها، ولكونه ذو صبغة قضائية؛ فإنه يجوز للمحكمة مد الميعاد الذي ضربته أجلًا لرفع هذه الدعوى، وهو مما يدخل أيضًا ضمن إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة، وهذا كله على خلاف المواعيد المقررة بنص القانون أو اتفاق الخصوم^(٢).

ويترتب على كون الميعاد قضائي، عدم إخضاعه للنظام القانوني المقرر للمواعيد الواردة بنصوص المرافعات، ذلك أن تحديد الميعاد القضائي، وبيان أثر مخالفته،

(١) تنص المادة ٣/٩٩ مرافعات على أنه "يجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تتجاوز شهرا...".

وراجع في هذا المعنى أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٤١٠٩، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/١٣، ١٠٤٥، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٤/٢/١٢، ٥٩٥٦، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٤/٥/٩.

ولزيادة التفصيل راجع الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دراسة تحليلية لدور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحد من آثارها، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٢١٧.

(٢) قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه "إذا دفع الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن". (حكماها في الطعن رقم ٢٤٧٠، س٨٥ق، جلسة ٢٠١٦/٣/٩).

وهو ما أكدته في العديد من أحكامها، راجع على سبيل المثال أحكامها في الطعون أرقام ٥٩٧٦، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/٢/٦، ١٣٣٤٣، س٧٧ق، جلسة ٢٠٠٨/٢/٣، ٦١٥١٠، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/١/٢، ٢٥٨١٦، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٤/٥/٦، ٢٠٨٨٩، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٦/٥/١٥، ٨٦٤، س٦١ق، جلسة ١٩٩٢/١٠/٢٢.

فضلاً عن تمديده، أو تعديله، أو العدول عنه، هو من إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة التي أنشأت هذا الميعاد وألزمت به^(١).

ج- الميعاد الاتفاقي

الميعاد الاتفاقي ينصرف إلى ميعاد إجرائي ينشأ باتفاق جميع الخصوم، انطلاقاً من الدور الإجرائي للإرادة الذاتية للخصوم، وتطبيقاً لمفهوم العقد الإجرائي^(٢). والتطبيق الأبرز له الوقف الاتفاقي، حين يجمع الخصوم على وقف الإجراءات مدة زمنية معينة^(٣).

وفي النظام السعودي توجد صورة أكثر تطوراً في هذا الصدد، حيث يتسع الاتفاق ليشمل الخصوم والقضاء معاً، فقد جرى العمل على اعتبار مواعيد الحضور مقرره لصالح الخصمين؛ فيجوز تعديل أحكامها باتفاق الطرفين وإجازة القاضي، وذلك في عدة فروض ورد بعضها في النظام والبعض الآخر باجتهاد قضائي، وهذه الفروض هي حالة ما إذا حضر الخصمان واتفقا على نظر خصومتها في الحال وأمكن ذلك، بغض النظر عما إذا كانت الدعوى مرفوعة ولها موعد آخر أو لم تكن مرفوعة أصلاً، وكذا لو قرر القاضي تأجيل نظر الدعوى لأجل محدد فاقترح أحد الخصوم تعديل الموعد ووافق الخصم الآخر وأجاز القاضي هذا الاتفاق^(٤).

(١) قضت محكمة النقض تأكيداً لهذا المعنى وبصورة صريحة وواضحة بأن "الميعاد الذي تحدده المحكمة لا علاقة له بمواعيد المرافعات". حكمها في الطعن رقم ١٣، س ٤٣ق، جلسة ١٩/١١/١٩٧٥، وهي تأكيداً للخضوع المراد التي تحددها المحكمة لمقتضى سلطتها التقديرية دون رقابة عليها راجع حكمها في الطعن رقم ١٢٥٥٢، س ٧٥ق، جلسة ١٢/١٠/٢٠١٥، وهو ما

أكدته في مجال التحكيم من خلال حكمها في الطعن رقم ١٩٦، س ٧٤ق، جلسة ٢٢/١٢/٢٠١٠.

(٢) في بيان أكثر تفصيلاً لفكرة العقد الإجرائي وعناصره وأثاره والنظام القانوني له راجع حسين إبراهيم خليل، نحو نظرية للعقد الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٣، بدءاً من ص ١٣.

(٣) تنص المادة ١/٢٨ مرافعات على أنه "يجوز وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم". كما تنص المادة ١/٨٦ مرافعات شرعية على أنه "يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة باتفاقهم".

(٤) تنص المادة ٤٧ من نظام المرافعات على أنه "إذا حضر المدعي والمدعى عليه أمام المحكمة من تلقاء نفسها ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني- وطلباً سماع خصومتها فتسمع المحكمة الدعوى في الحال إن أمكن وإلا حددت لها جلسة أخرى"، ولم يشترط النظام أي شروط لسماع الدعوى في هذا الفرض سوى ما استلزمته اللائحة التنفيذية لهذا النص من أن تكون الدعوى داخله في الاختصاص النوعي للمحكمة.

وفي الفقه الإسلامي تتعدد تطبيقات الميعاد الاتفاقي، فإذا ما وجهت اليمين إلى المدعى عليه فطلب الإمهال ليتدبر أمره، يمهل -عند الشافعية- برضا المدعي ولا يمهل بغير رضاه، وسندهم أن المدعى عليه مجبور على الإقرار محمول عليه، فليس له الإمهال إلا أن يأذن المدعي، فيكون قد رضي بتأخير حقه^(١).

كذلك وفي خصوص طلب المدعى عليه الإمهال للرد على دعوى المدعي ذهب الحنابلة إلى أن إمهاله يأتي بموافقة المدعي^(٢).

وفي المثالين المذكورين تعد المهلة الممنوحة للمدعى عليه تطبيقاً للميعاد الاتفاقي، لكونها نابعان من إيجاب المدعى عليه وقبول المدعي.

٢- الدور الإجرائي للميعاد بحسب كيفية احتسابه

تتقسم المواعيد وفق هذا الاعتبار إلى أنواع ثلاثة، هي الميعاد الكامل والناقص والمرتب^(٣).

أ- الميعاد الكامل

يتمثل الدور الإجرائي للميعاد الكامل في منح من قرر لصالحه الميعاد فسحة من الزمن لترتيب أوضاعه، وإعداد أوجه دفاعه، وتجهيز ما يلزم لدعم موقفه في

راجع في تفصيلات هذا الأمر عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين، موعد حضور الجلسات أمام قاضي الدعوى، بحث منشور بمجلة العدل، تصدر عن وزارة العدل السعودية، المجلد ٨، ع ٣٢، ٢٠٠٦، ص ٢٥٠.

(١) محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (الشافعي الصغير)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م، ج ٨، ص ٣٥٩.

(٢) كشاف القناع، ج ٦، ص ٣٤٠.

(٣) تجدر الإشارة إلى ما نصت عليه المادة ١/٢٢ من لائحة نظام المرافعات الشرعية من أن "المواعيد نوعان: أ- ما يجب أن ينقضي فيه الموعد قبل الإجراء؛ مثل مواعيد الحضور. ب- ما يجب أن يتم الإجراء خلال الموعد؛ مثل مواعيد الاعتراض على الأحكام، وإيداع المدعى عليه مذكرة دفاعه".

وهو ما قد يوجي بعدم معرفة هذا النظام للميعاد المرتد، غير أن نص المادة ٤٥ من نظام المرافعات الشرعية ينفي هذا الظن، بما تضمنه من النص على أن "على المدعى عليه في جميع الدعاوى -عدا الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي أنقص موعد الحضور فيها- أن يودع لدى المحكمة مذكرة دفاعه قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل أمام المحكمة العامة، وبيوم واحد على الأقل أمام المحاكم الأخرى، وأمام الدوائر العمالية والتجارية والأحوال الشخصية إذا نظرت أمام المحكمة العامة في المحافظة أو المركز".

القضية، أو للقيام بما يفرضه عليه القانون من نشاط إجرائي، كما هو الحال في خصوص الدور الإجرائي لميعاد الحضور وفق ما ذُكر منذ قليل^(١).

ويقطع بهذا الدور ما تقرره نصوص المرافعات على الميعاد الكامل من استثناءات تقرر فيها جواز إنقاصه، إذ تشترط لهذا الإنقاص -فضلاً عن توافر ما يستدعيه- أن يتم الإعلان "التبليغ" لشخص المدعى عليه، لا لغيره ممن يصح إعلانته من خلالهم، فضلاً على أن لا يترتب على الإنقاص إهدار كامل للدور الذي يلعبه هذا الميعاد^(٢).

وربطاً بين الأحكام وعللها وبعد أن قررت المادة ٢/١٧ مرافعات ميعاد المسافة للمقيمين خارج الدولة قررت تخفيض هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات، ثم قررت في الفقرة الثانية تعطيل هذا الميعاد بالكلية في حق من يتواجد داخل الدولة وقت الإعلان^(٣).

ب- الميعاد الناقص

لكونه مدة زمنية يجب اتخاذ الإجراء أو القيام بالعمل الإجرائي خلالها^(٤) تتعدد الأدوار الإجرائية للميعاد الناقص، ويمكن التمييز بين دورين أساسيين له: يتمثل الدور الأول منهما في حسم النزاع وتحقيق الاستقرار للحقوق والمرآكز القانونية في أسرع وقت ممكن وفقاً لمبدأ تركيز الخصومة، بينما يعد الدور الثاني استهلاكي،

(١) راجع ما سبق ذكره منذ قليل تحت عنوان "المواعيد غير المتعلقة بالنظام العام"، ولمزيد من التفصيل راجع نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤٠١.

(٢) تنص المادة ٤٤ من نظام المرافعات الشرعية على أنه "يجوز في الدعاوى الناشئة عن حوادث السير أو عند الضرورة نقص الموعد إلى أربع وعشرين ساعة بشرط أن يحصل التبليغ للخصم نفسه في حالة نقص الموعد، وأن يكون بإمكانه الوصول إلى المحكمة في الموعد المحدد".

وفي تأكيد هذا الدور الإجرائي للميعاد الكامل في التطبيق القضائي راجع حكم المحكمة العامة بالدمام في الدعوى رقم ١٥٣٥ بالصك رقم ٣٤٣٦٩٣٥، وتاريخ ١٣/٢/١٤٣٤هـ، منشور بمجموعة الأحكام

القضائية، المجلد الأول:

راجع في أهمية الوقت في مجال الإعلان القضائي طلعت محمد دويدار، الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة، ص ١٥٣.

(٣) تنص المادة ١٧ في فقرتها الأولى على أن يكون "ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج ستون يوماً. ويجوز بأمر من قاضي الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة"، وفي فقرتها الثانية تنص على أن "لا يعمل بهذا الميعاد في حق من يعلن لشخصه في الجمهورية أثناء وجوده بها...".

أما نظام المرافعات فقد اقتصر في نص المادة ٢١ منه ولاحتها التنفيذية على مد هذا الميعاد دون إنقاصه.

(٤) راجع في تعريف هذا النوع من المواعيد الإجرائية نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤٠٢.

وفي التمثيل لهذا الميعاد نص المادة رقم ١/٢٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية:

ينصرف إلى المكنة الإجرائية فيبيدها، بإعمال جزاء السقوط، حال تجاوز الحدود الزمنية المقررة لمباشرة الإجراءات^(١).

ج- الميعاد المرتد

يشبه الدور الإجرائي للميعاد المرتد إلى حد كبير الدور الإجرائي للميعاد الناقص، غير أنه ينحصر في دورين: الدور الأول إرشادي توجيهي لحث المخاطب بالميعاد على الإسراع في تنفيذ التكليف الإجرائي المرتبط بهذا الميعاد، إذ يتعين اتخاذ الإجراء قبل بدايته؛ بما يؤدي إلى تهيئة عناصر الدعوى تمكيناً من منح الحماية القضائية المطلوبة في وقت مناسب، وهنا يتمثل هذا الدور مع أحد أدوار الميعاد الناقص، رغم اختلاف ذاتيتهما، وكيفية احتسابهما^(٢).

بينما يعد الدور الثاني استهلاكي، ينصرف إلى المكنة الإجرائية فيبيدها، على غرار الدور الاستهلاكي للميعاد الناقص وفق ما سبق ذكره منذ قليل.

ثانياً: أثر وظيفة الميعاد على تحديد دوره الإجرائي

يمكن القول بأن للوقت في التنظيم الإجرائي وظيفتان: الأولى منهما تتمثل في حث المخاطب بحكم النص القانوني وحمله على القيام بنشاط إجرائي معين خلال زمن محدد، حتى لا تبقى الإجراءات رهن إرادته متوقفة على مشيئته، وتبدو هذه الوظيفة في خصوص الميعاد الناقص "كميعاد الطعن على القرار القضائي"، بينما تكمن الوظيفة الثانية في منح هذا المخاطب فترة زمنية كافية ومعقولة لمباشرة النشاط الإجرائي المقرر، وتبدو هذه الوظيفة واضحة في خصوص الميعاد الكامل "كميعاد الحضور"^(٣).

(١) راجع أحمد هندي، قانون المرافعات، ص ٢١٩، عيد محمد القصاص: الوسيط، ص ٢٩٠.

وفي التمثيل لهذا الميعاد نص المادة رقم ١/٢٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية:

(٢) مثال ذلك الميعاد المحدد لتقديم الاعتراضات على قائمة شروط البيع في التنفيذ العقاري، إذ يجب على كل ذي صفة ومصالحة تقديم اعتراضه على قائمة شروط البيع قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل، وفق البند ٥ من الفقرة الأولى من المادة ٤١٨ مرافعات. وراجع في تفصيل ذلك نبيل اسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤٠٣.

(٣) راجع في تأكيد هذا المعنى أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٦٧٢، محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ١٢٩.

بيد أن الوظيفة الأشمل للوقت كأحد أهم الضوابط المرعية في التنظيم الإجرائي تبدو بالنظر إلى جوهره، المتمثل في كونه قيدًا على إجراءات التقاضي، بغض النظر عن ذاتية الإجراء المرتبط به الوقت، أو شخص المخاطب بحكمه؛ وهو ما يعني عدم التوسع فيه، وضرورة العمل على حصر نطاقه فيما يكفي لتحقيق الغاية منه، ومراعاة ذلك حال تطبيق النصوص المنظمة له وتفسيرها وفقًا لمبدأ وسيلية الشكل الإجرائي^(١).

وهو ما أكدته محكمة النقض حين ذكرت أن "المواعيد الإجرائية تعد قيودًا على ممارسة حق التقاضي؛ ومن ثم لا يجوز التقيد بأية مواعيد إلا إذا نص عليها القانون صراحة"^(٢).

وفي المقابل يتعين التوسع فيما يرد على المواعيد من قيود، خاصة فيما يتعلق ببدء احتساب هذه المواعيد وسريانها، ذلك أن التشدد في احتسابها يعني تحرير الإجراءات من التقيد بها، وهو ما يتمشى مع كون المواعيد قيودًا على إجراءات التقاضي.

ومن قبيل ذلك أعمال محكمة النقض منطبق القياس فيما يتعلق ببدء ميعاد الطعن على الحكم، حيث قاسته على حالة تحقق سبب الانقطاع أثناء سير الخصومة، فجعلت بدء ميعاد الطعن من تاريخ إعلان المحكوم ضده لا من تاريخ صدور الحكم، إذا لم يتابع المحكوم ضده الخصومة بعد الانقطاع ولو كان مباشرًا لها قبل ذلك^(٣).

(١) في عرض هذا المبدأ انظر وجدي راغب، النظرية العامة، ص ٦٣٣، فتحي والي، نظرية البطلان، ص ٣٤٢.

(٢) وهذا لا ينفي كونها ضمانات تكفل إيصال الحقوق لأصحابها بطرق ميسرة ومنضبطة كما هو الحال في شأن التنظيم الإجرائي في عومه، وفي تأكيدها لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأن "الأصل في القوانين الإجرائية أنها شرعت لتكون أداة تيسير السبيل للأفراد للوصول إلى عدل سهل المنال مأمون الطريق لا يحتفي بالشكل إلا ليصون به حقًا أو يدفع باطلاً"، حكمتها في الطعن رقم ٦٨٦٣، ص ٧٤، جلسة ٢٠١٧/١٢.

(٣) قررت محكمة النقض أن "يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختتام من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته". (حكمتها في الطعن رقم ١٥٠، ص ٨١، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٦).

وقد انتهت محكمة النقض إلى هذه النتيجة من خلال وقوفها على التطور التشريعي في تنظيم المواعيد الإجرائية^(١).

ثم رُتبت على هذه الطبيعة للمواعيد الإجرائية أنه يتعين تقليص آثار مخالفة الميعاد الإجرائي قدر المستطاع^(٢).

وفي ذات السياق ذهبت إلى أنه "وإن كان عدم تجديد الدعوى من الشطب لأول مرة خلال الميعاد المحدد يستتبع اعتبار الدعوى كأن لم تكن، غير أن التمسك بهذا الأثر من قبيل الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام"؛ ورتبت على ذلك أن تنازل صاحب المصلحة والصفة عنه يسقط حقه فيه؛ بما يستتبع المضي قُدماً في نظر الدعوى، وانتهت إلى أنه "إذ اعتبر الحكم المطعون فيه هذا الدفع من النظام العام ورتب على ذلك عدم جواز النزول عنه وعلى المحكمة إثارتته من تلقاء نفسها، وقضى على هدي من ذلك باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"^(٣).

(١) فذكرت أن "قانون المرافعات كان يقرر أن (تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك) نص المادة رقم ٣٧٩ من قانون المرافعات السابق، ويقابله نص المادة رقم ٢١٣ من قانون المرافعات الحالي، ثم عدل عن هذا الحكم ليقدر أن (يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير، وذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب)" حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٥٩، س٥١، جلسة ١٩٩٢/١/٢٦.

(٢) يبدو إعمال هذا المنطق فيما قرره محكمتنا العليا من أن "عدم مراعاة الميعاد الوارد بالمادة ٤٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض لا أثر له على اتصال المحكمة بالدعوى، ولا أثر له على صحة الإجراءات، وسواء قدمت النيابة مذكرة برأيها في هذا الموعد أو لم تقدم، وسواء قدمت هذه المذكرة قبل فوات الميعاد أو بعده". حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٧٢٠٣، س٨٣، جلسة ٢٠١٤/٥/١٢، وكذا حكمها في الطعن رقم ٤٠٠٧، س٨٢، جلسة ٢٠١٤/٥/١٥.

(٣) أقرت المحكمة هذا الحكم سواء في خصومة أول درجة أو في خصومة الاستئناف (حكمها في الطعن رقم ١٠٤٠، س٦٠، جلسة ١٩٩٧/١/٥، والطعن رقم ٨٣٦١، س٦٤، جلسة ١٩٩٧/١/٢٩).

كما قضت في ذات السياق بأن "الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد، وكذلك الدفع بسقوط الخصومة في الدعوى لا يتعلق أي منهما بالنظام العام، بل يستهدفان مصلحة الخصم الذي لم يتم إعلانه بصحيفة التجديد من الشطب أو بتعجيل الدعوى قبل انقضاء الميعاد الذي حدده القانون؛ ومن ثم فلا تملك المحكمة توقيع أي من هذين الجزاءين من تلقاء ذاتها، ولا يجوز لغير من لم يتم إعلانه إعلاناً صحيحاً في الميعاد أن يتمسك به، حتى ولو كان موضوع الدعوى مما لا يقبل التجزئة، أو كانت الدعوى مما يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها، إذ إن استفادة باقي الخصوم في هاتين الحالتين

وتأكيداً لحرصها على تقليص أثر مخالفة المواعيد الإجرائية، ولو كانت متعلقة بالنظام العام، ورغم استقرارها على أن تفويت ميعاد الطعن على الحكم يستتبع سقوط الحق فيه، وهو ما يتعلق بالنظام العام بما يترتب على ذلك من نتائج^(١)، ذهبت محكمة النقض في حكم غريب -في تصوري- إلى اعتبار "التمسك بسقوط الحق في الطعن من قبيل الدفع الشكلية، ولو أطلق عليه دفْعاً بعدم القبول، لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليست بالتسمية التي تطلق عليه"^(٢).

وانتهت المحكمة إلى هذه النتيجة منطلقاً من أن الطعن على الحكم هو من قبيل الحقوق الإجرائية؛ ولذا فإن التمسك بسقوط هذا الحق لتجاوز الحدود الزمنية المرسومة له يعد من قبيل الدفع الشكلية.

كما قررت -في تبنيها ذات المنهج- الاعتداد بالإجراء المعيب المتخذ في الميعاد ولو تم تصحيحه بعد الميعاد للحيلولة دون سقوط الحق في اتخاذه^(٣)، وأنه إذا كان العمل الإجرائي المقيد بالميعاد مركب من عدة إجراءات فيكفي للقول بإتمامه في الميعاد أن يتخذ أحد هذه الإجراءات أثناء الميعاد ولو وقعت باقي إجراءاته بعد الميعاد^(٤).

لا يكون إلا بعد أن يتمسك بالدفع من لم يتم إعلانه منهم إعلاناً صحيحاً في الميعاد، ومن ثم فإنه لا يجوز التحدي باعتبار الدعوى كان لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها لأول مرة أمام محكمة النقض". (حكمها في الطعن رقم ٧٦٦، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧).

^(١) تعددت أحكام النقض المؤكدة لهذا المعنى، بما يقطع بوجود استقرار قضائي حتى بعد تاريخ صدور الحكم المشار إليه ولذا وصفته بالغريب، تأكيداً لهذا الاستقرار بعد حكمها المذكور راجع أحكامها في الطعون أرقام ٦٥٩٦، س٧٤ق، جلسة ٢٠١٤/٥/٥، ١٢٠٧٩، س٨١ق، جلسة ٢٠١٢/٥/٣، ١٣٣٥٨، س٧٨ق، جلسة ٢٠١١/٦/١٤، ٨٩٢، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠٥/١/١، ومن تطبيقاتها قبل الحكم المشار إليه حكمها في الطعون أرقام ٤٦٣، س٥٥ق، جلسة ١٩٩١/٣/٢٨، ١٣٨٠، س٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٦/١٧، ٨٨٨، س٥٧ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢١.

^(٢) حكمها في الطعن رقم ٨٣٧٢، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩.

^(٣) قضت بأن "الاستئناف يعتبر مرفوعاً من وقت إيداع صحيفته قلم كتاب المحكمة ولو كانت غير مختصة، إذ إن ما تم صحيحاً من إجراء أمام المحكمة غير المختصة التي رفعت أمامها الدعوى يبقى صحيحاً وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المختصة التي أحيلت إليها من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة التي أحالتها". (حكمها في الطعن رقم ٣٩١٢، س٦٢ق، جلسة ٢٠٠١/٦/٢٦)، وهو نفس ما أكدته في خصوص إجراءات التنفيذ القضائي، فيما يتعلق بالطعن على أحكام قاضي التنفيذ (حكمها في الطعن رقم ١٢٧٧، س٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٥).

^(٤) قضت بأن "الطعن يعد مرفوعاً بمجرد تقديم صحيفته إلى قلم كتاب المحكمة، ولا يتوقف على إعلانه للخصم، إذ يعد هذا الإعلان عملاً لاحقاً للطعن منفصلاً عنه، يقصد به إعلام الخصم كي يعد دفاعه ويجهز مستنداته ويتابع الإجراءات". (حكمها في الطعن رقم ٣٥٦٣، س٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧).

وفي ذات السياق وانطلاقاً من ذات المنهج وفي حكم رائع لها ميزت محكمة النقض بين الاختلاف الذاتي للطلبات المتعددة في خصومة واحدة، فإذا تعذر التمسك بأحدها لفوات الميعاد؛ بما يستتبع عدم قبول الادعاء به، فإن هذا لا يحول بذاته دون قبول الادعاء بغيره من الطلبات المرتبطة به متى لم تكن بذاتها مقيدة بميعاد سقوط، وهو ما يعني حصر أثر فوات الميعاد الإجرائي على المكنة الإجرائية المقيدة بهذا الميعاد دون سواها، مما قد يرتبط بها، أو يتولد عنها، ولا يزول بسقوط الحق فيها^(١).

ونظراً لعدم وجود أي من هذه التطبيقات المتطورة للدور الإجرائي للوقت في النظام السعودي، فضلاً عن خلو تطبيقات القضاء السعودي من مثل هذه الأفكار، وانطلاقاً من أهميتها لتطوير النظام الإجرائي السعودي أرى من المفيد أن يضعها المنظم السعودي نصب عينيه فيما يجريه على التنظيم الإجرائي من تنقيح وتحديث مستمر، كما أرى من المفيد لتطوير القضاء السعودي وربطه بمجريات الساحة القانونية وتطوراتها على صعيد النظم المقارنة ضرورة عقد شراكات قضائية لتبادل الرؤى والأفكار في هذا الإطار، خاصة وأن القانون الإجرائي المصري وبخاصة قانون المرافعات هو المرجعية للنظام الإجرائي السعودي وبخاصة نظام المرافعات الشرعية.

^(١) تأكيداً لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١٦١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسمم والشركات ذات المسؤولية المحدودة يدل على أنه لا تلازم بين سقوط دعوى البطلان لقرارات الجمعية العامة للشركة لرفعها بعد الميعاد المقرر وبين القضاء بالتعويض إن كان له مقتضى، ذلك أن عدم قبول الدعوى شكلاً لرفعها بعد الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء لا يحول دون النظر في طلب التعويض ليس بهدف النيل من القرار الذي تحصن بفوات ميعاد الطعن عليه بل لبحث مدى أحقية المدعى فيما يطالب به من تعويض"، وانتهت المحكمة إلى نقض الحكم المطعون فيه لتقريره سقوط حق الطاعنين في التعويض لفوات ميعاد الطعن على القرار المطلوب التعويض عنه". (حكمها في الطعن رقم ٥٧٦٧، س ٨٠ق، جلسة ٢٠١٣/٢/٢٠).

وعلى ذلك لم تقبل المحكمة سقوط الحق في طلب التعويض استناداً على سقوط الحق في طلب بطلان القرارات المطلوب التعويض عنه لبطلانها، مؤسسة موقفها على أن ميعاد السقوط مرتبط بتقرير البطلان لا بتقرير التعويض؛ ولذا ينحصر أثر فواته على الأول دون الأخير.

الفرع الثاني

الضوابط المتعلقة بكيفية احتساب الوقت

إن للضوابط المتعلقة بكيفية احتساب الوقت عظيم الأثر في تحديد الدور الإجرائي له، ويبدو هذا جلياً من خلال بيان هذه الضوابط في إطار رصد دورها في رسم الدور القانوني للوقت في المجال الإجرائي.

ومن أبرز هذه الضوابط تحديد اللحظة التي يبدأ منها احتساب الميعاد الإجرائي، بالإضافة إلى ما قد يعترض سير الميعاد الإجرائي من عوارض أو يقترن به من ملابسات تؤدي إلى تعطيل سريانه، أو امتداده، ثم إن للغش في المجال الإجرائي بالغ الأثر على احتساب الميعاد الإجرائي.

وهكذا نستطيع تقسيم هذا الفرع إلى غصنين نعرض في الأول منهما لمحددات احتساب المواعيد الإجرائية، وفي الثاني منهما للمؤثرات على احتساب هذه المواعيد، وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول: محددات احتساب المواعيد الإجرائية.

الغصن الثاني: المؤثرات على احتساب المواعيد الإجرائية.

الغصن الأول

محددات احتساب المواعيد الإجرائية

إذا كانت آثار اكتمال الميعاد الإجرائي تتوقف على بدء سريانه فإن تحديد اللحظة التي يبدأ منها احتساب الميعاد من الأهمية بمكان، فهي ذات أثر مباشر في ترتيب آثار اكتمال الميعاد ذاتها، فأثر اكتمال ميعاد الطعن على سبيل المثال المتمثل في سقوط الحق فيه؛ بما يستتبعه من عدم قبوله إذا ما رفع بعد الميعاد، كل هذا يتوقف على بدء سريان الميعاد، وهكذا نستطيع التمييز بين لحظة بدء احتساب الميعاد، وأثر بدء احتساب الميعاد على الإجراءات، وهو ما نعرض له في نقطتين على النحو التالي:

أولاً: بدء احتساب الميعاد الإجرائي

القاعدة العامة هي بدء احتساب الميعاد من لحظة اكتمال البناء القانوني للعمل الإجرائي المرتبط به الميعاد، فمثلاً ميعاد الاعتراض على الحكم القضائي يبدأ من لحظة صدور الحكم في جلسة علنية مستوفياً الشكل الإجرائي لإصداره، باعتبار أن الإصدار على هذا النحو هو الإجراء المتمم لاكمال البناء القانوني للحكم^(١).
غير أن هناك حالات خاصة يرى فيها التقنين الإجرائي -متقيداً بمقتضيات المنطق القانوني، ومتوخياً تحقيق العدالة الإجرائية- تحديد توقيت آخر لبدء سريان الميعاد الإجرائي، كأن يربط بدء الميعاد بضرورة اتخاذ إجراء لاحق للعمل الإجرائي المرتبط به الميعاد، وفي مثل هذه الحالات لا يبدأ احتساب الميعاد الإجرائي إلا من لحظة إتمام الإجراء الذي حدده القانون^(٢).

(١) كان قانون المرافعات السابق يقرر في المادة رقم ٣٧٩ أن "تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك"، ثم عدل عن هذا الحكم في نص المادة رقم ٢١٣ من القانون الحالي ليقرر أن "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك".
ومن الجدير بالملاحظة أن هذا لا يعني دخول يوم بدء احتساب الميعاد فيه، ذلك أن المادة ١٥ مرافعات تنص على أنه "إذا عين القانون لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد"، وهو ما أكدته محكمة النقض في الطعن رقم ٣٧٧، س٦٥، جلسة ٢٠٠٢/١/٢٦.

وهو ما نصت عليه المادة الثانية والعشرون من نظام المرافعات الشرعية، اتساقاً مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الخصوص فقد روى ابن فرحون عن ابن مالك القرطبي قوله: "ولا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل ولا يحتسب به، كما لا يحتسب اليوم الذي يكتب فيه العهدة، وإذا تم الأجل الأول لم يكتب الأجل الثاني في اليوم الثاني بعده، ولا يحتسب به، وكذلك يفعل في الأجال كلها". (إبراهيم بن علي ابن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٢٠٦).

راجع في زيادة الأمر تفصيلاً على فارس عمر، عوارض المواعيد، ص ٧٧.

(٢) تطبيقاً لذلك وتأكيداً له - استقر قضاء النقض على أن "نص المادة ٢١٣ من قانون المرافعات يدل حو على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن المشرع قد جعل الأصل سريان مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ صدورها، واستثنى من هذا الأصل الحالات المبينة في المادة المذكورة على سبيل الحصر، والتي قدر فيها عدم علم المحكوم عليه بالخصومة وإجراءاتها والحكم الصادر فيها؛ فجعل مواعيد الطعن في الأحكام لا تسري إلا من تاريخ إعلانها". (حكمها في الطعن رقم ١٦٠٧، س٥٣، جلسة ١٩٩٣/٤/٤، وهو ما أكدته في الطعن رقم ٤١٢، س٦٤، جلسة ١٩٩٥/١١/٢١، كما أنها أكدت ذات المبدأ في مجال التحكم بصدد احتساب ميعاد دعوى البطلان، راجع حكم المحكمة في الطعن رقم ١٠٦٧٢، س٧٨، جلسة ٢٠١٦/١٢/٧).

وعلى عكس ذلك يأتي حكم نظام المرافعات الشرعية، إذ جعل الأصل بدء سريان ميعاد الاعتراض على الحكم من وقت تأكد علم المحكوم ضده بالحكم^(١). ومن الحالات الخاصة -في القانون المصري- حالة ما إذا حدد القانون إجراء يتعين القيام به لبدء احتساب ميعاد الطعن على القرار القضائي، فإن هذا الميعاد لا يبدأ بالسريان إلا من وقت إتمام هذا الإجراء على نحو صحيح، كما تطلبه القانون، مهما طالبت المدة الزمنية بعد صدور القرار القضائي (أمرًا كان أو حكمًا)، لأن المعول عليه في انفتاح ميعاد الطعن هو إتمام الإجراء المتطلب على نحو صحيح، وهو ما استقر عليه العمل القضائي^(٢).

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "وفقًا لنصوص المرافعات وبخاصة المادة ٢١٣ فإن الأصل في بدء سريان ميعاد الطعن على الحكم هو بتاريخ صدوره كأصل عام، ويستثنى من هذا الأصل الأحكام الحضورية الاعتبارية، والأحكام التي افترض فيها المشرع عدم علم المحكوم ضده بقيام الخصومة وما اتخذ فيها من إجراءات، ففي هذه الحالات يبدأ سريان ميعاد الطعن من تاريخ إعلان المحكوم ضده بالحكم"^(٣).

(١) تنص المادة ١٧٩ من نظام المرافعات على أن "١- يبدأ موعد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم صورة صك الحكم إلى المحكوم عليه وأخذ توقيعه في الضبط، أو من التاريخ المحدد لتسليمها إن لم يحضر، فإن لم يحضر لتسلم صورة صك الحكم فتدفع في ملف الدعوى في التاريخ نفسه مع إثبات ذلك في الضبط، ويعد الإيداع الذي يتم وفقًا لذلك بداية للموعود المقرر للاعتراض على الحكم. ويبدأ موعد الاعتراض على الحكم الغيابي أو الحكم الصادر تدقيقًا أمام المحكمة العليا من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله".

راجع في بيان حكم النظام السعودي في هذا الخصوص عبدالله بن عبدالعزيز الدرعان، المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م، ص ١٠٦٠.

(٢) قضت محكمة النقض -تطبيقًا لذلك- بأن "مؤدى نصوص المواد ١٦، ١٨، ١٩، ٣٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مجمعة أن ميعاد الطعن في قرار لجنة قيد المحامين بالجدول العام أمام محاكم الاستئناف لا يفتح إلا بإخطار طالب القيد برفض طلبه، وإذا خلت الأوراق مما يفيد إخطار المطعون عليه برفض الطلب الذي تقدم به لقيده بجدول المحامين المشتغلين أمام محاكم الاستئناف فإن ميعاد الطعن يبقى مفتوحًا ويكون الطعن الذي قدم قبل حصول هذا الإخطار مرفوعًا في الميعاد". (حكمها في الطعون أرقام ١٣٣٤، ١٣٣٥، جلسة ١٩٩٤/٣/٢، ٦٥٩٦، ٧٤٤، جلسة ٢٠١٤/٥/٥، ١٧٤٧٢، ٨٢، جلسة ٢٠١٣/١٢/٨).

(٣) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٩٢٧٥، س٧٥ق، جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢١. وكذا حكمها في الطعن رقم ٥٠٤٠، س٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/١/٢٨، حيث اعتبرت انقطاع كل صلة للمحكوم ضده بالخصومة بعد تعجيل الإجراءات مند الركوند يحول دون اعتبار الحكم الصادر في حقه حضورياً بالمعنى الذي يجعل ميعاد الطعن عليه يسري من تاريخ صدوره، بل يبدأ سريانه من تاريخ إعلان الحكم، فقضت بأنه "إذ كان الثابت من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه ذاته أن محكمة أول درجة شطبت

كذلك فإن وجود عذر قهري يحول دون ممارسة الإجراء المقيّد بموعد أثره امتناع احتساب هذا الميعاد ما بقي العذر قائماً، ذلك أن سريان الميعاد في حق الملتزم به يستتبع سقوط المكنة الإجرائية باكتماله دون القيام بالإجراء أو العمل الإجرائي المطلوب، وهو ما يعد أثراً إجرائياً يترتب على تقاعسه، بما يستتبع توقيع جزاء عدم القبول حال محاولة مباشرة الإجراء بعد فوات مواعده، ولا شك أن من تحقق في شأنه العذر المانع من الطعن لا يوصف مسلكه بالتقاعس، الذي يفترض الامتناع مع القدرة، ذلك أن امتناعه عن القيام بالإجراء لم تقترن به قدرته على القيام به^(١).

ويلاحظ أن الخروج على مقتضى القاعدة العامة في بدء احتساب الميعاد الإجرائي يقتضي التشدد في وجود الإجراء المتعين تحقيقه لبدء سريان الميعاد، بحيث لا يكتفى بمجرد توافر مقتضياته المعتبرة في غير هذه الحالات.

تفصيل ذلك، وتبريره، أشارت إليه محكمتنا العليا في حكم تجاوز حدود عمق القضاء إلى قوة المنطق الفقهي وقوفاً على فلسفة التشريع، وموجب خروجه على حكم القاعدة العامة في هذا الخصوص، وما توخاه النص القانوني من تجنب الآثار الخطيرة والهامة المترتبة على تحديد لحظة بدء سريان الميعاد الإجرائي.

فقضت بأن "إعلان الحكم الذي يبدأ به ميعاد الطعن في الأحوال التي يكون فيها المذكور قد تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة

الدعوى بجلسة ١٩٩٣/١٢/٢٢، ثم عدلت في الجلسة ذاتها وقررت التأجيل لجلسة ١٩٩٤/١/٢٦ لإعلان طرفي الخصومة، وفي هذه الجلسة أصدرت حكمها دون أن يحضر الطاعن عند العدول عن قرار الشطب أو قبل صدور الحكم أو يقدم مذكرة بنفاعه، فإن ميعاد الاستئناف لا يجري في حقه إلا من تاريخ إعلانه بالحكم المستأنف. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن الميعاد يجري من تاريخ الحكم المستأنف فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(١) قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن "جهل الخصم بوفاة خصمه يعد عذراً يترتب عليه وقف سريان الميعاد في الفترة التي تبدأ من رفع الطعن ضد المتوفى وتنتهي بوقت العلم بهذه الوفاة؛ وبالتالي يكون على الطاعن بمجرد زوال العذر أن يرفع طعنه من جديد على النحو الصحيح، وإلا سقط الحق فيه". حكمها في الطعن رقم ١٨٥٧، س ٦٨ ق، جلسة ٢٠٠٠/٤/٩، والطعن رقم ١٧٩٧٧، س ٨٠ ق، جلسة ٢٠١٥/٥/١٨.

وهو ما تبنته محكمتنا العليا كقاعدة عامة حين قررت أن "المشروع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة ميعاد يستحيل معه على الدائن أن يطلب

بحقه في الوقت المناسب ولم يرد المشروع إيراد المراتب على سبيل المصير بل عمم الحكم أمضيه مع ما يقضي به العقل - وكما يكون مرجع المنع أسباباً متعلقة بشخص الدائن فقد يرجع إلى أسباب قانونية يتخذ أيضاً معها عليه المطالبة بحقه" (حكمها في الطعن رقم ١١٢٣٣، س ٨٠ ق، جلسة ٢٠١٥/٦/٢١).

بدفاعه لا بد أن يتحقق به العلم اليقيني أو الظني ولا يكتفى بالعلم الحكمي تقديرًا لخطورة الأثر المترتب على ذلك وهو بدء سريان ميعاد الطعن في حق المحكوم ضده، وذلك إعمالًا لنص المادة ٢١٣ مرافعات خروجًا على حكم المواد ١٠، ١١، ١٣ من قانون المرافعات، ومراعاة لما توخاه المشرع من إحاطة المحكوم له في مثل هذه الحالات بمزيد من الضمانات التي تكفل علم المحكوم عليه حتى يسري في حقه ميعاد الطعن^(١).

كما قضت في ذات السياق بأن ميعاد الطعن في تقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يبدأ إلا باتخاذ جميع الإجراءات التي فرضها المشرع على الجهة القائمة بنزع الملكية، فضلًا عن إعلان ذوي الشأن بالطريق الذي رسمه القانون^(٢). وقد أكدت محكمة النقض أحقية المعلن إليه في إثبات عدم علمه بوصول الإعلان إليه في الحالات التي يتم فيها الإعلان لجهة الإدارة، فإن أثبت ذلك امتنع سريان الميعاد من وقت إعلانه ولو كان الإعلان صحيحًا، وتعين بدء سريانه من وقت تحقق علمه؛ بما يترتب على ذلك من نتائج تتصل اتصالًا مباشرًا بسقوط المكنتات الإجرائية

(١) قررت محكمة النقض -تبنيًا لذلك- عدم بدء سريان ميعاد الطعن في حق المعلن إليه رغم تسليم الإعلان لجهة الإدارة بصورة صحيحة، انطلاقًا من أنه ليس هناك ما يفيد تسلمه الإعلان، كما انقضى توقيعه على الخطاب المسجل بعلم الوصول، وانتهت المحكمة إلى وقوع خطأ في الحكم المطعون فيه لما قرره من سقوط حق الطعن بالاستئناف معتمدًا على بدء احتساب ميعاد الطعن من وقت تمام الإعلان مكتفياً بالعلم الحكمي، واعتبرت هذا المسك ينطوي على خطأ قانوني يوجب نقض الحكم. (حكمها في الطعن رقم ١١٤٧٢، س ٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٨).

(٢) حكم المحكمة في الطعن رقم ٦٥٩٦، س ٧٤ق، جلسة ٢٠١٤/٥/٥. وإلى نحو هذا ذهبت في حكمها في خصوص بدء سريان ميعاد المطالبة بأتعاب المحاماة وفقًا لنص المادة ١/٨٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، الذي اعتبرته نصًا خاصًا يقدم حكمه على حكم المادة ٢١٣ مرافعات كنص عام. (حكمها في الطعن رقمي ٤٣٥٨ و ٤٥٢٦، س ٦١ق، جلسة ١٩٩٤/١/٩)، وأيضًا في خصوص التعويض عن المنشآت الأيلة للسقوط بموجب حكمها في الطعن رقم ٣١٣٧، س ٦١ق، جلسة ١٩٩٥/٦/١٥.

وفي ذات السياق قررت محكمة النقض -بصدد تفعيلها لنص المادة ٣/٢٤١ مرافعات- بأن بدء احتساب ميعاد الطعن بالالتماس على الحكم يكون من يوم تبليغ المحكوم ضده بصور حكم يكون الشهادة التي بني عليها الحكم شهادة زور، ولأن تفعيل حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني يستلزم أن تكون باتة، فالعبارة في تحديد بدء احتساب ميعاد الطعن بالالتماس "الأربعين يومًا" تكون بصور حكم بات بالشهادة الزور، ثم إعلان المحكوم ضده بالحكم بصورة تقيم الدليل على علمه بالحكم، فلا يحتج بإعلانه إداريًا، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذه الوجهة من النظر فقد تعين نقضه". (حكمها في الطعن رقم ٧٢٢٦، س ٧٤ق، جلسة ٢٠١٤/١/١٢).

المرتبطة بهذا الميعاد، وما يرتبه ذلك من أثر بالنسبة للحق أو المركز القانوني محل الدعوى^(١).

غير أن هذا لا يعني التقيد المفرط لمحكمتنا العليا بالشكلية، فلا يزال معيار الغاية محل اعتبار في أحكامها، حتى في هذه الحالات الخاصة، ذلك أن مبدأ "وسيلة الإجراءات" عام يشمل جميع الإجراءات، سواء ما تعلق منها بالقواعد الإجرائية العامة، أو ما تولد منها عن حالات إجرائية خاصة.

وتطبيقاً لذلك -وتوخياً للغاية من النص القانوني المقرر للخروج على حكم القاعدة العامة في بدء الميعاد الإجرائي- قضت محكمة النقض بأنه "ولإن كان المشرع قد جعل الإعلان المرسل من المأمورية إلى الممول بإخطاره بربط الضريبة بخطاب موصى عليه بعلم الوصول في قوة الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية ولم يشأ أن يقيد المأمورية بإجراءات الإعلان التي فرضها قانون المرافعات، فإن مراد الشارع من اتباع هذه الإجراءات هو التيقن من وصول الإعلان بالنماذج إلى الممول فإن قيام الأخير باستلام النماذج بمقر المأمورية وتوقيعه عليها بالاستلام يقوم مقام الإعلان الذي يفتح به ميعاد الطعن ويغني عن إجراءاته"^(٢).

ولما كانت الحالات الخاصة لبدء سريان الميعاد الإجرائي محض استثناء على حكم القاعدة العامة؛ فإن العمل بها يستلزم قيام الدليل على تحقق موجبها وتوافر مقتضاها، وذلك بما يكفي من شواهد قاطعة المعنى والدلالة، وإلا وجب إعمال حكم

(١) خلصت محكمة النقض إلى اعتبار وجود المعلن إليه خارج البلاد وقت إعلانه بحكم أول درجة دليل على عدم اتصال علمه بواقعة الإعلان، وانتهت إلى "قبول الاستئناف شكلاً لأن الميعاد لا يزال مفتوحاً". (حكمها في الطعن رقم ٥١٧٠، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٦/١/٢٥، وحكمها في الطعن رقم ١١٣١، س١٢ق، جلسة ١٩٩٩/٧/٨، وحكمها في الطعن رقم ٤٩٦٠، س٧٥ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٢٣، وكذا حكمها في الطعن رقم ٣٢٣٤، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٦/١٢/١٣، والظعن رقم ١٧٤٧٢، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٨).

(٢) حكمها في الطعن رقم ٩٨٥٢، س٦٥ق، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٧، وحكمها في الطعن رقم ٢٨٨٣، س٦٥ق، جلسة ١٩٩٦/٤/١ وهو ما ينطلق من معيار الغاية من الإجراء كمعول عليه في تحديد صحة الإجراءات وقد استقر القضاء المصري على، نفس هذا المعيار بصورة حلقة ومحورية، راجع في تأكيد هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٨٩٣، س٦٨ق، جلسة ٢٠١٦/١/١٨، والظعن رقم ٤٤٧١، س٧٥ق، جلسة ٢٠١٤/٦/١٢.

القاعدة العامة، ذلك أن الاستثناءات مقيدة بعلها، ومن المقرر أن الأحكام تدور في فلك علها وجودًا وعمدًا، وهو ما أكدته محكمتنا العليا في أكثر من مناسبة^(١).

هذا: ومن ناحية أخرى، ولأن الضرورات تقدر بقدرها، فإن وجود عذر يحول دون اتخاذ الإجراء لا يمكن اتخاذه نزيعة للتقاعس عن مباشرة الإجراء حال القدرة على ذلك بزوال العذر، فعلى الخصم أن يبادر باتخاذ الإجراء خلال موعده المحدد، المتعين لبدئه لحظة زوال العذر المانع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "العذر القهري الذي يحول دون الطعن في الميعاد يبدأ احتساب الميعاد بزواله، إذ يتعين على المحكوم ضده المبادرة بالطعن فور زوال العذر المانع من التقرير بالطعن، على أن يقدم أسباب الطعن بالنقض خلال هذا الميعاد"، ورتبت على عدم تقديم أسباب الطعن خلال مدته التي تبدأ من تاريخ زوال المانع عدم قبوله شكلاً^(٢).

ولعل هذا التطبيق القضائي لم يأت إلا تفعيلاً لما انتهجته محكمة النقض من نهج منطقي أكدته في تعاطيها لجميع النصوص القانونية المتعلقة بالمواعيد الإجرائية، ينطلق من وقوفها إلى جانب المنطق القانوني، وتوحيها تحقيق العدالة الإجرائية، وهو ما عمدت إلى إقراره في العديد من المناسبات^(٣).

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٠٨١، س ٦٥ق، جلسة ١٧/٤/١٩٩٦، وحكمها في الطعن رقم ٢٩٤٦، س ٦٠ق، جلسة ٢٦/١/١٩٩٥، وهو نفس ما أكدته في حكمها في الطعن رقم ٢٠٢٩، س ٦٦ق، جلسة ٢٥/١٢/٢٠٠٢، وكذا الطعن رقم ٢٠٣٢، س ٧٠ق، جلسة ١٨/١٢/٢٠٠٢.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٩٥٣٢، س ٦٧ق، جلسة ٢٠/٤/٢٠١٣. (٣) منها -تمثيلاً لا حصرًا- تطبيقها لنص المادة رقم ٢١٢ من أفعات "معلقة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢"، حيث قضت بأن "المشرع وضع قاعدة عامة تقضي بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهي لها... وأن ميعاد الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة لا يفتح إلا بعد صدور الحكم المنهي لها. وأن الخصومة التي ينظر إلى انتهائها في هذا الصدد هي الخصومة الأصلية المراددة بين طرفي التداعي وليست الخصومة حسب نطاقها الذي رفعت به أمام محكمة الاستئناف وأن الحكم الذي يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذي تنتهي به الخصومة الأصلية برمتها، وليس الحكم الذي يصدر في شق منها؛ أو في مسألة عارضة عليها، أو متصلة بالإثبات فيها. حكما في الطعن رقم ٢٦٩٩، س ٦٤ق، جلسة ٢٣/٤/١٩٩٨، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٦١٣، س ٦١ق، جلسة ١١/١/١٩٩٦، بعض ما عادت لتلكه من خلال حكمها في الطعن رقم ٤٥٥٩، س ٧٢ق، جلسة ٥/١/٢٠١٥.

ثانياً: أثر بدء احتساب الميعاد الإجرائي

يترتب على بدء احتساب الميعاد بدء العد التنازلي لانقضائه، وهو ما يسعى بالحق في اتخاذ الإجراء المرتبط بالميعاد إلى السقوط، إذا ما كان الموعد ميعاد سقوط، كما هو الحال في ميعاد الطعن، فإذا ما اكتمل الميعاد سقطت مكنة اتخاذ الإجراء القضائي، والسقوط بلا شك هو أشد وأعنف. الجزاءات الإجرائية.

وهنا يجب التمييز بين أثر فوات الميعاد، وبين أثر اتخاذ الإجراء بعد فوات الميعاد، ففوات ميعاد الطعن. أثره سقوط الحق في الطعن، بينما يتمثل أثر الطعن بعد فوات الميعاد في عدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد^(١).

الخلاصة إذن أن لبدء احتساب الميعاد الإجرائي ولما يترتب على ذلك من أثر دور هام في تحديد الدور الإجرائي للميعاد، هذا الدور ينبع من تفعيل مقتضى الميعاد، وما يرتبط به من مكانات إجرائية تتأثر به.

بل إن تحديد التقويم الذي يتم وفقاً له احتساب الميعاد الإجرائي له بالغ الأثر في تحديد الأثر الإجرائي للميعاد، لاختلاف عدد أيام الشهر والسنة بين التقويم الهجري "القمري" والتقويم الميلادي "الشمسي".

فالقاعدة العامة في القانون المصري هي احتساب المواعيد وفقاً للتقويم الميلادي دون الهجري، وعلى خلاف ذلك يأتي النظام السعودي^(٢).

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا لم يتم الطعن في الحكم خلال الميعاد المحدد له سقط الحق في الطعن؛ بحيث يترتب على تقديم الطعن بعد فوات هذا الميعاد عدم قبول الطعن". حكم المحكمة في الطعون أرقام ١٥، س ٢٢ق، جلسة ١٩٥٤/١/٢١، ١٧، س ٢٢ق، جلسة ١٩٥٢/٦/١٢، ٢٦ و ٣١، س ٢٥ق، جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٩، وكذا حكمها في الطعن رقم ٣٥٥٩، س ٧٢ق، جلسة ٢٠١٥/٥/١٠، والطعن رقم ٧٩١٧، س ٧٩ق، جلسة ٢٠١٣/٤/٢٣، والطعن رقم ٨٩٦٥، س ٦٤ق، جلسة ٢٠١٣/٤/٣.

(٢) ففي القانون المصري. تنص المادة ٣/١٥ مرافعات على أن "تحتسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالنسبة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك"، كما تنص المادة الثالثة من القانون المدني على أن "تحتسب المواعيد بالتقويم الميلادي، ما لم ينص القانون على غير ذلك"، وهو ما سار على نهجه نص المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من أن "يتم حساب جميع المدد المبينة في هذا القانون بالتقويم الميلادي"؛ بما يترتب على ذلك من نتائج هامة، منها على سبيل المثال عدم الاعتداد بالطلب أو الدفع المؤسس على حساب المواعيد أو المدد بالتقويم الهجري ولو كان ذلك في صالح المتهم، كاحتساب التقادم على أساس التقويم الهجري دون الميلادي.

أما في النظام السعودي فتتص المادة الثامنة من نظام المرافعات الشرعية على أن "تحتسب المدد والمواعيد المنصوص عليها في هذا النظام حسب تقويم أم القرى، ويُعدُّ غروب شمس كل يوم نهايته"، كما تنص اللائحة التنفيذية لهذه المادة على أن "١- يراعى في كل حال تستوجب الإشارة فيها إلى التاريخ

الفصل الثاني

المؤثرات على احتساب المواعيد الإجرائية

لا شك أن كل مؤثر على الميعاد الإجرائي ذو أثر مباشر على الدور الإجرائي لهذا الميعاد، ويلاحظ وجود العديد من المؤثرات على احتساب الميعاد الإجرائي، منها ما يؤدي إلى تعطيل احتساب الميعاد، ومنها ما يؤدي إلى إطالة الفترة الزمنية التي يقع داخلها الميعاد الإجرائي، كما أن الغش الإجرائي قد يؤدي إلى إعادة احتساب الميعاد، أو استبعاد بدء احتسابه، أو تعطيل احتسابه بحسب الأحوال، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعطل سريان الميعاد الإجرائي

من أهم العوامل التي تسهم في تحديد أثر فوات المواعيد الإجرائية وقف وانقطاع احتساب الميعاد، ذلك لأنه يؤدي عملاً إلى مد الفترة الزمنية اللازمة لانقضاء الميعاد؛ بما يستتبع تعطيل سريان آثار فوات الميعاد بما يوازي مدة المد.

ذلك أنه لا يمكن ترتيب آثار فوات الميعاد إلا بانتهائه، كسقوط المكنة الإجرائية؛ ثم تقرير عدم قبول الإجراء الذي يتخذ بعد الميعاد حين يعتبر الميعاد شرطاً لقبوله، أو بطلانه إذا ما كان الميعاد شرطاً لصحته، إذ لا بد من بدء احتساب الميعاد، ثم سريانه بالكامل، وصولاً إلى لحظة نهايته التي يبدأ من اللحظة التالية لها ترتيب تلك الآثار، فإذا ما تعطل سريان هذا الميعاد فلا شك أن لحظة النهاية المذكورة ستؤجل، ليس فقط بما يعادل مدة تعطل احتساب الميعاد، بل قد يضاف إليها ما سبق مروره من هذا الميعاد، في الفرض الذي يبدأ من لحظة زوال سبب تعطل سريان الميعاد بدء احتساب الميعاد من جديد وليس فقط مجرد معاودة سيره من اللحظة التي تعطل عندها، وهكذا يمكن التمييز بين أثرين للتعطل، تبعاً لوصفه، وما إذا كان وفقاً للميعاد أم انقطاعاً له.

الميلادي- أن يكتب التاريخ الهجري أولاً، ثم يشار إلى ما يوافق من التاريخ الميلادي، مع ذكر اسم اليوم بجانب تاريخه بحسب تقويم أم القرى. ٢- يرجع في تحديد وقت شروق الشمس، وغروبها في كل مدينة إلى تقويم أم القرى".

ومن تطبيقات الانقطاع ما قررته محكمة النقض من انقطاع ميعاد رفع دعوى الحيازة بالمطالبة القضائية ولو إلى محكمة غير مختصة؛ بحيث تزول المدة السابقة على هذه المطالبة، ويبدأ منها احتساب الميعاد من جديد^(١).

كما قضت -تأكيدًا لهذا المعنى- بانقطاع ميعاد رفع الدعوى المدنية المرتبطة بدعوى جنائية طول مدة نظر هذه الأخيرة متى كانت قد رفعت قبل اكتمال التقادم، ثم يبدأ احتساب كامل الميعاد بعد انتهاء خصومة الدعوى الجنائية^(٢).

وبالطبع لا ينحصر أثر الانقطاع على المواعيد المتعلقة بحق الدعوى فقط، بل يتسع ليشمل جميع المواعيد الإجرائية، ومنها مواعيد مباشرة إجراءات الخصومة القضائية ذاتها، إذ يترتب على مجرد تحقق سبب الانقطاع تعطل جميع المواعيد، ثم يعاد احتسابها بعد زوال سبب الانقطاع^(٣).

وفي خصوص الوقف وبالرغم من أنه لا يحول دون احتساب ما مضى من الميعاد الإجرائي، لكونه لا يترتب إعادة احتساب كامل الميعاد من جديد بعد زوال

(١) قضت تأكيدًا لهذا المعنى بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مدة السنة المعينة لرفع دعوى الحيازة هي مدة تقادم خاص تسري عليها قواعد الوقف والانقطاع التي تسري على التقادم المسقط العادي؛ فينقطع بالمطالبة القضائية عملاً بالمادة ٣٨٣ من القانون المدني ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة". (حكمها في الطعن رقم ٧٢٣، س٥٩ق، جلسة ١٣/٥/١٩٩٣)، كما استقر قضاءها على وجوب بحث محكمة الموضوع لمسألة الانقطاع وفق هذا التحديد من تلقاء نفسها. (حكمها في الطعن رقم ٢٠٣٢٩، س٨٤ق، جلسة ١٣/٣/٢٠١٧، والطعن رقم ٨٣٥، س٧٤ق، جلسة ٢/٢/٢٠١٤).

(٢) قضت تأكيدًا لهذا المعنى بأن "الطعن على الحكم الجنائي يقطع سريان تقادم الدعوى المدنية، فتظل مدة تقادم الدعوى المدنية موقوفة طوال الفترة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية باعتبار أن تقدير العذر الذي أدى إلى فوات ميعاد الطعن وقبوله منوطان بمحكمة الطعن دون غيرها وذلك ما لم تكن الدعوى المدنية قد اكتملت مدة تقادمها قبل رفع الطعن على الحكم الجنائي إذ ينعدم أثر هذا الطعن على التقادم الذي تم قبل رفعه". (حكمها في الطعن رقم ٧٤٨، س٧٧ق، جلسة ١/٢٧/٢٠٠٨).

(٣) قضت محكمة النقض تطبيقًا لذلك بأن "مفاد النص في المواد ١٣٠ و١٣٢ و١٣٣ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أنه يترتب على قيام سبب انقطاع سير الخصومة بوفاة أحد الخصوم أو يفقد أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من الغائبين انقطاع الخصومة بقوة القانون، ودون حاجة إلى صدور حكم بذلك؛ وتقف جميع المواعيد والإجراءات ولا تستأنف الدعوى أو الاستئناف سيرهما على نحو صحيح إلا بعد تعجيل السير فيها وفقًا للمادة ١٣٣". (حكمها في الطعن أرقام ٢٢٨٦، س٦٣ق، جلسة ٦/٣/١٩٩٧، ٤٩٨١، س٦٦ق، جلسة ١٢/٥/٢٠٠٩، ٢٧٩٤، س٦٨ق، جلسة ٦/٩/١٩٩٩).

سببه، غير أنه يؤدي إلى إطالة مدة احتساب الميعاد، إذ يسقط منها كامل مدة الوقف؛ وبالتالي يؤدي إلى تعطيل أعمال آثار فوات الميعاد الإجرائي^(١).
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "ميعاد الاستئناف يقف سريانه إذا تحققت أثناءه قوة قاهرة أو حادث مفاجئ"^(٢).

ثانياً: امتداد الميعاد الإجرائي

يمتد الميعاد الإجرائي لسببين، إما لضياح الجزء الأخير من الميعاد بإجازة رسمية، أو لبعد المسافة بين من يباشر الإجراء المقيد بالميعاد وبين مكان مباشرة هذا الإجراء:

١ - الامتداد بسبب العطلة الرسمية:

تنص المادة ١٨ مرافعات على أنه "إذ صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها"، وهو ما أكدته بصورة حرفية نص الفقرة الثانية من المادة رقم ٢٢ من نظام المرافعات الشرعية.

(١) لهذا الحكم عظيم الأثر في الواقع العملي والتطبيق القضائي، سواء من حيث بقاء حق الدعوى وامتناع سقوطه رغم مرور مدة زمنية قد تطول بكثير عن الميعاد الإجرائي المسقط الذي فرضته نصوص القانون، أو في خصوص بقاء حق الطعن قائماً رغم فوات ميعاده لو لم يعتد بأثر الوقف، فضلاً عن بقاء عموم المكناات الإجرائية المرتبطة بمدد زمنية مسقط مرورها أو مبطل رغم مرور كامل هذه المدد لولا أعمال أثر الوقف.

وهو ما يتأكد لنا من تطبيقات القضاء التي يصعب حصرها، من قبيل ذلك أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٣٢٣٧، س٧٦، جلسة ٢٠١٦/١١/٢٤، ٢٤٧٠، س٨٥، جلسة ٢٠١٦/٣/٩، ٩٣٩٢، س٨٤، جلسة ٢٠١٥/٦/٨، ١٤٧٣٢، س٤، جلسة ٢٠١٤/٥/١٨، ٢٨٠٦، س٧١، جلسة ٢٠١٣/١٢/٨، ١٣٨٨، س٧١، جلسة ٢٠١٣/١١/٢٥، ١٠١٧٣، س٨٠، جلسة ٢٠١٢/٢/٧.

(٢) حكمها في الطعن رقم ١٣٨٠، س٥٩، جلسة ١٩٩٣/٦/١٧.
كما قضت بأنه "إذ كان البين من الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠١١ الصادر عن وزارة العدل أن هناك قوة قاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام في المدة من ٢٠١١/١/٢٦ حتى ٢٠١١/٢/٧ بسبب ما شهدته البلاد عقب أحداث يناير ٢٠١١ مما لازمه وقف سريان كافة المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعن على الأحكام وكان مؤدى وقف سريان ميعاد الاستئناف خلال تلك المدة المشار إليها عدم احتسابها ضمن ميعاد الاستئناف الذي سرى من صدور الحكم المستأنف في ٢٠١٠/١٢/٢٨ بحيث يحسب هذا الميعاد على أساس إضافة المدة السابقة على وقف سريان الميعاد للمدة اللاحقة لزال سبب هذا الوقف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يحتسب الميعة التي وقف سريان ميعاد الاستئناف خلالها على ما سلف بيانه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب". (حكمها في الطعن رقم ١٢٠٧٩، س٨١، جلسة ٢٠١٢/٥/٣، والطعن رقم ٢٢٩٣، س٨١، جلسة ٢٠١٢/٢/٢١).

وقضت محكمة النقض بأن "المشرع أورد قاعدة عامة مقتضاها ألا ينقضي الميعاد إلا بانقضاء اليوم الأخير منه، فإذا وقع هذا الميعاد خلال عطلة رسمية فإنه يمتد إلى أول يوم من أيام العمل بعدها"^(١).

٢- الامتداد بسبب المسافة:

تنص المادة ١٦ مرافعات على أنه "إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متر بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو متر يزداد له الميعاد ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام. ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود"، وتنص المادة ١/١٧ منه على أن "ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج ستون يوماً".

أما النظام السعودي فقد قصر ميعاد المسافة على كون المكلف بالإجراء خارج البلاد، إذ تنص المادة ٢١ من نظام المرافعات الشرعية على أن "تضاف مدة ستين يوماً إلى المواعيد المنصوص عليها نظاماً لمن يكون مكان إقامته خارج المملكة وللمحكمة عند الاقتضاء زيادة مدة مماثلة".

ولقد حرصت محكمة النقض على إضافة ميعاد المسافة كلما توافر مقتضاه، ولم تتساهل في الحرمان منه^(٢).

بل إنها أباحت اتخاذ ميعاد المسافة وسيلة لتجنب السقوط كأثر لفوات الميعاد الإجرائي، وذلك من خلال اختيار الخصم محكمة أبعد عن مكان إقامته بغية إضافة ميعاد المسافة متى كان هذا الخيار قائم وفق القواعد الإجرائية المقررة^(٣).

(١) حكمها في الطعن رقم ٣٧٧، س ٦٥ق، جلسة ٢٦/١/٢٠٠٢.

(٢) فقضت بأن "المقرر في قضاء محكمة النقض- أن مجرد اتخاذ محل مختار لا يسلب الأصيل حقه في ميعاد المسافة"، ثم انتهت المحكمة تبعاً لذلك إلى أنه "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن يقيم بالخارج -لبنان- فإن ميعاد المسافة الواجب إضافته إلى ميعاد الطعن هو ستون يوماً"، حكمها في الطعن رقم ٧١٣٣، س ٦٥ق، جلسة ٢٦/٢/٢٠٠٨.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت بأنه "إذا كان يجوز للطاعن طبقاً للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات أن يودع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن محل إقامة الطاعن مدينة بورسعيد فإنه يجوز له وقد اختار أن يودع صحيفة الطعن قلم

بل إن محكمة النقض مدت نطاق تطبيق ميعاد المسافة إلى غير الخصوم، فقضت بأن "مفاد النص في المادة ١٦ من قانون المرافعات يدل أن قصد الشارع -وعلى ما ورد بالمذكورة التفسيرية وجرى به قضاء محكمة النقض- إنما ينصرف إلى انتقال من يستلزم الإجراء ضرورة انتقالهم وهم الخصوم ومن ينوب عنهم من المحضرين وغيرهم"، كما قررت إضافة ميعاد المسافة إلى كل ميعاد إجرائي، فاعتبرت ميعاد تعجيل السير في الدعوى بعد وقفها جزائياً ميعاداً إجرائياً يضاف إليه ميعاد مسافة لانتقال المحضر من مقر المحكمة المرفوع أمامها الدعوى إلى محل إقامة المعلن بالتعجيل، بحيث يلتحم ميعاد المسافة بالميعاد الأصلي فيكونان وحدة متواصلة الأيام^(١).

غير أن هذا لا يفي توقف إضافة ميعاد المسافة على توافر موجهه؛ ولذا قضت محكمة النقض بأن "ثبوت قيام فرع الشركة الأجنبية ببورسعيد بإتمام صفقة بيع الأخشاب أثره اعتبار هذا الفرع موطناً للشركة الطاعنة فلا يحق لها إضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد الطعن بالنقض باعتبار أن موطنها الأصلي بالخارج"، وانتهت إلى اعتبار الطعن مرفوعاً بعد الميعاد؛ ولذا قضت بعدم قبوله^(٢).

كتاب محكمة النقض أن يضيف للميعاد المحدد للطعن بالنقض ميعاد مسافة بين محل إقامته ببورسعيد ومقر محكمة النقض بالقاهرة، ولما كانت المسافة بين مدينتي بورسعيد والقاهرة تزيد على مائتي كيلو متر مما يتعين معه إضافة ميعاد مسافة قدره أربعة أيام عملاً بالمادة ١٦ من قانون المرافعات فيكون الطعن بعد إضافة هذا الميعاد قد رفع في الميعاد القانوني" حكم المحكمة في الطعن رقم ٦٠٨٦، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٦، وحكمها في الطعن رقم ٢٩٣٣، س٦١ق، جلسة ١٩٩٥/١/٩، بحكمها في الطعن رقم ٨٢٩، س٦٨ق، جلسة ٢٠٠١/٣/٨.

(١) حكم المحكمة في الطعن رقم ٤١٠٩، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/١٣ وفي ذات السياق رفضت القول بالإرادة الضمنية لتغيير الموطن بما يستتبع سقوط الحق في إضافة ميعاد المسافة، فقضت بأنه "إذا كان الطاعنون قد دللوا على إقامة الثلاثة الأول منهم في فرنسا والرابعة والخامسة في اليونان بالتوكيلات الصادرة منهم في هذين البلدين، وقد خلّت أوراق الدعوى في كل مراحلها من بيان موطن لإقامتهم المعتادة، واقتصرت على الإشارة إلى مكتب المحامي الذي يباشر الإجراءات في كل مرحلة من مراحل التقاضي، وهو ما لا يعد تخلياً عن مواطنهم الأصلية؛ ومن ثم يتعين إضافة ميعاد المسافة المقرر للمقيم في الخارج كاملاً؛ ويكون الدفع بسقوط الحق في الطعن على غير أساس". (حكمها في الطعن رقم ٢٥٠٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠١/١/٢٦).

(٢) حكمها في الطعن رقم ٢٨٦٨، س٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٧، وحكمها في الطعن رقم ٨٢٩، س٦٨ق، جلسة ٢٠٠١/٣/٨.

وفي ذات السياق ربطت محكمتنا العليا "النقض" بين ميعاد المسافة والسبب في تقريره، المتمثل في مراعاة الانتقال من محل الشخص المتعين انتقاله إلى محل المحكمة المتعين اتخاذ الإجراء أمامها؛ ولذا ضيقت كثيرًا من نطاق هذا الميعاد^(١).

وفي تأكيدها للغاية من تشريع ميعاد المسافة، وتوقفها عند ما يناط به من دور، وتقيدها بفلسفته، رفضت محكمة النقض التلاعب بأحكام هذا الميعاد، وأكدت أن هذه الأحكام تتعلق بالنظام العام؛ ولا يمكن السماح لإرادة الأشخاص بالتأثير عليها^(٢).

غير أنها -اعتدًا منها بالإرادة الخاصة للخصم، حال انتفاء مظنة التلاعب بالمواعيد الإجرائية- قررت الاعتداد بهذه الإرادة في تحديد ميعاد المسافة^(٣).

^(١) ذهبت المحكمة إلى أن تحديد ميعاد المسافة الذي يتعين إضافته وما إذا كان يخضع لما قرره المادة ١٦ أو ما تضمنته المادة ١٧ من قانون المرافعات، وبالتالي تحديد ما إذا كان الحد الأقصى للميعاد أربعة أيام أو ستون يومًا، يتوقف على المسافة بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه، ولما كان الانتقال الذي تعنيه هذه المادة انتقال من يستلزم الإجراء ضرورة انتقالهم من الخصوم أو من ينوب عنهم، وإذا كان الطاعن يطالب بإضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد السنة المحدد لسقوط الخصومة، ورغم أن هذا الميعاد ميعاد إجرائي مما يضاف إليه أصلاً ميعاد المسافة، إلا أنه لما كان الإجراء الذي يطالب الطاعن من أجله إضافة ميعاد المسافة في الدعوى الحالية هو إعلان صحيفة تعجيل الدعوى للمطعون ضدها، وكان الانتقال الذي يقتضيه القيام بهذا الإجراء هو انتقال المحضر من مقر المحكمة التي قدمت صحيفة التعجيل إليها محل من يراد إعلانه بها؛ فإن ميعاد المسافة الذي يزداد على ميعاد إعلان صحيفة التعجيل يحسب على أساس المسافة بين هذين المحلين. وإذا كانت المحكمة التي قدمت لها صحيفة التعجيل كائنة بجمهورية مصر العربية وكان محل المطعون ضدها بها فإنه لا يجوز بحال أن يجاوز ميعاد المسافة عند إعلانها أربعة أيام عملاً بنص المادة ١٦ مرافعات. ولا يجدي الطاعن التحدي بأن مقر إقامته الجمهورية العربية الليبية مما يبرر إعطائه ميعاد مسافة قدره ستون يومًا عملاً بالمادة ١٧ مرافعات ليطسنى له خلاله الحضور من ليبيا وإعلان خصمه بصحيفة التعجيل". (حكمها في الطعن رقم ٣٩٠، س٤٣ق، جلسة ١٨/٢/١٩٧٨)، وهو ما عادت لتأكد به حكمها في الطعن رقم ٤١٠٩، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/١٣.

^(٢) تأكيداً لهذا المفهوم قضت بأن "مفاد نص المادتين ١٦ و ١٧ من قانون المرافعات أن للطاعن متى كان موطنه في الخارج أن يضيف لميعاد الطعن ميعاد مسافة قدره ستون يومًا، ويقصد بالموطن الموطن الأصلي المبين في نصوص القانون المنني، سواء كان موطنًا عامًا وفق نص المادة ٤٠، أو موطن أعمال وفق نص المادة ٤١، أو موطن من ينوب عنه قانونًا عند الغيبة أو نقص الأهلية وفق نص المادة ٤٢، ولا يقصد به موطن الطاعن المختار، لأن المشرع أراد بتقرير ميعاد المسافة المساواة بين الخصوم حتى يستفيدوا من ميعاد الطعن كاملاً فأضاف مدة نظير ما يقتضيه الانتقال من الموطن الأصلي حيث يقيم الطاعن فعلاً إلى قلم كتاب المحكمة المتخذ فيه إجراءات رفع الطعن، ولقد جعل المشرع مواعيد الطعن تتعلق بالنظام العام، فلا تتأثر بإرادة الخصوم بصريح نص المادة ٢١٥ مرافعات، فلا يستقيم أن تتأثر بمجرد إرادة الطاعن باتخاذ موطنًا مختارًا". (حكمها في الطعن رقم ٢٥٠٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠١/١/٢٦).

^(٣) بعد تأكدها على أن البررة دائماً في تحديد المسافة التي يتعين تبعا لها مقدار المدة التي ستضاف كميعاد مسافة هي بالموطن الأصلي للخصم فترت استثناء على ذلك حيث تكررت أنه "لا يستلزم من ذلك إلا أن يعلن الطاعن في مراحل التقاضي السابقة عن تخليه عن موطنه الأصلي واختاره لموطن بديل، ففي هذه الحالة يمتد براءة الطاعن لما صلحها من نقل، وكذلك لو تحددت المواطن الأصلية، فإن البررة هي بالموطن الذي اتخذته لنفسه في مراحل التقاضي السابقة على الطعن". (حكمها في الطعن رقم ٢٥٠٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠١/١/٢٦).

هذا: ومن الجدير بالذكر سريان نفس التنظيم الإجرائي لامتداد الميعاد وفق ما سبق ذكره -سواء بسبب المسافة أو بسبب العطلة الرسمية- على إجراءات التحكيم^(١).

ثالثاً: أثر الغش على احتساب الميعاد الإجرائي

"الغش يفسد كل شيء"، هذا المبدأ أصبح من العموم والشمول والتأكيد بالصورة التي تجعله يسمو على جميع القواعد والنصوص القانونية على كافة الأصعدة، الدولية والإقليمية والمحلية، الموضوعية والإجرائية، ولذا فلا غرو في سريان أثره على المواعيد الإجرائية؛ بحيث تتعطل أحكام المدد والمواعيد الإجرائية حال وقوع غش في خصوصها وبحسبه، وبالتالي للغش أثر أكيد على الدور الإجرائي للمواعيد الإجرائية.

وهو ما أكدته محكمة النقض في تطبيقاتها القضائية، والتزمت جانبه، وفعلت مضمونه، كلما تحقق مفترضه، من قبيل ذلك قضائها بأن "حدوث غش وتواطؤ من المحامي مع خصوم موكله بما رتب فوات ميعاد الطعن أثره اعتبار ميعاد الطعن مفتوحاً، لأن من القواعد الأساسية الحاكمة للقانون المصري ولكل الشرائع أن الغش يفسد كل شيء، ولا يجوز أن يفيد منه فاعله، منعاً للفساد، ودعمًا لحسن النية والشرف، وتنزيهاً لساحات المحاكم أن تتخذ سبباً للانحراف"، ثم انتهت إلى تأييد محكمة الاستئناف فيما خلصت إليه من أن "الفصل في شكل الاستئناف يتوقف على نتيجة الفصل فيما أثارته الطاعنتان من أن الحكم المستأنف صدر بناءً على غش وقع من المطعون ضدهم باعتبار أن ثبوت أو نفي صحة هذه المنازعة ينبني عليه تحديد تاريخ بدء ميعاد الاستئناف"، واعتبرت محكمة النقض أن حضور المحامي بالتواطؤ مع خصم موكلناه لا يعتد به؛ ولا يجعل الحكم الصادر ضدتهما حضورياً^(٢).

(١) أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم، ٨٥٥.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٥٥٦٢، من ٢٤ ق، جلسة ٢٠٠٥/١/١٠.

كما قضت في ذات السياق بأن "الأصل بدء احتساب ميعاد الاستئناف من تاريخ صدور الحكم أو إعلانه بحسب نص المادة ٢١٣ مرافعات ما لم يكن هذا الحكم صادراً بناء على غش وقع من الخصم ... فلا يبدأ سريان ميعاد الاستئناف حينئذ إلا من وقت ظهور الغش للمحكّم عليه... وعلى محكمة الاستئناف حسم مسألة للغش توصلًا لتحديد بدء سريان ميعاد الاستئناف حسمًا لما إذا كان الطعن قدم في موعده أم بعده، لتحديد مدى سقوط الحق فيه" (حكمها في الطعن رقم ٥٠٨١، من ٢٥ ق، جلسة

رابعاً: أثر التعديل التشريعي على احتساب الميعاد الإجرائي

تقرر نصوص المرافعات سريان "قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها"، وتستثني من ذلك "القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها"^(١).

وإن كان هذا الحكم يثير مسألة عامة تتعلق بجميع فروع القوانين وهي مسألة وقت نفاذ القانون^(٢)، غير أن ما يخص موضوع هذه الدراسة هو ذلك الاستثناء المتعلق بالمواعيد الإجرائية، وذلك من ناحيتين: الناحية الأولى إبراز أهمية الدور الإجرائي للمواعيد الإجرائية وخطورته بما دفع إلى تقرير هذا الاستثناء، أما الناحية الثانية فتتعلق ببيان أثر هذا الاستثناء على الدور الإجرائي للمواعيد الإجرائية، وذلك على النحو التالي:

١ - أهمية الدور الإجرائي للمواعيد الإجرائية:

قررت نصوص المرافعات ثلاث استثناءات على الأثر الفوري المباشر للقوانين الإجرائية الجديدة لتعلقها بالقواعد الأكثر خطورة، التي لا يمكن المساس بما استقر منها في ظل القانون السابق، ولو بتعطيل الأثر الفوري للقانون الجديد، وإلا لاهتز ميزان العدالة الإجرائية، وحدث اضطراب في المراكز الإجرائية بما لا تؤمن عقبا، هذه الاستثناءات الثلاثة تتمثل في النصوص المعدلة للاختصاص، النصوص المعدلة للمواعيد، والنصوص المنظمة لطرق الطعن على القرارات القضائية.

(١) ١٧/٤/١٩٩٦م، كما أكدت المحكمة أن "تعهد إخفاء الخصم قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله في الدعوى وإيداعه فيها ومد من قبيل الغش متى صدر الحكم في غيبته". (حكما في الطعن رقم ٢٩٤٦، س٦٠، جلسة ١٩٩٥/١/٢٦).

(٢) نص المادة الأولى من قانون المرافعات، وهو نفس ما تضمنته المادة الأولى من مواد إصدار نظام المرافعات الشرعية. من الجدير بالذكر أن الحكم المذكور يتعلق بالأثر الفوري للقانون الجديد لا بالأثر الرجعي له، بمعنى تعطيل الأثر الفوري للنص الجديد في خصوص المواعيد التي بدأت قبل نفاذه، إذ تبقى محكمة بالنص القديم الملغى، أما سريان القانون الجديد على ما لم يتم من إجراءات ولو كانت بدأت في ظل القانون القديم فلا يضي سريان القانون الجديد بالر رجعي، وما كان الأمر في حاجة إلى بيان لولا وجود كتابات تذهب إلى تكييف حكم المادة الأولى من قانون المرافعات على أنه يتضمن سرياً للقانون الجديد بالر رجعي.

راجع في تقييم هذه الكتابات والرد عليها أحمد أبو الوفاء، التنزع الزمني لقوانين المرافعات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، حقوق الإسكندرية، ١٥، ع١، ١٩٧٠، ص٣٧.

(٢) راجع في هذا الخصوص حسن كبره، مشكلة التنزع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، حقوق الإسكندرية، ٧، ع٤، ١٩٥٨، ص٨٥.

فجاءت النصوص المعدلة للمواعيد في الاستثناء الثاني، وهذا إن دل فإنما يدل على اقتران أهمية الدور الإجرائي للمواعيد بأهمية الدور الإجرائي لقواعد الاختصاص والطعن في الأحكام، على عظم هاتين الأخيرتين، وكونهما الأهم في التنظيم القانوني لإجراءات التقاضي.

٢- أثر الاستثناء على الدور الإجرائي للميعاد:

إذا كان لكل ميعاد إجرائي دوره الخاص به في المنظومة الإجرائية فإن تعديل أحكام هذا الميعاد يعني تعديل دوره، سواء تعلق التعديل بنوع الميعاد أو بطبيعته أو بوظيفته أو حتى بمقداره، ورغبة من التقنين الإجرائي في الحفاظ على الدور الإجرائي للمواعيد قرر عدم سريان تعديلات القوانين على المواعيد التي اكتملت في ظل قواعد قانونية ألغيت، وذلك تحقيقاً للعدالة الإجرائية، واستقراراً للمراكز الإجرائية.

وللتمثيل فإن نص المادة ٣٦٠ من قانون المرافعات السابق كانت تفرض ميعاداً كاملاً قيدت به مباشرة إجراءات التنفيذ العقاري، إذ كانت تمنع مباشرة أي إجراء من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية إلا بعد انقضاء تسعين يوماً من هذا التاريخ، ثم جاء نص المادة ٤١٤ من القانون الحالي فألغى هذا الميعاد الكامل واستبدل به ميعاداً ناقصاً أوجب به إيداع قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تسجيل التنبيه وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن^(١).

وهذا يعني أن التعديل انصب على نوع الميعاد فجعله ناقصاً بعد أن كان كاملاً، واستبدل بجزء البطلان إذا ما بوشر الإجراء خلال التسعين يوماً المذكورة جزاء السقوط إذا لم يباشر الإجراء خلال هذه المدة، كما اتسع التعديل ليشمل دور الميعاد ووظيفته، فبعد أن كان الموعد مقرر لصالح المدين المنفذ ضده، ويرمي إلى إمهاله ليتدبر أمره، وإفساح المجال له كي يتجنب البيع القضائي لعقاره أصبح الميعاد قيذاً

(١) تنص المادة ٤١٤ على أن "يودع من يباشر الإجراءات قلم كتابي محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن".

على الدائن مباشر الإجراءات، ويرمي إلى الإسراع في إجراءات التنفيذ، والمضي قُدماً نحو غايتها الأخيرة^(١).

أما في خصوص نظام المرافعات الشرعية فلا يوجد تطبيق عملي يشار إليه في هذا الخصوص ذلك أن قواعد المرافعات لم تتضمن تعديلاً خاصاً بالمواعيد الإجرائية حتى الآن.

بل إن الأمر لم يقف عند حد المواعيد التي اكتملت في ظل القانون القديم رغم بقاء الخصومة في ظل القانون الجديد، بل امتد ليشمل المواعيد التي بدأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل عند بدء نفاذ القانون الجديد، وهذا مما يؤكد أهمية الدور الإجرائي للمواعيد الإجرائية وخطورته، فضلاً عن مساسه بالمراكز الإجرائية بصورة مباشرة، وبال حقوق والمراكز الموضوعية بصورة غير مباشرة، إضافة إلى أن تحقيق الاستقرار له حتمي لتحقيق الاستقرار الإجرائي للخصومة القضائية والتنظيم القضائي ككل؛ ولذا جاء الاستثناء المذكور ليؤكد خضوع الميعاد الذي بدأ في ظل قانون سابق لهذا القانون ولو بدأ سريان قانون جديد^(٢).

المطلب الثاني

السلطة التقديرية في تحديد الوقت

متى كان لتحديد الوقت أثر ملحوظ في تحديد الدور الإجرائي له، وكان من المتعين تبعاً لذلك - الوقوف على جميع عوامل تحديد الوقت، فإن من الأهمية بمكان ضرورة الوقوف على مدى خضوع تحديد الوقت للسلطة التقديرية، سواء للقاضي أو الخصوم، وهو ما أعمد إلى تناوله في فرعين على التوالي هما:

(١) في بيان مضمون الاستثناء المقرر وتطبيقه على هذا الغرض، وما يثيره في الواقع العملي من مشكلات راجع أحمد أبو الوفاء، التنازع الزمني، ص ٦٩.

(٢) أوضحت المذكرة التفسيرية لنص المادة الأولى من قانون المرافعات جميع هذه المعاني وأكدت، حينما قررت أنه "رأت اللجنة أنه متى بدأ الميعاد في ظل قانون معين فمن العدل وحسن النظر أن ينتهي طبقاً لهذا القانون نفسه كي لا يعض الميعاد أو يضطرب حساب بدايته ونهايته ومداه" بل إن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المرافعات جاءت بزيادة تأكيد ما أكدته المادة الأولى إذ تنص على أنه "لا يجري ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها"، إشارة إلى الرغبة الواضحة لدى المشرع في احترام حسابات الخصوم المتعلقة بالمواعيد الإجرائية وتصوراتهم القائمة على أحكام القانون القديم، حتى قيل بأن حكم المادة الثانية جاء تكراراً لما تضمنته المادة الأولى. في عرض مضمون نص المذكرة وشرحه والتعليق عليه راجع أحمد أبو الوفاء، التنازع الزمني، ص ٩٤.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الوقت.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للخصوم في تحديد الوقت.

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الوقت

بالرغم من أن المصدر الأصلي للمواعيد الإجرائية -كأهم تطبيقات الوقت في المجال الإجرائي- هو التقنين، غير أن القانون منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الخصوص، سواء فيما يتعلق بإنشاء الميعاد الإجرائي، أو تعديله، وسواء جاء التعديل بزيادة الميعاد أو اتخاذ صورة إنقاصه.

وبالنظر إلى ما يتمتع به القضاء من سلطة تقديرية في مجال تحديد الوقت يمكن التمييز بين صورتين لهذه السلطة، الأولى منها تتعلق بإنشاء قيد الوقت ابتداءً، بينما تتعلق الثانية بتعديل الوقت المقرر مسبقاً بنص القانون، وهو ما أتت عليه في غصنين على النحو التالي:

الغصن الأول

سلطة القاضي في إنشاء قيد الوقت

يتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة في تقييد أشخاص الخصومة القضائية -سواء الخصوم أو معاوني القضاء- بقيود زمنية فيما يقومون به من أعمال إجرائية، فللمحكمة سلطة كبيرة في ضرب الأجل لمعاونيها وللخصوم لتنفيذ تكاليفاتهم الإجرائية.

ويلاحظ أن هناك تطبيقان تضمنتهما قواعد المرافعات في هذا الخصوص، في التطبيق الأول تلتزم المحكمة بتقرير الأجل ابتداءً، غير أنها تتمتع بسلطة تقديرية في تحديده، أما التطبيق الثاني فتبدو فيه أعلى درجات السلطة التقديرية للمحكمة، إذ يكون لها سلطة التقييد بالأجل ابتداءً، ثم سلطة تقدير الأجل حال التقيد به انتهاءً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: سلطة المحكمة في تقدير الآجال المقررة قانوناً

الفرض أن قواعد المرافعات تقيد اتخاذ إجراء ما بأجل دون أن تحدده، ثم تمنح للمحكمة سلطة تحديد هذا الأجل.

وقد أوجبت قواعد المرافعات على المحكمة في الكثير من الحالات منح أجل للقيام بعمل إجرائي معين دون تقييدها في تحديد مدة هذا الأجل، فأعدت بذلك الأمر لسلطة المحكمة التقديرية، بوصفها الأندر على ذلك وفقاً لظروف وملابسات وقائع الدعوى أمامها.

من قبيل ذلك ما تقرره قواعد المرافعات من أنه يجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة إذا تخلف المدعى عليه وحده عن الجلسة الأولى ولم يكن قد أعلن لشخصه، أو إذا تبينت المحكمة عند غيابه بطلان إعلانه بالصحيفة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية^(١)، وما تقرره إذا ما طلب أحد الخصوم أجلاً لإعلان من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الإنقطاع من أن على المحكمة تكفيته بالإعلان خلال أجل تحدده له^(٢).

ومن التطبيقات التي تفرد بها قانون المرافعات المصري دون نظام المرافعات السعودي ما يتعلق بفرض عدم اختصام الطرف الملتزم في السند التنفيذي في الإشكال إذا كان مرفوعاً من غيره من أنه يجب على المحكمة "أن تكلف المستشكل باختصامه في ميعاد تحدده له"^(٣)، وأيضاً ما يتعلق بتصحيح الإجراء الباطل إذا لم يقرر له القانون ميعاداً إذ استلزم أن تحدد المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه^(٤)،

(١) نص المادة ٢١/٨٤ من قانون المرافعات، وهو ما قرره نص المادة ١/٥٧ من نظام المرافعات الشرعية. وفي التطبيق القضائي راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٨٢، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٢/٨، ١٢٢١، س٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٣.

(٢) نص المادة ٢/١٣٠ من قانون المرافعات، ونص المادة ١/٨٨ من نظام المرافعات الشرعية، وراجع في التطبيق القضائي حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٠٥، س٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٨. راجع طلعت دويدار، الإعلان القضائي، الإشارة السابقة.

(٣) نص المادة ٣/٣١٢ من قانون المرافعات، وراجع في التطبيق القضائي سلطة محكمة الموضوع في هذا الخصوص حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٩٨٨، س٨١ق، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٨.

(٤) نص المادة ١٣٣ وراجع في التطبيق القضائي سلطة محكمة الموضوع في تحديد الأجل المناسب لاتخاذ الإجراء حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٥٥٢، س٧٥ق، جلسة ٢٠١٥/١/١٢.

وأيضًا ما يتعلق بطلب التأجيل لإدخال ضامن حيث أوجب النص على المحكمة إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه بالحضور خلال أجل محدد^(١).

ثانيًا: سلطة المحكمة في منح الأجل وتقديره

هنا تتسع السلطة التقديرية للمحكمة لتشمل الإلزام بالأجل ابتداءً، ثم تحديد مدته، ومن قبيل ذلك ما تقرره قواعد المرافعات بخصوص الترخيص للوكيل في إثبات وكالته في ميعاد تحده^(٢).

وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تكليف أي من أشخاص الخصومة القضائية -الخصوم ومعاونيها- بما تراه محققاً للعدالة، مساعدًا لها في منح الحماية القضائية المطلوبة على نحو أفضل، مع تحديد المدة الزمنية لإتمام هذا التكليف^(٣). كما تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد النطاق الزمني للخصومة، وذلك وفقًا لاكتمال الاقتناع القضائي لديها، فلها مد أجل الحكم، ولها بعد قفل باب المرافعة مد أجل النطق بالحكم، كما يحق لها فتح باب المرافعة من جديد، وكل هذا بلا شك ذو أثر مباشر في تحديد النطاق الزمني للخصومة^(٤).

(١) نص المادة ١/١١٩، وفي التطبيق القضائي لهذا النص راجع أحكام النقض في الطعون أرقام ٧٠٥، من ٦٦٥ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/١١، ٨٩٥، من ٤٤٤ق، جلسة ١٩٧٨/٦/٢٢، ١٩٦٩، من ٥٢ق، جلسة ١٩٨٨/٧/١٨.

(٢) نص المادة ٧٣ مرافعات والمادة ١/٥٠ مرافعات شرعية.

(٣) يؤكد هذا ويكفل الالتزام به ما تقرره المادة ٩٩ مرافعات من أن يحكم المحكمة على من يخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الموعد الذي حددته له المحكمة بغرامة...".

(٤) تنص المادة ١/١٧١ مرافعات على أنه "يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم في الجلسة، ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحدها"، وقريبًا من هذا نص المادة ١٥٩ مرافعات شرعية الذي يقرر أنه "متى تمت المرافعة في الدعوى قضت المحكمة فيها فوراً، أو أجلت إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحدها مع إقحام الخصوم بقتل باب المرافعة وموعد النطق بالحكم". وقضت محكمة النقض بأن "طلب مد أجل الحكم أو إعادة الدعوى للمرافعة ليس حقاً للخصوم يتعين إجابتهن إليه وإنما هو أمر متروك لمحكمة الموضوع التي تستقل بتقدير مدى الجد في الطلبات المطروحة عليها"، حكمها في الطعون أرقام ١٥٦٢، من ٧٤ق، جلسة ٢٠١٧/٢/١٦، ٢٧٧٢، من ٥٧ق، جلسة ١٩٩٢/١١/٤، ١٤٤٧، من ٧٢ق، جلسة ٢٠١٢/٥/٢٧، ٦٩١، من ٦٨ق، جلسة ٢٠٠٠/١١/٨، ٣٠٦٤١، من ٥٩ق، جلسة ١٩٩٥/٣/١٦، ٩٨٩، من ٤٠ق، جلسة ١٩٧٠/١٠/٥.

وقد تبنت ذات المنطق في مجال التحكيم حيث قضت بأن "الهيئة التحكيم أن تعلن إنهاء المرافعة، والهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين إعادة فتح باب المرافعة في أي وقت قبل صدور قرار التحكيم إذا رأت ضرورة ذلك نظرًا لوجود ظروف استثنائية"، وانتهت إلى أن "قرار إنهاء خصومة التحكيم أو إعادة فتح باب المرافعة فيها هو حق أصيل بيد هيئة التحكيم تعمله من تلقاء نفسها وفقًا

هذا: ومن تطبيقات سلطة المحكمة في إنشاء قيد الوقت ما تتمتع به من سلطة في خصوص وقف الخصومة كجزء للمدعي على إهماله "الوقف الجزائي"، أو تعليقاً على الفصل في مسألة مؤثرة في الحكم في الدعوى "الوقف التعلقي".
ففي الوقف الجزائي يجوز للمحكمة بدلاً من الحكم بالغرامة أن تحكم بوقف الخصومة مدة لا تتجاوز شهراً كجزء للمدعي على إهماله المتمثل في عدم تقديم المستندات أو عدم القيام بإجراءات أمرته بها المحكمة خلال الأجل الذي حدده^(١).
وقد يقال بأن هذا الوقف يلزم له عدة شروط تخرج بذاتها عن تقدير المحكمة، فيلزم له إهمال المدعي، وسماع المدعى عليه الذي قد يكون لديه اعتراضاً أو سيضار من هذا الوقف، وهو ما قد يمنع المحكمة من تقرير الوقف، فكيف يقال بالسلطة التقديرية للمحكمة في هذا الخصوص؟.

غير أن هذا القول مردود، ذلك أن مناط السلطة التقديرية للمحكمة ينصرف إلى إقرار الوقف وفرضه، وهذا من إطلاقات السلطة التقديرية لها، فتقدير مدى تحقق الإهمال في جانب المدعي يدخل في هذه السلطة، كما أن موافقة المدعى عليه على الوقف غير لازمة، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للمحكمة؛ فلها توقيع جزاء الوقف رغم اعتراض المدعى عليه، ولها عدم توقيعه رغم اكتمال مفترضاته^(٢).

كما أنه لا ينال من تأكيد تمتع المحكمة بسلطة تقديرية في إنشاء قيد الوقت تقيداً بمدد محددة للوقف لا يمكن تجاوزها "مدة شهر"، فهذا القيد يرد على سلطة المحكمة في تحديدها لمدة الوقف ولا يتعلق بسلطتها في تقرير الوقف ابتداءً، فحكم المحكمة بالوقف الجزائي منشئاً وليس كاشفاً.

لظروف النزاع واكمال أدلة الخصومة ومستنداتها"، حكما في الطعن رقم ١٩٦، س٧٤ق، جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣.

(١) لم يتضمن نظام المرافعات الشرعية تنظيمًا للوقف الجزائي، واقتصر من تطبيقات الوقف القضائي على الوقف التعلقي وحده.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه "... إذا انضج ما أوردته المحكمة إذ قضى بوقف الدعوى أن المحكمة لما قصصت إلى توقيع جزاء على المدعي لتخلفه عن تنفيذ إجراء كلفته به

فإنها لا تكون قد استجابت لطلب تقدم به طرفاً للخصومة لوقف الدعوى... إن هي أضافت في أسبابها موافقة المدعى عليه على الإيقاف ما دام الغرض من هذه

الإضافة هو إثبات حصول موافقة المدعى عليه خشية أن تتأخر مصلحة الإيقاف وتأخير الفصل في الدعوى..." حكما في الطعن رقم ٤٦، س٢٢ق، جلسة

١٩٥٦/٢/١٦، س٦٤٧٩، س٦٧٨ق، جلسة ٢٠١٠/١/١٤، س١٢٧٦، س٦٧ق، جلسة ٢٠١٠/٤/٢

وفي الوقف التعليقي تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في وقف الخصومة إذا رأَتْ تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أولية تخرج عن ولايتها أو من اختصاصها، فيجوز لها وقف الخصومة ومنح أجل للمتمسك بهذه المسألة لرفع دعوى بها أمام المحكمة المختصة^(١).

ومن حالات الوقف التعليقي في قانون المرافعات حالة إذا ما أثير أمام المحكمة دفعًا بعدم دستورية نص ترى تطبيقه على موضوع النزاع، ورأت المحكمة جدية هذا الدفع، فيجوز لها وقف الإجراءات، وتحدد للخَصم ثلاثة أشهر لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا^(٢).

وقد يقال بأن ميعاد رفع الدعوى "الثلاثة أشهر" محدد دون سلطة تقديرية للمحكمة في خصوصه، بما ينال من القول بالسلطة التقديرية للمحكمة في هذا الخصوص، إذ يجب رفع دعوى عدم الدستورية خلاله وإلا غضت المحكمة الطرف عن الدفع؛ وفصلت في الدعوى، غير أن هذا القول مردود من نواح: الناحية الأولى: أن للمحكمة سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم دستورية النص الذي يحكم واقعة النزاع؛ ومن ثم تقرير الوقف من عدمه^(٣).

الناحية الثانية: أن للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد الميعاد، ولا يرد عليها سوى قيد متعلق بالحد الأقصى، فلا يجوز لها زيادة الموعد عن ثلاثة أشهر، أما في حدود هذه المدة فتتمتع بسلطة تقديرية.

(١) تنص المادة ١٢٩ مرافعات على أنه "في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبًا أو جوازًا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم. وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخَصم تعجيل الدعوى"، وهو نفس ما يقرره نص المادة ٨٧ مرافعات شرعية حرفيًا.

(٢) تنص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا "رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩" على أنه "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"، ولا وجود لمثل هذا التنظيم في النظام السعودي.

(٣) راجع في تأكيد هذا المعنى أحكام النقض في الطعون لرقم ٢٧١٣، من ١٩٦١، جلسة ٢٠/١٢/٧٥، ١٠٩٥، من ١٩٦١، جلسة ٢٠/٢/٧٥، ١٧٧٦، ٢٠٠٢/٥/١٢، من ١٩٧٦، ٤٥، من ١٩٧٦، ١٩٩٧/١/١٢.

الناحية الثالثة: أن للمحكمة سلطة تقديرية في مد ذلك الميعاد إذا حدث للخصم عذر أحال بينه وبين رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية في الأجل المحدد.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تعديل الوقت

لا تتحصر سلطة القاضي التقديرية المتعلقة بالوقت في المجال الإجرائي على إنشاء الميعاد الإجرائي فحسب، بل تمتد لتشمل تعديل المواعيد المحددة قانوناً أو باتفاق الخصوم، وسواء جاء هذا التعديل بالزيادة أو الإنقاص.

ومن الملاحظ عدم انحصار سلطة القاضي في التعديل على المواعيد التنظيمية دون المواعيد الحتمية وإن كان هذا هو الغالب، فهناك العديد من المواعيد الحتمية التي مُنِحَ فيها القضاء سلطة تقديرية للتعديل.

غير أن رأياً في الفقه ذهب إلى أن منح القاضي سلطة تقديرية في مجال المواعيد الإجرائية سواء فيما يتعلق بزيادتها، أو إنقاصها، أو تحديدها من الأصل إنما يكون في صدد المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها جزاء، أما المواعيد "الحتمية" التي يترتب على مخالفتها جزاء "السقوط أو البطلان أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن" فلا شأن للقاضي بها، وإلا لتعلق الأمر بسلطة إنشاء جزاءات إجرائية، وهذا مما ينفرد واضع النص القانوني وحده بتقريره^(١).

ومع التقدير والاحترام لهذا الرأي ومنطقه غير أن النصوص القانونية والتطبيق القضائي يقطعان بتمتع القضاء بسلطة تقديرية في تعديل المواعيد الحتمية، فضلاً عن تمتع القاضي بسلطة الإلزام بمواعيد إجرائية حتمية يترتب على مخالفتها جزاء، كضرب أجل للخصم لإحضار دليل ما، مع ترتيب سقوط حقه في إحضاره حال تجاوز الحدود الزمنية التي حددتها له المحكمة، ونفس الشيء في خصوص ضرب أجل تحدده المحكمة للخصم المتمسك بعدم دستورية نص لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، وإلا سقط حقه في هذا الدفع، وانطلاق الإجراءات نحو حسم موضوع النزاع، مع غض الطرف عن تمسكه بعدم الدستورية.

(١) انظر في عرض هذا الرأي نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤١٣.

فهذه كلها مواعيد حتمية تخضع في تحديد مدتها بل وفي إنشائها للسلطة التقديرية للمحكمة، وهذا وذلك أبعد من مجرد التعديل.

ففي المثالين المذكورين لا يتقرر للخصم حقه في إحضار الدليل أو رفع دعواه أمام المحكمة الدستورية إلا إذا رأت المحكمة جدية ذلك، ثم إن مقدار الأجل المضروب له للقيام بما قررت المحكمة أحقيته فيه يخضع كذلك للسلطة التقديرية للمحكمة، وعدم احترام الأجل المضروب في الفرضين يستتبع توقيع جزاء السقوط، وهذا مما لا خلاف فيه فقهاً أو قضاءً.

غير أنه يبقى للرأي محل التعليق وجاهته من ناحية أنه يعبر عن الغالب، بمعنى أن السلطة التقديرية للمحكمة في خصوص إنشاء وتعديل المواعيد الإجرائية أوسع في خصوص المواعيد التنظيمية منها في خصوص المواعيد الحتمية، مع تقرير وجود هذه السلطة في هذا المجال الأخير.

ومن تطبيقات تمتع القاضي بسلطة تعديل الميعاد الحتمي ما قرره نصوص المرافعات في خصوص ميعاد المسافة من مده وإنقاصه^(١).

هذا: وتمتد تطبيقات السلطة التقديرية للقضاء في تعديل المواعيد الإجرائية إلى مجال التنفيذ القضائي، وفي هذا السياق تقرر قواعد المرافعات - في معرض بيانها لتصور مد أجل البيع القضائي - أن "لقاضي التنفيذ عند الاقتضاء أن يأمر بمد الميعاد لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر"^(٢).

هذا: ومن الجدير بالذكر أنه بالتأمل في كتابات الفقه الإسلامي نجده أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة جداً في هذا الخصوص، لا وجود لها في أي من النظم الوضعية، حيث جعل من هذه السلطة أصلاً أصيلاً، فللقاضي - في الفقه الإسلامي - تحديد الميعاد الإجرائي بما يراه محققاً للعدالة.

(١) من تطبيقات ذلك في قانون المرافعات ما تقرره المادة ١٧ من جواز إنقاص ميعاد المسافة بأمر من قاضي الأمور الوقتية تبعاً لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال، وكذا ما يتمتع به قاضي الأمور الوقتية ومحكمة الموضوع من الأمر بمد ميعاد المسافة، وفي نظام المرافعات الشرعية يتمتع القاضي بسلطة زيادة ميعاد المسافة، إذ تنص المادة ٢١ منه على أن للمحكمة عند الاقتضاء زيادة مواعيد المسافة، كما تنص المادة ٤٤ منه على أن للمحكمة إنقاص ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة.

(٢) نص المادة ٢/٣٧٥ من قانون المرافعات، ولا وجود لهذا الحكم في النظام السعودي.

ولا يستثنى من هذا الأصل سوى المواعيد الاجرائية الواردة بالقرآن أو السنة، فهي مواعيد من أصول الشريعة لا سلطان للقاضي بشأنها، لا بزيادة ولا بنقصان، مثل أجل استتابة المرتد، حيث لا يجوز الحكم بالحد في شأنه إلا بعد انقضاء ثلاثة أيام من رفع أمره إلى القاضي، وكذا المؤلي من امرأته، يؤجل أربعة أشهر "ميعاد كامل" ليحدد موقفه إما الفیء أو تطلق زوجته^(١).

وهكذا يبدو الاختلاف بين النظم الوضعية والفقہ الإسلامي في أن الأصل في هذه النظم اختصاص التشريع بتحديد المواعيد الإجرائية، ويخرج عليه منح القضاء سلطة تقديرية مقيدة بحدودها، بخلاف الوضع في الفقہ الإسلامي إذ يجعل الأصل في تقرير المواعيد الإجرائية للقضاء، وهذا الاختلاف مبرر ومنطقي، ذلك أن التشريع الإسلامي -على خلاف القوانين الوضعية- جاء بالكليات والقواعد العامة، مع ترك التفاصيل والفروع للاجتهاد، ولا شك أن المواعيد الإجرائية مما يدخل -وفق هذا التصور- في مجال الاجتهاد القضائي.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للخصوم في تحديد الوقت

يتمتع الخصوم بسلطة تقديرية في تحديد الوقت، مع ملاحظة أن هذه السلطة في كثير من تطبيقاتها تخضع لرقابة القضاء، وفي بعض تطبيقاتها تأبى الخضوع لهذه الرقابة، غير أن الأمر على عكس ذلك في مجال التحكيم، إذ تتحرر سلطة الخصوم -كقاعدة- من كل قيد في هذا الخصوص، وعموماً نستطيع استعراض السلطة التقديرية للخصوم في غصنين على التوالي:

الغصن الأول: سلطة الخصوم في إنشاء قيد الوقت.

الغصن الثاني: سلطة الخصوم في تعديل الوقت.

(١) تبصرة الحكام، ج ١، ص ٢٠١.

الفصل الأول

سلطة الخصوم في إنشاء قيد الوقت

إذا كان المبدأ التقليدي يقرر أن "الخصومة ملك أطرافها"، فإن له دلالة واضحة على مقدار ما يتمتع به أطراف الخصومة من سلطة واسعة في مجال إنشاء قيود إجرائية تتعلق بالوقت، ولعل من أبرز تطبيقات هذه السلطة الوقف الاتفاقي للإجراءات^(١).

ومظهر سلطة الخصوم في هذا الصدد أن المدة المتفق على وقف الخصومة فيها لا يصح اتخاذ أي إجراء خلالها، وتنفيد المحكمة بوقف النشاط القضائي خلالها حتى تنتهي، كما يلتزم كل خصم بمدة الوقف وفق قاعدة الأثر الملزم للاتفاقات، وامتناع الخروج على أحكامها بالإرادة المنفردة.

هذا: وإن كان للخصوم أمام القضاء سلطة تقديرية في إنشاء قيد الوقت، فإن هذه السلطة -بلا ريب- تتضاعف في مجال التحكيم، انطلاقاً من أن الاتفاق دستور التحكيم؛ ولذا يتمتع الخصوم بسلطة واسعة جداً تشمل كل مراحل وإجراءات التحكيم. ولعل من أبرز تطبيقات السلطة التقديرية للخصوم في هذا الخصوص ما قرره نصوص قانون التحكيم فيما يتعلق باتفاق الأطراف على تحديد ميعاد الاعتراض على مخالفة أحد شروط اتفاق التحكيم أو مخالفة حكم من أحكام قانون التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته (م/٨)، ووقت اختيار المحكمين (م/١٧)، وتوقيت بدء إجراءات التحكيم (م/٢٧)، وميعاد إرسال المدعي البيان المكتوب بدعواه إلى المدعى عليه وجميع المحكمين (م/٣٠-١)، وميعاد إرسال المدعى عليه مذكرة بدفاعه ردًا على ما

(١) حيث أجاز القانون لأطراف الخصومة الاتفاق على وقفها، وقد يحدث هذا الاتفاق بسبب سفر الخصوم حتى لا يتم شطب الدعوى، كما يتصور بهدف التوصل إلى صلح بين الخصوم' إذ تنص المادة ١/١٢٨ من قانون المرافعات على أنه "يجوز وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر..."، وهو نفس ما قرره نص المادة ٨٦ من نظام المرافعات الشرعية مع فارق أنه زاد الحد الأقصى لمدة الوقف فجعلها ستة أشهر.

ومن قبيل ذلك أيضاً في خصوص التنفيذ القضائي في القانون المصري دون النظام السعودي- ما تنص عليه المادة رقم ١/٣٧٥ من جواز اتفاق الخصوم على وقف إجراء البيع لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر.

جاء ببيان الدعوى إلى المدعي وجميع المحكمين (م/٣٠-٢)، وميعاد إصدار الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها (م/٤٠-١)^(١).

الفصل الثاني

سلطة الخصوم في تعديل الوقت

كما قيل وبحق فإن معظم مواعيد المرافعات لا تتعلق بالنظام العام، نظراً لغلبة الطابع الخاص على الخصومة المدنية، التي هي ملك للخصوم، وفي قليل من الحالات يتم جعل الميعاد من النظام العام، تلبية لضرورة حماية أسس النظام العام الإجرائي، كما هو الحال في خصوص مواعيد الطعن في الأحكام، فجعلها من المواعيد الحتمية المتعلقة بالنظام العام ينطلق من ضرورة احترام قوة الأمر المقضي، فضلاً عن ضرورة استقرار الحقوق لأصحابها^(٢).

وانطلاقاً من هذا المفهوم توجد سلطة تقديرية للخصوم في مجال المدد الإجرائية، سواء في مجال إنشائها كما هو الحال في الوقف الاتفاقي^(٣)، أو إسقاطها كما هو الحال في خصوص ميعاد الحضور^(٤)، وإن بقيت هذه السلطة -في كثير من

(١) على خلاف ذلك جاء منطلق التقنين في نظام التحكيم السعودي، حيث قرر العديد من المواعيد التي لم يمنح المحكمين فيها سلطة تقديرية، كما هو الحال في خصوص تحديد مدة اختيار المحكمين (م/١٥-ب)، وميعاد رد المحكم (م/١٧)، وموعد تسليم هيئة التحكيم صورة حكم التحكيم إلى طرفي التحكيم (م/٤٣)، وموعد طلب تفسير حكم التحكيم (م/٤٦)، وموعد تفسير الحكم من قبل المحكم (م/٤٦)، وموعد طلب تصحيح حكم التحكيم (م/٤٧)، وموعد تصحيح الحكم من قبل المحكم (م/٤٧)، وموعد طلب الفصل فيما أغفل الفصل فيه من طلبات (م/٤٨)، وموعد صدور الحكم في هذا الطلب من قبل المحكم (م/٤٨).

غير أن هذا لا يعني انتفاء كل دور لسلطان الإرادة في هذا النظام السعودي، فمن تطبيقات السلطة التقديرية للخصوم في هذا الصدد ما يتعلق بتحديد ميعاد الاعتراض على مخالفة متعلقة بإجراءات التحكيم (م/٧)، وتوقيت بدء إجراءات التحكيم (م/٢٦)، وموعد إرسال بيان الدعوى (م/٣٠)، وموعد إصدار الحكم (م/٤٠)، ومد مهلة التحكيم (م/٢٤).

(٢) نبيل اسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤٢٢.

(٣) نص المادة ١/٢٨ مرافعات، ونص المادة ١/٨٦ مرافعات شرعية.

وراجع في تفصيل ذلك راجع أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص ٨٠٢.

(٤) تنص المادة ٦٩ مرافعات على أنه "لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعنن إليه في التأجيل لاستكمال الميعاد"، وهو نفس ما يقرره نص المادة ٤٦ مرافعات شرعية، ولا شك أن للمدعى عليه إسقاط هذا الميعاد بالحضور في الجلسة المحددة خلاله ومباشرة الإجراءات دون التمسك بالتأجيل، وهو ما يعد -وقتئذ- من تطبيقات سلطان الإرادة في إسقاط المواعيد الإجرائية.

الحالات - مقيدة بإجازة القضاء لها، بما له من دور رقابي، كما أن هذه السلطة تبقى أضيق نطاقاً منها في خصوص القضاء^(١).

وفي التطبيق القضائي السعودي جرى العمل على أن تحديد جلسات نظر الدعوى يتم باتفاق الخصوم أمام القاضي، إذ يطرح القاضي على الخصوم الموعد المحدد للجلسة القادمة، فقد يبدي أحد الخصوم رغبته في تعديل هذا الموعد تعجيلاً أو تأجيلاً، فإذا وافق الخصم الآخر ولم يكن لدى القاضي اعتراضاً أقر الخصوم إلى ما اتفقوا عليه، وإلا أبدى القاضي مقترحه بتعديل الموعد الذي اتفق عليه الخصمان ثم يسمع لرأيهما، وهكذا حتى يتم تحديد الموعد باتفاق الخصوم وإجازة القاضي له^(٢).

المبحث الثالث

دور الوقت في منح الحماية القضائية

القضاء مطلوب وليس محمول، وطلب الحماية القضائية يكون باتباع منهج إجرائي معين، ولذا يبدو السؤال عما إذا كان للوقت دور في عرض هذا الطلب على القضاء، وكذا فيما يتعلق بإجراءات نظر الطلب تمهيداً لمنح أو رفض الحماية القضائية المطلوبة؟ وهو ما نعرض له في هذا المبحث من خلال المطالبين الآتين:

المطلب الأول: دور الوقت بالنسبة للطلب القضائي.

المطلب الثاني: دور الوقت بالنسبة للإجراء القضائي.

المطلب الأول

دور الوقت بالنسبة للطلب القضائي

يعرض الطلب القضائي من المتمسك به على القضاء، ويمر بمرحلتين هما النظر في مدى قبوله كمرحلة أولى حتمية، ثم تأتي مرحلة أخرى احتمالية هي الفصل فيه إيجاباً أو سلباً، وهذه المرحلة الأخيرة لا يصل إليها الطلب القضائي إلا إذا انتهت

وهو ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها، راجع على سبيل المثال حكمها في الطعن رقم ٨٢١، س٧٠ق، جلسة ٢٥/٢/٢٠٠٣، وحكمها في الطعن رقم ٣٢٦، س٤٠ق، جلسة ٢/٥/١٩٧٥، والطعن رقم ٥٥٦، س٦٢ق، جلسة ٦/٢٩/١٩٩٩.

(١) ولا شك أن لمبدأ سلطان إرادة الخصوم في مجال التحكيم عظيم الأثر في توسيع هذه السلطة في مجال التحكيم كثيراً عما ذكر في خصوص القضاء، وقد تم استعراض تطبيقات ذلك في الغصن السابق.

(٢) تقارير طلاب مقرر التدريب العملي لدى المحاكم السعودية، قسم الأنظمة، كلية الشريعة، جامعة القصيم.

المرحلة الأولى بتقرير قبوله، والسؤال الذي يطرحه موضوع هذه الدراسة يتمثل في: هل للوقت دور في أي من هاتين المرحلتين؟، بمعنى هل يتوقف القرار القضائي في أي من المرحلتين المذكورتين على الوقت؟، متقيداً به، أو متأثراً به؟. إن إجابة هذا التساؤل سأحاول التوصل إليها في هذا المطلب من خلال فرعين على التوالي، يتمثلان في:

الفرع الأول: دور الوقت في قبول الطلب القضائي.

الفرع الثاني: دور الوقت في حسم الطلب القضائي.

الفرع الأول

دور الوقت في قبول الطلب القضائي

بالوقوف على نصوص المرافعات، وما يتعلق بها من تطبيقات قضائية، وشروح فقهية نلاحظ أن للوقت دور ملحوظ في قبول الطلب القضائي، سواء كان الطلب مقدم ابتداءً (في صورة مطالبة قضائية)، أو اعتراضاً على قرار قضائي صادر في طلب سابق (في صورة اعتراض على قرار قضائي).

وهو ما يمكن تناوله في مسألتين: تتعلق المسألة الأولى منهما بدور الوقت في قبول الطلب القضائي المقدم ابتداءً في صورة مطالبة قضائية، وذلك تحت عنوان "أثر الوقت على حق الدعوى"، بينما تتمثل المسألة الثانية في أثر الوقت على قبول الاعتراض على القرار القضائي الصادر في طلب سابق، وذلك تحت عنوان "أثر الوقت على حق الطعن"؛ وعلى ذلك ينقسم هذا الفرع إلى الغصنين الآتيين:

الغصن الأول: أثر الوقت على حق الدعوى.

الغصن الثاني: أثر الوقت على حق الطعن.

الغصن الأول

أثر الوقت على حق الدعوى

ربط التقنين الإجرائي حق الادعاء في كثير من الفروض بمدد زمنية محددة؛ بحيث يترتب على فوات هذه المدد سقوط حق الادعاء؛ بما يعني زوال عنصر

المسؤولية عن الالتزام الذي سقط حق الادعاء به وإن بقي عنصر المديونية، فيتحول الالتزام من التزام قانوني إلى التزام طبيعي.

ومما لا شك فيه -ولا يصح الخلاف عليه- أن سقوط حق الادعاء بمرور الزمن يتعلق بشروط قبول الدعوى، إذ إنه ينطوي على إنكار حق الادعاء عن المدعي، لسقوطه بمرور الزمن، وهو ما يختلف تمام الاختلاف عن سقوط الحق الموضوعي محل الدعوى؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، من بينها تحديد طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى لمرور الزمن^(١).

وتتعدد تطبيقات سقوط حق الدعوى بسبب تجاوز الحدود الزمنية المقررة لمباشرته، وهو ما يمكن تسميته بـ "التقادم الإجرائي لحق الدعوى"، غير أن خطورة تبعاته تفرض عدم التوسع فيه قدر الإمكان وهو ما تبناه القضاء المصري بصورة واضحة في تطبيقاته، ونعرض لهاتين المسألتين على النحو التالي:

أولاً: دور الوقت في زوال حق الدعوى

من المقرر أن لمرور الوقت أثر مباشر على حق الدعوى يتمثل في إسقاطه، وحرمان صاحبه منه للأبد، ومن قبيل ذلك أثر الوقت على زوال حق العامل في جميع الدعاوى الناشئة عن علاقة العمل بمرور عام من انتهاء العمل^(٢)، وسقوط حق الشفيع في دعوى الشفعة بانقضاء الميعاد المحدد دون تمسكه بالشفعة^(٣).

(١) رغم وضوح الأمر بالصورة التي لا تستدعي الإشارة إلى التمايز بين تقادم حق الدعوى والتقادم الموضوعي لمحل الدعوى، غير أن كثيراً من الدراسات "المتخصصة" تناولت المسألة وكأنها غير محسومة ومحل خلاف فقهي، إذ أثارت تساؤلاً عن تحديد طبيعة عدم قبول الدعوى لمرور الزمن؛ ومن ثم طبيعة الدفع به، وعرضت لخلاف فقهي مزعوم، وأن هناك آراء ثلاثة ترددت بين اعتبار هذا الدفع دفعاً موضوعياً أو إجرائياً أو بعدم القبول؛ بما يترتب على ذلك من نتائج من أهمها تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على الدفع.

راجع في عرض هذا الخلاف المزعوم عبدالله خليل حسين الفراء، الدفع بعدم سماع دعوى الميراث لمرور الزمن، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد ٢٠، العدد ٢، يونيو ٢٠١٢، ص ٢٨٢، فداء يحيى عبد الجواد، النظرية العامة لمرور الوقت المانع من سماع الدعوى في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥، ص ١٣٠.

ولا شك في أن ما يسمى بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن هو تقادم لحق الدعوى؛ وأن التمسك به هو دفع بعدم القبول؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، أهمها إعمال النظام القانوني للدفع بعدم القبول دون سواه^(٢) تنص المادة رقم ٦٩٨ من القانون المدني على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد...". وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بـ "إلغاء حكم الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف الذي قرر سقوط حق المطعون ضدهما في المطالبة بالعلوة الشهرية لتقديم المطالبة بعد

ومما لا شك فيه أن المواعيد المضروبة لرفع دعوى الشفعة هي من تطبيقات المواعيد الإجرائية، بالرغم من ارتباطها بحق أو مركز قانوني موضوعي، ورغم تنظيمها في إطار نصوص موضوعية، هي نصوص القانون المدني، ذلك أن العبرة بطبيعة الميعاد دون سواها من الاعتبارات الأخرى، وليس أدل على هذا من أن التقنين المدني ذاته عنون للنصوص المنظمة لها بعنوان "إجراءات الشفعة".

وهذه المواعيد من تطبيقات الميعاد الإجرائي الناقص، إذ يتعين اتخاذ الإجراءات المقررة لرفع الدعوى خلالها؛ وإلا سقط حق الدعوى؛ بما يستتبع توقيع جزاء إجرائيًا حال رفع الدعوى بعد فوات أي من هذه المواعيد يتمثل في عدم قبولها، لتختلف أحد شروط القبول الخاصة، وهو شرط الميعاد^(٢).

مرور عام من انتهاء علاقة العمل (حكمها في الطعن رقم ١٨١١١، س٧٧ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٢٦، وكذا حكمها في الطعن رقم ٤٤٤٦، س٦١ق، جلسة ١٩٩٧/٧/٥).

وهو نفس ما قرره نظام العمل السعودي الجديد "الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ، منشور بالجريدة الرسمية (أم القرى) بالعدد رقم (٤٠٦٨) وتاريخ ١٤٢٦/٩/٢٥هـ" في المادة ٢٢٢ منه فيما تتضمنه من النص على أن "١- لا تقبل أمام الهيئات المنصوص عليها في هذا النظام أي دعوى تتعلق بالمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في هذا النظام أو الناشئة عن عقد العمل بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ انتهاء علاقة العمل. ٢- لا تقبل أي دعوى تتعلق بمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في نظام العمل السابق بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ العمل بهذا النظام. ٣- لا تقبل أي شكوى عن المخالفات التي تقع ضد أحكام هذا النظام أو اللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ وقوع المخالفة".

^(١) حدد القانون المدني المواعيد المتعين مراعاتها للمطالبة بالشفعة، وإلا سقط الحق فيها، فينص في مادته ٩٤٠ على أنه يتعين على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته بذلك إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار الموجه إليه من أيهما، وفي مادته ٢/٩٤٢ على أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خلال ثلاثين يومًا على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان، على أن يتم هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة، وفي مادته ٩٤٣ على أن ترفع دعوى الشفعة خلال ميعاد ثلاثين يومًا من تاريخ الإعلان وإلا سقط الحق فيها، وفي مادته ٩٤٨ على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

ولم يرد مثل هذا التنظيم في النظام السعودي لعدم صدور النظام المدني حتى الآن، والعمل في المحاكم على مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة، وعلى رأسها مذهب الحنابلة.

^(٢) تأكيدًا لصحة هذا التصور ودعمًا له قضت محكمة النقض بأن "الالتزام بإعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة مع إيداع كامل الثمن وذلك خلال الميعاد الذي حدده القانون شرط لقبول دعوى الشفعة؛ فإن فات الميعاد دون ذلك وجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في دعوى الشفعة، لكون شروط القبول من النظام العام، تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها". حكم المحكمة في الطعن رقم ١٠١٦٢، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٥/٨/٣٠، وكذا حكمها في الطعن رقمي ٥٠٨٥ و٥٧٨٩، س٧٢ق "هيئة عامة"، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨.

ومن تطبيقات أثر الوقت على حق الدعوى ما تنص عليه المادة رقم ٢/١٢٩ من القانون المدني في خصوص تحديد وقت رفع دعوى إبطال العقد لوقوع أحد المتعاقدين في غبن، من أنه "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة"^(١).

ومن تطبيقات ذلك في القانون التجاري تقادم الدعوى بالمطالبة بحق تجاري، وكذا المطالبة بالتعويض عن الضرر بمرور الزمن^(٢)، ومن قبيل ذلك أيضاً التقادم الثلاثي المقرر بخصوص الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين^(٣).

هذا: وتأكيداً لأثر الوقت على حق الدعوى يلاحظ أن هذا الأثر لا يقتصر على مرحلة طرح الدعوى أمام القضاء فقط، بل إنه يتعداها كي يكون مانعاً من استمرارها في بعض الفروض، وذلك حين يقيد استمرار الادعاء أمام القضاء باتخاذ

(١) فهذا النص جعل من الوقت "مدة السنة" شرطاً لقبول هذه الدعوى؛ بحيث إذا تم تجاوز هذا القيد الزمني لم يعد لصاحب الحق الموضوعي أن يدعي به أمام القضاء، وهو ما يعني أن للوقت دور مباشر في استنفاد حق الدعوى، وهو نفس ما قرره المادة ١٤١ من ذات القانون في خصوص تقادم دعوى بطلان العقد، إذ تنص على أن "... تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت العقد".

وتجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين المدد والمواعيد الموضوعية ونظيرتها الإجرائية، ذلك أن العبرة ليست بالقانون الذي ينظمها، فالضابط ينبع من ضابط التمييز بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، المتمثل في كون الأول يتولى تنظيمياً أولاً للحقوق والمراكز القانونية، بينما يأتي الثاني بدور ثانوي خادماً حال تعطل التطبيق التلقائي لأحكام القانون الموضوعي؛ وعليه فما يندرج في التنظيم الأولي للحقوق والمراكز القانونية من مدد زمنية يكون ذات صبغة موضوعية، بينما تعد ذو طبيعة إجرائية المدد والمواعيد المتعلقة بتفعيل الجهاز القضائي في الدولة لنجدة القانون الموضوعي من كيوته، وإقالته من عثرته، تفعيلاً للتطبيق القضائي له وقد تعطل تطبيقه التلقائي.

راجع في التمييز بين القانونين الموضوعي والإجرائي وجدي راغب، مبادئ، ص ١٠، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ١٥.

(٢) وفق نص المادة ٦٧ من قانون التجارة المصري تتقادم دعوى المسؤولية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، ووفق نص المادة ٦٨ من ذات القانون تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى

وهو ما قرره النظام التجاري السعودي في العديد من التطبيقات منها ما يقرره نص المادة (١١٦) من نظام الأوراق التجارية من أنه "لا تسمع دعاوى رجوع الحامل على المسحوب عليه والساحب والمظهر وغيرهم من الملزمين بعد مضي ستة شهور من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك".

(٣) وفقاً لنص المادة رقم ٧٥٢ من القانون المدني تبدأ مدة التقادم الإجرائي لحق الدعوى من تاريخ علم المضرور بوقوع الضرر محل طلب التعويض وبشخص المسئول عنه، وقد أكد النص على أن تسري على هذا الميعاد قواعد المرافعات سواء فيما يتعلق ببذنه، أو بوقفه وانقطاعه.

وفي تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٣٧٥، س ٦٦ق، جلسة ١٩٩٨/١١/١٠.

إجراء أو عمل إجرائي معين خلال وقت محدد، إذ يترتب على عدم مراعاة هذا القيد الزمني زوال الادعاء من أمام القضاء.

من قبيل ذلك ما يقرره نص المادة ٤٩ من القانون المدني في خصوص ميعاد الطعن بالتزوير من أنه "... يجب أن يعلن مدعي التزوير خصمه في الثمانية أيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يرغب إثباته لها، وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه"^(١).

هذا؛ ومن الجدير بالذكر أن النظام السعودي الذي لم يتبنى من فكرة التقادم سوى التقادم الإجرائي لحق الدعوى، وهو في هذا وذاك متبع لفقهاء الشريعة الإسلامية الذي أكد لفظ فكرة تقادم الحقوق محل الدعوى في ذاتها، فالحق لا يسقط بالتقادم أبدًا لما ينطوي عليه ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، وإنما أجاز مجرد منع القضاة من سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، وهذا جوهر التقادم الإجرائي لحق الدعوى^(٢).

كما أن كلاً من القانون المصري والفقهاء الإسلامي استلزم لإعمال الأثر المسقط للوقت على حق الدعوى امتناع العذر لدى صاحب الحق في المطالبة بحقه طوال فترة التقادم، لكون فكرة التقادم عن المطالبة جوهر فكرة التقادم الإجرائي؛ ولذا فلا يكفي مجرد مرور مدة التقادم لتحقيق التقادم الإجرائي لحق الدعوى، وذلك رغبة في إحاطة هذا الأثر الخطير للوقت بالعديد من الضوابط والقيود التي تحول دون تشعب

(١) راجع في هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٩٦١١، س ٧٥ق، جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٩.

(٢) يذهب اتجاه تقليدي راجح في الفقه الإسلامي وشايعه الفقه المعاصر في عمومها إلى تقرير عدم سماع الدعوى إذا مضت مدة زمنية معينة على وجوب أداء الحق دون مطالبة به دون عذر معتبر، وسند ذلك مراعاة الوضع الظاهر وتحقيق الاستقرار، وأن لولى الأمر بما له من سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث- أن يمنع من سماع الدعوى بعد مدة معينة يحددها.

راجع في تفصيل ذلك أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٦، ص ٢٢٢، محمد كامل بن محمود الطرابلسي، معين الحكام، دار الكتاب الإسلامي، ط ١، ١٣٠٠هـ، ص ٥٣، حاشية رد المحتار، ج ٨، ص ٩٨، وفي خصوص الفقه المعاصر راجع أشرف ندا، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص ٣٥٩.

تطبيقاته، واتخاذها ذريعة لمنع اللجوء إلى القضاء دون مسوغ، والحيلولة دون جعله وبألاً على الحق الموضوعي^(١).

ويحمد للفقهاء الإسلاميين أنه كان أسبق من القوانين المعاصرة في تبني فكرة التقادم الإجرائي لحق الدعوى، وفق مضمونها وضوابطها المذكورة.

ثانياً: موقف القضاء المصري من أثر الوقت على حق الدعوى

انتهج القضاء المصري نهجاً -تزعمته محكمة النقض- عمد من خلاله إلى التقليل قدر الإمكان من نطاق سقوط حق الدعوى كأثر لمرور الزمن، مستنداً على نصوص القانون تارة، لكون تقييد حق الدعوى بميعاد مسقط يأتي استثناءً على الأصل العام من أن حق الادعاء مكفول للجميع؛ فلا يقيد إلا لسبب، وبنص قانوني صريح، وفي حدود هذا النص، ومستنداً على الاجتهاد القضائي تارة أخرى، وذلك على النحو التالي:

١- استناد محكمة النقض إلى نصوص القانون

قلصت نصوص القانون في كثير من الأحيان أثر التقادم الإجرائي لحق الدعوى إما بتعطيل هذا الأثر رغم توافر مفترضه، أو بإطالة مدة التقادم في ذاتها، ومن تطبيقات ذلك ما تضمنه نص المادة ٣٨٢ من القانون المدني من أنه "لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه"، وما يقرره نص المادة ٢/١٧٢ منه بالنص على أنه "إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة، وكانت

^(١) إن المنع من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي لا يكون إلا إذا توافرت شروط معينة، منها انقضاء مدة طويلة دون استعمال لحق الدعوى، مع انتفاء وجود عذر يحول بين المدعي والمطالبة بحقه، فإن وجد عذر يمنعه من ذلك، كان يكون غائباً غيبية متصلة طويلة غير عادية، أو يكون واضح اليد ذا شوكة يخاف من مطالبته، لم تبدئ المدة إلا من وقت زوال العذر، وإذا ابتدأت المدة يجب استمرار عدم العذر حتى تنتهي، فإذا انتهت كان مضيقاً مانعاً من سماع الدعوى، أما إن عاد العذر خلال المدة تنقطع المدة بذلك ويعتبر ما مضى منها لاغ وتبدئ مدة جديدة. راجع حاشية رد المحتار، ج ٨، ص ٩٩، أشرف نداء، الأصول القضائية، ص ٣٦٣.

وهو ما أكدته محكمة النقض فيما انتهت إليه من أنه "لا يكفي مجرد مرور المدة المحددة لكي لا تسمع الدعوى، وإنما يجب الأخذ بالشروط والقواعد اللازمة لعدم سماع الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة ٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية". حكم المحكمة في الطعن رقم ٦١٣٠، س ٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١/١٥، علماً بأن المادة ٢/٨ من القانون المشار إليه تنص على أن "لا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك".

الدعوى الجنائية لم تسقط بعد رغم انقضاء ميعاد دعوى التعويض، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية^(١).

وقد انطلقت محكمة النقض من هذا الأساس التشريعي وتوسعت في فلسفته، معتبرة أن تعلق محل الدعوى المدنية بالمسؤولية الجنائية مبرراً للحد من أثر التقادم الإجرائي لحق الدعوى، إذ يحول دون سقوط هذا الحق في نفس توقيت سقوطه حال انقضاء هذا الارتباط^(٢).

وهكذا فإن نشوء حقي الادعاء المدني والجنائي عن تصرف واحد أو واقعة واحدة أثره إطالة مدة سقوط حق الادعاء المدني بصورة كبيرة، وهو ما له عظيم الأثر في الواقع العملي على الدور الإجرائي للوقت^(٣).

٢- اجتهاد محكمة النقض في تقليص مجال التقادم الإجرائي لحق الدعوى

رغبة منها في تقليص مجال التقادم الإجرائي لحق الدعوى تقادياً لآثاره تشددت محكمة النقض في تحقق مفترضات سريان هذا التقادم، مؤكدة أنه إذا لم تتخذ جميع المفترضات على نحو ما ينبغي فلا يبدأ سريان الميعاد ولو تحققت الغاية من ذلك المفترض^(٤).

(١) وهذا لا يعني الخروج على أحكام ميعاد السقوط، وإنما يتوقف على مدى وجود تبعية إجرائية في نظر الدعيين المدنية والجنائية، ففي فرض انفصال الدعيين برفع الدعوى المدنية أمام القضاء المدني يتأخر بدء سريان مدة سقوط حق الدعوى، إذ لا يبدأ سريانه من وقت قيام المسؤولية، وإنما من يوم الفصل في الدعوى الجنائية.

(٢) تشددت محكمة النقض لتقليص نطاق سقوط الحق في الدعوى المدنية في هذا الخصوص حيث قضت بأنه "وإذ استخلص الحكم المطعون من واقعة سداد المتهم للغرامة المحكوم بها ما يفيد تمام إعلانه بالحكم الغيابي، ورتب على خلو الأوراق مما يفيد الطعن في هذا الحكم بالمعارضة أو بالنقض حتى فوات مواعيد الطعن، أن الحكم الجنائي صار بائناً والتزم حجبيته في إثبات أركان المسؤولية التصريحية في حين أن باب المعارضة في هذا الحكم لما يزل مفتوحاً حتى تسقط الدعوى الجنائية بمضي المدة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون". (حكمها في الطعن رقم ٤١٢، س ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١١/٢١).

(٣) قضت محكمة النقض بأن "قيام المسؤولية الجنائية إلى جانب المسؤولية المدنية يرتب عدم سقوط الحق في الدعوى المدنية متى كانت الدعوى الجنائية لم تسقط، فإن انفصلت الدعويان فإن التقادم المسقط للدعوى المدنية يقف ما بقي الحق في تحريك الدعوى الجنائية قائماً، فإذا انقضت الدعوى الجنائية لأي سبب من أسباب الانقضاء عاد احتساب ميعاد سقوط الدعوى المدنية من هذا التاريخ، ذلك أن بقاء الحق في رفع الدعوى الجنائية قائماً يعد مانعاً يتعدى معه على المضرورة المطالبة بحقه في التعويض" حكمها في الطعن رقم ٣٧٥٣، س ٦١ق، جلسة ١٩٩٧/٢/١٥، وهو ما أكدته في العديد من أحكامها من قبيل ذلك حكمها في الطعن رقم ٥٧١٣، س ٧٦ق، جلسة ٢٠١٥/٤/٢٨.

(٤) من قبيل ذلك ما قضت به من أن "إسناد إعلان أحكام المحاكم العسكرية إلى النيابة العسكرية دون غيرها المؤدي إلى فتح باب المدة المحددة لتقديم المحكوم عليهم فيها التماساتهم بإعادة النظر إجراء قصد به

ويبدو هذا الموقف لمحكمة النقض -برأيي- منطقيًا، ذلك أن فكرة التقادم الإجرائي قائمة على افتراض تنازل صاحب الحق الإجرائي عنه، فلا يمكن إعمال حكمه إلا إذا تأكدت موجبات هذا الافتراض بصورة قاطعة، كما أن أثر التقادم الإجرائي هو الأعنف من بين جميع الآثار الإجرائية، وهو السقوط، الذي ينصب على المكنة الإجرائية فيبدها للأبد، وهو ما يوجب التشدد في ترتيبه^(١).

بل إن محكمة النقض توسعت في مذهبيها فطبقت في خصوص التحكيم، فبالرغم من أن دعوى بطلان حكم التحكيم لها ميعاد سقوط لا يجوز رفعها بعده وفقًا لنصوص التحكيم^(٢)، إلا أن المحكمة اعتبرت هذا الميعاد قيدًا على رفع هذه الدعوى لحماية المصالح الخاصة لأحد طرفي التحكيم، أما إذا تعلق الأمر برفعها من ممثل الشعب حماية للمصالح العام فلا يسري هذا القيد؛ بما يجوز رفعها رغم انقضاء هذا الميعاد^(٣).

الخلاصة: بعد هذا العرض المجمل لدور الوقت على حق الدعوى، نخلص إلى أن للوقت أثرًا مباشرًا على هذا الحق، سواء في النظم القانونية "كالقانون المصري والنظام السعودي"، أو في فقه الشريعة الإسلامية، وكذا في التطبيق القضائي^(٤).

تحقيق مصلحة عامة لا تقتصر على المحكوم عليهم فيها ولكن كل من يرتب القانون له حقا تؤثر فيه هذه الأحكام ومنهم المضرور من الفعل غير المشروع الذي ارتكبه المحكوم عليه"، واستندت على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقرار وزير الحربية رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٩ من اعتبار "الإعلان من قبل النيابة العسكرية إجراءً جوهريًا يترتب عليه فتح باب المدد المحددة لتقديم التماس إعادة النظر في الحكم المطعون فيه... لذلك رأى أن تقوم النيابة العسكرية بعبء الإعلان لأنها أقرت الجهات على ذلك"، وأكدت أن ميعاد سقوط الدعوى المدنية لا يبدأ احتسابه من تاريخ صدور الحكم العسكري، ولا من تاريخ انقضاء الدعوى الجنائية، وإنما من تاريخ إعلان النيابة العسكرية المحكوم ضده بالحكم، وانتهت إلى إلغاء الحكم المطعون فيه لإسقاطه حق دعوى التعويض عن المضرور لاحتسابه الميعاد معتدًا بتاريخ إعلان الحكم للمحكوم ضده من قبل وحدته العسكرية. حكم المحكمة في الطعن رقم ٣٧٥٣، س٦١ق، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٨، وراجع في ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ٩٩٨٨، س٨١ق، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٨، وحكمها في الطعن رقم ١٩٠٢، س٥٨ق، جلسة ٢٠١٠/٥/٨.

(١) في تأكيد هذا المعنى راجع حكم المحكمة في الطعن رقم ٣٠٩٨، س٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/٧/١٢.
(٢) تنص المادة رقم ١/٥٤ من قانون التحكيم على أن "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يومًا التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه"، وهو نفس ما أكدته نص المادة ١/٥١ من نظام التحكيم السعودي، غير أنه اعتد ميعادًا أضيق إذ جعل ميعاد رفع هذه الدعوى ستين يومًا.

(٣) قضت محكمة النقض تطبيقًا لذلك بأن "دعوى النيابة العامة ببطلان حكم التحكيم التي ترفعها حماية للمصالح العام لا تنقذ بميعاد دعوى البطلان الوارد بنص المادة ١/٥٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤". (حكمها في الطعن رقم ٥١٦٢، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٦/١/٢١).

(٤) للمزيد من التفصيل حول موقف النظم القانونية المقارنة -تشريعًا وقضاء- من أثر الوقت على حق الدعوى، والتطور التاريخي له راجع فداء عبدالجواد، النظرية العامة لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى، ص٧٦.

الفصل الثاني

أثر الوقت على حق الطعن

إن تقديم الاعتراض على القرار القضائي هو من قبيل الطلبات القضائية، فهو طلب من الطاعن مقدم لمحكمة الطعن يزعم فيه وقوع خطأ في القرار محل الاعتراض ويطلب حماية قضائية تضمن تعديل هذا القرار أو إلغاؤه.

وإذا كان للوقت دور بارز وملحوظ في خصوص تقديم الطلب القضائي أمام محكمة أول درجة وفق ما سبق عرضه في الفصل السابق فإن دوره في خصوص طلب تعديل الحكم من محكمة الطعن أكثر عمقاً وأعظم أثراً، ذلك أن مخالفة أحكام الوقت في مرحلة الطعن تهدر كل أمل للمحكوم ضده في إمكان تعديل القرار القضائي أو إلغاؤه، إذ قد يتحصن الحكم بصورة تجعله بمنأى عن مكنة المساس به مستقبلاً، مهما كان ما يعتريه من بطلان، أو ما ينتابه من خطأ.

ولعل التطبيق الأبرز والأوضح للدور الإجرائي للوقت في هذا الخصوص هو أثر فوات ميعاد الطعن - كتطبيق للمواعيد الإجرائية الناقصة - على حق الطعن، إذ يتمثل هذا الأثر في سقوط حق الطعن^(١).

وتبدو خطورة الأمر فيما يتعلق بامتناع تجزئة دور الوقت في هذا الخصوص، بمعنى أنه إذا تعددت الإجراءات المكونة للعمل الإجرائي المرتبط بميعاد معين، وتم مباشرة بعضها دون البعض الآخر ترتب أثر فوات الميعاد، دون اعتبار لما تم في الموعد من إجراءات، متى كان العمل الإجرائي ككيان متكامل لم يكتمل في موعده. وتطبيقاً لهذا استقر قضاء محكمة النقض على أن عدم إيداع أسباب الطعن بالنقض في الميعاد المحدد يؤدي إلى عدم قبول الطعن ولو تم الطعن ذاته في الميعاد^(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء ذاتها عملاً بحكم المادة ٢١٥ من قانون المرافعات ما لم يقف سريان هذا الميعاد بتحقيق قوة قاهرة أو حادث مفاجئ". (حكمها في الطعن رقم ٤٦٨، س٧٢ق، جلسة ٢٠٠٩/٥/١١، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٤٣٨٠، س٤ق، جلسة ٢٠١٤/٤/١٧).

(٢) حكمها في الطعن رقم ٢٠٤٨١، س٧٢ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/٥.

هذا: ولا يقتصر دور الوقت في خصوص الطعن على حق الطعن ابتداءً، فرفع الطعن في الميعاد لا يعني انقضاء دور الوقت بعد ذلك، بل يظل للوقت آثاره الفاعلة في خصوص إجراءات الطعن، بالدرجة التي قد تؤدي إلى إفراغ الطعن من مضمونه أو الحيلولة دون بلوغ ما يصبو إليه الطاعن من طعنه.

من قبيل ذلك ما يقرره نص المادة رقم ٢٦٢ مرافعات من أثر يترتب على فوات ميعاد تقديم المذكرات والمستندات أمام محكمة النقض، الذي يتمثل في سقوط الحق في تقديمها؛ بما قد يستتبعه ذلك من خسارة الطعن ذاته إذا ما كانت هذه المستندات أو المذكرات منتجة في الطعن^(١).

ومن الجدير بالذكر أن هذا الأثر الهام للوقت على حق الطعن لا ينحصر في مجال القرارات القضائية "الأحكام والأوامر"، بل يتسع ليمتد لأحكام التحكيم، فيما يتعلق بها من اعتراضات ترفع أمام القضاء، سواء فيما يخص صحتها أو تنفيذها. وفي هذا السياق أكدت محكمة النقض أن الطعن على القرار القضائي برفض طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، يضحى غير مقبول حال رفعه بعد الميعاد، وكانت الطاعنة قد تظلمت في الميعاد بتظلم غير مستوفٍ لأحد المستندات المطلوبة "اتفاق التحكيم"؛ فقضت برفضه، فعمدت الطاعنة إلى استيفاء المستندات المطلوبة وعرض الأمر على القضاء الذي حكم بعدم القبول لفوات الميعاد^(٢).

(١) تنص المادة ٢٦٢ مرافعات على أنه "لا يجوز لقلم الكتاب لأي سبب أن يقبل مذكرات أو أوراق بعد انقضاء المواعيد المحددة لها، وإنما يجب عليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة وأسم من قدمها وصفته وسبب عدم قبولها".

(٢) قضت محكمة النقض بأنه "إذ كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة تقدمت للسيد القاضي رئيس محكمة استئناف القاهرة بطلب استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر لصالحها فأشر سيادته بقلم الكتاب بإرفاق المستندات المقدمة مع الطلب، ثم أصدر سيادته أمراً برفض الطلب بعد أن تبين له خلو الأوراق المودعة بقلم كتاب المحكمة من اتفاقية التحكيم، فتقدمت الطاعنة للقاضي الأمر مباشرة بمذكرة تراجع فيها بشأن الأمر الصادر منه بالرفض وأرفقت بها الصور الضوئية للفواتير المبدئية والتي ذكرت أن مشاركة التحكيم وردت بها وطلبت استصدار الأمر بتنفيذ الحكم سالف الذكر، فأشر سيادته برفض الطلب، ولما كان الأمر المشار إليه سلفاً صدر بتاريخ ١١/٢٨/١٩٩٨، وكان التظلم منه بتاريخ ١٤/١/١٩٩٩ أي بعد الميعاد المحدد قانوناً، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد فإن النعمي عليه بالخطأ في تطبيق القانون للقضاء بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد يكون على غير أساس". حكمها في الطعن رقم ٨٧٣، س٧١ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٩.

الفرع الثاني

دور الوقت في حسم الطلب القضائي

إن دور الوقت لا يقف عند حد بيان مدى قبول الطلب القضائي على نحو ما تمت الإشارة إليها في الفرع الماضي، وإنما يتجاوز ذلك ليكون له بالغ الأثر في حسم موضوع الطلب، بمعنى تحديد مدى أحقية الطالب في طلبه.

بل إن دور الوقت لا يتوقف عند هذا وذاك، إذ يتعاضم بحيث يدخل في تحديد مدى حجية القرار القضائي الصادر في الطلب القضائي إيجاباً أو سلباً، ويبدو هذا جلياً حينما يكون للوقت دور ملحوظ كمحدد لنطاق حجية القرار القضائي.

وهكذا نستطيع الوقوف على دور الوقت في حسم الطلب القضائي من خلال استعراض هذا الدور كمفترض لمنح الحماية القضائية، ثم بيان دوره كمحدد لنطاق حجية الأحكام القضائية، وذلك في غصنين على النحو التالي:

الغصن الأول

دور الوقت في منح الحماية القضائية

لما كانت للحماية القضائية صور متعددة، وكانت إجراءات الحصول على هذه الصور تنقسم إلى عدة تقسيمات، لكل منها نظامه الإجرائي المتمايز، إذ توجد إجراءات للتقاضي وإجراءات للتنفيذ، كما توجد طائفة ثالثة مستقلة ومتميزة هي إجراءات الحماية الوقائية^(١)، وكانت التدابير المعجلة والوقائية ليست وسائل لإنجاح إجراءات التقاضي والتنفيذ، وإنما هي حماية مستقلة للحق، تبدو الحاجة إليها حال قعود الحماية العادية عن منح الحماية المطلوبة، وتكفل الحماية العملية للمصلحة القانونية في الوقت التي لا يتييسر حمايتها عن طريق وسائل الحماية القضائية الأخرى^(٢)، فإن الوقت لا يقتصر دوره على كونه سبب الحاجة إلى الحماية الوقائية

(١) هذه الطائفة الثالثة يسميها البعض "الإجراءات الوقائية"، راجع وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقائي في قانون المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بحقوق عين شمس، ص ١٥، ١٤، يناير ١٩٧٣، ص ١٨٧.

وأرى أن دقة الاستعمال الاصطلاحي توجب تسميتها إجراءات الحماية الوقائية، لأن صفة الوقائية تتعلق بنوع الحماية لا بإجراءات الحصول عليها.

(٢) وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقائي، ص ١٩٩.

فحسب بل هو أساس منح هذه الحماية، والمعول عليه في تأكد نجاحها، وحسن أدائها لدورها.

ذلك أن أهم شروط منح هذه الحماية هو الخشية من فوات الوقت، والمقصود وقت منح الحماية القضائية الحاسمة والنهائية، المتمثلة في الحماية الموضوعية القائمة على القطع واليقين، أو الحماية التنفيذية المتمثلة في تفعيل تطبيق أحكام القانون الموضوعي، ذلك أن كل حماية قضائية حاسمة تحتاج قدرًا من الوقت، لأن السرعة في خصوصها تكون في اغتيال الحق لا في حمايته^(١).

ومن اللافت للانتباه تعدد وظائف الوقت في منح الحماية القضائية الوقتية، فهو جالب للولاية القضائية مثبت لها، ومفترض للاختصاص النوعي، وضابط للاختصاص المحلي "المكاني"، كما أنه أساس لمنح الحماية القضائية في الوقت ذاته، وذلك على النحو التالي:

أولاً: دور الوقت في تثبيت الولاية والاختصاص للقضاء الوقتي

تعد الخشية من فوات الوقت على نحو ما سبق من ضوابط ثبوت الولاية القضائية لقضاء الدولة، وذلك في خصوص الدعاوى التي تتوافر فيها هذه الخشية ولا تكن داخلة أصلاً في الولاية القضائية للدولة وفقاً لضوابط تحديد الولاية القضائية بين الدول، وهو ما يعني أن الوقت له دور جالب للولاية القضائية^(٢).

أما عن دور الوقت في تحديد الاختصاص النوعي فمنطلقه نص المادة رقم ٤٥ مرافعات التي تنص على أن "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضٍ من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت. أما في خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون

(١) وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص ٧٣.

(٢) من قبل ذلك في القانون المصري ما تنص عليه المادة ٣٤ مرافعات من أن "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"، وهو نفس ما قرره نص المادة ٢٩ من نظام المرافعات بصورة حرفية.

وإن قيل بأن ضابط ثبوت الولاية أن التنفيذ سيكون في مصر، قلت بأن هذا أحد ضابطي ثبوت الولاية، فالضابط الآخر كون المسألة وقتية، فلو لم تكن كذلك لانتفت الولاية ولو كان التنفيذ في مصر.

هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية. على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية". وهكذا يتحدث هذا النص عن اختصاص قضائي مناطه الوقت، فهو ضابط ثبوت الاختصاص وفق هذا النص.

وفي حكم يبرز دور الوقت في تقرير مدى ثبوت أو نفي الاختصاص القضائي قررت محكمة النقض أن "نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات الواردة في الفصل الخاص بالاختصاص النوعي يدل على أن الشارع قد أفرد قاضي المسائل المستعجلة باختصاص نوعي محدد هو الأمر بإجراء وقتي إذا توافر شرطان: هما عدم المساس بالحق وأن يتعلق الإجراء المطلوب بأمر مستعجل يخشى عليه من فوات الوقت، وهذا الاختصاص متميز عن الاختصاص النوعي للمحاكم الجزئية والابتدائية التي تختص بالفصل في موضوع الأنزعة التي ترفع إليها وإذا رفعت الدعوى لقاضي المسائل المستعجلة بطلب اتخاذ إجراء وقتي وتبين له أن الفصل فيه يقتضي المساس بالحق أو أن الاستعجال مع خشية فوات الوقت غير متوفر قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى"^(١).

بل إن للوقت في -القانون المصري دون السعودي- دور في تحديد الاختصاص المكاني أيضا، يتضح لنا هذا من نص المادة رقم ٥٩ مرافعات فيما تضمنته من النص على أنه "في الدعاوى المتضمنة طلب إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها. وفي المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الاختصاص للمحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ".

(١) حكمها في الطعن رقم ٢٩٥، س٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١، والطعن رقم ١٦٧٨، س٥٢ق، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٧، والطعن رقم ١٩١٧، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١/١٦.

ثانياً: دور الوقت في رفض الدعوى

لكونه من مفترضات أحقية المدعي بدعوى وقتية في الحصول على حماية القضاء، فإن تخلف ضابط الوقت، وتحديدًا الخشية من فواته، يعني عدم أحقية المدعي في دعواه؛ بما يستتبع رفضها.

وهو ما أكدته محكمتنا العليا في أكثر من مناسبة، إذ تؤكد دومًا على أن انتفاء الاستعجال وخشية فوات الوقت يقتضي الحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى؛ وهو ما ينهي الخصومة أمام المحكمة، إذ لا يبقى منها ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع طبقًا للمادة ١١٠ مرافعات، وعللت هذه النتيجة بأن "هذا القضاء يتضمن رفضًا للدعوى"^(١).

ويلاحظ من قضاء المحكمة الخلط بين الرفض وعدم الاختصاص حال تخلف حالة الاستعجال عن الدعوى الوقتية، إذ إنها تتحدث عن عدم اختصاص يتضمن رفضًا للدعوى، منتهية إلى نتيجة هي أنه لا يعقب عدم الاختصاص عرض الأمر على محكمة أخرى تكون مختصة.

وتبدو الإشكالية الدافعة لهذا الخلط في أن القانون المصري خصص قضاءً لنظر دعاوى الوقتية، وجعل أساس اختصاصه توافر مفترض الحماية القضائية؛ بما ترتب عليه أن انتفاء صفة الاستعجال والخشية من فوات الوقت يستتبع تخلف مفترض ثبوت الاختصاص للقاضي بما يستوجب الحكم بعدم الاختصاص، كما يتضمن في الوقت ذاته نفي أحقية المدعي في دعواه بما يستوجب رفض الدعوى، ومن هنا اضطرت المحكمة للقول بعدم الاختصاص المتضمن رفض الدعوى.

وأرى أن الأمر في حقيقته يتعلق بالرفض أكثر من تعلقه بعدم الاختصاص، وذلك لأن نظر الطلبات الوقتية لا يقتصر على قاضي بعينه، فهو يثبت لقاضي الأمور الوقتية^(٢)، ولقاضي الموضوع تبعًا لدعوى معروضة^(١)، وفي النظام السعودي ينعقد

(١) حكمها في الطعن رقم ٢٩٥، من ٤٣، جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١، وهو ما أكدته أيضًا بحكمها في الطعن رقم ٧٩١، من ٧٢، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢.

(٢) نصوص المواد أرقام ٧ و ٨ و ١٧ و ٢٧ من قانون المرافعات.

هذا الاختصاص لمحكمة الموضوع دون غيرها، فهو لم يتبنى قضاء وقتياً متخصصاً^(٢)؛ ومن ثم فالأمر يخرج عن فكرة الاختصاص النوعي بمعناها الدقيق.

ومما يؤكد ذلك -برأبي- أن فكرة الاختصاص النوعي تحول دون نظر ذات الدعوى مرة أخرى ولو تغيرت الظروف، فلا يستساغ حكم محكمة معينة بعدم اختصاصها بدعوى معينة ثم تحكم باختصاصها بها بعد ذلك حال تغير الظروف، وذلك على خلاف الحال في القضاء الوقتي، إذ لا مانع من نظر ذات الدعوى بعد توافر الخشية من فوات الوقت، فضلاً عن القول بانتفاء اختصاص محكمة محددة بدعوى ما يحتم ثبوت الاختصاص بها لمحكمة أخرى، والفرص القائم يترتب على الحكم عدم عرض الدعوى على محكمة أخرى أو قاض آخر، ولا شك في أنه يستحيل عقلاً ومنطقاً تقرير عدم اختصاص قضاء الدولة في عمومه بدعوى لا تخرج عن الولاية القضائية للدولة، فالأمر في حقيقته رفض لا انتفاء اختصاص.

ثالثاً: دور الوقت في تسهيل إجراءات التنفيذ

تضمنت نصوص المرافعات عدة حالات مستثناة من وجوب الصورة التنفيذية كمفترض لبدء إجراءات التنفيذ القضائي، ومن بينها أنه يجوز للمحكمة في حالات الضرورة التي سيترتب فيها على تأخر التنفيذ أضراراً مستفدة، أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته ودون إعلانه، وهنا يأتي دور الوقت كمعبر عن وجود حالة "ضرورة إجرائية" تستدعي التخفيف من المفترضات الإجرائية لتنفيذ الحكم^(٣).

^(١) تنص المادة ٣/٤٧ في بيانها لاختصاصات المحكمة الابتدائية على أن "كما تختص بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها".

^(٢) تنص المادة ٢٠٥ من نظام المرافعات على أن "تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع بصفة مؤقتة في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها، ولا يؤثر هذا الحكم على موضوع الدعوى، سواء رفع طلب الحكم بالإجراء المؤقت مباشرة أو تبعاً للدعوى الأصلية".

^(٣) ورد هذا الحكم في نص المادة رقم ٢٨٦ مرافعات الذي يقرر أنه "يجوز للمحكمة في المواد المستعجلة أو في الأحوال التي يكون فيها التأخير ضرراً أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلانه...". ولم يتضمن نظام التنفيذ حكماً مماثل.

راجع في تفصيل ذلك سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، ط١، ٢٠٠٥/٢٠٠٤م، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ص١٧.

وللوقوف على فلسفة التقنين الإجرائي في تسهيل الإجراءات راجع بصفة عامة محمد سعيد عبدالرحمن: تيسير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، مستلزماته، مظاهره، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

الفصل الثاني

دور الوقت في تقييد حجية الأمر المقضي

بداية تجدر الإشارة إلى وجود فارق بين دور الوقت في تقييد الحجية وبين فكرة تأقيت الحجية، أو ما يسمى بالحجية الموقوتة، والتي تتوقف فيها حجية الحكم القضائي على بقاء الظروف والملازمات المحيطة بصدوره، بحيث يعاد النظر في الحكم إذا ما تغيرت هذه الظروف، لأن المقيد للحجية في هذا الفرض الظروف القائمة وقت صدور الحكم ومدى استمرارها، وليس المعول عليه مجرد مرور الوقت، وإن كان تغير الظروف لا يتصور إلا بمرور الوقت، غير أن دور الوقت ليس مباشرًا وإنما غير مباشر^(١).

كما يبدو الأمر أكثر وضوحًا في خصوص الدعاوى المستعجلة، إذ يبنى فيها الحكم على الترجيح وليس اليقين؛ ولذا يكون الحكم بطبيعته ذا حجية مؤقتة، إلى أن يتم الفصل في موضوع الدعوى، ويأتي الحكم في الموضوع مستغرقًا للحكم المستعجل، غير أن هذا التأقيت لا يرتبط بالزمن أو الوقت بقدر ما يرتبط بتغير التصور القضائي من خلال حسم الموضوع بقرار يزيل مفترض الحكم المستعجل، فتتلاشى تبعًا لذلك حجيته^(٢).

أما الأثر المباشر للوقت على حجية الحكم القضائي فيبدو في خصوص النطاق الزمني لهذه الحجية، وهو ما يتضح من مفهوم الحجية من أنها احترام ما قضى به

(١) يبدو هذا المعنى جليًا في أحكام محكمة النقض، فقد استقر قضاؤها على أن "الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها أو بعدم قبولها تكون له حجية موقوتة تقتصر على الحالة التي كانت عليها الدعوى وقت رفعها أول مرة ولا تحول دون معاودة النزاع من جديد متى كانت الحالة التي انتهت بالحكم السابق قد تغيرت"، حكمها في الطعون أرقام ٣٢٩، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٨/٢/١٢، ٤٩٢٢، س٦٣ق، جلسة ١٩٩٥/١/١٩، ٢٢٥٦، س٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١١/٢٩.

(٢) استقر قضاء النقض في هذا الخصوص على أن الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل ذات حجية موقوتة، إذ إنها تتحسس النزاع من ظاهر الأوراق دون المساس بالحق. (حكمها في الطعن رقم ٢٤٨٢، س٥٥ق، جلسة ١٩٩٦/٢/٢٩).

كما أكدت في العديد من المناسبات على أن الأحكام المستعجلة تكون لها حجية موقوتة، لا يجوز معها إثارة النزاع الذي فصل فيه القاضي المستعجل من جديد متى كانت المراكز القانونية للخصوم والوقائع المادية التي طرحت عليه والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها لم يطراً عليها تغيير. (على سبيل المثال حكمها الطعن رقم ٨٥٥، س٦٨ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، والطعن رقم ٢٢٩٢، س٥٧ق، جلسة ١٩٨٩/١١/١٤، والطعن رقم ٨٥٥، س٦٨ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤).

الحكم شكلاً وموضوعاً من قبل أطراف القضية ونفس المحكمة التي أصدرت الحكم والمحاكم الأخرى من طبقته "المظهر الإيجابي"، وعدم المناقشة المستقبلية حول مضمون القرار القضائي "المظهر السلبي"^(١).

وهو ما يعني أن الحجية مقيدة بقيد زمني الأصل أنه يرتبط باكتمال الوجود القانوني للقرار القضائي، فلا أثر للحجية قبله، ولا نقاش حول ثبوت كامل آثار الحجية بعده، وهو ما يمكن تسميته بالنطاق الزمني لحجية القرار القضائي.

غير أن الأمر -برأيي- يحتاج إلى قدر من التفصيل، وذلك في خصوص عدة مسائل، على النحو التالي:

المسألة الأولى: وقت بدء حجية القرار القضائي

فيما يتعلق بوقت بدء حجية القرار القضائي لا يبدو الحكم واحد في خصوص جميع الأحكام القضائية، فبالرغم من قصر ثبوت الحجية لجميع الأحكام الموضوعية دون سواها، فإن هذه الأحكام يختلف وقت بدء حجية ما تتضمنه من قرار قضائي باختلافها، فبينما تبدأ حجية الحكم المنشئ من لحظة صدوره تبدأ حجية الحكم التقريري وحكم الإلزام بأثر رجعي من لحظة وجود الحق أو المركز القانوني محل القرار القضائي^(٢).

فالحكم بثبوت النسب تسري حجيته من لحظة الحمل لا من وقت الحكم، والحكم بصحة العقد تبدأ حجيته كذلك من لحظة اكتمال البناء القانوني للعقد، والحكم ببطلان العقد تسري حجيته من لحظة إبرامه لا من لحظة صدور الحكم، لكون الحكم انطوى على تأكيد أو نفي تأكيد وجود حق أو مركز، وهذا ينصرف إلى لحظة ادعاء وجود هذا المركز أو ذاك الحق؛ بما يترتب على ذلك من نتائج غاية في الأهمية، وعلى خلاف ذلك الحكم بفسخ العقد تسري حجيته من وقت صدوره لا من وقت إبرام

(١) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٣٦.

(٢) تفصيل هذا الأمر، وإجراء مقارنة بين النظام السعودي والقانون المصري في هذا الخصوص راجع للمؤلف أصول التنفيذ القضائي في النظام السعودي الجديد "وفق آخر التطورات النظامية، وأحدث التطبيقات القضائية"، مكتبة الرشد، ط ٢، ١٤٣٩هـ/١٧/٢٠١٧م، ص ١٥٧.

العقد، لكونه أنهى مركزاً كان موجوداً بما يرتبط به من حقوق، هو المركز القانوني للمتعاقد، وذلك بصورة مستقبلية.

المسألة الثانية: وقت بدء حجية حكم التحكيم

بالرغم من عدم وجود خلاف حول تمتع أحكام التحكيم بحجية الأمر المقضي، وذلك احتراماً لإرادة الأطراف والتي تعد دستوراً للتحكيم، وكذا لتبني الأنظمة القانونية المتباينة فكرة التحكيم وتكريس النصوص القانونية له ولحجيته، غير أن اختلافاً فقهيًا أثير حول وقت ثبوت هذه الحجية لأحكام التحكيم.

ففي مصر وقبل صدور قانون التحكيم الحالي اختلف الرأي حول تحديد وقت ثبوت الحجية لحكم التحكيم، فذهب جانباً من الفقه إلى عدم تمتع حكم التحكيم بالحجية إلا من وقت صدور أمر القضاء بتنفيذه، مستنداً إلى أن حجية الحكم لا تصدر إلا ممن له السيادة وهذه الأخيرة تثبت فقط للقضاء؛ ولذا فأحكام القضاء فقط هي التي تتمتع بالحجية منذ صدورها، أما أحكام التحكيم فتستمد هذه الحجية من القضاء عن طريق منح الأمر بالتنفيذ، إلا أن الرأي الراجح كان يؤكد تمتع حكم التحكيم بالحجية منذ صدوره ودون توقف على إصدار الأمر بالتنفيذ، آخذاً على الرأي الأول الخلل الواضح بين حجية الأمر المقضي لحكم التحكيم والقوة التنفيذية له، فالأولى تثبت للحكم فور صدوره بينما تتوقف الثانية على صدور الأمر بتنفيذه^(١).

ونظراً لقوة هذا الاتجاه الأخير فقد انحازت له المحاكم في تطبيقاتها^(٢)، ثم جاءت نصوص التحكيم مؤكدة ما استقر عليه الفقه والقضاء ومقننة له، وذلك بالنص على أن "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي..."، وذلك دون قيد أو شرط^(٣).

(١) لعرض هذا الاختلاف الفقهي راجع عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ١٧٣، وانظر كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القفرون الوضعي والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، ص ٢٦٥، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط ١، ١٩٩٠، ص ٣٢٩، محمد نور عبدالهادي شحته، النشأة الانتقائية للمسلطة القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ١٣.

(٢) راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٠٤، من ٦١ق، جلسة ١٢/٢٧/١٩٩٧، والطعن رقم ٢٦٦٠، من ٥٩ق، جلسة ٢/٢٧/١٩٩٦.

(٣) نص المادة ٥٥ من قانون التحكيم، ثم جاء نص المادة ٥٢ من نظام التحكيم على ذات النسخ.
راجع في تفصيل ذلك أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر العربي، ٢٠٠١، ص ٤٩، وكذلك نجيب عبدالله أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القفرون البنسي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٤٣١.

وتعد المسألة أكثر تعقيدًا في خصوص التحكيم الأجنبي حيث يثار التساؤل عن وقت تمتع حكم التحكيم الصادر خارج إقليم الدولة بحجية الأمر المقضي؟، وهذا ما دعاني لعرض الخلاف الفقهي السابق رغم حسمه في خصوص التحكيم الوطني.

وفي تحديد هذه المسألة ذهب بعض الفقه إلى عدم الاعتراف بمثل هذا الحكم إلا من تاريخ صدور الأمر بالتنفيذ من قضاء الدولة التي صدر فيها، لأن هذا الأمر هو الذي يعطي الحكم حجية في الدولة المراد التنفيذ على أرضها^(١).

ولا شك في خطورة إعمال الرأي المتقدم، لتعارضه ومتطلبات التحكيم خاصة في مجال التجارة الدولية، حيث يهدف التحكيم إلى حلول سريعة وفعالة^(٢).

ولا يمكن -برأيي- التذرع بأن أحكام التحكيم الأجنبية لا تنفذ إلا بعد صدور الأمر بتنفيذها وفقاً للضوابط التي تحددها الدولة للقول بتأخر ثبوت الحجية لهذه الأحكام إلى وقت صدور الأمر بتنفيذها، لكون هذا المنطق يعود للخلط بين الحجية والقوة التنفيذية، وهو ما ينبغي التحرز منه، فضلاً عن أن استلزام صدور أمر بالتنفيذ مقرر كذلك في خصوص أحكام القضاء الأجنبية، ولم يقل أحد بعدم تمتع هذه الأحكام بالحجية حتى صدور الأمر بتنفيذها؛ ولذا فلا ينهض مبرراً لذلك القول.

ولذا أعتقد صحة الاتجاه الغالب من عدم التمييز بين أحكام التحكيم الأجنبية

والوطنية فيما يتعلق بوقت ثبوت الحجية لكل منها.

المطلب الثاني

دور الوقت بالنسبة للإجراء القضائي

من المقرر أن تداول الطلب القضائي أمام القضاء إنما يتم من خلال مجموعة من الإجراءات المتتابعة زمنياً ومنطقيًا، هي الخصومة القضائية، وبعد تناول دور الوقت في الطلب القضائي -سواء فيما يتعلق بقبوله أو الفصل فيه- فإن السؤال الذي يُطرح

(١) أحمد عبد الكريم، أصول المرافعات المدنية الدولية، مؤسسة الصباح للنشر والتوزيع، الكويت ١٩٨٤، ص ٥١، عز الدين عبدالله، اتفاقية تنفيذ الأحكام، محاضرة بمعهد البحوث والدراسة العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٨، ص ٧١.

(٢) محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٩٩، ص ٥٢٨، ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص ١٦٢، وانظر تفصيلاً لضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لدى عزت محمد على البحري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، حقوقي عين شمس، عام ١٩٩٦م، ص ٣٢٣.

الآن على بساط البحث ينصرف إلى العلاقة بين الوقت وإجراءات الخصومة القضائية، متمثلاً في: هل للوقت دور في إجراءات التقاضي؟

وفي محاولة لإجابة تحليلية على هذا السؤال أرى من الضروري بحث دور الوقت في وجود الإجراء ذاته، أي في اكتمال البناء القانوني له، ثم بحث دور الوقت في تحديد القيمة القانونية للإجراء، وهو ما يمكن تناوله في فرعين على التوالي يتمثلان في:

الفرع الأول: دور الوقت في وجود الإجراء.

الفرع الثاني: دور الوقت في تحديد القيمة القانونية للإجراء.

الفرع الأول

دور الوقت في وجود الإجراء

يتوقف تكون الإجراء على مدى انطباقه مع نموذج التشريعي، فإذا جاء التطابق تاماً اكتمل البناء القانوني له؛ وتمتع بالتالي بكامل القيمة القانونية المقررة لنموذجه التشريعي، فهل يدخل الوقت مكوناً من مكونات الإجراء؟، أو هل له دور في إيجاد الإجراء؟، بمعنى هل الوقت مفترض من مفترضات وجود الإجراء القضائي، سواء لدخوله مكوناً فيه؟، أو لكونه مفترضاً له؟

إن الوقوف على حقيقة دور الوقت في تكوين الإجراء القضائي يقتضي تناول عدة نقاط منها ما يتعلق بتكون الإجراء، ومنها ما يتعلق بضوابط مباشرة الإجراء بعدما وجد، وهو ما يمكن تناوله في غصنين على التوالي يتمثلان في:

الغصن الأول: دور الوقت في تكون الإجراء.

الغصن الثاني: الوقت كضابط لمباشرة الإجراء.

الغصن الأول

دور الوقت في تكون الإجراء

مما هو مقرر أن الوقت من أبرز تطبيقات الشكليات الإجرائية، وهو ما يعني أن الوقت يدخل ركناً في تكوين إجراءات الخصومة القضائية، ولما كانت الأعمال الإجرائية تتكون من عدة إجراءات، وكان تتابع هذه الإجراءات مفترضاً لتكوين

العمل الإجرائي؛ فإن الوقت يدخل مكوناً إجرائياً في هذا العمل، كما أن إجراءات الخصومة -الكثيرة والمتعددة- تتابع تتابعاً زمنياً؛ وهو ما يعني أن للوقت دور السببية في تتابع إجراءات الخصومة القضائية^(١).

ثم إن بعض الإجراءات تنطلق من حقوق أو التزامات إجرائية، بمعنى أن الحق الإجرائي يتولد عنه مباشرة إجراءات محددة، بحيث لولا ثبوت هذا الحق لما جاز مباشرة هذه الإجراءات، وكذلك الواجب "أو الالتزام" الإجرائي، فإذا ما كان للوقت دور في نشوء الحقوق أو الواجبات الإجرائية؛ فإن للوقت دور في نشوء الإجراءات القضائية ذاته، وهو ما يجب بحثه في هذا الموضوع من الدراسة على النحو التالي:

تتعدد نصوص المرافعات التي تتخذ من الوقت سبباً للإجراء القضائي، سواء فيما يتعلق بإجراءات التقاضي أو بإجراءات التنفيذ القضائي، ومن مطالعة التنظيم الإجرائي -المصري والسعودي- نستطيع استخلاص ما للوقت من دور ملحوظ في النقاط الآتية:

أولاً: الوقت جزء من مكونات الإجراء القضائي

يتكون الإجراء القضائي من شكل ومضمون، ويقصد بالشكل المظهر الخارجي والطريقة التي يجب أن يؤدي وفقاً لها، وعلى نقيض القانون الموضوعي تعد الشكلية في القانون الإجرائي أصل عام، حيث تستلزم قواعد المرافعات لكل إجراء شكلية مقرر سلفاً بالإضافة إلى المقترضات الموضوعية حتى يرتب العمل آثاره القانونية^(٢).

وتعد الشكلية في الإجراء شرطاً لصحته لا لإثباته؛ ولذا يبطل الإجراء -كقاعدة- إذا تخلفت شكلية التي استلزمها القانون في نموذج القانوني، ولا يجوز جبر هذا النقص بأي طريق، وهو ما يقعد بالإجراء عن أداء دوره الإجرائي المنوط به^(٣).

(١) أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص ٦٧٧.

(٢) راجع في تفصيل ذلك وجدي راغب، النظرية العامة، ص ١٣٠.

(٣) في المقترضات الشكلية للعمل الإجرائي راجع محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق، ١٩٩٢، ص ٦٠، وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٣٩٠، نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، ص ٤٦٥، عبد المنعم أحمد الشراوي وفتحى والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ١٩٧٦/١٩٧٧، الكتاب

ويعد الوقت أو الزمن من أبرز تطبيقات الشكلية الإجرائية؛ ولذا فهو شرط لصحة الإجراء، ولا يجوز الاستعاضة عنه أو التذرع بتمام الإجراء بدونه، إذ لا يعتد بالإجراء إذا خالف قيده الزمني، وللوقت إذن دور إجرائي في اكتمال الشكل المطلوب للإجراء؛ بما يؤهله لترتيب جميع آثاره، كما تؤدي مخالفة قيد الوقت إلى الحيلولة دون ترتيب هذه الآثار^(١).

ثانيًا: الوقت كمفترض لنشوء الحق في مباشرة الإجراء

قد يكون الوقت مفترض سابق لوجود مكنة مباشرة الإجراء، بحيث يتوقف وجود هذه المكنة ابتداءً على عنصر الوقت، وقد جاءت نصوص المرافعات متضمنة حكم القاعدة العامة المؤكدة لكون الموعد سببًا مباشرًا لاتخاذ الإجراء، وذلك فيما تضمنته من النص على أنه "... إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد..."^(٢).

ومن قبيل ذلك ما أورده قانون المرافعات في نص المادة رقم ٣/٢٠٦ منه أن "يبدأ ميعاد استئناف الأمر إن كان قابلاً له من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن"، وهو ما يعني أن الحق في مباشرة إجراءات الاستئناف كعمل إجرائي مركب تتأسس على فوات ميعاد التظلم، وكذا ما أورده نظام المرافعات في خصوص إجراءات قيد الطعن بالاستئناف، إذ تنص المادة ٢/١٩٥ منه على أن "تقيد إدارة محكمة الاستئناف مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وترفعها مع صورة ضبط القضية وجميع الأوراق إلى المحكمة

الثاني، ص ٤٠، نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، ص ٤١، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٤٢٥، أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢٣.

(١) أكدت محكمة النقض هذا المعنى في العديد من التطبيقات القضائية، راجع على سبيل المثال أحكامها في الطعون أرقام (٧٧٠١، ص ٨٤ق، جلسة ٢٠١٥/٦/١٦، ص ٥٢٢٦، ص ٤ق، جلسة ٢٠١٤/٩/١٦، ١٤٥٧٤، ص ٤ق، جلسة ٢٠١٤/٥/٢٤، ٢٠١٤/٦/١٦، ص ٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٥).

غير أن هذا لا يعني على حد تعبير محكمتنا العليا- أن تتحول الخصومة إلى مجرد "قوالب شكلية يتحتم اتباعها حتى ولو لم يستهدف المتمسك بها إلا تحقيق مصلحة نظرية بحتة". حكمها في الطعن رقم ٥٢١١، ص ٧٤ق، جلسة ٢٠١٤/٧/١١.

(٢) نص المادة ١/١٥ مرافعات، ونفس ما تضمنته نص المادة ١/٢٢ مرافعات شرعية

العليا خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء مدة الاعتراض"، بما يعني أن انقضاء ميعاد الثلاثة أيام مفترض لاتخاذ إجراء قيد مذكرة الاعتراض. ومن قبيل ذلك في ذات السياق في قواعد المرافعات ما يتعلق بميعاد الحضور الذي لا تباشر إجراءات الخصومة التالية له إلا بعد انقضائه^(١)، وكذلك ضرورة انتهاء مدة الوقف كمفترض لمباشرة إجراءات الخصومة الموقوفة اتفاقاً^(٢).

وفي خصوص التنفيذ القضائي تنص المادة رقم ١/٤٥٢ مرافعات على أنه "إذا لم يودع من يباشر الإجراءات قائمة شروط البيع خلال الخمسة والأربعين يوماً التالية لتسجيل آخر تنبيه قام هو بإجرائه جاز للدائن اللاحق في التسجيل أن يقوم بإيداع القائمة ويحل محله في متابعة الإجراءات، وهو ما يقطع أن مباشرة إجراءات التنفيذ من قبل الدائن اللاحق متوقفة على فوات الموعد المحدد دون إيداع القائمة، فهو سبب مركب من تخلف الإجراء ومرور الوقت؛ بما يعني أن للوقت دور في الوجود السببي للحلول الإجرائي المنشئ لجميع إجراءات التنفيذ التالية في خصوص الدائن اللاحق في التسجيل.

وفي نظام التنفيذ تتعدد تطبيقات الدور السببي للوقت بالنسبة لإجراءات التنفيذ القضائي، ولعل من أبرزها ما تضمنته المادة الحادية عشرة من أنه "يجوز للدائن بموجب ورقة تجارية قابلة للتداول التنفيذ على المدين والمطهرين والكفلاء بعد مرور أسبوع من تاريخ الاحتجاج بعدم الوفاء"، وهو ما يعني أن مرور أسبوع سبب ومفترض قانوني سابق لإجراء التنفيذ.

كذلك ما تضمنه نص الفقرة "ج" من المادة الرابعة والثلاثون من هذا النظام من أنه "...إذا تعذر إبلاغ المدين خلال (٢٠) يوماً من تاريخ صدور أمر التنفيذ أمر القاضي بنشر الإبلاغ فوراً في الصحيفة اليومية الأوسع انتشاراً في منطقة مقر المحكمة..."، وهو ما يعني أن إجراء الأمر بالنشر المذكور يتأسس على تعذر

(١) نص المادة ٦٦ من قانون المرافعات، وما يقابله من نص المادة ٤٤ من نظام المرافعات:

(٢) نص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات، وما يقابله من نص المادة ٨٦ من نظام المرافعات:

الإبلاغ مع مرور عشرون يوماً، وهما -على ذلك- مفترضان مركبان لنشوء سبب هذا الإجراء.

كما اتخذ نظام التنفيذ من مرور الزمن سبباً للعديد من الإجراءات المتتابعة وذلك في فرض مرور خمسة أيام من تاريخ إبلاغ المدين بأمر التنفيذ دون قيامه بالتنفيذ الاختياري أو إفصاحه عن أمواله، وبالطبع للوقت هنا عامل مكمل مع موقف المدين لترتيب نتيجة اعتباره مماطلاً؛ وبالتالي تتابع هذه الإجراءات^(١).

هذا: ومن الجدير بالذكر ألاّيس كل قيد زمني سابق لإجراء يعد مفترضاً له، ذلك أن الوقت لا يكون مفترضاً للإجراء إلا إذا كان تخلفه يستتبع عدم وجود الإجراء لانقضاء سببه؛ وعلى ذلك لا يعد وقت بدء ميعاد اتخاذ الإجراء سبباً له إذا كانت مباشرة الإجراء لا تتوقف على هذا الوقت.

وتطبيقاً لذلك لا يمكن القول بأن الحق في مباشرة إجراءات الطعن على القرار القضائي كعمل إجرائي مركب تتأسس على بدء ميعاد هذا الطعن ابتداءً، ذلك أن الحق في الطعن ثابت بصدور الحكم؛ فيجوز الطعن قبل بدء موعده متى كان الطعن في ذاته جائزاً، فميعاد الطعن قيد على الطعن قد يؤدي إلى سقوطه وليس سبباً له بأي حال من الأحوال^(٢).

ثالثاً: الوقت كمفترض لنشوء الواجب الإجرائي

في العديد من التطبيقات يترتب على عنصر الوقت نشوء التزام إجرائي لا وجود له إلا بعد اكتمال عامل الوقت؛ ولذا يصح القول بأن الوقت مفترض لنشوء الواجب الإجرائي، ومن هذه التطبيقات في قانون المرافعات ما يتعلق بإرسال قلم الكتاب ملف

(١) ارجع نصوص الفصل الثالث من الباب الأول من نظام التنفيذ (المواد من ١٦ إلى ٢٠).
(٢) أكدت محكمة النقض هذا المعنى في أكثر من مناسبة، من قبيل ذلك ما قرره من أن "مواعيد الطعن هي الأجل التي بانقضائها يسقط الحق في الطعن على الحكم أو القرار... أن الغرض من تحديدها إقرار الحقوق في نصابها ووضع أجل ينتهي عنده النزاع، وقيل بدء سريان ميعاد الطعن ليس ثمة ما يمنع من الطعن على الحكم". حكمها في الطعن رقم ١٣٢٣، س٤٢ق، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٣.

الطعن بالنقض إلى النيابة العامة الذي لا يكون إلا بعد انقضاء مدد زمنية حددها القانون^(١).

وفي النظام السعودي تقرر نصوص المرافعات الشرعية وجوب الحكم بسقوط الحق في الطعن بمجرد انقضاء مدة زمنية معينة دون متابعة من الطاعن، وهو ما يعني أن مرور هذه المدة الزمنية مفترض حتمي سابق لاتخاذ العمل الإجرائي المتمثل في الحكم بسقوط الحق في الطعن^(٢).

ومن قبيل ذلك -في مجال التنفيذ القضائي- ما تنص عليه المادة رقم ٣٤٤ مرافعات من أنه "يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفي منه بحق الحاجز..."، فهذا الالتزام لا ينشأ إلا بعد مرور الميعاد المذكور، الذي يعد سبباً من الأسباب المباشرة لهذا الالتزام الإجرائي.

ومنه أيضاً ما يتعلق بجلسة البيع بالمزاد العلني من وجوب إرساء المزاد على صاحب العطاء إذا ما انقضت مدة زمنية محددة على تقديم عطاءه^(٣).

كما توجب نصوص نظام التنفيذ على الإدارات المعنية إبلاغ أصحاب الأموال بما تم الإفصاح عنه من بيانات بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ قاضي التنفيذ رسمياً بالإفصاح^(٤).

(١) تنص المادة ١/٢٦٣ مرافعات على أنه "بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المواد السابقة يرسل قلم الكتاب ملف الطعن إلى النيابة العامة"، وهذه المواعيد منصوص عليها في المواد من ٢٥٢ حتى ٢٦٢، وتتعلق بتقديم الطعن واستكمال المستندات اللازمة وتقديم الكفالة الواجبة ووصول جميع أوراق القضية من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون عليه، وإعلان صحيفة الطعن، وتقديم مذكرة بالرد من المدعى عليه وما يريد إرفاقه من مستندات، وكذا رد المدعى على ما قدمه المدعى عليه، وتقديم ملاحظات المدعى عليه على رد المدعي، وهكذا تبدي المحكمة من تعليق إرسال الملف للنياحة على مرور مدة زمنية معينة في اكمال الروية عن الطعن كي يرسل الملف إلى النيابة متكاملًا.

(٢) حكم المادة ١/١٩٠ من نظام المرافعات، ومن قبيل ذلك أيضاً ما يقرره نظام المرافعات في المادة ١٨٧ من أن على الدائرة المختصة بعد مرور ميعاد الاستئناف دون مباشرته أن تدون محضراً بسقوط حق المعارض في ضبط القضية والتهميش على صك الحكم وسجله بأنه اكتسب القطعية، فالترام الدائرة هنا متوقف على مرور ميعاد المعارض.

(٣) عدد نص المادة ٤٣٩ مرافعات هذه المدة بثلاث دقائق، وحددها نص المادة ٧/٥٠ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ بخمسة عشر دقيقة.

(٤) نص المادة رقم ١/١٨ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ.

أيضاً يتوقف -وفقاً لهذا النظام- إجراء إخلاء العقار في التنفيذ المباشر على مضي خمسة أيام من إبلاغ الأمر بالتنفيذ، وكذلك توقف إجراء بيع المنقولات الموجودة بالعقار محل الإخلاء على مرور شهرين من إذن قاضي التنفيذ ببيعها^(١).

الفصل الثاني

الوقت كضابط لمباشرة الإجراء

يتسع الدور الإجرائي للوقت ليأتي ضابطاً هاماً من ضوابط مباشرة إجراءات الخصومة القضائية، فنجد له دور في ثبوت الاختصاص القضائي بالإجراء، وانعقاد الخصومة القضائية، بل وإيجاد مكنة اتخاذ الإجراء ابتداءً، فضلاً عن دوره في إنهاء هذه الإجراءات، وهو ما نعرض له في التحليل التالي:

أولاً: دور الوقت في تحديد الولاية والاختصاص

تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، ويستثنى من ذلك القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة، وكذا القوانين المعدلة للمدد والمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها^(٢).

وهو ما يعني أن توقيت صدور القانون المعدل للاختصاص أو للمواعيد بالنسبة للإجراءات القائمة أمام القضاء له عظيم الأثر الإجرائي، سواء بالنسبة لتحديد المحكمة التي ستتابع نظر الدعوى، أو في خصوص القيود الزمنية التي ستضاف أو تلغى عن ممارسة الحقوق والأعباء والواجبات الإجرائية.

والمطلع على التطبيق العملي يرصد العديد من الآثار الإجرائية الهامة المترتبة على توقيت التعديل التشريعي بالنسبة للإجراءات القائمة أمام القضاء، سواء فيما يتعلق بالولاية القضائية، أو بالاختصاص النوعي^(٣).

(١) نص المادة رقم ٧٢ من نظام التنفيذ.

(٢) نص المادة الأولى مرافعات، والمادة الأولى من مواد إصدار نظام المرافعات الشرعية.

(٣) من قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن صدور القانون المعدل للاختصاص المحكمة الجزئية والعمل به

أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية يجعلها من اختصاص المحكمة الجزئية، "وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف لصدور الحكم المستأنف من المحكمة الابتدائية في

ثانياً: دور الوقت في انعقاد الخصومة

سبقت لنا الإشارة إلى أن المعول عليه في تحديد أثر زوال الشخصية القانونية على الخصومة القضائية يكمن في وقت هذا الزوال، فإن كان قبل رفع الدعوى فأثره عدم انعقاد الخصومة؛ وانعدام ما قد يتخذ فيها من إجراءات، أما إذا كان بعد رفع الدعوى فأثره انقطاع الإجراءات فحسب، وهو ما أستدل به في هذا الموضع على أن للوقت دور في تحديد مدى انعقاد الخصومة من عدمه^(١).

ثالثاً: دور الوقت في نشوء المكنة الإجرائية

قد ترتبط إمكانية مباشرة الإجراء بالوقت، بحيث توجد هذه المكنة في توقيت محدد؛ فلا يجوز مباشرة الإجراء قبل حلول هذا الوقت، بما يعني أن الوقت ينهض مفترضاً لنشوء مكنة اتخاذ الإجراء.

فإذا ما تم اتخاذ الإجراء قبل موعده فإنه لا يعتد به، بما يعني تجاهل وجوده، وسبب ذلك هو مجيئه قبل أوانه، أو بمعنى أدق مباشرته دون تحقق مكنة مباشرته، وإن جاز تجديده عند حلول وقته المحدد، أو أمكن تصحيحه إذا حل وقته قبل القضاء بعدم الاعتداد به.

فالمكنة الإجرائية -كجوهر للحق الذاتي الإجرائي- قد تتوقف في نشوئها على عامل الزمن أو الوقت، وذلك بصفة عامة سواء في خصوص الإجراء الفردي أو

حدود النصاب الانتهائي لها، بما يحمل قضاءً ضمنياً باختصاصها قيمياً بنظر النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (حكمها في الطعن رقم ٨٧١، س٧١ق، جلسة ٢٠١٢/٢/١٢).

ومن تطبيقات ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا صدر قانون معدل للاختصاص وأصبح نافذاً قبل قفل باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف فإنه يسرى بشأن الاختصاص الولائي- على الدعوى الماثلة عملاً بمفهوم المخالفة للاستثناء الأول الوارد بالمادة الأولى من قانون المرافعات؛ وهو ما مؤداه انحسار اختصاص هيئات التحكيم عن نظر الدعوى المطروحة؛ واختصاص جهة القضاء العادي بها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد قضاء محكمة الدرجة الأولى بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه". (حكمها في الطعن رقم ٥٠٣٧، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٩/٢/٧).

^(١) راجع ما سبق ذكره تحت عنوان "دور الوقت في ثبوت أهلية الاختصاص".

بصورة أشمل وأعم حين يتعلق الأمر بالعمل الإجرائي ككل، حين يربط التقنين الإجرائي وجوده بتوقيت معين يتوقف على حلوله^(١).

فالقاعدة القانونية الإجرائية شأن كل قاعدة تتكون من واقعة أساسية مجردة تسمى الفرض، يتبعها الحكم كأثر قانوني للفرض يكمن في إنشاء أو إنهاء مكنة إجرائية معينة؛ بحيث يترتب على مجرد تحقق الواقعة الأساسية "الفرض" وجود الحكم الذي تفرضه القاعدة "المكنة الإجرائية"، بما تتضمنه هذه المكنة من أعمال إجرائية تدرج ضمن الحقوق والواجبات والأعباء الإجرائية، فإذا ما كان عنصر الوقت يدخل ضمن الفرض أو هو الفرض كان القول بدور الوقت في وجود المكنة الإجرائية^(٢).

ومن الجدير بالذكر أنه قد يقال بدخول الوقت عنصرًا في الإجراء أو العمل الإجرائي في الفرض الذي يتوقف فيه اتخاذ الإجراء أو العمل على حلول ميعاد معين؛ بما يترتب عليه اعتبار الوقت ركنًا في الإجراء أو العمل وليس مفترضًا سابقًا عليه يولد مكنة مباشرة الإجراء، بما معناه عدم اعتبار الوقت ذا دور في وجود المكنة الإجرائية، وإن صح اعتباره ركنًا أو عنصرًا من عناصر تكوين الإجراء أو العمل الإجرائي.

غير أن هذا القول مردود، لأنه بالرجوع إلى النموذج القانوني المرسوم للإجراء أو للعمل الإجرائي لا نجد الوقت عنصرًا فيه في الفرض المطروح، وإن كان مفترضًا لمباشرته؛ ويستتبع توقيع جزاء إجرائي حال مخالفة مفترضه.

فعلى سبيل المثال تنص المادة ٢٨٤ مرفعات على أنه "إذا توفي المدين أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الإجراءات بالنيابة عنه قبل البدء في التنفيذ أو قبل إتمامه فلا يجوز التنفيذ قبل وراثته أو من يقوم مقامه إلا بعد مضي ثمانية أيام من تاريخ إعلانهم بالسند التنفيذي، كما لا يجوز مباشرة هذه الإجراءات في مواجهة من

(١) للوقوف أكثر على فكرة الحق الذاتي وما تقوم عليه من وجود مكنة أو سلطة تنسب لصاحبها فحسب راجع أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٨٦ هامش (١).

(٢) إذا كان ما ورد بالمتن محض رأي واجتهاد من الباحث فإن له مرد في أمهات كتب الفقه الإجرائي لأساتنتنا الكرام التي تناولت تأصيل فكرة العمل القضائي وجوهر الإجراء والعمل الإجرائي، راجع على سبيل المثال في تدعيم تصوري وجدي راغب، النظرية العامة، ص ١١٦.

يقوم مقام أي من هؤلاء إلا بعد انقضاء ثماني أيام على إعلانه بالسند التنفيذي،
والفقه متفق على أن جزاء مخالفة هذا الحكم هو البطلان^(١).

فهل يمكن القول بأن مضي الثمانية أيام المذكورة مكون من مكونات إجراء التنفيذ المطلوب اتخاذه قبل ورثة المدين أو من يقوم مقامه؟، بالطبع لا يمكن القول بهذا، بل إن الإجراء الذي سيأخذ مجهول غير معلوم، فكيف يتصور اعتبار انقضاء ثمانية أيام عنصراً في إجراء مجهول؟!، لا شك أن مرور هذا الوقت مفترض سابق على مباشرة أي إجراء من إجراءات التنفيذ بعد الوفاة أو زوال الصفة على نحو ما ورد بالنص؛ وهو ما يقطع بكون الوقت في هذا المثال يكمن دوره في وجود مكنة متابعة إجراءات التنفيذ من النقطة التي وصلت إليها عند الوفاة أو زوال الصفة^(٢).

هذا؛ وتتعدد التطبيقات التي يبدو فيها للوقت دور مباشر في نشوء المكنة الإجرائية، وقد سبق ذكر بعضها في ثنايا هذه الدراسة^(٣).

ونضيف في هذا المقام في مجال الخصومة القضائية مكنة مباشرة إجراء الإعلان القضائي^(٤)، ومكنة سحب المستندات من ملف القضية^(٥)، ومكنة مخاصمة القاضي^(٦).

وفي مجال التنفيذ القضائي دور الوقت في نشوء مكنة إجراء التنفيذ^(٧)، ومكنة إرساء المزاد^(٨)، ومكنة أداء الغير ما لديه من أموال المدين أو إجباره على هذا

(١) سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ، ص ١٥٥.

(٢) للوقوف على تفصيلات أكثر تفصيلاً في بيان ذاتية الإجراء وتمييزه راجع نبيل إسماعيل عمر، الارتباط

الإجرائي في قانون والمرافعات، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ص ٢١.

(٣) راجع ما سبق ذكره تحت عنوان "الوقت كمفترض لنشوء الحق في مباشرة الإجراء".

(٤) تنص المادة ١/٧ من المرافعات على أنه "لا يجوز إجراء أي إعلان وتنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً...". وتنص المادة ١٢ من أرفعات شرعية

على أنه "لا يجوز إجراء أي تبليغ في مكان الإقامة قبل شروق الشمس"...، بما يعني أن حلول هذا التوقيت مفترض لمكنة إتمام الإعلان "التبليغ".

(٥) وفقاً لنص المادة ٣/١٧١ من أرفعات لا يجوز سحب المستندات من الملف قبل انقضاء مواعيد الطعن.

(٦) وفقاً لنص المادة ٢/٤٩٤ تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة إذا امتنع عن الإجابة على عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم إذا تم إعداره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.

(٧) من قبيل ذلك ما يقرره نص المادة ٤/٢٨١ من المرافعات من أنه "لا يجوز إجراء التنفيذ إلا بعد مضي يوم على الأقل من إعلان

السند التنفيذي".

الأداء^(٢)، ومكنة الرجوع عن العرض، وكذا مكنة استرداد ما تم إيداعه بعد العرض^(٣).

ومن الأمثلة الأبرز في هذا الصدد ما يتعلق بمكنة تنفيذ حكم التحكيم المتوقفة على انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان هذا الحكم، فقواعد التحكيم تجعل من فوات ميعاد دعوى البطلان مفترض لمباشرة إجراءات التنفيذ، بحيث لا يمكن اتخاذ الإجراء الأول من هذه الإجراءات وهو طلب التنفيذ ما لم يكن هذا الميعاد قد انقضى، فإذا ما قدم الطالب قبل تحقق هذا المفترض أضحى غير مقبول^(٤).

ورغم عدم منطقيّة هذا القيد الزمني، ودون خوض فيما أثير بشأنه من خلاف فقهي - يخرج عن إطار هذه الدراسة -^(٥) يبقى محل الاستدلال الهام في هذا الموضوع

(١) يلزم مرور مدة زمنية محددة بين العطاء ورسو المزاد دون صدور مزايدة جديدة وفق نص المادة ٤٣٩ مرافعات ثلاث دقائق، ونص المادة ٥٠٠/٧ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ "خمس عشرة دقيقة".

(٢) نص المادة ٣٤٤ مرافعات الذي يوجب "على المحجور لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز...".

(٣) نص المادة ٤٩٢ مرافعات على أنه "يجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائنة وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه متى أثبت أنه أخبر دائنته على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على أخباره بذلك ثلاثة أيام".

(٤) نص المادة ١/٥٨ من قانون التحكيم، ونص المادة ١/٥٥ من نظام التحكيم، إذ يقران عدم قبول طلب تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا انقضى ميعاد رفع دعوى بطلان هذا الحكم (الميعاد في قانون التحكيم المصري تسعون يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، أما في نظام التحكيم السعودي ستون يوماً من تاريخ إبلاغ المدعي فيها).

(٥) تبدو عدم منطقيّة هذا القيد الإجرائي في أنه لا أثر له سوى تعطيل تنفيذ حكم التحكيم دون أن تكون هناك غاية منه يرمى لتحقيقها، ذلك أن قانون التحكيم في المادة ١/٥٧ منه ينص على أن "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم..."، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة ٥٤ بصورة حرفية، وهو ما يثير التساؤل عن الحكمة من إرجاء تنفيذ الحكم لحين انقضاء ميعاد الدعوى؟! فلو كان لرفع الدعوى أثر لوجد منطوق في تعطيل القوة التنفيذية لحين انقضاء الميعاد تبيناً لموقف الطرف الآخر وما إذا كان سيرفع الدعوى أم لا، بدلاً من البدء في الإجراءات ثم وقفها بمجرد رفع الدعوى، أمّا ولم يترتب على رفع الدعوى أي أثر على القوة التنفيذية لحكم التحكيم بل إن النص قرر صراحة انتفاء هذا الأثر فلا وجود لأي منطوق من هذا الحكم غير المبرر برأيي.

ومقصد وجود خلافاً فقهيّاً ينصرف للأنظمة القانونية التي لم تتضمن نصاً قانونياً حاسماً في هذا الخصوص كما هو الحال في كل من القانون الكويتي والقانون الإماراتي، أما في خصوص القانون المصري والنظام السعودي فينصرف رأي الفقه إلى تأييد أو نقد ما تضمناه في هذا الخصوص.

لوقوف على الخلاف الفقهي المذكور راجع محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٩٩، رمزي سيف، سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص ٣٧٦، كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، ص ٤٤٩، أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

أن المدة المتعين انقضاؤها قبل تقديم طلب التنفيذ تعد مفترضا إجرائيا لمباشرة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم؛ بحيث لا تنشأ مكنة مباشرة هذه الإجراءات إلا إذا تحقق هذا المفترض، مهما طال الوقت، كأن يمتنع بدء سريان هذه المدة لانقضاء موجبها، وهذا ما يقطع بأن مرور الوقت يوجد مكنة مباشرة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم.

رابعاً: دور الوقت في تتابع الإجراءات

إن أبرز دور للوقت في المجال الإجرائي يكمن فيما يسهم به من تتابع إجراءات نظر الدعوى، بما له من أثر استهلاكي للمكنات الإجرائية، وتنظيمي لتتابع الإجراءات وفق نموذجها القانوني، ذلك أن الخصومة مجموعة إجراءات متتابعة زمنياً.

فمجرد مرور الوقت يعد في كثير من الحالات مفترضا لإجراء لاحق، سواء تعلق الأمر بمدد زمنية يجب أن تنقضي قبل مباشرة الإجراء، أو بين إجراءين، أو بمدد زمنية يجب اتخاذ الإجراء خلالها أو قبل حلولها، وكأن للوقت دور في ضبط نسق وإيقاع الإجراءات.

ولقد سبق تناول العديد من تطبيقات دور الوقت في هذا الخصوص^(١)، ولعل من أبرز هذه التطبيقات ما يتعلق بدور الوقت في بدء اتخاذ إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، وإتمام الإعلان "التبليغ"^(٢)، وما قررته نصوص المرافعات من أنه "...إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد"^(٣).

يضاف إلى كل هذا كل المواعيد الإجرائية المترتبة وأثرها على ضبط تتابع الإجراءات^(٤)، والمواعيد الناقصة^(١)، والمواعيد الكاملة^(٢).

(١) منها على سبيل المثال ما تم تناوله فيما سبق تحت عنوان "دور الوقت في نشوء المكنة الإجرائية"، وعنوان "سلطة القاضي في إنشاء قيد الوقت".

(٢) ائد ٧ من قانون المرافعات، والمادة ٤٤ من نظام المرافعات

(٣) المادة ١/١٥ من قانون المرافعات، وهو نفس ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادة ١/٢٢. راجع طلعت توييار، الإعلان القضائي، ص ١٢٣.

(٤) منها على سبيل المثال في قانون المرافعات نص المادة ٦٥ و ١/١٠٠ و ١٩٠ و ٢٦٠ و ٢٦٤، وفي نظام المرافعات الشرعية نص المادة ٤٥ و ١/١١٧ ونص المادة ٥٩.

ونستطيع القول بأن جميع المدد والمواعيد الواردة بالتقنين الإجرائي - عملاً - ذات

دور مباشر في تتابع الإجراءات، ولا يمكن القول بانحسار هذا الدور في بعضها^(٣).

ولكون الوقت مفترض لتتابع الإجراءات فقد كانت نصوص المرافعات منطقية حينما قررت وقف احتساب الوقت حال تعذر مباشرة الإجراء المرتبط بالوقت أو المقيد به^(٤).

خامساً: دور الوقت في الانقضاء المبتسر للإجراءات

لكون الانقضاء المبتسر زوال الخصومة دون بلوغ غايتها بالفصل في الدعوى^(٥)

ورغم تعدد أسبابه وتباينها^(٦)، غير أن عامل الوقت يأتي السبب الأهم منها.

وقد أوردت نصوص المرافعات لهذه الأسباب تنظيمًا متفرقًا في نصوص مختلفة،

غير أنها أوردت تنظيمًا تفصيليًا مُجمَعًا بخصوص سببين محددين يتعلّقان بالوقت

هما السقوط والانقضاء بمضي المدة^(٧)، وذلك على النحو التالي:

(١) منها على سبيل المثال في قانون المرافعات ٢/١١ و ٢/١٣ و ١/٦٨ و ١١٩ و ٢/١٣٠ و ١٥٥ و ١/١٥٦ و ١٧٩ و ١٩٠ و ٢/١٩٧ و ٣/٢٠٣ و ٢/٢١٠ و ٢/٢٣١، وفي نظام المرافعات الشرعية ٢/١٤، ٤٣، ٥٩ و ٨٠ و ١/٨٨ و ١٠٠ و ١٣١ و ١٣٦ و ١٩٤ و ٢/١٩٥.

(٢) منها على سبيل المثال في قانون المرافعات ٦٩، وفي نظام المرافعات الشرعية ١/٨٦.

(٣) ١٣ يؤكد ذلك في تطبيقات القضاء المصري ما قرره محكمة النقض في الطعون أرقام ١١٢٣٩، س ٧٩ق، جلسة ١٠/٢٠١٧/١٠/١٠٠، ٢٩٦٥٨، س ٨١ق، جلسة ٢٠١٧/١٧/٢٠١٧، ١٧٥١٨، س ٧٦ق، جلسة ٢٠١٧/٢٨/٢٠١٧، ١٣٢٣٧، س ٧٦ق، جلسة ٢٠١٦/١١/٢٤، ٥١٦٢، س ٧٩ق، جلسة ٢٠١٦/٢١/٢١، ٨٠٦، س ٧٧ق، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٨، ١٦٤٠، س ٦٨ق، جلسة ٢٠١٥/١١/٢١، ٢٦٢٢، س ٥ق، جلسة ٢٠١٥/٩/١٧.

وهو ما أكدته كذلك في مجال التحكيم، راجع أحكامها في الطعون أرقام ١٧٥١٨، س ٧٦ق، جلسة ٢٠١٧/٢٨/٢٠١٧، ١٠٦٧٢، س ٧٨ق، جلسة ٢٠١٦/١٢/٢٠١٦.

(٤) تنص المادة ٢١٦ مرافعات على أن "يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بفقد أهليته للتقاضي أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه ولا يزول الوقف إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفته وانقضاء المواعيد التي يحددها قانون بلد المتوفى لاتخاذ صفة الوارث..."، وهو ما أكدته نص المادة ١٨٠ مرافعات شرعية.

(٥) راجع في تفصيل ذلك في الفقه العربي أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، المجلد ٢، ع ١، يناير ١٩٦٠، ص ٧٠.

(٦) كبطلان صحيفة الدعوى لأي سبب، والحكم بعدم الاختصاص دون إحالة، أو بانتفاء الولاية، أو الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن، أو باعتبار المدعي تاركًا دعواه.

راجع في تفصيل ذلك فقهي والي، الوسيط، ص ٥٢٧، أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٧م، ص ٦١٥، أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص ٥٤٢.

(٧) الفصل الثالث من الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات، ولم يتضمن نظام المرافعات الشرعية تنظيمًا مماثلًا في هذا الخصوص.

١ - دور الوقت في سقوط الإجراءات

يبدو دور الوقت في زوال الإجراءات واضحاً من تعريف المادة ١٣٤ مرافعات للسقوط بأنه "زوال الخصومة لعدم السير فيها لمدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح..."، وهو ما يعني أن للسقوط مجموعة شروط، هي في حقيقة الأمر بمثابة مفترضات يجب توافرها لتقريره، ويأتي مرور الوقت الأهم من بينها^(١).

حتى إن الوقت يدخل ضابطاً وعنصرًا في غيره من مفترضات السقوط، فمفترض عدم السير في الخصومة الذي يعني تعطل النشاط الحركي للإجراءات، يدخل الوقت في تكوينه، إذ لا يتصور التعطل منفصلاً عن عنصر الوقت^(٢).

ثم إن المفترض الأبرز في ترتيب هذا السقوط هو أن يستمر ركود الخصومة لمدة ستة أشهر^(٣)، ونظراً لأهمية هذا المفترض فقد تولى القانون صراحة رسم إطاره، بتحديد لحظة بدئه^(٤).

(١) في تفصيلها لمضمون نص المادة ١٣٤ مرافعات راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٣٢٣٧، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٦/١١/٢٤، من أن "سقوط الخصومة جزاء فرضه المشرع على المدعي الذي يتسبب في عدم السير في الدعوى بفعله أو امتناعه مدة ستة أشهر، فمناط أعمال الجزاء هو الإهمال أو التراخي أو الامتناع عن السير بالخصومة حين لا يحول دون السير بها حائل، فإذا قام مانع قانوني أوقفت المدة حتى يزول المانع، وإذا زال المانع القانوني جاز للمدعي عليه صاحب المصلحة أن يطلب أعمال ذلك الجزاء على أن تحسب المدة من اليوم التالي لزوال المانع الذي أوقفت الدعوى من أجله" حكماها في الطعن رقم ٦٤٧٩، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٠/٦/١٤، ١٥٨٧، س٧٧ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/١٣، ١٢٩٢، س٧٤ق، جلسة ٢٠٠٥/١٠/٢٤، ٦٥٩٠، س٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤، ٤٢٥، س٦١ق، جلسة ١٩٩٤/٦/١٦، ٦٥١، س٦١ق، جلسة ١٩٩٥/٦/٥، ٧٢٢، س٥٢ق، جلسة ١٩٨٤/٥/١٤، ٦٤٠، س٥٠ق، جلسة ١٩٨١/٣/٢٣.

وللوقوف على جوهر سقوط الخصومة، وتمييزه، وما يتعلق به راجع محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم يكن، ص١٣٦.

(٢) فجميع أسباب تعطل الإجراءات على اختلافها وتنوعها يدخل الوقت عنصرًا فيها، فقد يتمثل السبب في كون الخصومة موقوفة (قانوناً أو قضاءً) ولم يتم تعجيلها، أو أن تكون المحكمة قضت بعدم الاختصاص مع تحديد جلسة أمام المحكمة المختصة ولم تتخذ الإجراءات أمام هذه الأخيرة، أو إذا حكمت محكمة الطعن بإلغاء الحكم وإعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته ولم تباشر الإجراءات أمام هذه الأخيرة، أو إذا امتنع المدعي والمدعى عليه عن اتخاذ أية إجراءات في الخصومة لفترة معينة، وجماع هذه الحالات أن الخصومة أصبحت راکدة "لمدة معينة" بعد أن كانت في حال حركة.

راجع أحمد أبو الوفاء، المرافعات، ص٦١٩، أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص٥٤٥، وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص٦٦٨.

(٣) كان المشرع يستلزم بقاء الخصومة راکدة مدة سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح، ثم تدخل بتعديل تشريعي أنقص بموجب هذه المدة إلى ستة أشهر رغبة منه في عدم إطالة أمد الخصومات دون جدوى (المادة ١٣٤ مرافعات استبدلت فيها عبارة ستة أشهر بعبارة سنة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩).

هذا: وتأكيداً لدور الوقت في الإنهاء المبترس للإجراءات وفي الحالات التي لا يتصور فيها أعمال أحكام سقوط الخصومة لوجود جزاءات إجرائية بديلة نص عليها القانون صراحة فيلاحظ أن هذه الجزاءات يلعب فيها الوقت دوراً بارزاً ورئيساً، ففي فرض اعتبار المدعي تاركاً دعواه، وكذا اعتبار الدعوى كأن لم تكن، يلاحظ أن جوهر هذين الجزاءين هو مرور الوقت، ففي الوقف الجزائي تعتبر الدعوى كأن لم تكن إذا لم تعجل خلال ثمانية أيام من انتهاء مدة الوقف، وفي الوقف الاتفاقي يعتبر المدعي تاركاً دعواه إذا لم تعجل خلال مدة ثمانية أيام من انتهاء مدة الوقف^(٢). وهكذا لا يقتصر دور الوقت في تقرير سقوط الخصومة القضائية على أنه محل اعتبار بل إنه العامل الأهم والمعول عليه الأبرز في هذا الصدد، مع خطورة نتائج الانقضاء المبترس للإجراءات من خلال السقوط^(٣).

٢- دور الوقت في التقادم الإجرائي

وفقاً لأحكام قانون المرافعات تزول الخصومة القضائية بعدم السير فيها مدة سنتين من آخر إجراء صحيح، وهو ما يمثل دوراً مباشراً للوقت وأثره على إنهاء الإجراءات إنهاءً مبترساً^(٤).

(١) وفقاً لنص المادة ١٣٤ مرافعات يبدأ احتساب هذا الميعاد "من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي"، وهكذا تبدأ هذه المدة في الوقف التعليقي أو بحكم القانون من تاريخ زوال سبب الوقف (تاريخ الحكم النهائي في المسألة الأولية من المحكمة المختصة)، وفي غير ذلك تبدأ المدة المذكورة من الإجراء الأخير من الإجراءات الصحيحة التي اتخذت في الخصومة كإعلان أحد الخصوم أو حكم غير منه للخصومة^(٢) نصوص المواد ٧٠ و٨٢ و٣/٩٩ و٢/٢٠٥ و٢/٣٢٠ و٢/١٢٨ مرافعات، ونص المادة ٨٦ مرافعات شرعية، مع ملاحظة أن نظام المرافعات الشرعية لم يتبنى فكرة الوقف الجزائي، وفي تأكيد هذا المعنى راجع فتحي والي، الوسيط، ص ٥٣٢، الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، ص ١٧٥.

(٣) تتمثل هذه النتائج كما هو مقرر في زوال المطالبة القضائية، وكان الخصومة لم ترفع أصلاً؛ فتزول - كقاعدة - جميع إجراءاتها؛ وما ارتبط بها من آثار إجرائية وموضوعية، كاعتبار الحق محل الدعوى متنازع عليه، ووقف سريان التقادم، ووضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه، إلى غير ذلك من الآثار القانونية للمطالبة القضائية، فضلاً عن زوال جميع الأحكام غير القطعية، وكذا زوال جميع إجراءات الإثبات والأحكام الصادرة بشأنها عدا ما استثنته نصوص القانون، فيزول كل ما يخرج عن نطاق الإقرارات والأيمان وإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة، والقرائن القانونية، وتزول أيضاً الدلائل المستمدة من استجواب الخصوم (المواد من ٣٠ إلى ٤٨ من قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨).

راجع في تفصيل هذه الأحكام وفقاً للقواعد العامة فتحي والي، الوسيط، ص ٥٣٥.

(٤) نص المادة ١/١٤٠ (معدلة بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)، وقد كان النص قبل التعديل يجعل مدة التقادم الإجرائي ثلاث سنوات ثم عدلت المدة إلى سنتين.

هذا: وتسري كافة أحكام السقوط على الانقضاء بمضي المدة سواء من حيث فكرته أو حالاته أو آثاره أو أسبابه إلا فيما يتعلق بالمدة، فمدة التقادم سنتين، بينما مدة السقوط ستة أشهر، كما لا يشترط في التقادم الإجرائي أن يرجع الركود إلى إهمال المدعي^(١).

وهذه الفروق بين التقادم الإجرائي وسقوط الخصومة تبرز أهمية دور الوقت في التقادم عنه في السقوط، ذلك أن المفترض الوحيد لزوال الإجراءات في التقادم هو مجرد مرور الوقت دون اتخاذ أي إجراء، دون حاجة إلى أي مفترض آخر.

الفرع الثاني

دور الوقت في تحديد القيمة القانونية للإجراء

بعد أن تبين لنا في الفرع السابق ما للوقت من دور في تكوين الإجراء القضائي؛ ومن ثم تطابقه مع نموذج التشريعي؛ واكتمال البناء القانوني له، يطيب لنا الانتقال إلى آفاق أرحب، تدور حول ما للوقت من أدوار أخرى يسهم من خلالها في إكساب الإجراء كامل القيمة القانونية المقررة بنموذج التشريعي، وهو ما يتصل بدور الوقت في ترتيب آثار الإجراء، وتحديد الطبيعة القانونية له، وهو ما سنتناوله في غصنين على التوالي:

الغصن الأول: دور الوقت في التأكيد القانوني للإجراء.

الغصن الثاني: دور الوقت في تحديد آثار الإجراء.

الغصن الأول

دور الوقت في التأكيد القانوني للإجراء

أقصد بدور الوقت في التأكيد القانوني للإجراء أمرين:

الأمر الأول: العمل على مواجهة جميع التهديدات التي تتهدد العمل الإجرائي أو

الإجراء القضائي، بإحباط آثارها، ثم استبعادها، بغية تأكيد سلامة الإجراء كخطوة حتمية لترتيب آثاره، أو استمراره في ترتيبها.

^(١) راجع في تفصيل ذلك عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج ٥، عوارض الخصومة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢٢٢.

الأمر الثاني: بيان طبيعة الإجراء تمهيداً لتحديد التنظيم القانوني المتعين إخضاعه له؛ بما يترتب على ذلك من آثار مباشرة في تحديد القيمة القانونية لهذا الإجراء، إذ لا يمكن بيان قيمة الإجراء دون تحديد طبيعته، وترتيباً عليها.

أولاً: دور الوقت في تقرير سلامة الإجراءات

للوقت دورين في سلامة الإجراءات من أوجه القصور والبطلان، يتمثل الدور الأول منهما في تصحيح الإجراء الباطل بتدارك أوجه القصور فيه، بينما يكمن الدور الثاني في تعطيل مكنة التمسك بما ينتاب الإجراء من أوجه قصور توجب بطلانه؛ بما يحول دون ترتيب هذا البطلان؛ فيستقر بذلك الإجراء، وذلك على النحو التالي:

١- دور الوقت في تصحيح الإجراء

رغم وقوعها باطلة، أو على خلاف مقتضى القانون؛ بما يستتبع إهدار قيمتها القانونية فإن الإجراءات المعيبة يمكن تصحيحها، وذلك بتجنب ما يعترها من معائب، أو بإعادة ضبطها وفق نموذجها التشريعي، شريطة أن يراعى في هذا التصويب أو التصحيح ما تقيدت به من مواعيد إجرائية، وإن لم يكن لها ميعاد محدد بنص القانون تولت المحكمة تحديد الميعاد المتعين إتمام التصحيح خلاله؛ وإلا بقيت معيبة.

كذلك يتصور -بدلاً من التصحيح- إعادة اتخاذ الإجراء المعيب مرة أخرى، فإذا ما تم ذلك وكان مواعده لا يزال قائماً ترتب عليه تصحيح العمل الإجرائي ككل، أما إذا تم ذلك بعد فوات ميعاده فلا يصح العمل الإجرائي ولو كان الإجراء المُعاد في ذاته صحيحاً، وذلك انطلاقاً من نص المادة ١/٢٣ مرافعات^(١).

وهو ما يعني أن التصويب وحده لا يكفي، بل يجب أن يراعى فيه الميعاد الإجرائي المقرر "قانوناً أو قضاءً"، فإذا مر الموعد ذهب مكنة التصحيح؛ وعليه يكون للميعاد الإجرائي عظيم الأثر في تصحيح الإجراءات.

(١) تنص المادة ١/٢٣ مرافعات على أنه "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه..."، ولم يتضمن نظام المرافعات هذا الحكم.

وفي خصوص التطبيق القضائي استقر قضاء النقض على تفصيل مضمون هذا النص واستخلاص كل مضامينه في التطبيق العملي، وبخاصة أن "التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد"^(١).

٢- دور الوقت في استبعاد البطلان عن الإجراء

إن مجرد فوات الوقت يؤدي إلى تحصن الإجراء أو العمل الإجرائي من جواز الاعتراض عليه؛ بما يستتبع تطابقه مع نموذج الصحيح في الأثر العملي والتطبيق الواقعي، وإن اختلفا في البناء والتكوين.

تفصيل ذلك أن ربط الاعتراض على الإجراء القضائي أو العمل الإجرائي بمدة زمنية معينة بما يستتبع سقوط مكنة الاعتراض بفوات هذه المدة؛ ولما كان الأصل صحة الإجراءات والأعمال الإجرائية إلى أن يُقضى ببطلانها بالطرق المحددة والمرسومة لذلك دون سواها، ولما كان فوات ميعاد الاعتراض يحول دون مواجهة ما يعتري الإجراء أو العمل الإجرائي من عيوب؛ فإن فوات الميعاد يؤدي إلى التطابق - من حيث الأثر - بين العمل الباطل والصحيح، أو بمعنى أضيق بين أثر الإجراء أو العمل الإجرائي الذي تم وبين الآثار المقررة لنموذجه التشريعي رغم الاختلاف بينهما.

وبتدقيق النظر لا يمكن القول بأن فوات زمن الاعتراض على الإجراء الباطل يصححه، لأن العيب لا يزول بمرور الزمن، ولكن الذي يزول بمرور الزمن هو بالأحرى مكنة التمسك بالعيب توصلًا إلى إقراره؛ ومن ثم ترتب آثاره.

^(١) وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "وفقًا لنصوص قانون المرافعات م١٢٣- يجوز "تصحيح الإجراء الباطل من إجراءات المرافعات وذلك بتكملة البيان أو الشكل أو العنصر المعيب فيه بشرط أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونًا لاتخاذ، وهو لا يعني تصحيح البطلان، وإنما يعني إعادة العمل الإجرائي الباطل أي إحلال عمل إجرائي جديد صحيح محل العمل المعيب، وهو قد يرد على كامل هذا العمل، كما يرد على الشق المعيب منه لتوافر فيه جميع مقتضياته القانونية فيكون غير معيب"، ثم خلصت المحكمة إلى أن "تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد"، وانتهت إلى اعتبار الاستئناف مرفوعًا بعد الميعاد، لأن التصحيح تم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف؛ وبالتالي يضحى الاستئناف غير مقبول لرفعه بعد الميعاد. حكمها في الطعن رقم ٥٣٥٠، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٣/٤/١٥ وكذلك حكمها في الطعن رقم ٦١٠٦، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٠/٦/١٤.

وتبدو خطورة هذه النتيجة المترتبة على مجرد فوات الزمن في أنها تتحقق بغض النظر عما إذا كانت المخالفة الإجرائية التي لحقت بالإجراء أو العمل ذات صلة بالنظام العام من عدمه، وهو ما يسمى بـ "قوة الأمر المقضي".

فمثلاً لو صدر حكم قضائي بالمخالفة لقواعد الاختصاص النوعي "وهي من النظام العام"، ثم انقضى ميعاد الطعن المقرر على هذا الحكم؛ فإن الأثر هو سقوط حق الطعن، بمعنى زوال مكنة مراجعة هذا الحكم للأبد، ويبقى مرتباً لآثار الحكم الصحيح، متطابقاً في هذه الآثار معه، بالرغم من وقوع مخالفة إجرائية واضحة فيه، وبالرغم من أن هذه المخالفة تتصل بالنظام العام، فتحصن الحكم بفوات مواعيد الطعن يتحقق ولو كان بطلانه متولد عن مخالفة حكم قانوني من النظام العام.

وقد أحسنت محكمتنا العليا في تعبيرها عن هذا المفهوم، وتأكيداً لهذا المعنى، حيث عبرت عنه بأن "قوة الأمر المقضي تسمو على قواعد النظام العام"، وأوضحت ذات المفهوم بصورة أشد صرامة حين ذكرت أنه "إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار"^(١).

وفي ذات السياق يلاحظ تأثر القوة الإجرائية للأحكام القضائية بمرور الوقت، فمما هو مقرر أن فوات مواعيد الطعن في الحكم تجعله باتاً^(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان الاستئناف المرفوع بعريضة لوجوب رفعه بتكليف بالحضور وذلك على خلاف حكم سابق في استئناف آخر عن ذات الحكم المستأنف - قضى نهائياً ببطلان الاستئناف لوجوب رفعه بعريضة تودع قلم الكتاب - وكان الحكم الاستئنافي الأول حكماً نهائياً صدر بين الخصوم أنفسهم وفصل في ذات النزاع وحاز قوة الشيء المحكوم فيه في خصوص ما قضى به قطعياً في منطوقه وأسبابه المرتبطة بهذا المنطوق من بطلان الاستئناف المرفوع بتكليف بالحضور وصحة الاستئناف المرفوع بعريضة تقدم لقلم الكتاب فإنه يتعين احترام حجية هذا الحكم النهائي عند نظر الاستئناف الثاني عن ذات الحكم المستأنف ولو كان الحكم الاستئنافي الأول قد خرج في قضائه على صحيح القانون أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام لأن قوة الأمر المقضي تسمو في هذا المقام - على قواعد النظام العام". (حكم المحكمة في الطعن رقم ٤٣٦، س ٣٠، جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧، وحكمها في الطعن رقم ٤٦٥٣، س ٦٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٢، والطعن رقم ٧٠٥، س ٦٣، جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٤).

كما قضت في ذات السياق بأنه "إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار"، (حكمها في الطعن رقم ٣٤٣، س ٢٣، جلسة ١٩٥٨/١/٩).

(٢) راجع في تأكيد هذا المعنى والوقوف على تفاصيله محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة في فرنسا ومصر ولبنان، مؤتمر حقوق الاسكندرية الخامس "العدالة بين الواقع والمأمول"، ٢٠١٢.

وفي ذات السياق قضت محكمة النقض بأن قضاء المحكمة يعد صحيحاً مهما وقع فيه من أوجه بطلان، بحيث لا يمكن تعديله أو إلغاءه مهما كان وجه العوار الذي انتابه، لكون السبيل الوحيد لذلك هو الطعن على الحكم بطريق الطعن المقرر، "فإن فالت مواعيد الطعن صار الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي وامتنعت

ولا شك في أن لوصف الحكم بالباتية من النتائج الهامة ما لا يحتاج إلى إشارة أو بيان^(١).

ثانياً: دور الوقت في إهدار القيمة القانونية للإجراء

بعد التأكيد على دور الوقت في تصحيح الإجراءات وتأكيد سلامتها من بعض العيوب التي قد تنال منها فهل للوقت دور على النقيض من هذا؟، بمعنى هل للوقت دور في إهدار القيمة القانونية للإجراء رغم اكتمال البناء القانوني له؟، ورغم تطابقه مع نموذج التشريعي؟، هذا ما نعرض له فيما يلي:

١- دور الوقت في إبطال الإجراء

قد يلعب الوقت دوراً بارزاً في إبطال إجراء تم صحيح، وذلك حينما يكون بقاء هذا الإجراء على صحته يقتضي القيام بنشاط إجرائي معين خلال مدة زمنية محددة، بحيث يترتب على فوات هذه المدة الزمنية دون القيام بهذا النشاط رفع الصحة عن الإجراء؛ بما يعني إهدار قيمته القانونية التي كانت ثابتة له.

وكأن هذه القيمة القانونية -في تصوري- معلقة على شرط فاسخ، بحيث تثبت للإجراء وتستقر له بتأكد تخلف هذا الشرط والتمثل في "اتخاذ النشاط الإجرائي المطلوب خلال الموعد المحدد"، أو تزول وتتلاشى بتحقق الشرط الفاسخ "بمرور الموعد المحدد دون اتخاذ النشاط الإجرائي المطلوب".

ومن التطبيقات العملية لهذا الدور الإجرائي للوقت ما يقره نص المادة الخامسة من قانون الإثبات من أنه "يجب إعلان منطوق الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً. ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين".

العودة إلى مناقشة الموضوع كما طرح على محكمة أول درجة بأي دعوى تالية أو دفع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع بدرجةها أو طرحت عليها فالتفتت عنها أو أصدرت فيها قضاءً خاطئاً". (حكمها في الطعن رقم ٥٥٠٨، س٧٠ق، جلسة ٢٠٠٢/١٢، وحكمها في الطعن رقم ٢٨١٦، س٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/١/٣٠).

^(١) أنها في مجال التنفيذ وفقاً للنظام السعودي إمكان التنفيذ العادي للحكم، ذلك أن المادة العاشرة من هذا النظام تستلزم باتية الحكم كي يتسنى تنفيذه.

فوفق هذا النص إذا لم يتم مراعاة التوقيت الزمني المذكور في إتمام الإعلان، أو انقضى الموعد المحدد دون إعلان فإن الأثر المترتب هو بطلان إجراءات الإثبات ولو كانت صحيحة في ذاتها، ولا يمكن القول بأن البطلان هو أثر عدم الإعلان وفق الضوابط المحددة؛ بما يعني انتفاء دور الوقت، ذلك أن التقيد بالقيود الزمني المذكور هو من ضوابط الاعتداد بالإعلان حال القيام به؛ ولذا فلو وقت دور لا يمكن تجاهله.

فلو تم الإعلان صحيحاً وفقاً لقواعده المحددة دون التقيد بهذا الضابط الزمني الخاص فلن يعتد به، وهكذا فلا بد من مفترضين لصحة إجراءات الإثبات المشار إليها، الأول تمام الإعلان وفق قواعده وأحكامه، والثاني مراعاة القيد الزمني الخاص بأن يتم هذا الإعلان في الموعد محدد، وهنا مناط الدور الإجرائي للوقت^(١).

ومن تطبيقات ذلك أيضاً -وفقاً لرأي قوي في الفقه الإجرائي تدعمه بعض تطبيقات المحاكم- أنه يترتب على عدم ذكر تاريخ صدور الحكم "أي وقت النطق به" بطلانه، انطلاقاً من أهمية تحديد وقت صدور الحكم في تحديد بدء ترتيب آثاره، وبدء احتساب مواعيد الطعن عليه^(٢).

٢- دور الوقت في اعتبار الإجراءات كأن لم يكن

تبنت قواعد المرافعات العديد من التطبيقات التي يتوقف فيها استمرار الاعتداد بالإجراء على اتخاذ إجراء آخر خلال وقت محدد، فإذا ما انقضى الوقت دون اتخاذ هذا الإجراء المطلوب زال الإجراء الأول.

والفارق بين هذا الدور للوقت وبين دوره في إبطال الإجراء على نحو ما ذكرت في الفقرات السابقة واضح، ذلك أن الدور الأول يتعلق بصحة الإجراء السابق، فيتم رفع هذه الصحة؛ فيضحي الإجراء باطل بعد أن كان صحيحاً؛ ولذا مثلت له بالشرط الفاسخ، بينما لا يمس الدور الثاني للوقت بصحة الإجراء وإنما ببقاء الوجود القانوني له، بحيث يؤدي فوات الوقت دون مباشرة النشاط الإجرائي المطلوب إلى اعتبار

(١) في تأكيدها لهذا المعنى راجع لمحكمة النقض حكمها في الطعن رقم ٨٢١، س ٧٠٠، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٥.
(٢) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص ١٢٠، وفي عرض موقف الرأي المخالف راجع عادل سالم، الحكم القضائي المنعدم، ص ١٣٨، وازيادة للتفصيل راجع أسامة أحمد شوقي الملبجي، نظم الإثبات، ص ٩٦، سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص ٢٩.

الإجراء الأول وكأنه لم يتخذ أصلاً، وإن كان المفترض واحداً، وكانت المحصلة النهائية متماثلة.

وهناك العديد من تطبيقات دور الوقت في اعتبار الإجراء كأن لم يكن، وتزايد هذه التطبيقات في مجال التنفيذ القضائي، وتتعلق في معظمها باعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم اتخاذ إجراء ما بعد توقيعه^(١).

بل إن قواعد المرافعات أوجدت للوقت دوراً أكثر فاعلية ووضوحاً حين أقتت الوجود القانوني لبعض الإجراءات، فجعلت من الوقت محدداً لبقاء الإجراء؛ بحيث يتلاشى الإجراء بمجرد مرور الزمن، وهو ما يقطع بالدور الإجرائي الفاعل للوقت في هذا الصدد^(٢).

بينما تكاد تختفي تطبيقات هذا الدور للوقت في النظام السعودي، سواء في خصوص نظام المرافعات الشرعية أو فيما يتعلق بنظام التنفيذ على السواء^(٣).

(١) سبقت الإشارة إلى العديد من التطبيقات المفيدة في هذا الصدد وأضيف إليها زوال أمر القاضي بتوقيع الحجز التحفظي إذا لم يتم الدائن بمباشرة إجراءات تقرير ثبوت الحق وصحة الحجز خلال ثمانية الأيام لتوقيع الحجز (حكم المواد ٢/٢١٠ و ٣/٢٢٠ و ١/٣٣٣ و ٢/٣٤٩ من قانون المرافعات)، وكذلك إعلان محضر الحجز في الحجز التحفظي إلى المحجوز عليه والأمر الصادر به خلال ثمانية أيام من تاريخ توقيعه (المادة ٢/٢٢٠، والمادة ٢/٣٣٢ من قانون المرافعات)، هو ما قرره نظام التنفيذ في المادة ٣١ والمادة ٦١ منه

وكذا ما يقرره نص المادة ١/٣٧٥ من ذات القانون من أن "يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه"، وما يقرره في نص المادة ١/٤١٤ من أن "يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن".

(٢) من تطبيقات ذلك ما تنص المادة رقم ٢٩ من قانون الحجز الإداري رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ من أنه "... يجب إعلان المحجوز عليه بصورة من محضر الحجز مبيئاً بها تاريخ إعلانه للمحجوز لديه خلال الثمانية أيام التالية لتاريخ إعلان المحضر للمحجوز لديه وإلا اعتبر كأن لم يكن".

وفي تأكيدها لهذا المعنى وترتيب جميع آثاره القانونية راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٦٧١، س٦٥ق، جلسة ١٩٩٦/١/٧، ٢٩٦٥٨، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/٦/١١، ٢٧١١، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٧/٢/٢، ١٧١٧٣، س٧٧ق، جلسة ٢٠١٦/٥/١٦.

(٣) لم يتضمن نظام المرافعات الشرعية من هذه التطبيقات سوى ما تقرره المادة ٣/٨٦ في خصوص الوقت الاتفاقي من أنه "إذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل عد المدعي تاركاً دعواه"، وإن لم يتعلق التطبيق باعتبار الدعوى كأن لم تكن غير أن وجه الاستدلال واحد، كما لم يتضمن نظام التنفيذ في هذا الخصوص سوى ما ورد بنص المادة ٣١ و ٦١ وفق ما نكر في الهامش قبل السابق.

ثالثاً: دور الوقت في تحديد طبيعة الإجراء

قد يتوقف تحديد طبيعة ونوع العمل الإجرائي على ميعاد إتمامه؛ بما يترتب على ذلك من نتائج هامة على تحديد آثاره.

فوقت الطعن على الحكم من المستأنف ضده يعد أساساً للتمييز بين الاستئنافين الفرعي والمقابل، فإذا تم الطعن في ميعاد الطعن بالاستئناف عد الاستئناف مقابلاً، بينما يعد الاستئناف فرعياً إذ تم الطعن بعد فوات هذا الميعاد^(١).

وهناك العديد من الآثار المترتبة على التمييز بين الاستئناف الفرعي والاستئناف المقابل، تدور في مجملها حول المكثات الإجرائية المخولة للمستأنف تبعاً لتحديد نوع الاستئناف، حيث تتماثل هذه المكثات في الاستئناف المقابل مع تلك المخولة للمستأنف في الاستئناف الأصلي، بينما تتضاءل كثيراً في حق المستأنف في الاستئناف الفرعي، إذ تقتصر على تعطيل "قاعدة ألا يضار الطاعن بطعنه"؛ بحيث يصبح من الجائز تعديل الحكم المستأنف لصالحه^(٢).

ومن أبرز نتائج التمييز بين نوعي الاستئناف المترتبة على وقت التقرير به تحديد النطاق الشخصي للاستئناف، فعلى عكس الاستئناف المقابل لا يوجه الاستئناف الفرعي سوى للمستأنف في الاستئناف الأصلي وبذات صفته في هذا الاستئناف^(٣).

كما أنه وفي تأكيدها لدور الوقت في التمييز بين الاستئنافين الفرعي والمقابل، وتحديد الآثار التي تتولد عن هذا التمييز، ومنها تبعية الاستئناف الفرعي -على خلاف المقابل- للاستئناف الأصلي، وجوداً وهدماً، قضت محكمة النقض بأنه "لما

(١) في تعريفها للاستئناف الفرعي قضت محكمة النقض بأن "الاستئناف الفرعي طريقاً من طرق الطعن استثناءً من القواعد العامة المتعلقة بميعاد الطعن أجازته المشرع للمستأنف عليه بعد مضي ميعاد الاستئناف". (حكما في الطعن رقم ٢٩٢١، س٥٧ق، جلسة ١٩٩٤/٤/٢٧).

(٢) أحمد هندي، قانون المرافعات، ص ٣٣٣، ع. عبد محمد الناصر: الوسيط من ٣٣٣ ع.

(٣) قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه "في الفرض الذي قرر فيه القانون استثناء رفع الاستئناف بعد فوات ميعاده عن طريق ما يسمى بالاستئناف الفرعي وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ مرافعات اشترط أن يوجه الاستئناف الفرعي إلى المستأنف وحده دون سواء وبذات صفته التي اتخذها في الاستئناف الأصلي، فلا يوجه إلى مستأنف عليه آخر في الاستئناف الأصلي، أو إلى خصم لم يرفع هذا الاستئناف، وذلك تحقيقاً للطة من إجازة رفع الاستئناف الفرعي استثناءً بعد الميعاد، وهي تمكين المستأنف ضده في الاستئناف الأصلي من الرد على خصمه الذي باعته برفع استئناف قبله، والذي ما فوت عليه ميعاد الطعن على الحكم إلا لاعتقاده برضاء خصمه به، مع كون هذه الأحكام من النظام العام لتطبيقها بأسس التفاضل؛ بما يترتب على ذلك من نتائج". (حكما في الطعن رقم ١٠٢٤، س٦٥ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩).

كانت المادة ٢٣٧ من قانون المرافعات تنص على أنه "يجوز للمستأنف عليه إلى ما قبل إقفال باب المرافعة أن يرفع استئنافاً مقابلًا بالإجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه. فإذا رفع الاستئناف المقابل بعد مضي ميعاد الاستئناف اعتبر استئنافاً فرعياً يتبع الاستئناف الأصلي ويزول بزواله"^(١).

كما أن الوقت ينهض معياراً للتمييز بين الاستئنافين الأصلي والمقابل، ذلك أن الاستئناف الذي يرفع أولاً يكون أصلياً، بيد أن الاستئناف الذي يرفع بعد الاستئناف الأول يوصف بالمقابل^(٢).

الفصل الثاني

دور الوقت في تحديد آثار الإجراء

لا يقتصر دور الوقت على المساهمة في تصحيح الإجراء، أو تحديد نوعه وطبيعته فحسب، بل يتجاوز هذه الحدود ويتعداها لتحديد الآثار القانونية للإجراء؛ وبيان نتائج المترتبة عليه تبعاً لذلك، فضلاً عما يسهم به الوقت في بيان آثار مخالفة الإجراء.

ورغبة في التلليل على هذا الدور الإجرائي للوقت أحاول الوقوف على دور الوقت في تحديد آثار الإجراء من خلال النقاط التالية:
أولاً: دور الوقت في تحديد الأثر القانوني للإجراء

(١) حكمها في الطعن رقم ١١٧، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٣/٣.

وهو ما سبق أن أكنته من خلال أحكامها في الطعون أرقام ٤، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٣/٣، ٢٧٥٢، س٥٨ق، جلسة ١٩٩٦/١/١، و٢٤٣٧، س٥٥ق، جلسة ١٩٩٣/٥/٣، و٣٢٢، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٤/٤/٤، و٧٤، س٤٨ق، جلسة ١٩٨١/٦/٩، و١٠٥، س٤٠ق، جلسة ١٩٧٩/١٢/١١، و٨٦٨، س٤٦ق، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٤، و٥٠، س٤٢ق، جلسة ١٩٧٩/٢/٢.

(٢) في اتخاذها الوقت معياراً للتمييز بين أنواع الاستئناف الثلاثة قضت محكمة النقض بأنه "إذا صدر حكم أجيب فيه الخصم إلى بعض طلباته أو قضي فيه لكل من الخصمين على الآخر بكل أو بعض طلبات خصمه، فإنه يجوز لكل من الخصمين أن يستأنف هذا الحكم، فإذا رفع الاستئنافان في الميعاد ولم يكن أحد المستأنفين قد قبل الحكم الابتدائي؛ فإن كل استئناف منهما يكون استئنافاً أصلياً مستقلاً، أما إذا استأنف أحد الخصمين الحكم فقد أجاز المشرع ... للمستأنف عليه إلى ما قبل إقفال باب المرافعة أن يرفع استئنافاً مقابلًا يرد به على الاستئناف الأصلي بالإجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه، فإذا رفع الاستئناف المقابل بعد مضي ميعاد الاستئناف أو بعد قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي اعتبر الاستئناف في هذه الحالة استئنافاً فرعياً". (حكمها في الطعن رقم ٥٩٥، س٣٩ق، جلسة ١٩٧٥/٣/٢٦)، وراجع في ذات المعنى حكمها في الطعنين رقمي ٢٧٥٠ و٢٧٥١، س٥٧ق، ١٩٩٤/٦/٢١، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٠٢٥٤، س٣٥ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/١.

يلاحظ أن للوقت دور في تحديد آثار الإجراء أو العمل الإجرائي في بعض الحالات، بحيث يكون للإجراء أثر معين إذا بوشر في توقيت معين، ثم يتغير أثر الإجراء إذا ما تغير توقيت مباشرته، بحيث يكون الاختلاف في الأثر مرده فقط اختلاف توقيت مباشرة الإجراء.

ولعل من أبرز تطبيقات القضاء المصري لهذا الدور للوقت أثر وقت الترك في مرحلة الاستئناف على تحديد قيمته القانونية، فإذا كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك فلا يتوقف القضاء بقبول الترك على قبول المستأنف عليه، ولو كان هذا الأخير قد أبدى طلباته في الاستئناف، أو أقام استئنافاً فرعياً، وعلى خلاف ذلك يكون الحكم لو تم الترك قبل انقضاء ميعاد الاستئناف^(١).

وهكذا يتحدد الأثر القانوني للترك وما إذا كان يستلزم قبول الخصم الآخر من

عدمه على توقيت مباشرته.

ثانياً: دور الوقت في تفعيل الجزاء الإجرائي

لا شك أن الجزاء الإجرائي أثر من آثار مخالفة أحكام الإجراء القضائي، ويبدو دور الوقت في نطاق الجزاءات الإجرائية من عدة أوجه، نعرض لها فيما يلي:

١ - الوقت كجزاء إجرائي:

يعد الوقت بذاته من تطبيقات الجزاء الإجرائي في قواعد المرافعات^(٢)، حين يستعمله التشريع كوسيلة عقاب للخصم المخطئ وتحديدًا المدعي بوصفه المستفيد من المضي قدمًا بالإجراءات إلى غايتها النهائية، ففي تنظيمها للغرامة كجزاء على المدعي

(١) قضت محكمة النقض بأنه "غابر المشرع في الحكم بين ترك الخصومة في المرحلة الابتدائية للدعوى وبين تركها في مرحلة الاستئناف. فنص على الحالة الأولى في المادة ١٤٢ من قانون المرافعات التي تقضي بأنه لا يتم ترك الخصومة بعد إيداع المدعي عليه طلباته إلا بقبوله، وذلك مراعاة لصالح المدعي عليه حتى يتسنى له حسم النزاع ولا يبقى مهددًا بخصومة جديدة، أما في مرحلة الاستئناف فقد نصت المادة ١٣٨ من قانون المرافعات على أن تحكم المحكمة وفي جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة في الاستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك ففي هاتين الحالتين لا يتوقف القضاء بقبول ترك الخصومة في الاستئناف على قبول المستأنف عليه ولو كان قد أبدى طلباته في الاستئناف أو أقام استئنافاً فرعياً إذ لا مصلحة له في الاعتراض على الترك بعد أن أصبح في مأمن من استئناف جديد لنزول المستأنف عن حقه في الاستئناف أو لانقضاء ميعاد الاستئناف وقت الترك". (حكمتها في الطعن رقمي ٣١٧٧ و ٣٩٢٢، س ٦١ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٢١).

(٢) تضمن قانون المرافعات المصري فكرة الوقف الجزائي دون النظام السعودي الذي لم يتضمن تنظيمًا للوقف الجزائي، واقتصر من تطبيقات الوقف القضائي على الوقف التعليلي وحده.

الذي يتخلف عن القيام بأي إجراء من الإجراءات التي حددتها له المحكمة فإن المادة ٩٩ مرافعات أجازت بدلاً من الحكم بالغرامة أن تحكم المحكمة بوقف الدعوى^(١). ويأتي هذا الجزاء أثرًا لخطأ إجرائي ارتكبه المدعي، يتمثل في عدم الامتثال لأمر المحكمة، مغلًا بذلك بواجب إجرائي كان من المتعين عليه القيام به، إذ قرر القانون جزاءان للمحكمة اختيار أحدهما، إما الغرامة أو الوقف، وبين النص الحد الأقصى لجزاء الوقف كما بين الحد الأدنى والأقصى للغرامة^(٢).

وهكذا فإن الوقف يعد جزاءً إجرائيًا في هذا الفرض بلا شك، بل إن نص القانون أصبغ عليه هذه الصفة، وانفتحت كلمة الفقه الإجرائي على أنه جزاء إجرائي تجاه المدعي، بدليل أن النص اشترط لتوقيعه سماع المدعى عليه حتى لا يؤخذ بجريرة المدعي وخطئه^(٣)، ولما كان الوقف يتمثل في عدم السماح بسير الإجراءات لمدة محددة؛ فإن الوقت هو جوهر الجزاء الإجرائي ومطه.

٢- الوقت كمفترض لتوقيع الجزاء الإجرائي:

في تنظيمها للجزاءات الإجرائية قد تستلزم قواعد المرافعات عنصر الوقت كمفترض من مفترضات توقيع بعض هذه الجزاءات، وهنا ينفصل الوقت عن الجزاء غير أنه يعد من موجباته.

وبالطبع لا يلزم أن يكون الوقت هو المفترض الوحيد لتوقيع الجزاء، بل يكفي أن يكون واحدًا من مفترضاته، مع أهميته كمفترض ضروري بين هذه المفترضات؛ بحيث لولاه ما اكتملت وما وقع الجزاء.

هذا: وقد تعددت تطبيقات اعتبار الوقت مفترض لتوقيع الجزاء الإجرائي، سواء في نصوص المرافعات أو في تطبيقات القضاء.

(١) تأكيدًا لهذا المعنى في التطبيق القضائي راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٠٨، س٦٥، جلسة ٢٠٠١/٦/٢٥.

(٢) وفقًا لنص المادة ١/٩٩ مرافعات الغرامة "لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربع مائة جنيه"، ووفقًا لنص الفقرة الثانية من ذات المادة فإن مدة الوقف لا تجاوز شهرًا.

(٣) فتحي والي، الوسيط، ص ٣١٢، وجدي راغب، مبادئ، ص ٣٣٣، محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ١٤٤.

ومن هذه التطبيقات ما يقرره نص المادة ٢/٦٨ مرافعات من جواز الحكم على من يتسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله في تأخير الإعلان بجزء الغرامة، والموعول عليه في ترتيب هذا الجزاء تحقق عدم القيام بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمها.

ومن هذه التطبيقات ما تقرره نصوص المرافعات من اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا انقضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في دعواه خلال خمسة عشر يوماً^(١).
ويلاحظ اتساع التطبيقات في هذا الصدد وشمولها لجميع إجراءات التقاضي من بدايتها حتى نهايتها^(٢).

^(١) نص المادة ٣/٩٩ مرافعات، ونص المادة ٢/٨٦ من نظام المرافعات.

في هذا السياق قضت محكمة النقض بأنه "إذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في دعواه خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهائها أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن، مما مفاده أنه يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال المدعي عليه أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر جزاء عدم إيداعه لمستنداته أو تقاعسه عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له، فإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في دعواه خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهائها أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة في الميعاد الذي حددته له فعندئذ يجب عليها أن توقع عليه جزاء آخر فتقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن، وإن تطلبت الفقرة الثانية من ذلك النص قبل القضاء بوقف الدعوى جزاء سماع أقوال المدعي عليه، فقد تكون له مصلحة في عدم وقفها والتصل فيها بحالتها، حتى لا يضار من تقصير المدعي، إلا أنه هو وحده صاحب المصلحة دون غيره في التمسك بسماع أقواله، إذ لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، فيقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته، لأن وقف الدعوى في هذه الحالة جوازي للمحكمة حسبما تستبينه من ظروف الدعوى وملابساتها". حكمها في الطعن رقم ٢٠٨، ٦٥، جلسة ٢٥/٦/٢٠٠١.

^(٢) من تطبيقات ذلك ما يتعلق بإيداع نسخة الحكم بعد توقيعها، إذ تنص المادة رقم ١٧٩ مرافعات من أن "يوقع رئيس الجلسة وكتابتها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ في ملف الدعوى وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في القضايا المستعجلة وسبعة أيام في القضايا الأخرى وإلا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويضات"، ورغم تنظيمه لإجراءات إصدار وإيداع الحكم غير أن نظام المرافعات لم يحدد موعداً للإيداع وبالتبعية لذلك لم يرتب جزاء يذكر في هذا الخصوص، وبصفة عامة لم يتضمن النظام السعودي أية جزاءات تذكر على من يتسبب في تأخر مباشرة الإجراءات، وإن كان هذا لا ينفى تطبيق المبدأ الفقهي العام من أن "الضرر يزال"، غير أن أحكام الضمان كما هو مقرر تتعلق بالمسؤولية المدنية دون الإجرائية.

وما يتعلق بسقوط الإجراء كأثر لفوات الوقت، ومن تطبيقاته ما تنص عليه المادة رقم ٢٠٠ مرافعات من أن "يسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد"، وما تنص عليه المادة رقم ٢/٢٠٥ مرافعات من أن "تعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم تكن إذا لم يتم إعلانها للمدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر".

ومن تطبيقات ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة رقم ٢/٢٣١ مرافعات من أنه "على قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه وينقص هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام في الدعاوى المستعجلة وتحكم المحكمة الاستئنافية على من يهمل في طلب ضم الملف أو في إرساله في الميعاد بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تتجاوز مائتي جنيه بحكم غير قابل للطعن، وما

وقد امتدت هذه التطبيقات لتشمل مجال التنفيذ القضائي، ومن قبيل ذلك اعتبار الوقت مفترض لتحقيق المخالفة الإجرائية في حق المحجوز لديه فيما يتعلق بتقديم تقرير بما في ذمته، فلو لم يتم بهذا الإجراء في الوقت المحدد تحققت المخالفة؛ وجاز توقيع الجزاء المتمثل في إلزامه بالدين المحجوز سداداً له^(١).

كما اتسعت هذه التطبيقات لتغطي جميع مراحل وإجراءات التنفيذ القضائي^(٢).

الخلاصة إذن أن للوقت دور باعتباره من مفترضات الجزاء الإجرائي حينما ينهض ضابطاً لتحقيق المخالفة الإجرائية التي هي جوهر هذا الجزاء ومفترض توقيعه^(٣).

تنص عليه المادة رقم ٢/٣٤٣ من أنه "يجب في جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى والتعويضات المترتبة على تصديره أو تأخيرها".

(١) مضمون نص المادة رقم ١/٣٤٣ مرافعات، ونص المادة رقم ٨/٢٧ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ. (٢) ومن تطبيقات ذلك في إطار قانون المرافعات ما يقرره في نص المادة ٢/٢١ من أن "على الدائن خلال ثمانية الأيام لتوقيع الحجز أن يقدم طلب الأداء وصحة إجراءات الحجز إلى القاضي المذكور، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن"، وتنص المادة ٢/٢٩٥ مرافعات على أنه "إذا لم تقدم المنازعة في الميعاد أو قدمت ورفضت أخذ على الكفيل في قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده"، وما تنص عليه المادة ٢/٣٢٠ من أنه "يجب أن يعلن الحاجز إلى المحجوز عليه محضر الحجز والأمر الصادر به إذا لم يكن قد أعلن به من قبل وذلك خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ توقيعه وإلا اعتبر كأن لم يكن"، والمادة ٣/٣٢٠ منه على أنه "في الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي التنفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام المشار إليها في الفقرة السابقة أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق الحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن"، وهو نفس ما قرره في نص المادة ١/٣٣٣ والمادة ٢/٣٤٩ منه.

كما تنص المادة ١/٣٧٥ من قانون المرافعات على أنه "يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه..."، وتنص المادة ٤١٢ منه على أنه "يجب أن يسجل الإنذار وأن يوشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه"، وتنص المادة ٤١٣ منه على أنه "إذا تبين سبق تسجيل إنذار للحائز على العقار ذاته طبقت أحكام المادتين ٤٠٢، ٤٠٣ وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار"، وتنص المادة رقم ١/٤١٤ منه على أنه "يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن"، وتنص المادة ٢/٤٥٢ منه على أن "على من يباشر الإجراءات أن يودع قلم الكتاب أوراق الإجراءات خلال ثلاثة الأيام التالية لإنذاره بذلك على يد محضر وإلا كان مسئولاً عن التعويضات ولا ترد لمن يباشر الإجراءات مصاريف ما باشره منها إلا بعد إيقاع البيع"، وتنص المادة ٢/٤٥٣ مرافعات على أن "الدائن الأسبق في تسجيل التنبيه أن يسير في إجراءات التنفيذ من آخر إجراء صحيح على أن يحصل التأشير على هامش تسجيل التنبيه بما يفيد الأخبار بإيداع قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ التأشير عليه وفقاً لحكم الفقرة السابقة وإلا اعتبر تسجيل تنبيهه كأن لم يكن".

ومن هذه التطبيقات في إطار نظام التنفيذ ما يقرره في نص المادة ٣١ من أنه "يجب أن يبلغ المحجوز على أمواله والمحجوز لديه بالأمر الصادر بالحجز خلال عشرة أيام على الأقل من تاريخ صدوره وإلا عد الحجز ملغى، ويجب على الحاجز خلال الأيام المشروطة المشار إليها

أن يرفع أمام المحكمة أو الجهة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا عد الحجز ملغى"، وما يقرره في نص المادة ٦١ من أنه

١١. في الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي التنفيذ يجب على طلب الحجز - خلال عشرة الأيام اللاحقة لإعلان المدعى بالحجز - أن يرفع أمام

الجهة القضائية المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا عد الحجز كأن لم يكن.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة الدور الإجرائي للوقت أخلص إلى عدة نتائج وبعض

التوصيات على نحو ما يلي:

أولاً: أبرز النتائج

* يلعب الوقت دوراً هاماً وبارزاً في المجال الإجرائي عموماً، فلا ينحسر في إجراءات التقاضي والتنفيذ فقط بل يتسع ليدخل في التنظيم والاختصاص القضائيين، فدور الوقت بارز في جميع موضوعات المرافعات، سواء ما يتعلق منها بمرفق القضاء حال سكونه أو حال حركته، ومن قبيل ذلك دوره في اكتساب الصفة القضائية وتحديد نطاقها، وكسب المراكز الإجرائية للخصوم وممثلهم، وتحديد حدود هذه المراكز.

* الأصل في النظم الوضعية تولي نصوص المرافعات تنظيم الوقت وما يتعلق به من أحكام إجرائية، واستثناءً تمنح هذه النظم القاضي والخصوم سلطة تقديرية مقيدة في هذا الصدد، وعلى عكس ذلك يأتي الوضع في الفقه الإسلامي، إذ يجعل الأصل في ذلك للقضاء، وهذا الاختلاف ميرر ومنطقي، ذلك أن التشريع الإسلامي -على خلاف القوانين الوضعية- جاء بالكليات والقواعد العامة، مع ترك التفاصيل والفروع للاجتهاد كل فيما يخصه، ولا شك أن التنظيم الإجرائي للوقت يدخل في مجال الاجتهاد القضائي.

* يتمتع الخصوم -في نطاق قواعد المرافعات- بسلطة تقديرية في تحديد الوقت، مع ملاحظة أن هذه السلطة في كثير من تطبيقاتها تخضع لرقابة القضاء، وفي بعض تطبيقاتها تأبى الخضوع لهذه الرقابة، غير أن الأمر على عكس ذلك في مجال

(١) تعد المخالفة الإجرائية مفترض جوهري لتوقيع الجزاء الإجرائي، وتتحقق بالخروج على التنظيم الإجرائي المرسوم للقيام بالعمل الإجرائي بصورة تتم عن وجود عيب فيه، يتمثل في مخالفته -وفقاً لما حدث في الواقع العملي- لمقتضاه -وفقاً لما هو وارد في النص القانوني-؛ وعليه يتلزم تحقق العيب الإجرائي مع تحقق المخالفة الإجرائية كمفترض جوهري لتوقيع الجزاء الإجرائي. راجع في تفصيلات هذا الأمر نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، ص ٤٦.

التحكيم، إذ يتمتع الخصوم بسلطة واسعة تتحرر -كقاعدة- من كل قيد في هذا الخصوص.

* للوقت أثر مباشر على حق الدعوى وحق الطعن على الأحكام، سواء في النظم القانونية "كالقانون المصري والنظام السعودي"، أو في فقه الشريعة الإسلامية، وكذا في التطبيق القضائي.

* للوقت دور جوهري في خصوص الإجراءات القضائية، سواء فيما يتعلق بتكوينه، أو ترتيب آثاره، وقبل هذا وذاك في إيجاد مكنة اتخاذ الإجراء، وأخيراً في تبديد هذه المكنة وإزالتها.

* يترتب على مخالفة أحكام الوقت آثار إجرائية عظيمة، لعل من أخطرها الحرمان من المكنة الإجرائية، سواء في خصوص طلب الحماية القضائية، أو مراجعة القرار القضائي بغية إلغائه أو تعديله.

* يعمل الوقت في المجال الإجرائي على احترام مبادئ التقاضي الأساسية، ويدور بين كونه حقاً في بعض الفروض والتزاماً في فروض أخرى، كما يعمل على تحقيق التوازن بين كثير من الاعتبارات المتقابلة والمصالح الإجرائية المتعارضة، كالتوازن بين الرغبة في سرعة حسم النزاع وضرورة تمكين الخصم من ممارسة حقه في الدفاع، وإتاحة الفرصة الكافية للقاضي كي يتبين وجه الحق في الدعوى.

* تتعدد محددات الدور الإجرائي للوقت، فمنها ما يتعلق بنوعه وطبيعته، كما تدخل كيفية احتسابه ضمن محددات الدور الإجرائي له، كذلك تحديد لحظة بدء احتساب الميعاد ذو أثر ملحوظ ومعتبر في هذا الصدد.

* يخضع الوقت في جانب كبير منه للسلطة التقديرية للقضاء، وسلطان الإرادة للخصوم، سواء فيما يتعلق بالإلزام به، أو تعديله، أو تعطيل آثاره.

* يعد الوقت قيدياً على الحرية الإجرائية لأشخاص الخصومة القضائية، وهو ما يتعين مراعاته على كافة الأصعدة: ففي خصوص التقنين يجب عدم الإسهاب في تقييد إجراءات التقاضي بقيود زمنية، وفي خصوص التطبيق القضائي يتعين العمل على توخي الدور المعتبر للوقت في التنظيم الإجرائي دون إفراط أو تفريط، وعلى

الصعيد الفقهي باعتبار الفلسفة الإجرائية للوقت ودوره في التنظيم الإجرائي ضابطان محل اهتمام، سواء في الشروح الفقهية أو التطبيقات النظرية، أو المقترحات التطويرية.

ثانيًا: أهم التوصيات

تعددت الملاحظات التي تضمنتها هذه الدراسة، ولا شك أن الهدف الأول والأهم لمثل هذه الملاحظات يكمن في محاولة تطوير النظام الإجرائي ليوكب مستجدات العمل القضائي بالصورة التي تعمل على ضبط ميزان العدالة، وتزداد فاعليته في تحقيق العدالة الناجزة، وسأكتفي في هذا المقام بعرض أهم التوصيات المستوحاة من تلك الملاحظات، وذلك على النحو التالي:

التوصية الأولى: تبني النظام السعودي الأحكام الإجرائية التي تضمنها قانون المرافعات المصري، لضبط التنظيم الإجرائي للخصومة أمام القضاء السعودي وبخاصة:

أولاً: إضافة نص لنظام المرافعات الشرعية مماثل لنص المادة الخامسة من قانون المرافعات المصري فيما تضمنه من أنه "إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيًا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله".

ثانيًا: تبني منهج قانون المرافعات المصري فيما تضمنه من تحديد مدة للتعجيل من الشطب، فضلاً عن تبني فكرتي سقوط وتقادم الخصومة بمضي المدة، وذلك تجنباً لبقاء الخصومة قائمة رغم ركودها إلى أجل غير مسمى، وتحقيقاً لمبدأ تركيز الخصومة؛ بما يعمل على تفعيل الدور الإجرائي للوقت في هذا الخصوص، وذلك من خلال:

١- استبدال عبارة "إذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها اعتبرت كان لم تكن" بالعبارة الأخيرة من نص المادة ٥٥ من نظام المرافعات "ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من المحكمة العليا"، ليصبح النص في صورته الأخيرة "إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات

الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها بحسب الأحوال، وعند ذلك تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإن غاب المدعي كذلك ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى، فإذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها اعتبرت كأن لم تكن".

٢- تبني أحكام قانون المرافعات الواردة بالفصل الثالث من الباب السابع، وبخاصة نص المادة ١٣٤ الذي يقرر أن "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي"، ونص المادة ١/١٤٠ الذي ينص على أنه "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح فيها".

٣- تبني موقف القانون المصري في تفعيل دور الوقت في تحديد الاختصاص المكاني، من خلال تبني حكم نص المادة رقم ٥٩ من قانون المرافعات فيما تضمنه من النص على أنه "في الدعاوى المتضمنة طلب إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها. وفي المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الاختصاص للمحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ"، وذلك تسهيلاً للتنفيذ العملي للقرار القضائي في هذه الفروض.

٤- تبني منهج قانون المرافعات المصري فيما يتعلق بتصحيح الإجراءات الباطلة، تجنباً لإهدار قيمتها القانونية، وذلك بتجنب ما يعترىها من معاييب، أو بإعادة ضبطها وفق نموذجها القانوني، شريطة أن يراعى في هذا التصويب أو التصحيح ما تقيدت به من مواعيد إجرائية، وإن لم يكن لها ميعاداً محدداً بنص النظام تولت المحكمة تحديد الميعاد المتعين إتمام التصحيح خلاله، بتبني نص المادة ١/٢٣ مرافعات التي تنص على أنه "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك

بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه..."، وذلك وفقاً لما سبق تناوله تحت عنوان دور الوقت في تصحيح الإجراء

التوصية الثانية: تعديل نص المادة رقم ٥٨ من قانون التحكيم المصري، وكذا نص المادة رقم ٥٥ من نظام التحكيم السعودي، وذلك بحذف الفقرة الأولى من كلا النصين فيما تضمنته من النص على أنه "لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى"، لعدم منطقيتها ولخروجها على مقتضى الدور الإجرائي للوقت وفق ما تم بيانه فيما سبق تحت عنوان "دور الوقت في نشوء المكنة الإجرائية".

أهم المراجع

أولاً: مراجع الفقه الإسلامي

* ابن أبي الدم: أدب القضاء، مطبعة زيد بن ثابت، ١٩٧٥م.

* ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط٢، ١٩٧٩، دار الفكر.

* ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

* ابن قدامة المقدسي: المغني، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٠م.

* ابن قَيِّم الجَوْزِيَّة: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

* الطرابلسي: معين الحكام، دار الكتاب الإسلامي، ط١، ١٣٠٠هـ.

* الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ثانياً: مراجع القانون

* أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٧م.

* أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٦، ٢٠٠٠م.

* أحمد السيد صاوي: إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، ندوة التحكيم في عقود التشغيل والمقاولات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ديسمبر ٢٠٠٥.

* أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١م.

* أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائي وقواعد تطويرها في النظام القانوني السعودي، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، بحقوق عين شمس، المجلد ٣٥، ع١٤، ١٩٩٣.

- * أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، مج ٢، ع ١٤، يناير ١٩٦٠.
- * أحمد هندي: التحكيم، دراسة إجرائية، في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، خصومة التحكيم، رد المحكم، الحكم التحكيمي، دعوى البطلان، تنفيذ الحكم التحكيمي، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.
- * أحمد هندي: أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٨٩.
- * أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
- * أسامة أحمد شوقي المليجي: نظم الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية والإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- * الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دراسة تحليلية لدور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحد من آثارها، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- * بدر بن سليمان بن صالح النصيان: المواعيد الإجرائية المتعلقة بالدعوى قبل الحكم في نظام المرافعات الشرعية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤م.
- * سحر عبدالستار إمام: دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١، منشور لدى دار النهضة العربية ٢٠٠٧.
- * سيد أحمد محمود: أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٥م.
- * طلعت محمد دويدار: الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
- * طلعت محمد دويدار: الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، دار الحافظ، ط ٣، ١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م.

- * طلعت محمد دويدار: سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، ١٩٩٢.
- * عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط٢، ١٩٩٨.
- * عبدالباسط جميعي: مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨٠.
- * عبدالله بن عبدالعزيز الدرعان: المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- * عزمي عبدالفتاح: حكم المحكمين في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي والقانون المصري والفرنسي الجديد، مجلة الأمن والقانون بالإمارات، ع٢، ١٩٩٤.
- * علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- * عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣/٢٠٠٤م.
- * عيد محمد القصاص: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط٣، ٢٠١٠م.
- * فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- * محمد سعيد عبدالرحمن: تيسير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، مستلزماته، مظاهره، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- * محمود محمد هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س٢٥، ع٢، ج١، يوليو ١٩٨٣.
- * نبيل إسماعيل عمر: الارتباط الإجرائي في قانون والمرافعات، منشأة المعارف، ١٩٩٤.
- * نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥م.

* نبيل إسماعيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر.

* وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة عين شمس، ١٩٦٧م.

* وجدي راغب فهمي: دراسات في المركز القانوني للخصم، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، السنة ١٨، العدد ١، يناير ١٩٧٦.

* وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط٤، ٢٠٠٤.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية للأحكام القضائية

* موقع مدونة الأحكام القضائية الصادرة عن وزارة العدل السعودية
"<https://www.moj.gov.sa>"

* الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المعتمد من قبل وزارة العدل المصرية "
"<http://www.cc.gov.eg>"

،،، تم بحمد الله تعالى وتوفيقه،،،

**فكرة العدالة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية
دراسة تحليلية**

د. عبد الله خليل حسين الفراء
كلية الحقوق - جامعة الأزهر بغزة

الملخص

تعتبر فكرة العدل والعدالة فكرة قديمة حديثة ليست ذات مدلول واحد وواضح، بل هي فكرة مرنة تتسع وتضيق بحسب النطاق الذي تعمل فيه، وهي أداة لخلق التوازن وحماية الضعيف، وإيصال المعتدي على حقه أو مركزه إلى الحماية المبتغاة. وقد تبين لنا أن المشرع الإجرائي قد استخدمها ضمن قواعد التداعي بكافة أنواعها تحقيقاً لدواعي الارتباط أو استجلاء الحقيقة أو لجعل الحكم الفاصل في النزاع يمثل نموذج رد المظالم وحماية الحقوق والمراكز من خلال معايير وضوابط كفلها المشرع ونظمها ووضع سبلاً للرقابة عليها.

Summary

The idea of justice and justness considered as a modern and old idea, but it has not one and clear meaning, it is flexible and can accommodate the idea of narrowing the range, according to which it operates, a tool to create balance and protection of the weak, and the delivery of the aggressor to his right or his position to the desired protection. We have found that the legislator procedural been used within the rules of association of all types investigation for reasons of link or truth or to make the decisive arbiter in the dispute represents a model response grievances and protect the rights and centers through the standards and regulations guaranteed by the legislator, systems and develop ways to control it

المقدمة

موضوع البحث ومشكلته:

يعتبر تأمين العدل للأشخاص مسئولية الدولة، لذا توجب علي الدولة التي تستهدف ذلك أن تنيط الأمر بسلطة من سلطاتها لتقوم على تحقيق العدالة بين المتقاضين. كما استوجب كفالة حق التقاضي للجميع وتيسير سبل الوصول إليه، تحقيقاً لحلم الإنسان في العدل.

ولما كانت التشريعات تشكل نموذج العدل، وطريقه الطيع، ومطيته الذلول، فإنها قد تكون سيفاً مسلطاً على العدل، وسهماً في قلب العدالة، وطريقاً لإهدار الحقوق.

وهذا أثار التساؤل عن المقصود بالعدالة؟ ومعيارها؟ وهل توجد تطبيقات لها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية؟.

أهمية البحث:

تظهر أهمية دراسة موضوع فكرة العدالة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في كون هذا القانون هو المحور الأساس للقوانين الإجرائية، وهو المنظم لإجراءات التقاضي وصولاً لإسباغ الحماية القضائية المطلوبة. خصوصاً أن هذه الفكرة هي أداة تحقيق التوازن بين المتعارضات، وهي وسيلة تمنع من التطبيق الحرفي وتؤدي للتطبيق الروحي للنصوص، وصولاً إلى العدالة المبتغاة.

فضلاً عن ذلك، فإن لهذا الموضوع أهمية علمية تتمثل في أن دراسة هذا الموضوع تبين الإشكاليات القانونية التي تواجه عمل القاضي، بما يمكن من تقديم حلول علمية لها.

منهج البحث:

سيرتكز بحث هذا الموضوع على قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، مبترشداً في ذلك بما وقف عليه الفقه والقضاء. متبعاً المنهج التحليلي، من خلال تتبع النصوص وتحليلها، وصولاً للأهداف التي يرمى إليها البحث.

خطة البحث:

سيتم بحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية فكرة العدالة.

المبحث الثاني: نطاق فكرة العدالة في قواعد التداعي أمام المحاكم.

المبحث الثالث: نطاق فكرة العدالة في قواعد الحماية وتسيير الدعوى

والفصل فيها.

المبحث الرابع: ضوابط الوصول للعدالة والرقابة عليها.

لأصل في النهاية إلى خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

والله ولي التوفيق

المبحث الأول

ماهية فكرة العدالة

فكرة العدل والعدالة فكرة قديمة حديثة مرنة لها مجال واسع اختلف في المقصود بها وأنواعها ومدى الحاجة لها، ولبيان ذلك نستعرض الموضوع عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول

المقصود بالعدل والعدالة

للعدل والعدالة مدلول لغوي وآخر اصطلاحى نبينهما فيما يلي:

أولاً: العدل والعدالة لغةً:

تطلق كلمة عدل على عدة معان منها الاستواء، فالعدل من الناس : المرضي المستوي الطريقة. أما العدل في الأشياء ما يساوي الشيء. والعدل قيمة الشيء، وكذلك يأتي بمعنى الفدية ومنه قوله تعالى : ﴿وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا عَدْلٌ﴾⁽¹⁾. والعدل: نقيض الجور. وهو أيضاً بمعنى الاستقامة فيقال عدلته حتى اعتدل، أي أقمته حتى استقام. وعدل عن الطريق بمعنى حاد عنه أو مال، وعدل عن الشيء بمعنى نكل وعاد عنه⁽²⁾. ووردت لفظة العدالة في القرآن بمشتقاتها في ثمانية وعشرين موضعاً⁽³⁾، بمعان مختلفة، منها الاستقامة: ومنه قوله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁽⁴⁾. وإعطاء كل ذي حق حقه: ومنه قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فَلِذَلِكَ فَادْعُ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ

(1) سورة البقرة، آية (123).

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص 1030-1035، باب العين.

(3) محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الكتاب المصرية، 1364هـ، ص (448-449).

(4) سورة النحل، آية (90).

(5) سورة النساء، آية (58).

أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ أَمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ⁽¹⁾، وقوله تعالى : ﴿فَإِنْ فَاَعَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽²⁾. ومنها الإنصاف: ومنه قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾⁽⁴⁾. ومنها المرضي المقنع في الحكم والشهادة: ومنه قوله تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ أُخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كِتَابًا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁶⁾. منها الفدية: ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَدَّلَ كُلُّ عَدْلٍ لَّا يُؤْخَذُ مِنْهَا﴾⁽⁷⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَّا يَقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةً وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ﴾⁽⁸⁾. ومنها الميل والانحراف: ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَّا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا﴾⁽⁹⁾. ومنها الإشراف: ومنه قوله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ﴾⁽¹⁰⁾، وقوله تعالى ﴿أَلَمْ يَلَمْ اللَّهُ بَلْ هُمْ قَوْمٌ يَعْدِلُونَ﴾⁽¹¹⁾. ومنها الاستواء في الأشياء: ومنه قوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ﴾⁽¹²⁾.

كما وردت ٢٥ آية قرآنية تأمر بالقسط (العدل) و ٢٩٩ آية تنهى عن الظلم.

- (١) سورة الشورى، آية (١٥).
- (٢) سورة الحجرات، آية (٩).
- (٣) سورة المائدة، آية (٨).
- (٤) سورة النساء، آية (١٢٩).
- (٥) سورة المائدة، آية (١٠٦).
- (٦) سورة البقرة، آية (٢٨٢).
- (٧) سورة الأنعام، آية (٧٠).
- (٨) سورة البقرة، آية (٤٨).
- (٩) سورة النساء، آية ١٣٥.
- (١٠) سورة الأنعام، آية (١).
- (١١) سورة النمل، آية (٦٠).
- (١٢) سورة الانفطار، آية (٧).

ثانياً: العدل والعدالة اصطلاحاً:

تعرف العدالة بأنها (الاستقامة في الدين والدنيا)⁽¹⁾. وذهب البعض إلى أن (العدل شهادة أن لا إله إلا الله)⁽²⁾، وعرفه ثالث أنه (استواء السريرة والعلانية من كل عامل لله عملاً. فاشتملت على العدل العام الأمر بالاستقامة على الحق)⁽³⁾. وذهب رابع إلى أن (العدالة هي الإنزجار عن محظورات دينية وهي متفاوتة، وأقصاها أن يستقيم كما أمر الله)⁽⁴⁾ ورأى خامس أنها (الاستقامة على طريق الحق والبعد عما هو محظور، ورجحان العقل على الهوى)⁽⁵⁾، وذهب خامس إلى أنها (الاستقامة على طريق الحق بالاختبار عما هو محظور ديناً)⁽⁶⁾. وذهب سادس إلى أنها (إعطاء كل ذي حق حقه، لا فرق بين أفراد المجتمع، فالضعيف قوي حتى يُعطى حقه، والقوي ضعيف حتى يُؤخذ الحق منه، وهذا مؤدى قول أبي بكر رضي الله عنه في خطبته بعد البيعة: القوي عندي ضعيف حتى أخذ الحق منه إن شاء الله)⁽⁷⁾. ورأى سابع أن العدل هو (المسلم البالغ العاقل الذي سلّم من أسباب الفسق وخوارم المروءة وأن يكون مع ذلك متيقظاً غير مغفل إن حدث من حفظه فاهماً إن حدث على المعنى)⁽⁸⁾. وذهب ثامن إلى أنه (كل حامل علم معروف العناية)⁽⁹⁾. ورأى تاسع أنها (صفة زائدة

(1) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل الحنفي السرخسي: أصول السرخسي، ج ٣، المكتبة الوقفية، المنصورة، ١٩٩١، ص ١١٣.

(2) تعريف لابن عباس رضي الله عنهما عبد الله بن العباس أوردته خير الدين محمود محمد علي فارس الزركلي الدمشقي: الأعلام، ج ٤، ط ١٥٥، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٩٥.

(3) محمد علي الصابوني: مختصر تفسير ابن كثير، ج ٢، دار القرآن الكريم، بيروت، ١٩٨١، ص ٣٤٣.

(4) محمد علي التهانوي: كشاف اصطلاحات العلوم والفنون، ج ٤، مكتبة لبنان، ١٩٩٦، ص ١٠١٤-١٠١٥.

(5) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٤٧.

(6) أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكوفي المشهور بأبو البقاء الحنفي: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، القسم الثالث، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص ٢٥٣-٢٥٣.

(7) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري: تاريخ الأمم والملوك، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ، ص ٢٠٣.

(8) أحمد محمد شاكر: الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث للإمام ابن كثير، عالم الكتب، القاهرة، ص ٨٧.

(9) أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن تقي الدين المشهور بابن الصلاح: معرفة أنواع علوم الحديث (مقدمة ابن الصلاح)، المكتبة الوقفية، المنصورة، ١٩٨٦، ص ٥٠.

على الإسلام وهو أن يكون ملتزماً بواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات⁽¹⁾. وعرفه عاشر بأنه (من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب ثوابه واجتنب الأفعال الخبيثة)⁽²⁾. وقال آخر أن (يكون من الإنسان مع من هو دونه كالسلطان مع الرعية، فيحكم بينهم بالحق، وقد يكون بإخلاص الطاعة وبذل النصرة وصدق الولاء كالرعية مع السلطان، وقد يكون مع الأكفاء وذلك بترك التناول عن الآخرين وكف الأذى عنهم، وأن يسوي بين الخصوم ... دون تمييز بين الشريف والمشروف والمسلم وغير المسلم)⁽³⁾. ورأى غيره أن (العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله)⁽⁴⁾. وعرفها البعض بأنها (إقامة الحدود التي حدها الله تعالى والمحافظة على الحقوق التي طلبها الله تعالى)⁽⁵⁾. ورأها البعض (أن تعطي من نفسك الواجب وتأخذه، والجور أن تأخذه ولا تعطيه)⁽⁶⁾. وعرفها آخر أنها (وظيفة دينية تابعة للقضاء ومن مواد تصريحه وحقيقة هذه الوظيفة، القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم ... وشروطها الإنصاف بالعدالة الشرعية والبراءة من الجرح)⁽⁷⁾. وقال البعض أنها (وقوع هذه القوى - الحكمة والشجاعة والعفة - على الترتيب الواجب فيها تتم جميع الأمور ... أما العدل فهو حالة للقوى الثلاث في انتظامها على التناسب بحسب الترتيب الواجب في الاستعلاء

(1) أبو الوليد محمد أحمد محمد أحمد ابن رشد القرطبي المشهور بابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٦٢.

(2) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، المشهور بالماوردي: الأحكام السلطانية، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ١٩٨٩، ص ٩٤.

(3) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، المشهور بالماوردي: أدب الدنيا والدين، دار مكتبة الحياة، ١٩٨٦، ص ١٤١-١٤٢.

(4) أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي المشهور بابن قدامة: المغني على مختصر الخرقى، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٣٢.

(5) أحمد بن الحليم الحراني المشهور بابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط ١، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ١٤١٨، ص ١٥٦.

(6) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد حزم الأندلسي الظاهري المشهور بابن حزم: الأخلاق والسير في مداواة النفوس، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ١٩٧٩، ص ٣١.

(7) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي المشهور بابن خلدون: مقدمة ابن خلدون، دار يعرب، ٢٠٠٤، ص ١٨٧-١٨٨.

والانقياد، فليس العدل جزءاً من الفضائل بل هو عبارة عن جملة الفضائل. والعدل في المعاملة وسط بين رذيلتين: الغبن والتغابن، والعدل في السياسية ترتيب أجزاء المدينة ترتيباً مُشاكلاً لترتيب أجزاء النفس⁽¹⁾.

وفي الفكر الفلسفي عرفها البعض بـ(أن الكون يخضع لقدر محتم أملتاه إرادة الآلهة وبالتالي فإن العدالة هبة يهبها زيوس رب العدالة لبني البشر وهي وحدها بيت القصيد في حياة البشر)⁽²⁾. ورأى آخر أنها (عدالة تعويضية، تتعلق الأولى بالحقوق والواجبات وتتحقق من خلال إعطاء كل ذي حق حقه، وعدالة توزيعية، تتعلق بتوزيع الخيرات العامة على كل فرد من أفراد المجتمع، وفي كلا الحالتين لا بد أن ينال جميع المواطنين حظهم على طول المدى حتى تتحقق العدالة)⁽³⁾. وذهب ثالث إلى أنها (تنشأ من الترتيب الذي وضعته الطبيعة بين قوى النفس والانسجام بينها، بمعنى أن كل قوة من قوى النفس تقابلها طبقة اجتماعية تماثلها، فالعقل يقابله الطبقة الذهنية - الحكام والفلاسفة - والقوى الغضبية يقابلها الطبقة الفضية - المحاربون والحراس وهم المسؤولون عن حماية المدينة وشبههم بالعين - والقوى الشهوانية يقابلها الطبقة النحاسية - العمال والصناع والزراع وهم المسؤولون عن الإنتاج وشبههم بالبطن والشهوة - ولتحقيق العدالة في المجتمع عنده لا بد من خضوع الطبقة الفضية والنحاسية للطبقة الذهبية خضوعاً تاماً)⁽⁴⁾. ورأى البعض أنها (العمل على تحقيق المساواة التامة بين العاملين في الدولة، فهم في مجموعهم يمتلكون وسائل الإنتاج ويستحقون الدخل الذي يتحقق من وراء النشاط الإنتاجي بلا تفرقة)⁽⁵⁾.

(1) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: ميزان العمل، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٨١-

٨٢.

(2) د. أحمد عثمان: الأدب الإغريقي، تراثاً إنسانياً وعالمياً، ط ٣، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨١-٨٢.

(3) عبد الرحمن بدوي: أرسطو طاليس في النفس، مكتبة النهضة المصرية، ٢٦٢. / مراد وهبة: المعجم

الفلسفي، دار قباء الحديثة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ٢٦٥.

(4) فؤاد محمد شبل: الفكر السياسي، ج ١، ص ١٠٥-١٠٠.

(5) عبد الرحمن يسري أحمد: دراسات في التنمية الاقتصادية، ص ٤٩.

والعدل بمعناه العام المساواة بين التصرف وبين ما يقتضيه الحق دون زيادة ولا نقصان، لذلك كان الميزان رمزاً لإقامة العدل. سواء أعملنا معياراً موضوعياً كونه يعتبر عادلاً باعتباره يحمي مصلحة الجماعة، إلا إنه يضحي بمصلحة الفرد ويهمل ما يعتريه⁽¹⁾. أم أعملنا معياراً شخصياً، كونه عادلاً ومنصفاً للفرد، في الوقت الذي يضحي فيه بالمصلحة الاجتماعية، لمراعاته الدوافع والبواعث والصفات الخاصة بالأشخاص⁽²⁾.

ثالثاً: صور العدل⁽³⁾:

تختلف تقسيمات العدل، فيقسم إلى عدل خاص وعدل العام. أما العدل الخاص: فهو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم.

وأما العدل العام: فهو الذي يقوم على أساس اعتبار الفرد جزء من المجتمع باعتبار المجتمع هو الكل، فالعدل في هذه الحالة يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة، عن طريق إقامة تفاضل بين القيم والأفراد من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة كما يقسم إلى عدل تبادلي وتوزيعي واجتماعي، أما العدل التبادلي: فقد كان مقصوراً على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع، أي ما يجب للفرد على الفرد، لكنه لم يبق في نطاق العلاقات التعاقدية، بل شمل كل ما ينشئ الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها، وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد، وهذا يقتضي منهم احترام كل منهم حق الآخر، إما بإعطائه له أو الامتناع عن الاعتداء عليه، وهذا الحق الذي يخص كل فرد قد يكون له ابتداء (كل ما يتعلق بوجوده أو كيانه المادي والنفسي، ويعتبر ظلماً اعتداء فرد على جسم فرد آخر بالضرب أو

(1) N. Dejan de la Bâtie: *Appréciation in abstracto et appréciation in concerto*, Thèse, Paris, 1965, p. 6 et s./ Jean Chevallier: *Note Sous cass. civ. 27/10/1965*, Rev. Trim., 1966, p. 529./ Lucas De Leyssac: *L, obligation de renseignement dans les contrats*, L. G. D. J., Paris, 1978, p. 326.

(2) Marty et Raynaud : *Introduction de droit civil*, T. 1, 1960, p. 43 et 112.

(3) لبيانا: مفهوم العدل وصوره، منتديات ستار تايم، <http://www.startimes.com>

بالقتل أو الاهانة أو القذف)، أو اكتساباً (كل ما يكتسبه من بعد يضيفه إلى نفسه كشيء خاص به)، والعدل هنا يكون بإقرار كل حق اكتسبه الفرد بطريق مشروع. أما العدل التوزيعي: فهو الذي يجب على الجماعة اتجاه الأفراد المكونين لها، من خلال توزيع المنافع والأعباء عليهم، مع مراعاة اختلاف الأفراد في الحاجات والقدرات والجدارة، فيترتب على هذا المساواة النسبية.

وأما العدل الاجتماعي: فيكون في علاقة الفرد تجاه الجماعة، من حيث قيامه بواجباته نحو الجماعة. وأساس هذا النوع هو أن الفرد جزء من الجماعة، ومسخر لخدمة الكل، فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل مصلحة واحدة هي المصلحة العامة.

رابعاً: قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

قواعد القانون الطبيعي هي تلك التي تعلق على قرارات الحكام، وتشريعات المشرعين، وتسمو حتى تصبح متصلة بمنزلة الإنسان، ولصيقة بحقوقه الطبيعية. وهي تلك القواعد التي تتفق الأمم المتحضرة على وجوب توافرها في المجتمع في كل الأزمنة^(١). وهي قواعد مصدرها العقل الخالص، باعتبارها المثل الأعلى الذي يجب السعي لتحقيقه، والذي يمكن كشفه عن طريق العقل. ولا تعد إرادة الإنسان مصدراً لها، كما هو الحال في قواعد القانون الوضعي^(٢).

ويعتبر القانون الطبيعي مرجعاً يهتدي به القاضي، في حالة عدم وجود قواعد قانونية وضعية، أو في حالة وجود نصوص مرنة^(٣). ولذلك فإن القاضي عند الحاجة يقوم باستخلاص قواعد القانون الطبيعي، مستنداً في ذلك لاعتبارات موضوعية عامة، لا تتأثر بمعتقداته وأفكاره الخاصة^(٤). وهو في ذلك لا يخلق قواعد

(١) عبد القادر الفار: المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤، ص ٩١.

(٢) Em. Kant: *Eléments métaphysique de la doctrine du droit*, Trad. par J. Barni, Paris, 1954, p. 38.

(٣) سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٤٥.

(٤) عبد القادر الفار: المرجع السابق، ص ٩٢.

قانونية، إنما يستخلص حلاً فردياً عادلاً للنزاع^(١)، يستلهمه القاضي من جوهر القانون، مراعيًا في هذا حقائق الحياة الواقعية في الجماعة، التي تكشف عنها التجربة. وما تمليه الطبيعة الإنسانية. معتمداً في ذلك على الاستشعار والعقل والمثل العليا وسلامة الذوق والفطرة لدى الجماعة^(٢).

أما قواعد العدالة، فهي تلك القواعد المؤسسة على وحي العقل والنظر السليم، وروح العدل الطبيعي بين الناس، والتي ترمي إلى تعديل القواعد الوضعية، بفضل ما فيها من القوة المعنوية، المستمدة من سمو مبادئها. وتستمد هذه القواعد قوتها من اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق، بما تمثله من روح القوانين. بما يجعلها مصدر لسلطات القاضي، اعتماداً على أن وظيفة القاضي هي توطيد العدل، بتطبيق القانون، باعتباره الذي يلبي حاجات المجتمع^(٣). وهي قواعد تعتمد على استلزام المبررات الأخلاقية المخففة لغلواء حكم القواعد القانونية الأخرى، عندما يسمح القانون بذلك. بمعنى أن القاضي يحكم في الحالة المعروضة وفقاً لتقديره للشعور بالعدل في ضمير الجماعة. لذلك يتعين أن يتمتع القاضي بإحساس نقى للصواب، وينطلق في نشاطه من اعتبارات موضوعية وليست شخصية^(٤).

(١) François Génys: Méthode, op. cit., p. 318./ Georges De Vecchio: La justice la vérité essai. de philosophe juridique et morale, Paris, 1955, p. 6.

(٢) همام محمد محمود: المدخل إلى القانون، ج ١، نظرية القانون، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣١٩.

(٣) رمضان أبو السعود: المدخل إلى القانون، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٦٠-٢٦٢.

S. Belaid et Michel Villey: Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, paris, 1974, p. 180-184.

أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٥٥-٢٥٩.

المطلب الثاني

موقف الفقه من قواعد ومعايير العدالة

يعتبر الفقه المظهر العلمي للقانون، بينما يعتبر القضاء المظهر العملي له. فالقانون ليس قوالب جامدة، بل هو مادة حية، غذاؤها البحث العلمي والتطبيق العملي. فإذا فقد القانون أحد مظهريه فقد صلاحيته ومهمته في تنظيم السلوك والروابط الاجتماعية. فالقضاء يطبع القانون بطابع العصر، لاتصاله بالحياة العملية ومواكبته تطوراتها، حيث يحور القواعد بما يتماشى مع الحياة ومتابعة تطورها المضطرد^(١).

وكون عمل القاضي في إيجاد الحل يكون من خلال تحوير وملئمة الحل التشريعي أو القاعدي بما يتناسب مع كل حالة على حدة^(٢). خصوصاً أن المادة (١٦٤) من قانون أصول المحاكمات توجب على القاضي إيجاد الحل حيث ورد فيها (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه).

لما كان القانون الإجرائي الإطار الذي يحدد فكرة العمل القضائي، فإن سلطة القاضي تمارس في نطاق مضمون وشكل هذا العمل، حيث يرسم القانون ومعايير العدالة حدودها ويبين مجالها^(٣).

لذلك يرى جانب من الفقه أن القاضي ليس حراً في قضائه، فهو مقيد دائماً بإرادة المشرع، حتى ضمن الحالات التي يقضي فيها وفقاً لقواعد العدالة، فإنه لا يستمد حكمه من نفسه، وإنما يستمده من قاعدة غير مكتوبة، يبحث عنها في ضمير

(١) عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٨٦.

(٢) E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: Traite théorique et pratique d, organisation judiciaire, de compétence et de procédure civil, T.1, 3ed., Paris, 1929, p. 104 et s.

(٣) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٠٩.

الجماعة^(١). فالعمل الإجرائي هو عمل قانوني، يشكل جزءاً من الخصومة ويرتب عليه القانون أثراً إجرائياً^(٢). سواء في انعقاد الخصومة، أو في نطاقها وسيرها وإنهائها. وما الحكم إلا عمل إجرائي يقوم به القاضي، ينهي به الخصومة أو مسألة مثارة أثنائها^(٣). لذلك فالحديث عن العمل القضائي كعمل إجرائي، يكون باعتباره أداة، وليس باعتباره تصرفاً إرادياً بيد القاضي^(٤). يترتب على هذا أن القاضي عندما يصدر حكمه في الخصومة، فإنه لا يعبر عن إرادته، وإنما يطبق ويعبر عن إرادة القانون، في الحالة المعروضة عليه^(٥). لذلك يجب استبعاد تمتع القاضي بالحرية في مباشرة عمله ووظيفته القضائية، لأنه مقيد بنصوص قاطعة، يصبح معها عمله أشبه بآلة تطبق حكم القانون على الواقعة المعروضة. والقول بغير ذلك أو الأخذ بغيره، يفتح باباً لعدم الثبات والاستقرار القانوني^(٦). خصوصاً أن القاضي ميزان العدل، وسلامة هذا الميزان تقتضي عدم إفساح مجال للرأي، وإلا ترتب على ذلك أن يعمل القاضي بطريقة تحكيمية، بعيداً عن العدل بما ينأى به عن وظيفته^(٧). فالقانون هو الذي يرتب جهات القضاء، ويحدد اختصاصاتها، بما يعنيه من توزيع العمل بين

(١) Alferdo Rocco: La sentenza civil , Torino, 1906 , p. 182.

(٢) مشار له وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة، جامعة عين شمس، سنة ١٩٦٧، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٣٣.

S. Belaid et Michel Villey: op. cit., p. 13-44.

انظر أيضاً: عزمي عبد الفتاح: تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص ١٨٩.

(٢) فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٠٥.

(٣) إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١٨٧.

(٤) عزمي عبد الفتاح: تسبب، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٥) محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، التقاضي أمام القضاء المدني، دار البخاري للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٥٥.

(٦) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص ٢٤-٢٥.

(٧) Commission internationale de juristes, primauté du droit et droit de l'homme, Genève, 1966, p. 36.

مؤتمر رجال القانون في نيودلهي بالهند سنة ١٩٥٩. / أحمد فتحي سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون، ١٩٨٠، ص ١٣٣-١٣٤.

المحاكم المكونة للسلطة القضائية^(١). ووظيفة القاضي الكشف عن المراكز القانونية المجهولة، التي ينظمها القانون الموضوعي، ويضع إطار حمايتها القانون الإجرائي؛ لذلك لا حرية للقاضي في اختيار المضمون والشكل الذي يلاءم هدف هذه الوظيفة، بل عليه الالتزام بالقواعد الموضوعية، ووضعها ضمن الإطار الإجرائي المقرر، فيصير العمل القضائي مقيداً، في كل عناصره الشكلية، والموضوعية. وهذا ناجم عن كون العمل القضائي نتاج النظام القانوني، وبناءً عليه يولد مقيداً بقواعده^(٢). فعمل القاضي هو الفصل في النزاع، أي بيان إرادة القانون في حالة معينة، من خلال تخصيص قواعد القانون العامة ضمن الحالة المعروضة، وهو ما يعرف بعملية التكيف^(٣). فضلاً عن ذلك فإن القانون يتسم بالكمال، وليس به نقص ليمأله القاضي، فعدم وجود قاعدة قانونية تأمر بعمل أو تنهى عنه، معناه أن المخاطبين بحكم القانون يقفون منه موقف الإباحة القانونية، فالنقص في التشريع أو القواعد القانونية هو في حقيقته حكم بالإباحة، وغير ذلك يعني أن يحل القضاة أفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك التي يقررها المشرع أو يعتنقها^(٤). ودور القاضي دور المحايد المتجرد من العواطف، والمصالح الشخصية. الباحث عن مضمون القانون دون اللجوء إلى الخلفيات التي بنيت عليها القواعد القانونية^(٥).

ويؤخذ على هذا الرأي، لأنه يفترض أن المشرع قد توقع كل الظروف وكل المعاملات التي تجري في المجتمع، والتي ستجري في المستقبل، ووضع لها النظام القانوني الذي يحكمها. وهذا أمر غير متصور، ذلك أن المنازعات غير متناهية الصور والمضامين، وبالتالي يستحيل الإحاطة بجميعها، ووضع حلول مسبقة لها

(١) محمد سعيد الهراس: تقييد التقاضي قيد على الشرعية، مجلة القضاة، يوليو ١٩٦٨، ص ٧٥.

(٢) وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٣) فتحي والي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

(٤) H. Kelsen: Théorie pour du droit, Trad. Par. Ch. Eisenman, Dalloz, Paris, 1967, p. 329-332.

(٥) أحمد فتحي سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون، ١٩٨٠، ص ١٣٣-١٣٤.

عبر قواعد قانونية^(١). علاوة على ذلك فإن عدم وجود نص أو قاعدة، ومنع القاضي من إيجاد حل تحت مظلة وجود حكم بالإباحة، يعني أن النزاع الذي يرفع للقاضي ولا يوجد نص يحكمه، فإن على القاضي عدم قبوله^(٢). خصوصاً أن المنهج القانوني أدى إلى التجرد في فهم الواقع، بعيداً عن الجمود في إطار المواءمة بين القيم الاجتماعية السائدة التي تتحقق معها المصلحة العامة للمجتمع، مع مراعاة مبدأ الشرعية، ودون تحويل القاضي إلى مجرد آلة لتطبيق القانون، بما ينزع عنه الصفة الإنسانية والاجتماعية^(٣). فاستبعاد التحكم، الذي يترتب عليه اختلاف الحلول، الناجم عن إخضاع الأحكام لهوى القاضي، لا يتأتى باستبعاد الموائمة، بل يتم من خلال اشتراط شروط وصفات وخبرة معينة فيمن يعين في منصب القضاء^(٤). فاستبعاد الموائمة يضر بمبدأ المساواة أمام القانون، والذي يتطلب بالضرورة مراعاة اختلاف الأشخاص والتغيرات الاجتماعية لمصالحهم^(٥). ولا يصح بهذا إهدار حقوق الأفراد وتضييع المصالح العامة، عبر حرمان القاضي من استعمال أدواته، التي تمكنه من التوفيق بين الواقع المطروح والقانون العام والمجرد^(٦). علاوة على ذلك فإن إيجاد فكرة الموائمة يؤدي إلى تأمين العدالة، في ظل تدرج المحاكم وجعل أحكامها ليست نهائية، تراقب الأعلى منها الأدنى، وتوجد على قمة المحاكم محكمة النقض، باعتبارها المرجع الأخير لكبح جماح من يشتت من المحاكم^(٧).

ويرى آخرون وبحق أن الأصل في العمل الإجرائي أنه مقيد بما يقرره القانون، بما ينبغي معه استبعاد أن يتمتع القاضي بالقدرة على الملائمة في كل

(١) سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص ٤٨٥.

(٢) François Gény: Méthode, interprétation et sources en droit privé positif, T. 1, Paris, 1954, p. 117-118.

(٣) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص ٣٩.

(٤) أحمد فتحي سرور: استقلال، المرجع السابق، ص ١٣٠-١٣٥.

(٥) مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٢٣.

(٦) حامد زكي: التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول، سنة ١٩٣٢، ص ٢٧١-٢٧٢.

(٧) Emmanuel Gaillard: La pouvoir en droit privé, Paris, 1985, p. 110 et s.

الأحوال، ذلك أن القاضي يلتزم باستعمال السلطة الممنوحة له، بهدف إعمال سلطته القضائية، في ظل التزامه مبدأ الحياد في الخصومة. حيث يترك القانون للقاضي قدراً معيناً من الحرية، في اختيار الوسائل التي تحقق الغاية التي يحددها القانون للوظيفة القضائية. فقد يحدد القانون للقاضي العمل الواجب القيام به، ولكنه يترك له الحرية في تحديد وقت القيام به، وقد يحدد له الوقت، ولكنه يترك له الحرية في تحديد كيفية القيام به، وقد يترك له الحرية في تحديد الوقت والكيفية^(١). ويخضع عمل القاضي في ذلك للرقابة من خلال ما يتطلبه القانون من التسبب للعمل الإجرائي^(٢). ذلك أن تطلب التسبب هو قيد على الإرادة، فالسبب والإرادة أمران متلازمان قانوناً في العمل الإجرائي، ولو كان القاضي مجرد بوق يعلن إرادة القانون، لما كان هناك حاجة إلى التسبب. كما إنه لو كان الحكم يصدر بناءً على إرادة مطلقة، لما كان هناك حاجة للتسبب. فالتسبب هو ضابط التقيد والتقدير^(٣).

ولما كانت سلطة القاضي تهدف إلى كفالة السير المنظم للحياة الاجتماعية، بحسب مقتضى القانون وخصوصيات كل حالة^(٤). فيكون ذلك من الناحية الإجرائية بتقدير الإجراء الملائم ووقته أو كفيته، بما يتناسب مع الحالة المطروحة^(٥). فلا يجوز للقاضي إعمال تقديره إلا في الحالات التي يقرها القانون، أو ما سكنت عنه النصوص وترك للقاضي، ليعطي مرونة في إيجاد الحل. وتمشياً مع ما يتلائم والهدف المرجو من عمله، وفي حدود ما يتطلبه تقصي قواعد العدل.

(١) Henri Léon et Hetl Jean Mazeaud: Leçon de droit civile, T. 1, 3 éd., Paris, 1965, No 387.

(٢) أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٦٣. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٥٨، ص ٩٧-٩٩. عزمي عبد الفتاح: تسبب، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٧، ص ٢٤١-٢٥٢.

(٤) وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل، المرجع السابق، ص ٣٣٧-٣٤٢.

(٥) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٥، ص ٢٩١-٢٩٥.

فالقاضي ليس حراً في تحديد الأهداف التي تتجه إرادته نحو تحقيقها، فهي مسائل يحددها القانون، ولكنه يُترك له حرية اختيار الوسائل التي تحقق تلك الأهداف^(١). خصوصاً أن النصوص تكون عاجزة في الكثير من الأحوال عن تحقيق الأهداف لقصورها في توفير حلول للحالات محل البحث. هذا في ظل وجود التزام على القاضي، بضرورة الفصل في النزاع وتقديم حل له، تحت طائلة المسؤولية، باعتباره منكرأ للعدالة^(٢).

ولما كانت صياغة النصوص تحدد مدى عدالته، فتكون صياغته بطريقة جامدة، يتم بمقتضاها التعبير عن مضمون القاعدة بطريقة محكمة، لا تفسح مجالاً للفروق الفردية، والظروف المختلفة التي تحيط بالأفراد. فيكون حكمها واحداً على جميع أفراد النموذج التشريعي، طالما كانوا خاضعين لذات الظروف. وهذه الطريقة من الصياغة تحقق عدالة النموذج، من خلال المساواة بين أفرادها. إذ لا يكون للقاضي سوى تطبيقها دون تقدير، لما تتميز به من تقييد وإحكام^(٣). لهذا يصبح عمل القاضي إزاء القواعد ذات الصياغة الجامدة عملاً شبه آلي، فلا يستطيع في ظلها سوى التثبت من حصول الواقعة التي تندرج تحت فرض القاعدة، ولا يملك بعد ذلك إلا إنزال الحكم الوارد فيها. لذلك تؤدي هذه الصياغة إلى ثبات الوقائع الخاضعة للقاعدة، وثبات الحل المطبق عليها^(٤).

بينما الصياغة المرنة فيُعبرَ بموجبها عن مضمون القاعدة بطريقة معيارية، تسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية، لمراعاة الفروق الفردية، التي تعرض في الواقع. فتمكن القاضي من تقدير الظروف المحيطة بالوقائع، والاختلافات الفردية^(٥).

(1) Petar Neu: Le pouvoir de control de la cour suprême, Thèse, Serre, 1956, p. 312-314.

(2) Pierre Bezio et Pierre Drai: La pratique des arrêts civils de la cour de cassation, principes et méthodes de rédaction, Litec, Paris, 1993, p. 8-9.

(3) همام محمد محمود: المرجع السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(4) Marty et Raynaud : Introduction de droit civil, T. 1, 1960, p. 59-63.

(5) همام محمد محمود: المرجع السابق، ص ١٦٥-١٦٦.

وهذا النوع من الصياغة لا يعطي للقاعدة القانونية صفة ثابتة، بحيث يمكن معها الاستجابة لظروف الحياة والعمل المختلفة، إذ إنها تمكن من إدخال الملابس الخاصة بكل حالة فردية في الاعتبار، فهي لا تقدم حلاً ثابتاً وواحداً لا يتغير بتغير الحالات التي تتدرج تحت عموم الفرض الذي تواجهه القاعدة. لذلك فهي تمنح القاضي معياراً أو موجهاً عاماً، يهتدي من خلاله إلى حل ما يعرض عليه. وبهذا يكون له مكنة تنويع الحلول وتفاوتها، بحسب تنوع الحالات وملابسها وظروفها^(١). لذلك يعمد المشرع إلى الصياغة المرنة، إذا أراد إعطاء القاضي مكنة التقدير^(٢). ذلك أن غاية القاضي من نشاطه هي تفهم النص، تمهيداً لترتيب حكمه على الواقع، وإيجاد الحل العادل والملائم للوقائع المطروحة^(٣).

المبحث الثاني

نطاق فكرة العدالة في قواعد التداعي أمام المحاكم

تلعب قواعد العدالة واعتباراتها دوراً كبيراً في قواعد التداعي أمام المحاكم ابتداءً من الاختصاص ومروراً بقبول الدعوى وشروط ذلك وتبليغ الأوراق وانتهاءً بالحضور أمام المحكمة ولبيان دورها في ذلك نستعرض الموضوع عبر المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: فكرة العدالة وقواعد الاختصاص وشروط قبول الدعوى.

المطلب الثاني: فكرة العدالة وقواعد التبليغ والحضور والغياب.

(١) حسن كيره: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٨٤-١٨٥.

(٢) R. Houin: De lège Frenda, in Mélanges en l, honneur Paul Roubier, T. 1, 1961, p. 287.

(٣) عبد الحميد متولي: مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، مجلة القانون والاقتصاد، سنة ٤٣، عدد ٣، سبتمبر ١٩٧٤، ص ٣. أحمد محمد صالح الخضيري: نقض الحكم لتجاوز الاختصاص القضائي في النوع، موقع الإسلام اليوم على الانترنت، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١١، ص ١. أحمد الكبيسي: منظومة القضاء، موقع إسلاميات على الانترنت، بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٧، ص ١-٥. صالح فوزان الفوزان: النظام القضائي في الإسلام، موقع شبكة سحاب السلفية على الانترنت، ص ١-٧.

Louis Josserand: L'esprit des droit et leur relativité, 1927, p. 327.

المطلب الأول

فكرة العدالة وقواعد الاختصاص وشروط قبول الدعوى

يختلف دور قواعد واعتبارات العدالة بحسب نوع الاختصاص وبحسب كل شرط من شروط قبول الدعوى وبيان ذلك في الآتي:

أولاً: نطاق قواعد العدالة في مسائل الاختصاص:

تتعدد أنواع الاختصاص بين وظيفي ونوعي وقيمي ومحلي ويكون في كل نوع منها دور لقواعد العدالة نفصله في الآتي:

أ- دور قواعد واعتبارات العدالة في مسائل الاختصاص الوظيفي:

تلعب قواعد واعتبارات العدالة دورها في مسائل الاختصاص الوظيفي فيما نصت عليه المادة (٧/٣٣) من قانون تشكيل المحاكم رقم ٢٠٠١/٥ التي جاء فيها (المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة)، وهذا النص يشير إلى تحديد اختصاص المحكمة العليا بصفقتها محكمة عدل عليا وظيفياً بالمسائل الواردة في النص لخروجها عن اختصاص جميع المحاكم، فتتظرها محكمة العدل العليا باعتبارها محكمة من لا محكمة له. وذلك تحقيقاً للعدالة، التي لا تتحقق إلا بالفصل في المنازعات وعدم تركها قائمة دون حل.

وهذا يوجب على المحكمة العليا بصفقتها محكمة عدل عليا أن تجري بحثاً شاملاً عند عرض أي مسألة عليها، لتحديد ما إذا كانت الوقائع المعروضة عليها في شكل عريضة أو استدعاء، لا تدخل ضمن ولاية أي جهة أو اختصاص أي محكمة أخرى، وتبين ذلك من خلال تكييف تلك الوقائع، وأن تلك الوقائع لا تشكل قضية بالمعنى الفني للدعوى من خلال مطابقتها مع النموذج القانوني للدعوى، وبالتالي فإنها لا تتعد لها خصومة بالمعنى الفني للخصومة. وأخيراً فإن محكمة العدل العليا تقدر ما إذا كان الفصل في موضوع هذا الاستدعاء ضرورة من عدمه. وتقدر المحكمة قيام ضرورة، من خلال تبينها ما إذا كانت المسألة تتعلق أو تمس بالدين، أو

النفس، أو المال، أو النسل، أو العقل. أو أن صفة الضرورة تلحقها كونها مما تتحقق به العدالة، باعتبار أن موضوع الاستدعاء أو الغريضة يتضمن مسألة جدية لا يقصد منها الكيد أو إشغال القضاء بالتوافه^(١).

ب- دور قواعد واعتبارات العدالة في مسائل الاختصاص النوعي والقيمي:

يتحدد دور قواعد العدالة في مسائل الاختصاص النوعي والقيمي فيما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي ورد فيها (١- لا تختص محكمة الصلح بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمته ونوعه لا يدخل في اختصاصها. ٢- إذا عرض على محكمة الصلح طلب مما نص عليه في الفقرة ١ أعلاه جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط إلى محكمة البداية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن).

ويتم تقدير كون الطلب المعروض على محكمة الصلح عارضاً بتبيان أنه طرح أثناء خصومة قائمة بغرض الإضافة أو الحذف أو التعديل في الطلب الأصلي، ويجوز طرحه بشكل شفوي في الجلسة أو بشكل استدعاء^(٢). ولم يقدم كبديل للطلب الأصلي، بحيث تغني إجابته عن الطعن في الحكم القاضي برفض

(١) S. Belaid et Michel Villey: op. cit., p. 232.

(٢) رمزي سيف: المرجع السابق، ص ٣٦٠-٣٦١. نقض مدني مصري، طعن رقم ١١١٢، سنة ٥٥ ق، جلسة ١٩٩١/٢/٦، وجاء فيه أن "مفاد النص في المادة ١٢٤ من قانون المرافعات أن الطلب العارض قد يتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه مع بقاء السبب أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع، لما كان ذلك، وكانت المادة ١٢٣ من قانون المرافعات قد أتاحت للخصوم تقديم الطلبات العارضة أثناء نظر الدعوى شفاهة في حضور الخصم أو في مذكرة سلمت إليه أو إلى وكيله أو بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، فإن سلك المدعى واحداً من هذه الطرق أصبح طلبه معروضاً على المحكمة بما يتعين عليها الفصل فيه، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أخطأ فهم العلاقة بين الطلب الأصلي بالطرد والطلب العارض بتثبيت الملكية إذ هما يقومان على سبب واحد هو ملكية الطاعن للعين محل النزاع وجره هذا الفهم إلى الخطأ في تطبيق القانون لقضائه بعدم قبول الدعوى، الأمر الذي يتعين معه نقض الحكم".

الطلب الأصلي، ويجب الفصل فيه مع الفصل في الأصلي أو قبله^(١). وهو يعطي وضعاً جديداً للطلب الأصلي، لأنه لا يكون مستقلاً عنه، بل يتناول الأصلي بالتغيير في محله أو سببه أو أطرافه^(٢). وهو لا يثار بصدد نزاع خاص ويترتب على الطلب الأصلي ويتبعه، ولا يعتبر القضاء في الطلب الأصلي قضاء فيه^(٣). وتقرر المحكمة أن الطلب المعروض عليها عارض إذا تحققت من عدم صلاحيته لتحقيق الغاية المرجوة منه بمفرده، ولا يمكن أن يقوم بالدور المرجو منه لو رفع على نحو مستقل.

وعلى ضوء تحديد كون الطلب عارض فإن كان خارج اختصاصها بحسب نوعه أو قيمته، قررت عدم اختصاصها به، وإحالته إلى محكمة البداية مع إبقاء الطلب الأصلي، وذلك إذا رأيت أن هذا لا يضر بسير العدالة، أو تقرر عدم اختصاصها بالطلب العارض وإحالة الطلبين إلى محكمة البداية، إذا كان من حسن سير العدالة نظرهما والفصل فيهما معاً^(٤).

كما يكون لقواعد العدالة دور في مسائل الاختصاص لدى محاكم الصلح وذلك في تحديد كون الطلب العارض مرتبطاً بالأصلي، فيري البعض توافره بتوافر صلة ضيقة جداً بين عدة طلبات، تجعل من المصلحة تحقيقها والفصل فيها معاً، منعاً من صدور أحكام متناقضة أو يصعب التوفيق بينها^(٥). ويؤخذ على هذا الرأي عدم بيانه المقصود بالصلة الضيقة جداً. ورأى آخرون بتحقيقه عند وجود صلة بين

(١) أحمد أبو الوفا: الطلب الاحتياطي، مجلة المحاماة، سنة ٥٨، عدد ٤٣ مارس وابريل ١٩٧٨، ص ٧٩.
عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦/١٩٧٧، ص ٢٨.

(٢) أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، دار الطباعة الحديثة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٢٥-٤٢٦.

(٣) وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ٢٤٨.
نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٨٩، سنة ٤٥ ق، جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢، (مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٩، ج ١، ص ٥٥٢).

(٤) انظر المادة (٢/٤٠) من قانون أصول المحاكمات، والمادة (٤٦) من قانون المرافعات.
(٥) Jean Vincent: op. cit., p. 357.

دعويين، تجعل تحقيقهما، والفصل فيهما معاً، من مقتضيات حسن سير العدالة، حتى ولو كان السبب والمحل في كل منهما مختلفاً عنه في الأخرى^(١). وهذا الرأي قاصر عن بيان الارتباط، لأنه يقوم على مسألة تحتاج لمعيار وضابط، هي حسن سير العدالة والإضرار بها. ورأى ثالث بتوافره بوجود صلة وثيقة بين طلبين، تجعل من المصلحة نظرهما، والفصل فيهما من محكمة واحدة، منعاً لصدور أحكام قد يصعب أو يستحيل التوفيق بينها، إذا نظرتهما وفصلت فيهما محاكم مختلفة^(٢). ويؤخذ على هذا الرأي عدم تحديده المقصود بالصلة الوثيقة وعيارها. وذهب رابع إلى أنه اشترك الطلبات في عنصر من عناصرها، كالاشتراك في الخصوم، أو السبب، أو الموضوع^(٣). وهذا يضيق من مفهوم الارتباط، إذ لا يشترط الاشتراك في عنصر من عناصر الطلبات لوجود الارتباط. ويرى خامس وبحق بأنه صلة بين طلبات، تؤدي إلى جعل الحكم في أحدها مؤثراً على الفصل في الأخرى، إذ الفصل في كل منها على حدة يؤدي إلى احتمال تعارض الأحكام، بما يبرر جمعها أمام محكمة واحدة لتفصل فيها نزولاً عند مقتضيات حسن سير العدالة^(٤). ويقسم البعض الارتباط إلى ارتباط تام، وارتباط ناقص^(٥). ويرى أن الارتباط لا يكون إلا بسيطاً، وأن عدم التجزئة ليست ارتباطاً، فعدم التجزئة لا تبين العلاقة بين طلبين وإنما يستنتج عدم التجزئة من أن محل الطلبين لا يحتمل إلا صدور حكم واحد^(٦)، ويرى

(١) E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: op. cit., p.722.

(٢) إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٤٤١.

(٣) محمد عبد الخالق عمر: قانون المرافعات، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٧٠.

(٤) Pierre Rouard: Traite élémentaire de droit judiciaire privé, T. Primaire, V. 1, Bruxelles, 1979, p.75./

نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/١٤٦، جلسة ٢٠٠٣/٧/١٣، الذي قضى فيه بأنه "لا يوجد ارتباط بين الدعويين إذا اختلفت عناصر كل دعوى عن الأخرى وأن الحكم في أحدهما لا يؤثر في الأخرى".

(٥) Gabriel Lebas: De la prorogation de juridiction en matière civile, Thèse, Paris, 1903, p. 152.

(٦) Jean Claud Grosliere: L, indivisibilité en matière de vois de recours, Thèse, Paris, 1959, p. 28-29.

ثالث وبحق تقسيمه إلى ارتباط بسيط، وغير قابل للتجزئة^(١). وهذا ما أخذ به
المشرعان الفلسطيني والمصري^(٢).

وعلى ضوء تقدير المحكمة وجود ارتباط بين الطلب الأصلي وغيره من
الطلبات، من خلال تقدير وجود صلة أو علاقة بين الطلب المقدم له والطلب
الأصلي من حيث المحل^(٣) أو السبب^(٤). ولا يشترط لتوافر الارتباط وجود اتحاد
في الخصوم^(٥)، حيث قد يوجد ارتباط رغم اختلاف الخصوم^(١). كما لا يشترط أن
يصل الارتباط إلى حد عدم القابلية للتجزئة^(٢). وكل ما هنالك أن يكون الحكم في أي

(١) Jean Pierre Moreau: Les limites au principe de la divisibilité de l, instance
quant aux parties, Thèse, Paris, 1966, p.189.

نقض مدني فلسطيني، دائرة رام الله، طعن رقم ٢٠٠٤/١٢، جلسة ٢٠٠٤/٤/٥، الذي قضي فيه بأنه "بالنظر
لطبيعة الدعوى وأن الفصل في النزاع لا يحتمل غير حل واحد وخشية من تعارض الأحكام في موضوعات
أصلها واحد بما لا يحتمل التجزئة". ونقض مدني فلسطيني، دائرة رام الله، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٥، جلسة
٢٠٠٤/٤/١٧، الذي قضي فيه بأن "عدم اختصاص أشخاص يوجب القانون اختصاصهم كون موضوع الدعوى
يتعلق بمسألة لا تقبل التجزئة أو التزام بالتضامن أم يتعلق بالنظام العام يترتب معه بطلان الإجراءات بما
يستتبع بطلان الحكم".

(٢) أنظر المادتين (٤،٢/٩٧ و ٣،٢/٩٨) من قانون أصول المحاكمات والمادتين (٥،٢/١٢٤ و ٤،٣/١٢٥) من
قانون المرافعات.

(٣) يرى البعض أنه لا يكفي وجود تشابه بين وقائع طلبين لتحقيق الارتباط بينهما ولذلك فإن الارتباط يتحقق
باتحاد الأساس الموضوعي في كل منهما والذي يكشف عن وحدة المحل المادي في الطلبين.

Fourcade: La connexité en procédure civile, Thèse, Paris, 1938, p. 39.

ويرى آخرون أن وجود ارتباط لا يتوقف على توافر تلك الوحدة، وإن كانت تلك الوحدة تكشف عن
وجود ارتباط. حيث يمكن وجود ارتباط مع اختلاف المحل، بل إن وجود ارتباط يكشف عنه من خلال النظر
إلى كل دعوى على حدة وقوة الصلة بينها وبين غيرها ومدى تأثير الحكم الذي سيصدر في أحدهما على
الأخرى.

Gabriel Lebas: op. cit., p. 159.

(٤) كان البعض يشترط لتحقيق الارتباط وجود وحدة في السبب بين الدعويين.

Henri Motulsky: La Cause de la demande dans la délimitation de l, office du
juge, Dalloz, 1964, p. 101.

بينما يرى آخرون أن وحدة السبب لا تعد شرطاً لتوافر الارتباط، فيمكن تحقيق الارتباط رغم
اختلاف السبب إذا وجدت بين الطلبات أو الدعاوى صلة تقتضي جمعها أمام محكمة واحدة لتحقيقها وتفصل
فيهما معاً، والمعول عليه في ذلك تأثير الحكم الصادر في أحدهما على الآخر.

Fourcade: op. cit., p. 40-43.

(٥) E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: op. cit., p. 725/ Henry Solus et
Roger Perrot: Cours de droit judiciaire prive, T. 2, Paris, 1973, p.589.

عكس ذلك نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/١٤٦، جلسة ٢٠٠٣/٣/١٧، الذي قضي فيه
بأن "دعوى الطاعن الراهنة هي نزاع يد وكان طلب المطعون ضده المتدخل يقوم على أنه المالك لهذه العين
وأن الطاعن قد سجلها باسمه في دائرة تسجيل الأراضي بناءً على حكم قضائي بالتنفيذ العيني مدعياً أن هذا
الحكم قد استند على أوراق مزورة ولم يصدر عن أي جهة ما يفيد تزويرها، فإذا كان ذلك فإنه لا يوجد ارتباط

الارتباط إلى حد عدم القابلية للتجزئة^(١). وكل ما هنالك أن يكون الحكم في أي منهما مؤثراً على الحكم في الآخر^(٢)، أو أن فصل الطالبين عن بعضهما قد يؤدي إلى صدور حكيم متعارضين، أو متناقضين، أو يصعب التوفيق بينهما^(٤).

مما سبق يتضح أثر قواعد العدالة في مسائل الارتباط المؤثرة في مسائل الاختصاص قد حددته المادتين (٣/٩٨ و ٤/٩٧) من قانون أصول المحاكمات التي أوجدت اختصاصاً تبعياً في مثل هذه الحالة يبدأ بمنح إذن بتقديم الطلب المرتبط^(٥). لتقدير المحكمة الحاجة لنظر الطلب المرتبط بالتبعية للطلب الأصلي، درأً لاحتمال تعارض الأحكام أو عدم التوفيق بينهما^(٦). ومن ثم بعد منح الإذن إذا رأت محكمة الصلح أن الطلب العارض المرتبط لا يدخل ضمن اختصاصها، فلها أن تقرر عدم اختصاصها به وإحالته وحده إلى محكمة البداية، إذا قدرت أن هذا لا يضر بسير العدالة. ذلك أن الفصل في الطلب العارض أو المرتبط لا يحتاج ولا يعتمد على وقائع الطلب الأصلي والعكس. كما لا يؤدي الإبقاء على الطلب الأصلي، وإحالة

بينهما لاختلاف عناصر كل دعوى ولأن الحكم في دعوى الحيازة لا يتعرض للفصل في الملكية ولا يؤثر في حق المطعون ضده في إقامة طلبه أمام المحكمة المختصة."

(١) السيد عبد العال تمام: تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٥.

(٢) أحمد ماهر زغلول: الوجيز، المرجع السابق، ص ٥٤٠. نقض مدني فلسطيني، دائرة رام الله، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٥، جلسة ٢٠٠٤/٤/١٧.

(٣) ضياء شيت خطاب: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٦.

(٤) E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: op. cit., p. 757.

اتجه القضاء الفرنسي اتجاهات مختلفة في تحديد معيار الارتباط. لمزيد من التفصيل انظر: صلاح أحمد عبد الصادق أحمد: نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية لاتساع الخصومة من حيث أطرافها، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ١٨٣ والأحكام التي أوردها فيها.

(٥) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، طبعة حديثة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦١٠-٦١١.

(٦) نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٤٩٨، سنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٩١/٧/١٧، الذي قضى فيه "أن تقرير وجود الارتباط بين الطلبات العارضة المقدمة في الدعوى والطلبات الأصلية من سلطة محكمة الموضوع متى كان ما خلصت إليه في خصوصه سائفاً، ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الطلب العارض لعدم وجود ارتباط بينه وبين الطلبات الأصلية = ... وهو استخلاص قائم على أسباب سائفة فإن النعي عليه في ذلك يضحى جدلاً في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع".

الطلب العارض أو المرتبط إلى تشرذم النزاع^(١). أو أن الإبقاء على الطلب الأصلي يحقق الغاية التي أَرادها المشرع من توزيع الاختصاص حسب نوع الدعوى، والتي هي منع التنازع بين المحاكم^(٢). أو لأن إحالة الطلب العارض أو المرتبط والإبقاء على الطلب الأصلي لا يؤثر على قدرة الخصوم في متابعة الدعوى، أو على قدرة كل محكمة على القضاء في الطلب الذي عندها منفصلاً، لكفاية كل منهما لتحقيق الغاية منه^(٣). أو لأن الطلب الأصلي جاهز للفصل فيه، وبالتالي فإن إحالته ستؤدي إلى إطالة أمد النزاع، وأن الفصل فيه من قبل محكمة الصلح أقرب للعدالة، باعتبارها من أحاطت بكل جوانب الطلب الأصلي وحققت ودققت وواكبت مراحل سير الطلب الأصلي حتى منتهاها، فتكون بذلك الأقدر على الفصل فيه.

أما إذا ارتأت أن فصل الطرفين عن بعضهما يضر بسير العدالة، فإنها تقرر إحالة الطرفين الأصلي والمرتبط إلى محكمة البداية^(٤).

ولا يثار ذات الأمر بشأن الاختصاص التبعي لمحكمة البداية وهو ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من نص المادة (٤٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، حيث إذا قديم طلب عارض أو مرتبط لدى محكمة البداية، وكان بحسب قيمته أو نوعه يدخل في اختصاص محكمة الصلح، فإنها تنظره بالتبعية للطلب الأصلي. وهذا أمر تأباه قواعد النظام العام، لذلك نرى ضرورة تعديل المادة (١/٤١) من قانون أصول المحاكمات لتصبح على النحو الآتي (تكون محكمة البداية

(١) علي أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، رسالة، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧٠.

(٢) E. Blanc et J. Viatte: Nouvel au code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, Avocats, 1982, p. 57.

(٣) نبيل إسماعيل عمر: سقوط وتساعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، كفيته وأثاره، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٦٤.

(٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات متضمناً تعديلات القانون ٦ لسنة ١٩٩١، الطبعة السابعة، نادي القضاة، ١٩٩٢، ص ٢٥٥-٢٥٧. / نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٣٩٣/٢٠٠٣، جلسة ٢٠٠٤/٢/١٧، الذي قضى فيه "إن مهمة أي محكمة في تحقيق العدالة بين المتقاضين هي الوصول للحقيقة...".

صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محكمة الصلح، ويكون لها الحكم في الطلب العارض أو المرتبط بالطلب الأصلي الخارج بحسب قيمته ونوعه عن اختصاصها إذا كان يترتب على إحالته ضرر بسير العدالة).

ج- دور قواعد واعتبارات العدالة في مسائل الاختصاص المحلي:

يتحدد دور قواعد العدالة في مسائل الاختصاص المحلي فيما نصت عليه المادة (٢/٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، في حال تعدد المدعى عليهم فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم، وهذا يقتضي من القاضي تقدير كون هذا التعدد حقيقي، أم صوري، بغرض جلب الخصوم الحقيقيين إلى محكمة غير المحكمة المختصة بالدعوى المرفوعة ضدهم^(١). حتى لو اختلفت مراكز المدعى عليهم القانونية، بأن كان بعضهم مسئولاً أصالة وكان الآخر ضامناً^(٢). ويتحقق التعدد الحقيقي، إذا وجه لكل خصم، أو منه طلبات^(٣). ولا يؤثر في ذلك تغيير مركز الخصم في الدعوى بحسب ما يوجه منه، أو إليه من طلبات^(٤). وذهب البعض إلى أن مجرد حضور من أُدخل في الدعوى يكفي لاعتباره طرفاً فيها، لأنه كان بإمكانه التمسك بحقوقه ودفعه. ويرد آخرون أن اعتبار الخصم حقيقياً حتى لو لم توجه منه أو إليه طلبات، بادعاء أنه كان بإمكانه أن يبدي في الدعوى ما يشاء، فإذا أهمل في ذلك فهو الملموم. يتعارض مع للشخص من حرية في تحديد وقت ابداء طلباته، فليس لأحد أن يجبر آخر علي ذلك، أو يسأله علي عدم

(١) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٢) نقض مدني مصري، طعن رقم ١٣٨٩، سنة ٥٦ ق، جلسة، ١٩٩٥/٤/٣٠.

(٣) Jean Zarzyeki: De la demande en justice, Thèse, Cean, 1937, p. 51./ Roger Perrot: Jura is classeur de procédure civile , Autorité de la chose jugée au civile sur le civile, T.3, Paris, 1955, No. 133.

نقض مدني مصري، طعن رقم ١١٧٢٤، سنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠٠٦/٧/٤، الذي قضى فيه بأنه "لا يجوز أن يختصم في الطعن إلا من كان خصماً حقيقياً في النزاع بأن وجهت منه أو إليه طلبات"

(٤) أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٧.

تقديمه طلبات في الدعوى^(١). أما عدم منازعته فيما وجه إليه فلا يحول دون اعتباره خصماً حقيقياً^(٢)، كون عدم استعمال الخصم حقه في المنازعة فيما وجّه إليه من طلبات، يعتبر تنازلاً منه عن حقه في الدفاع^(٣).

ولا يشترط لتحقيق التعدد حضور الشخص في الدعوى بنفسه، بل يتحقق له ذلك، إذا كان ممثلاً في الدعوى عن طريق أحد الخصوم الحاضرين فيها^(٤). وفي ذلك ذهب البعض إلى أن التعدد يتحقق ولو بالتمثيل في شخص المائل في الخصومة، كحالة تمثيل الورثة بأحدهم فيما يتعلق بالتركة، ويعتبر التعدد في هذه الحالة حقيقياً^(٥). وانتقد آخرون ذلك وبحق معتبرين هذه الحالة لا تمثل تعدداً، باعتبار أن الخلف لا يتلقون حقوقهم من بعضهم البعض، بل يتلقونها من سلفهم، كما إنه لا يصح تمثيل الخلف في ذات مثيله من الخلف، خصوصاً أن مسائل الاختصاص المحلي، تقوم على التعدد المادي للخصوم، وليس الحكمي، وتستند إلى الوجود الواقعي والفعلي للخصوم في الدعوى، لا إلى الوجود الحكمي^(٦).

ويشترط لرفع الدعوى لدى محكمة موطن أحد المدعى عليهم، وجود ارتباط بين الطلبات الموجهة لهم، الأمر الذي يبرر جمعهم أمام محكمة واحدة، هي محكمة موطن أحدهم. بما يبرر جمع الطلبات الموجهة لهم أمام محكمة واحدة، منعاً لصدور أحكام متعارضة، وتحقيقاً لحسن سير العدالة^(٧).

(١) أنظر في عرض ذلك الأنصاري حسن النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٠٦.

(٢) أحمد السيد صاوي: أثر، المرجع السابق، ص ١٨.

(٣) نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٠٤، جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١. وطعن مدني فلسطيني دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٢/١٠٧، جلسة ٢٠٠٣/٢/١٧.

(٤) Aubry et Rau: Cours de droit civil Français, T. 8, 5 éd., Paris, 1922, p. 407.

(٥) David Clark and Tugrul Ansay: The last reference, p. 405.

(٦) Aubry et Rau: op. cit., p. 423.

(٧) رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٣١٦.

ثانياً: نطاق قواعد العدالة في شروط قبول الدعوى:

تعتبر المصلحة شرط قبول الدعوى بما لها من شروط بأن تكون مشروعة وشخصية ومباشرة وقائمة حالة. ويستدل على مشروعية المصلحة، من خلال البحث في مدى توافقها مع قواعد القانون الآمرة، ويترك للقاضي تقدير ما إذا كانت المصلحة تتعارض مع تلك القواعد، خاصة منها ما يتعلق بالنظام العام والآداب، ذلك أن المشرع لم يضع نصوصاً قاطعة تبين ما يتعلق بالنظام العام والآداب، كما لم يضع معياراً يستدل من خلاله على ذلك^(١). ففكرة النظام العام فكرة مرنة، تدرج ضمن المفاهيم المرنة، ذات التغيير المضطرد، والتي تمنح القاضي مجالاً للتقدير^(٢)، من خلال استظهار السائد في الجماعة وما يمليه الفكر الجماعي، في الزمان والمكان المعين، باعتبار هذا الفكر هو المرشد والضمير العام للجماعة، وتغلياً لمصلحة العدالة على مصلحة الخصوم، وإرادة القانون على إرادة الأفراد^(٣). وترتيباً للقيم الأعلى مكانة، والأكثر قيمة في المجتمع، والتي تمثل التقاطع بين المصالح العامة والخاصة، بما تقوم به من توفيق للأوضاع بين الفرد والدولة^(٤). وعليه تكون المصلحة غير مشروعة إذا لم تتوافق مع قصد الشارع، من تقرير قاعدة قانونية معينة تنظم وضعاً بذاته، على نحو لا يجوز الخروج عليه، التزاماً بمقتضيات الصالح العام وترجيحاً لها على ما للأفراد من مصالح خاصة مغايرة^(٥).

(١) Annick Dorsnet – Doivet et Thirry Bonneau: Le Ordre public et les moyens de ordre public en procédures, Dalloz, Chiron, 1986, p. 59.

محمود مصطفى يونس: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠.

(٢) J. Ghestin: Le Ordre public, Notion a contenu variable en droit prive Français, in les notions a contenu variable en droit, Thèse, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

(٣) Malaurie: Le Ordre public et le contrat, Dalloz. 1956, p. 517.

(٤) J. Bellot: Le Ordre public et le procès pénal, Thèse, Nancy, 1980. p. 18.

(٥) نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٤٤١، سنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٥/٣/٢٦، والذي قضي فيه بأن "مجرد توافر مصلحة المدعي في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه ما دامت هذه المصلحة لا تستند إلى حق له يحميه القانون" / ونقض مدني مصري، الطعن رقم ٩٣١، سنة ٤٥ ق، جلسة ١٩٧٩/٥/٥، الذي قضي فيه بأنه "من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من

ويظهر دور قواعد العدالة في نطاق المصلحة والصفة فيما قرره المادة (١/٨٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من إدخال من ترى ضرورة لإدخاله، في سبيل إظهار الحقيقة، أو تحقيقاً لمصلحة العدالة. لوجود صلة له بموضوع النزاع، وبالتالي يكون له صفة فيه، كأن تكون له حقوق متعارضة مع حقوق الخصوم، أو منعاً لحدوث تناقض في الأحكام، أو يُخشى أن يُحتج بالحكم عليه، ولو أُدخِل في الدعوى ومُنِح حق الدفاع عن نفسه، فإنه قد يترتب على دفاعه تغيير وجه الرأي في الدعوى. إذا كان في ذلك ما قد يؤدي إلى إظهار الحقيقة، أو كشف الغموض، أو كان في دخوله ما يحقق مصلحة العدالة، أو يمنع التناقض، ويختصر من الإجراءات^(١). وكذلك لها إخراج أي مدعى عليه من الدعوى إذا لم يكن ضرورة أو محل أو صفة لبقائه فيها. لعدم وجود فائدة من بقاءه، أو أن وجوده يشكل عبئاً إجرائياً لعدم وجود علاقة له بموضوع النزاع^(٢). ويمكن تحديد مصلحة العدالة في الإدخال والإخراج بمعيار هو تفادي الضرر الذي يعود من إبقاء الشخص في الدعوى، أو من خلال عدم إدخاله فيها. وهو ضابط موضوعي، تستدل من خلاله المحكمة على مَنْ يمكن أن يكون دخوله أو خروجه من الدعوى محققاً لمصلحة العدالة، وذلك بحسب كل دعوى وظروفها^(٣).

هذا ولم يعطِ المشرع للمحكمة صلاحية عدم الحكم بعدم قبول الدعوى، وتقدير تصحيح حالة عدم القبول، وأن إذا كان ذلك ممكناً. على عكس ما قرره المشرع الفرنسي في المادة (١٢٦) من قانون المرافعات^(٤). ولذلك نرى إضافة فقرة

تقرير القاعدة القانونية الواردة به إلى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه التزاماً بمقتضيات الصالح العام، وترجيحاً لها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح مغايرة، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام".

(١) نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/٣٩٣، جلسة ٢٠٠٤/٤/١٣، الذي قضى فيه "إن مهمة أي محكمة في تحقيق العدالة بين المتقاضين هي الوصول إلى الحقيقة".

(٢) صلاح أحمد عبد الصادق أحمد: المرجع السابق، ص ١٣٦-١٣٨.

(٣) أحمد ماهر زغلول: دعوى الضمان الفرعية، دار النهضة العربية، ص ١٤٢.

(٤) Jean Vincent: Précis, op. cit., p. 66./Article (126) "Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée,

إلى المادة (٩٠) من قانون أصول المحاكمات تنص على أن (للمحكمة ألا تحكم بعدم قبول الدعوى رغم تحقق سبب عدم قبولها، وأن تقرر تكليف الخصم بتصحيح الوضع المؤدي لعدم القبول، إذا كان بالإمكان ذلك)، لأن هذا يؤدي إلى الاقتصاد في الإجراءات وتحقيق العدالة، من خلال استكمال العنصر الناقص، ودون الحكم بعدم القبول^(١).

المطلب الثاني

فكرة العدالة وتواعد التبليغ والحضور والغياب

اعتبر المشرع المحافظة على قيمة الوقت في الدعوى من الأهداف التي يجب أن تتحقق، فالعدالة ليست إعطاء كل ذي حقاً حقه، بل إعطاءه حقه في وقته المناسب. واعتمد المشرع في سبيل تحقيق ذلك على زيادة دور القاضي، وتقليص دور الخصوم في الدعوى^(٢). خصوصاً في نظام الإعلان القضائي، لما يثار بصدد الإعلان من مشكلات، قد تعيق انعقاد الخصومة، وتوقف سير الدعوى نحو هدفها في الوقت المناسب.

وكون القاضي من يسهر على حسن سير العدالة، لذلك له منح المهل، والأمر بما هو ضروري^(٣)، بما يؤدي إلى تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، من خلال تحقق علمهم القانوني بالدعوى، والذي يعتبر من أهم حقوق الدفاع^(٤). إدراكاً من المشرع أن العدالة تتطلب تحديد كيفية القيام ببعض الإجراءات، أو بيان بعض

l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance.

(١) نبيل إسماعيل عمر: الدفع، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٢) Adam Anne Outin: Essai de une théorie général des délais en droit prive contribution a la étude de la mesure du temps par le droit, T. 1. Thèse, Paris, 1986, p. 5-6.

مصطفى المتولي قنديل: الشروط الإرادية المنظمة للتقاضي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٤-١٤٣.

(٣) طلعت محمد دويدار: الإعلان القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣-٥.

(٤) نقض مدني مصري، طعن رقم ٤٩٤٦، سنة ٦٣ ق، جلسة ١٩٩٤/١/٦.

عناصر تلك الكيفية، أو القيام بإجراء بديل عند تعذر القيام بالإجراء الأصلي. وقد ظهر دور العدالة في مواد التبليغ والحضور والغياب فيما يلي:

أولاً: دور قواعد العدالة في مواد الإعلان القضائي:

يظهر دور قواعد العدالة فيما قرره المواد (١٣ و ١٨ و ٢/٨٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، حيث أجاز المشرع تسليم صورة الإعلان لغير المطلوب تبليغه، على أن يكون ذلك في موطنه ولمن يقرر أنه وكيله، أو يعمل في خدمته، أو أنه أحد أفراد عائلته ممن يسكنون معه. وترتيباً على ذلك يتوجب في حالة عدم تبليغ المدعى عليه لشخصه، أن تأمر المحكمة بإعادة إعلانه، دون البحث في صحة الإعلان من عدمه. أما إذا كان قد بلغ لشخصه تعين عليها فحص التبليغ، فإذا تبين له سلامة التبليغ الظاهرية سار في الدعوى، أما إذا تبين له عدم صحة التبليغ قرر تأجيل نظر الدعوى والأمر بإعلان المدعى عليه بإجراءات صحيحة، وذلك تمثيلاً مع اعتبارات العدالة التي توجب التحقق من تبليغ المدعى عليه قبل إيقاع جزاء ضده. وإذا كان للمطلوب تبليغه موطن معلوم في الخارج، فإن لطالب التبليغ أن يطلب من المحكمة أن تأذن بإجراء التبليغ بطريق البريد المسجل مع علم الوصول، أو بأي طريق آخر تراه مؤدياً للغرض. وهي تقرر ذلك في ضوء مصلحة طرفي الدعوى، وما يقتضيه حسن سير العدالة^(١).

ثانياً: دور قواعد العدالة في مسائل الحضور والغياب:

يعتبر فصل المحكمة النزاع بحضور جميع أطرافه وبعد سماعهم، الصورة المثلى للعدالة، إلا أنه قد يتعذر مثول الأشخاص مطلقاً، وقد يتعذر مثولهم بأنفسهم. لذلك أصبح يكفي لصحة الإجراءات تمكين الخصم من الحضور، وكفالة هذا الحق له. فإذا تخلف رغم هذا، كان ما يُتخذ في غيبته صحيحاً، لكي لا يؤدي إهمال

(١) نقض مدني مصري، طعن رقم ١٨٢، سنة ٦٣ ق، جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ ونقض مدني مصري، طعن رقم ٣٦٧، سنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠١/٥/٢١.

الخصم في الحضور، إلى عرقلة سير الخصومة^(١)، فقد يتعمد الخصم الغياب، لذلك أجاز المشرع السير في الدعوى، منعاً للإضرار بمن حضر من الخصوم^(٢). وهذا يعد إقراراً من المشرع بضرورة إعمال مبدأ المواجهة، وإيماناً منه بأن هذا من حسن سير القضاء^(٣).

ويظهر دور قواعد العدالة في مواد الحضور والغياب في المادتين (٨٥ و٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية. وبمطالعتهما نجد أن ما تقرره المادة (١/٨٥) من قانون أصول المحاكمات، من شطب الدعوى إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى، أمر تأباه العدالة، وحسن سير القضاء. فقد تكون الدعوى جاهزة، أو مهياًة، أو صالحة للحكم فيها، لذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من نظر الدعوى والحكم فيها، حتى في ظل غياب الخصوم^(٤). ولهذا نرى ضرورة تعديل المادة (١/٨٥) لتصبح على النحو الآتي (إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه سارت المحكمة في الدعوى وحكمت فيها إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها).

كذلك فإن ما تقرره المادة (٢/٨٨) من قانون أصول المحاكمات أمر بجافي العدالة حيث إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد، قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن، فقد يتغيب المدعي لعذر وتقرر المحكمة اعتبار الدعوى كأن لم تكن بما قد يؤدي إلى ضياع حقه، لذلك نرى ضرورة تعديل النص ليصبح (إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن ما لم يكن تغيبه لعذر مشروع).

(١) إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٥١.
(٢) عاشور مبروك: النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، (الحضور والغياب)، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٨، ص ١١.
(٣) عاشور مبروك: النظام، المرجع السابق، ص ٧.
(٤) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٥١٠.

المبحث الثالث

نطاق فكرة العدالة في قواعد الحماية وتسيير الدعوى والفصل فيها

يعتبر الحكم الغاية التي يبتغيها الخصم من إقامة دعواه، ويتم الوصول إليه من خلال وسيلة حماية يقررها القانون، تسيير وصولاً إليه وتلعب قواعد العدالة في ذلك دوراً كبيراً نبينه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: فكرة العدالة في قواعد الحماية.

المطلب الثاني: دور قواعد العدالة في تسيير الدعوى وصحة إجراءاتها

والفصل فيها.

المطلب الأول

فكرة العدالة في قواعد الحماية

تتدخل اعتبارات العدالة في وسيلة الحماية في عدة مسائل منها :

أولاً: جمع الطلبات في دعوى واحدة:

اشتترطت المادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ارتباط الطلبات لكي يمكن جمعها معاً في دعوى واحدة، من مدعين ضد مدعى عليه، أو من مدعٍ ضد مدعى عليهم، أو من مدعين ضد مدعى عليهم، وإن اختلفت سبباً وموضوعاً، من خلال وجود صلة وثيقة بينها، تبرر معاملتها بطريق واحد، وتجعل من المستحسن توحيد الحلول والآثار والنتائج بالنسبة لها^(١). وتقوم هذه الصلة إذا كان الفصل في أحد هذه الطلبات له أثر مباشر في الأخرى، بحيث قد يترتب على عدم جمعها تناقض الأحكام. فيشترط لجلب المدعى عليهم جميعاً أمام محكمة موطن أحدهم، وجود صلة بين الطلبات تبرر اختيار المدعي لمحكمة موطن أحدهم، وعدم رفع كل طلب منها في موطن كل منهم على حدة^(٢). فإذا وجدت المحكمة أن هناك

(١) نبيل إسماعيل عمر: الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات، وآثاره الموضوعية والإجرائية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٤.

(٢) R. Japiot: Traite élémentaire de procédure civile et commercial, Rousseau, 1935, p. 253-254.

ارتباطاً قبلت نظر الدعوى جملة، وإلا كان له تطبيق حكم المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات، بتفريق الدعوى وإجراء محاكمات مستقلة، إذا اقتضى حسن سير العدالة ذلك.

ثانياً: الإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع:

يجب على المحكمة إذا دفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أو الارتباط، التحقق من وجود تعاصر إجرائي للدعويين، وذلك بقيام ذات الدعوى أمام محكمتين، أو قيام الدعويين المرتبطين أمام محكمتين في نفس الوقت^(١). مع وحدة الجهة القضائية، ودرجة التقاضي القائم أمامها ذات النزاع أو الدعوى المرتبطة^(٢). واختصاص المحكمة المطلوب منها الإحالة، والمطلوب الإحالة إليها من جميع الوجوه^(٣). ويتوافر الارتباط البسيط يكون للمحكمة تقرير الإحالة من عدمه بحسب مقتضيات حسن سير العدالة وعدم الإضرار بها. إذ قد يرى أن الجمع بين الطلبات والدعاوى أمام محكمة واحدة لتتظرها معاً يعطل سير العدالة، خصوصاً إذا كانت إحداها قد شارفت على الانتهاء أو جاهزة للحكم فيها، والأخرى رفعت حديثاً. أو كان نظر كل منها بشكل منفرد لا يترتب عليه تناقض في الأحكام، وأنه يمكن الفصل في كل منها على انفراد، دون أن تؤثر إحداها على الأخرى. أما في حالات الارتباط غير القابل للتجزئة، أو قيام ذات النزاع، فإنه لا يتصور أن يرفض القاضي طلب الإحالة، لأن في هذا ما يحقق حسن سير العدالة، ويمنع من الإضرار بها^(٤). ويتوافر ذات الأمر عند طلب ضم دعاوى مقامة أمام ذات المحكمة، ومنظورة من هيئات مختلفة فيها، وكان بينها ارتباط أو وحدة سبب وموضوع، فإنه يجوز الأمر بضمها، لتتظر معاً من هيئة واحدة. ولها رفض ذلك لتقديرها أنه لا توجد مخاطر من نظر كل واحدة

(١) Henry Vizios: Observation sur l, étude de procédure civile, Extrait de la Revue générale de droit, Paris, 1956, p. 213.

(٢) R. Japiot: op. cit., p. 465.

(٣) L. Cadiet: Connexité préc., Ency. Dalloz, PR. Civ., 1995, No. 28.

(٤) علي أبو عيطة هيكل: المرجع السابق، ص ٥٥٥ / السيد عبد العال تمام: المرجع السابق، ص ٢٣٥.

منهما على استقلال، لعدم احتمال صدور أحكام متعارضة، أو لأن إحداها جاهزة للحكم والأخرى ليست كذلك، ما دام ذلك لا يضر بسير العدالة^(١).

أما إذا كان هناك ارتباط لا يقبل التجزئة، أو كان هناك وحدة في السبب والموضوع، فإنه وإن كان المشرع قد خول للمحكمة السلطة التقديرية في ضم الطلبات في خصومة واحدة، لتتظر وتفصل معاً، فإن مقتضى عدم الإضرار بسير العدالة في هذه الحالة يوجب على المحكمة أن تقرر ضم الطلبات في خصومة واحدة، تفادياً لما سيترتب على إبقائها منفصلة ومستقلة من أضرار بسير العدالة.

وقد جعلت المادة (٨١) من قانون أصول المحاكمات أساس الإحالة أو الضم أو رفضهما هو ما يتوافق مع حسن سير العدالة والإضرار بها، وهو أمر مثالي، يخرج به المشرع من جمود القواعد القانونية، ويمنح من خلاله المحكمة قدرة، يتم من خلالها تحقيق المساواة أمام القانون بحسب ظروف كل حالة على حدة. وضابط حسن سير العدالة للإحالة أو الضم هو قدرة كل طلب على تحقيق الهدف منه، بعد تفريقه عن باقي الطلبات، ليُنظر بصورة مستقلة. وتستخلص المحكمة ذلك من خلال تحققها من كفاية كل طلب من الطلبات المجتمعة لإنتاج آثاره المرجوة من تقديمه، فيما لو كان على حدة، وتتحقق كفاية كل طلب من خلال اكتمال عناصره، وعدم اعتماده على غيره من الطلبات. والذي تستخلصه المحكمة من خلال استشرافها لإمكان ممارسة الخصوم حقوقهم الإجرائية بالنسبة لهذا الطلب، على نحو أفضل مما لو بقى مجتمعاً مع باقي الطلبات. بما يقتضى في ظل هذا وتحققاً للفعالية الإجرائية، تفريق الطلبات^(٢).

ثانياً: تفريق الطلبات المجتمعة:

بينت المادتان (٥٨ و٥٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية أنه إذا اشتملت الدعوى على عدة طلبات أو عدة أسباب وظهر للمحكمة من تلقاء نفسها

(١) السيد عبد العال تمام: المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) علي أبو عيطة هيكل: المرجع السابق، ص ٢٨٢.

أو نتيجة لدفع، أنه لا يمكنها أو لا يسعها الفصل فيها مجمعة على وجه مناسب، كان لها أن تأمر بتفريق الطلبات ليُنظر كل منها على حدة، أو الإبقاء على سبب واحد، أو ما تراه مناسباً. وهي تقرر الحل في ضوء ما تشير به قواعد القانون بشكل عام، وقواعد العدالة.

ثالثاً: تجميع الأطراف في دعوة واحدة:

يجب أن يكون طلب إدخال أشخاص في الدعوى مقيداً بالشكل، والزمان، والإجراءات التي قررها القانون^(١)، ويرى البعض أن سلطة المحكمة مقيدة إزاء سلطة الخصوم أو حقهم في اختصام من يشاءون^(٢). ونتفق مع من رأى أنه إذا كان للخصم طلب اختصام من يشاء، وليس للمحكمة تقييده في ذلك^(٣)، إلا إن قبول الطلب من عدمه يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، فتقديم طلب الإدخال لا يعني إجبار المحكمة على قبوله. فالمحكمة قبول إدخال من ترى أن إدخاله في مصلحة العدالة، أو يساعد في إظهار الحقيقة، أو له علاقة بالنزاع^(٤).

وإذا كان للخصوم والمحكمة إدخال الغير في الدعوى فإن لمن ليس طرفاً في الدعوى ولم تمتد الخصومة إليه، أن يطلب التدخل فيها^(٥). وتتقيد المحكمة في قبولها

(١) Henry Solus et Roger Perrot: op. cit., p. 905.

(٢) أحمد هندي: سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، المشاكل التي يثيرها الاختصام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٩.

(٣) انظر عكس ذلك: الأنصاري حسن النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والفرنسي، رسالة، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣٩٩. ويرى أن الاختصام ليس حقاً للخصوم، ولو كان كذلك لما كان للمحكمة حق الاعتراض على ممارسته ولتعيين عليها الأخذ به طالما توافرت شروطه. ويؤخذ على هذا الرأي خلطه بين ممارسة الحق وسلطة المحكمة، فلا يعني ممارسة الحق أن تكون متفقة والقانون لذلك يكون للمحكمة سلطة قبول الاختصام ورفضه.

(٤) E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: op. cit., p. 638./

نقض مدني فلسطيني، دائرة رام الله، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٨، جلسة ٢٠٠٤/٤/١٩، الذي قضى فيه بأن "طلب إدخال شخص ثالث كمدعى عليه هو لتتمكن المحكمة من البت بصورة منتجة في جميع المسائل التي تنطوي عليها الدعوى أو للرجوع عليه بما قد يحكم به عليه"/ونقض مدني فلسطيني، دائرة رام الله، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٥، جلسة ٢٠٠٤/٤/١٧. ونقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٢/٤٣، جلسة ٢٠٠٢/١١/١٦. مصطفى مجدي هرجة: الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٢٨.

(٥) عبد الحكم فوده: النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية على ضوء الفقه والقضاء، دار الألفي لتوزيع الكتب، المنيا، ص ٤١.

التدخل أو الإدخال بمعايير منها المساعدة في ظهور الحقيقة، أو تحقق مصلحة العدالة، ومنع تكرار ذات المنازعات^(١). كما تنقيد في أمرها بتعديل الدعوى على ضوء التدخل أو الإدخال، بمقدار ما تتطلبه العدالة^(٢). وقد سكت المشرع عن بيان التعديل في حالة الإخراج لذلك نرى ضرورة تعديل المادة (١/٩٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لتصبح على النحو الآتي: (يجوز للمحكمة في حالات التدخل والإدخال والإخراج تكليف المدعي أن يعدل لائحة دعواه بمقدار ما تتطلبه العدالة).

المطلب الثاني

دور قواعد العدالة في تسيير الدعوى وصحة إجراءاتها والفصل فيها

إذا كان القضاء ضرورة تفرضها حاجة الأفراد إلى حد أدنى من الاستقرار، من خلال التعايش الاجتماعي المتجانس والسلمي^(٣)، فتحقيق هذا يجب أن يكون بما يصون كرامة الأفراد والمجتمع، ويحافظ على النظام. لذا فإن كان الأصل في الجلسات أن تكون علنية، إلا أنه يجوز للمحكمة تقرير إجراء المحاكمة سراً، سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب الخصوم^(٤). ويتقرر ذلك إذا كانت علنية الجلسة تؤثر في أداء العدالة، أو تمس بالأمن العام، أو المصلحة العامة، أو تخل بالكيان الاجتماعي عبر المساس بالأسرة، أو لأنها تتعلق بمسألة تتصل بالأداب العامة. وإمعاناً في الحرص على بعض الأشخاص، أوجب أن تكون جميع جلسات دعوى مخاصمة القضاة سرية^(٥).

(١) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) المادة (١/٩٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

(٣) أحمد محمد حشيش: أساس الوظيفة القضائية، فكرة الخطر الذي يهدد قوة القانون وسيادته في الحالات الواقعية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢٢.

(٤) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف عبد الوهاب العشماوي: المرجع السابق، ص ٤٩٨. جاء في المادة (١١٥) من قانون أصول المحاكمات "تكون جلسات المحاكمة علنية إلا أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو حرمة الأسرة"، وتقابلها المادة (١٠١) من قانون المرافعات.

(٥) أحمد مصطفى يونس: المرجع السابق، ص ١٧٥-١٧٩. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص ٩٠. المادة (١٥٦) من قانون أصول المحاكمات، والمادة (١٠٧) من قانون السلطة القضائية المصري.

وقد ظهر دور قواعد العدالة في تسيير وصحة الإجراءات وإنهاء الخصومة

فيما يلي:

أولاً: دور قواعد العدالة في مسائل تسيير الخصومة:

يتمثل دور قواعد العدالة هنا في دورها في الوقف وفتح باب المرافعة من

جديد وإغلاقه، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- دور قواعد العدالة في مسألة وقف الدعوى:

أعطى القانون للخصوم الحق في الاتفاق على وقف الدعوى، مدة لا تزيد

عن ستة أشهر، إذا كانت هناك أسباب تدعو إلى إرجاء السير فيها، بدلاً من تكرار

التأجيل، وامتناع ذلك عليهم أحياناً^(١). وللمحكمة إقرار اتفاق الخصوم، والحكم بوقف

الدعوى، ولها رفض طلبهم. وهي تقرر ذلك في ضوء دراستها لهدف الخصوم من

الوقف، ومدى جديتهم في تحقيقه^(٢). وقد ذهب البعض إلى أنه إذا تعدد الأطراف في

الدعوى، فإنه يمكن وقف الدعوى بناءً على اتفاق البعض، دون الآخرين، إذا كان

موضوع الدعوى مما يقبل التجزئة. باعتبار الخصومة حالة قانونية تقبل التجزئة، ما

لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو كان موضوع الدعوى مما لا يقبل التجزئة^(٣).

بينما رأى آخر وبحق أنه يجب أن يتم الوقف باتفاقهم جميعاً، لعموم النص،

ولعدم جواز وقف الدعوى بالنسبة لبعض الخصوم دون الآخرين. كما إنه ليس من

حسن سير العدالة أن تقطع أوصال الخصومة، رغم ما بين طلباتها من وحدة أو

ارتباط، وذلك بوقفها بالنسبة لبعض الخصوم دون الآخرين^(٤).

(١) محمد نصر الدين كامل: عوارض الخصومة (وقف الخصومة، انقطاع الخصومة، سقوط الخصومة وانقضاؤها، ترك الخصومة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٣١-١٣٢.

(٢) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(٣) أحمد أبو الوفا: التعليق، المرجع السابق، ص ٤٧١. محمد كمال أبو الخير: المرجع السابق، ص ٤٩٩.

رمزي سيف: المرجع السابق، ص ٥٧٥. محمد نصر الدين كامل: عوارض، المرجع السابق، ص ١٣٢.

أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٥٢٦.

(٤) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف عبد الوهاب العشماوي: المرجع السابق، ص ٦٥٠.

فتحي والي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٤٤.

ب- دور قواعد العدالة في فتح وإغلاق باب المرافعة:

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب إعادة فتح باب المرافعة، إذا طرأت بعض الوقائع بعد قفل باب المرافعة، أو ظهرت بعض الأمور المؤثرة والضرورية، ولأسباب جدية، وذلك تحقيقاً للعدالة وتمكيناً من استجلاء الحقيقة^(١).

ثانياً: دور قواعد العدالة في مواد الفصل في الدعوى:

يظهر دور قواعد العدالة في هذا المجال من خلال قواعد إصدار الأحكام، وتصحيحها، وقواعد الحكم بالمصرفات وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ- فكرة العدالة ومسائل إصدار الأحكام:

يتم إصدار الحكم ابتداءً بتجهيز مسودة له موقعة من القضاة الذين اشتركوا في المداولة، ويتم النطق به في جلسة علانية. فإذا تغيب بعض القضاة فإنه يجوز التأجيل حتى حضور باقي الهيئة، كما يجوز تلاوة الحكم الموقع ممن تداولوا فيه، من هيئة أخرى، على أن يبين ذلك في محضر جلسة أن دور الهيئة الجديدة اقتصر على النطق بالحكم^(٢). ويفرق البعض في الموانع التي تحول دون حضور بعض أعضاء الهيئة جلسة النطق بالحكم. فيجيزوا النطق به إذا كان المانع من الحضور مادياً، كالمرض، والسفر مثلاً. على أن يذكر في نسخة الحكم الأصلية أن غيابه كان بعد تمام المداولة والتوقيع على المسودة. أما إذا كان المانع قانونياً كالوفاة أو الإحالة للمعاش أو الاستقالة أو أي سبب تزول معه ولاية القاضي العامة، فلا يجوز في هذه الحالة النطق بالحكم، إذ لم يعد هذا القاضي قادراً على العدول عن رأيه، أو الإصرار عليه، لانقضاء ولايته بالنسبة للحكم، وبالتالي فإن حلول غيره محله عند النطق به

(١) نقض منفي فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/٣٩، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٢٣. إبراهيم نجيب سعد: ج ٢، المرجع السابق، ص ٩٢ وحاشية ٤٩.

Jean Vincent: op. cit., p. 468-469./ Roger Perrot: op. cit., p. 365.

(٢) محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي، (مفهومه، تقسيماته، إصداره، مضمونه، آثاره)، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٧٩-١٨٥.

يجعله باطلاً. ولهذا يتعين في هذه الحالة، فتح باب المرافعة، وسماع المرافعات أمام الهيئة الجديدة، ومن ثم إصدار الحكم^(١).

وهذا الرأي يخالف صريح نص المادة (١٦٩) من قانون أصول المحاكمات، التي لم تفرق في حكم الغياب، أو المانع الذي حال دون حضور القاضي، وعممت الحكم، وسوت فيه بين المانع القانوني، والمانع المادي^(٢)، ولم يرد فيها قيد على مطلق المانع، وبالتالي لا يجوز تقيده^(٣). كما إن توقيع القاضي على المسودة فيه إقرار منه بأن هذا الحكم من رأيه، وأن غيابه بعد ذلك أيأ كان سببه يُحْمَل على بقائه على رأيه، طالما لم يقدّم دليل على عكس ذلك. يضاف إلى ذلك أن منع النطق بالحكم لمانع قانوني بعد جاهزية الحكم للنطق به، يعرقل سير العدالة، ويؤدي إلى إطالة أمد النزاع بلا موجب. وأخيراً فإن من الموانع المادية ما يكون له ذات أثر الموانع القانونية بل وأشد، فالقاضي الذي يصاب بمرض يخرس لسانه ويمنعه من الحراك، بعد أن وقع على مسودة الحكم، لا يمكنه العدول عن رأيه أو الإصرار عليه. ومع هذا أجاز أصحاب الرأي السابق النطق في غيبته مع وضع بديل مكانه. فسي ظل استواء هذه الحالة، مع الموانع القانونية.

(١) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٠٩-٦١٠. سيد أحمد محمود: التقاضي، المرجع السابق، ص ٣٩٨-٣٩٩. فتحي والي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٧٨. إبراهيم نجيب سعد: ج ٢، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٢) نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٨٩٧، سنة ٥٧ ق، جلسة ١٧/١/١٩٩٠، الذي قضى فيه بأن (النص في المادة (١٦٧) من قانون المرافعات على أنه لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً والنص في المادة (١٧٠) من هذا القانون على وجوب أو يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع على مسودته ثم النص في المادة (١٧٨) على وجوب أن يبين في الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته مفاده أن النعي على الحكم بصدوره من قضاة غير الذين سمعوا المرافعة شاهده ودليل ثبوته هو نسخة الحكم ذاته ولا يكفي في إثباته محضر الجلسة التي تلي بها منطوق الحكم ذلك أن العبرة بسلامة الحكم في هذا الصدد هو بالهيئة التي أصدرته لا الهيئة التي نطقت به إذ ليس ثمة ما يمنع من مشاركة قاضي في الهيئة التي نطقت بالحكم وحلوله محل القاضي الذي سمع المرافعة واشترك في إصداره ووقع على مسودته ثم تغيب لمانع عند النطق به وهو بيان يثبت بنسخة الحكم الأصلية ولا يتطلب القانون إثباته بمحضر الجلسة).

(٣) نقض مدني مصري، طعن رقم ١٠١٦٢، سنة ٦٤ ق، جلسة ٣٠/٨/٢٠٠٥، والذي قضى فيه بأنه "متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه إذ في ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص". نقض مدني مصري، طعن رقم ٤٣٥٣، سنة ٦٣ ق، جلسة ١٧/١/٢٠٠١.

ب- فكرة العدالة وتصحيح الأحكام:

للمحكمة تصحيح ما ورد في حكمها من أخطاء مادية ناجمة عن الخطأ في أي عملية رياضية، أو كتابية. ككتابة رقم بشكل معكوس، أو كتابة اسم على غير الثابت في الأوراق، أو وضع بيان غير الذي يجب ظهوره، أو ظهوره ناقصاً. ولا يكون الخطأ مادياً إذا كان المشرع يرتب عليه البطلان، أو كان مرسوماً لعلاج طريق طعن خاص^(١). وتصحيح المحكمة حكمها مما اعتراه من أخطاء مادية، هو من قبيل حسن سير العدالة، لما فيه من تقصير للإجراءات، وتوفير للنفقات^(٢). وهي تقرر تصحيح الحكم إذا كان ذلك ممكناً، وترفض التصحيح إذا رأت أن التصحيح سيؤدي إلى المساس بجوهر الحكم، ويؤدي إلى التعديل فيه^(٣). أو كان التصحيح في مسألة وردت خاطئة في الحكم، وكان مرجع هذا الخطأ الخصوم، فلا تملك المحكمة تصحيحه^(٤). ذلك أن التصحيح سيتم استناداً لما هو وارد في الصحف أو المذكرات أو المحاضر^(٥).

ج- فكرة العدالة وقواعد مصروفات الدعوى:

يقرر المشرع قاعدة مفادها أن خاسر الدعوى يتحمل مصروفاتها، ولا تتبثر هذه القاعدة إشكالاً إذا كان الخاسر شخصاً واحداً، أما إذا تعدد المحكوم عليهم فللمحكمة تقرير تقسيم المصاريف بالتساوي بينهم، بغض النظر عن مقدار مسؤوليتهم عن موضوع الدعوى، أو الحكم بنسبة ما حكم على كل منهم من موضوع الدعوى^(٦). وهي تقرر ذلك بحسب ما يحقق العدالة، حسب كل دعوى ومقتضياتها على حدة، وما يستبين لها من أحوال الخصوم الاقتصادية، أو بحسب مسؤوليتهم عن موضوع الدعوى.

(١) أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ص ١٥٢ و ١٥٨.

(٢) إبراهيم نجيب سعد: ج ٢، المرجع السابق، ص ٣٠١. / Roger Perrot: op. cit., p. 607.

(٣) أحمد ماهر زغلول: مراجعة، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٤) محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٥) إبراهيم نجيب سعد: ج ٢، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٦) نبيل إسماعيل عمر: أصول، المرجع السابق، ص ١١٢١.

وإذا كان كل من طرفي الدعوى قد حُكِمَ له بجزء من طلباته، كان للمحكمة أن تقرر تحميل كل طرف ما أداه من رسوم ومصاريف.

وما يتم من تحميل أحد الطرفين وخاصة الرايح فيه جور على المحكوم بها عليه، خصوصاً إذا لم يكن قد وقع من الخصم ما يخالف المادة (١٨٩) من قانون أصول المحاكمات، فلم يكن مسلماً له بطلباته. علاوةً على ذلك فإن تحميل أحد الخصوم كامل المصاريف يجافي قواعد العدالة. ومع ذلك فإن للمحكمة تحميل من كسب الدعوى مصاريفها إذا كان المدعى عليه مُسَلِّماً بحقه، أو كان الحكم نتيجة مستندات أخفاها المحكوم له عن المحكوم عليه، ومرجع الحكم بالمصاريف على كاسب الدعوى، هو عدم وجود نزاع بين المحكوم له والمحكوم عليه، يبرر تحميل المحكوم عليه مصاريف الدعوى، بل إن من تسبب بالمصاريف هو المدعي^(١).

المبحث الرابع

ضوابط الوصول للعدالة والرقابة عليهما

يفترض تطبيق قواعد ومعايير العدالة وجود حرية للمحكمة في الاختيار، والوزن، وتحديد الاتجاه السلوكي في إطار الإجراءات، بما يحقق الغاية من العمل، ضمن إطار الوظيفة القضائية. لهذا لا يُنكر اختلاف الأحكام مضموناً وشكلاً باختلاف المحاكم. وهذا بدوره يوجب إيجاد ضوابط لما تتمتع به المحكمة من سلطات تمثل ضمانات للخصوم، وإخضاع أعمالها للرقابة، ضماناً للعدالة وتحقيقاً لها^(٢). وليبيان موضوع المبحث نستعرضه في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: ضوابط الوصول للعدالة.

المطلب الثاني: الرقابة على تطبيق قواعد العدالة

(١) Jean Vincent: op. cit., p. 1016. / Roger Perrot: op. cit., p. 639.

(٢) وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل، المرجع السابق، ص ٣٢٩-٣٥٥. / الضوابط هي عبارة عن مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المحكمة، والآليات والوسائل التي يتعين عليها استخدامها عند قيامها بوظيفتها القضائية بشكل عام. وهي بمثابة ضمانات لصحة العمل القضائي. فلا وجود للسلطة المطلقة، ذلك أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة.

المطلب الأول

ضوابط الوصول للعدالة

يعتبر حياد القاضي وتسبب الأحكام أهم ضوابط الوصول للعدالة والتي يضمن من خلالها عدم الشطط أو الانحياز أو خلافه ولتوضيح ذلك نعرض الموضوع في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

حياد القاضي

يُقصد بحياد القاضي تجرده من مصالحه المادية والمعنوية، تجاه ما يعرض عليه، بهدف تحقيق العدالة التي يجب أن تكون مسيطرة عليه^(١). فوجود مصلحة للقاضي، قد تؤدي إلى ميله، وابتعاده عن التطبيق الموضوعي المتجرد لإرادة القانون. كون الضغوط الداخلية التي تملها عليه مشاعره، والخارجية المتمثلة في المنافع المادية أو المكاسب الخاصة، تحيد به عن التطبيق القانوني السليم^(٢). لذلك يجب أن يتصف القاضي بالغيرية عن الخصوم، بمعنى ألا يجمع بين صفة الخصم والحكم، وبين صفة الشهادة والقضاء^(٣).

لهذا فإن مبدأ حياد القاضي يشكل الأساس والمصدر للعديد من القواعد في قانون أصول المحاكمات، فاستقلال القضاة يجد سنده في هذا المبدأ، ذلك أن الاستقلال هو ما يحقق الحياد في مباشرة القاضي لوظيفته القضائية. وترتيباً على هذا كان الاستقلال والحياد أمرين متلازمان، فلا حياد إن لم يكن هناك استقلال^(٤). فالقيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد، من غير خضوع لعوامل التحكم،

(١) Roger Perrot: op. cit., p. 377./

إبراهيم أمين النيفاوي: انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دراسة في قانون المرافعات لأثر التنظيم الإجرائي على قيام القضاء بوظيفته، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢٩. حسن على عوض الطراونة: المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢) أحمد ماهر زغلول: الوجيز، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٣) فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، رسالة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٥٦.

(٤) أحمد ماهر زغلول: الوجيز، المرجع السابق، ص ١٠٢.

ولا قيمة للاستقلال إذا كان صاحبه خاضعاً للهوى الشخصي، أو أسيراً لمصالحه الخاصة. لهذا فإن حياد القاضي يتحقق بإبعاده عن الأمور التي قد تعرضه لخطر التحكم^(١). لذا فإن الحياد مفترض في القضاء، باعتباره سمة من سمات استقلاله الوظيفي^(٢)، بغض النظر عن استقلاله كسلطة^(٣). لذلك جُعِل للقضاة الكلمة الأولى والأخيرة في إدارة شئونهم، وليس لأي شخص سواء سلطة أم غير ذلك، أن يملّي على القاضي، أو يوحي له بوجه الحكم في الدعوى. كما إنه ليس لأي كان نزع قضية تخضع لاختصاص محكمة أو قاضٍ منه، للحيلولة دون حكمه فيها، وذلك تحقيقاً لاستقلال القاضي. وليس لمحكمة التدخل في القضايا المعروضة على محكمة أخرى، ولو كان ذلك بقصد منع وقوع القاضي في الخطأ الموجب للمسئولية، لأن ذلك سيؤدي إلى تردد القضاة كثيراً قبل الفصل في المنازعات، بما يعرقل سير العدالة^(٤).

وقد نظم القانون مجموعة من الوسائل يتم من خلالها ضمان حياد القاضي، تحقيقاً لمصلحة المتقاضين، وإشاعة للطمأنينة إلى حسن سير العدالة، وإقامة للعدل بين الخصوم باختلاف درجاتهم ومراتبهم ونزاعاتهم^(٥). ومن أهم هذه الضوابط أو الضمانات ما يلي:

- (١) أحمد فتحي سرور: استقلال، المرجع السابق، ص ١٣٤.
- (٢) يس عمر يوسف: استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٨٤، ص ٤٧. ويعني الاستقلال الوظيفي عدم خضوع القاضي في عمله لغير القانون وعدم خضوعه لسلطة رئاسية تملّي عليه ما يقضي به، ويكون مسئولاً عما قضى به أمامها، وهذا الاستقلال كامل ومطلق، ليس فيه مشاركة. (إبراهيم أمين النيفاوي: المرجع السابق، ص ٢٦).
- (٣) محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة، ع ٣، ١٩٦٨، ص ٣٠-٣١.
- (٤) يس عمر يوسف: المرجع السابق، ص ٢٠٤-٢٠٧. نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٣٣٣، سنة ٥١ ق، جلسة ١٩٩٠/١/١٨، الذي قضى فيه بأن "الأصل عدم مسئولية القاضي عما يصدر منه من تصرف في أثناء عمله، لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون، وترك له سلطة التقدير فيه، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسئوليته على سبيل الاستثناء، إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها".
- (٥) عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرجع السابق، ص ١٥٨.

أولاً: حظر الجمع بين وظيفة القضاء وبعض الأعمال:

فلا يجوز للقاضي الجمع بين منصب القضاء، ومزاولة التجارة، أو أي عمل آخر. سواء كان ذلك مقابل أجر، أم بدونه. كما لا يجوز له الجمع بين مهنة القضاء وممارسة أي عمل يحط من كرامته، أو يتعارض مع واجباته وحسن أدائه لوظيفته القضائية^(١).

والغاية من ذلك هي الحفاظ على هيبة القاضي واحترامه، ومنع ربط مصالحه الخاصة مع بعض الخصوم، بما يؤدي إلى ميله إليهم، حفاظاً على مصالحهم.

ثانياً: حظر الاشتراك في كل ما له طابع سياسي أو جماهيري:

يحظر على القاضي الانتماء للأحزاب والتنظيمات السياسية، أو الترشح للمناصب السياسية، أو الجماهيرية، أو رئاسة الدولة، وكذلك الترشح للمجالس والهيئات المحلية. كما يحظر عليه إبداء الآراء السياسية، سواء في مسألة تتعلق بدولته، أم بغيرها^(٢). ففي الدول الديكتاتورية، أو ذات الحزب الواحد، حيث يضع القضاء نصب أعينهم وفي أحكامهم الفلسفة السياسية والأيدولوجية السائدة، بما يمنع من حيادهم بينما عند تعدد الأحزاب، واختلاف الأيديولوجيات يكون العكس^(٣).

والعلة من المنع أن الانتماء للأحزاب السياسية، يجعل القاضي أداة لترسيخ مفاهيم الحزب، والانتصار له فيما يعرض علي القضاء^(٤). كما أن تسييس القضاء يفرقه شيعاً، بما يعرضهم للزلزلة، والتغيير بتغيير النظام السياسي. حيث إن النظام

(١) أحمد فتحي سرور: استقلال، المرجع السابق، ص ١٣٤. المادة (١/٢٨) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني.

(٢) المادتان (٥/١٦ و ٢٩) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني، والمادة (٧٣) من قانون السلطة القضائية المصري.

(٣) Bernard Schwartz: American constitutions, Green wood press, New York, 1969, p. 132.

(٤) حاتم حسن موسى بكر: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة في التشريع الليبي المقارن، رسالة، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١١٩. حسين علي الناعور النقبي: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٥٦.

الجديد سيضع من القضاة من يواليه، بما ينال من هيئة القضاة، ويُدني مستواهم، ويقدم في حيدتهم^(١)، تلك الحيدة التي هي ملاذ الحكام، والمحكومين على السواء. باعتبارها العنصر الأهم بين عناصر تحقيق العدل^(٢). كما أن الترشح للمناصب السياسية أو الجماهيرية، يجعل القاضي هيناً في قضائه، مهتماً للقانون. وذلك إرضاءً للجمهور، في سبيل البقاء في المنصب، أو إعادة انتخابه مرة أخرى لذات المنصب أو لآخر.

ثالثاً: الابتعاد عن النزعات الشخصية والشهوات:

الميل حالة نفسية، يصعب التنبؤ بها أو معرفتها، لأن ما يفصح عنه القاضي في حكمه هو ما يراه متوافقاً والقانون. وتبقى في نفس القاضي كوامن، هي المسئولة الحقيقية عما أصدره، وهي التي تشكل حقيقة مادة التقدير^(٣). لهذا فإن لنزعات القاضي وشهواته أثر في حياده، فالنفس البشرية لها ملكات ظاهرة أو شعورية، وملكات باطنية لا شعورية. ويعد اللاشعوري أخطر من الشعوري، إذ هو العامل الأقوى في توجيه التصرفات، والأعمال، والأفكار، والميول في حياتنا الشعورية. بما للاشعور من أثر وسلطان على الشعور^(٤). وبالتالي إذا تأثر وجدان القاضي استجابة لشهوة، أو نزعة ذاتية، فإنه يندفع نحو الاتجاه المحقق لها. فإذا كان مائلاً لأحد الخصوم، كان يقظاً لهفوات الخصم الآخر، راصداً لها، منتصراً لمن يميل إليه، وبالتالي يضع من الأسباب المنطقية في حكمه، ما يحمي ما توصل إليه، ويقي ما اعتدل في ذهنه وأراد تحقيقه^(٥).

(١) فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، ١٩٩٩، ص ٣٢.

(٢) يس عمر يوسف: المرجع السابق، ص ٤٩-٥٦.

(٣) حسن عوض سالم الطراونة: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨١.

(٤) محمد فتحي: فلسفة القاضي، مجلة القانون والاقتصاد، العددان السادس والسابع، ص ١٣، نوفمبر وديسمبر ١٩٤٣، ص ٣٦٦-٣٦٧.

(٥) حاتم حسن موسى بكر: المرجع السابق، ص ١١٨.

ولما كانت الشخصية جملة من الصفات، الجسمية، والعقلية، والمزاجية، والاجتماعية، والخلفية. التي تميز الشخص عن غيره، فإن هناك شروطاً عديدة لتكامل الشخصية، ومن أهمها عدم وجود صراع داخلي بين النفس والضمير يواجه القاضي. لذا يمكن للقاضي الوصول إلى التكامل، إذا تغلب علي الأفكار السخيفة، وأبعد نفسه عن الخوف غير المبرر، والوجل من المستقبل. ويحدث ذلك عند حدوث التوافق بين القوى الغريزية في النفس والدوافع الفجة من جهة، وبين الذات العليا أو الضمير من جهة أخرى. وفي هذه الحالة يتصرف القاضي فيما يعرض عليه في ضوء العقل والمنطق، معبراً عنه بالموافقة أو عدم الموافقة أو المحايدة^(١).

ويمكن للقاضي تقويم نفسه، من خلال تقويم معتقداته ومشاعره، وسلوكه المرتبط بموضوع معين. ويتم له ذلك من خلال الضغوط الاجتماعية، ومن خلال تعديل الجانب المعرفي، وبإدخال فناعات جديدة مستتدة لحجج وبراهين تدعمها وتبقي عليها. وذلك بواسطة برامج علمية، ودينية، وثقافية، وتدريبية معينة^(٢). ويؤدي هذا التقويم إلى الإحساس والإدراك والتفكير بطريقة محددة، وتنظيم العمليات الدفاعية، والانفعالية، والمعرفية، حول بعض الأمور المعروضة عليه، وتحديد مسار سلوكه، واتخاذ القرارات في المواقف والمواضع المتعددة، في شيء من الاتساق والتوحيد، دون تردد أو تفكير في كل مرة تحتاج لذات القرار، وتوجيه استجاباته تجاه الآخرين والموضوعات بطريقة معينة^(٣).

ولا يتأتى عزل القاضي وتجريده من أثر الشهوات، ومن ميل النزعات، إلا بالنأي عن العوامل الشخصية، والأهواء، بإقصائها من وجدانه، وفكره، وإلا كان حكمه فيه مظنة وشبهة^(٤). لذلك فالقاضي الذي يردد إلى نفسه، باحثاً عن مواطن

(١) طارق كمال: أساسيات في علم النفس، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤٠-١٤١.

(٢) حنان السيد زيدان: المدخل إلى علم النفس، كلية التربية النوعية جامعة عين شمس، ٢٠٠٢/٢٠٠٢، ص ١٧٧-١٨٦.

(٣) سامي محمود أبو بيه وماجة محمود: محاضرات في علم النفس، (علم النفس العام، علم النفس النمو، علم النفس الاجتماعي)، ٢٠٠٥، ص ٢٩٢.

(٤) رمسيس بهنام: علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣١-٣٢.

ضعفها، ليكون في جانبها على حذر، سيكون بلا شك أقرب إلى فهم حقائق الأمور والطبائع البشرية فهماً صادقاً، وأبدعهم في دراستها والكشف عن كوامنها، وأقربهم إلى بلوغ المثل الأعلى للعدالة^(١). وينبع هذا من إيمان القاضي بواجبه، وتجريد نفسه من شائبة المجاملة، وإرضاء الآخرين، ومن غريزة السيطرة والتسلط، التي يختل بها ميزان تقديره للعدالة^(٢).

لهذا فإن من مقتضيات الاستقرار النفسي للقاضي، التحلي بالصبر والهدوء، غير المؤدي إلى المماطلة، إذ بالصبر والهدوء يبلغ العدالة^(٣).

رابعاً: عدم توفر أي سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد أو التنحي:

هي أسباب إذا توافر أي منها توجد مظنة عدم الحياد لدى القاضي، وتدفع للريبة في أحكامه، إذ هي وفقاً للوضع الظاهر منها، تضعف لها النفس عادة، وتدعن فيها ولها عادة أغلب الخلق^(٤). وهي أحوال تكون معلومة للقاضي يبعُد أن يجهلها^(٥). ويخشى المشرع فيها ألا يكون ضمير القاضي حراً، وألا يحكم بغير ميل، فيحيد القاضي عن الغاية الموضوعية للقضاء^(٦). وأساس هذه الأسباب ليس الشك في ذمة القاضي ونزاهته، باعتبار من يكون كذلك لا يصلح أن يكون قاضياً. بل حماية لمظهر حياد القضاء، وحماية للقاضي من الظن في أحكامه^(٧). وهي أسباب حددتها المواد ١٤١ و ١٤٢ و ١٤٣ و ١٤٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

(١) محمد فتحي: المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٢) حسن عوض سالم الطراونة: المرجع السابق، ص ٩٢-٩٣.

(٣) عادل عبد الواحد الجوهري: تأسيس الاقتناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٧٣.

(٤) عبد المنعم الشرفاوي وفتحي والي: المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٥) أحمد السيد صاوي: الوسيط، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٦) سيد أحمد محمود ويوسف يوسف أبو زيد: المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٧) عزمي عبد الفتاح: قانون القضاء المدني المصري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣/١٩٩٢، ص ٩٨. / نبيل إسماعيل عمر: أصول، المرجع السابق، ص ١٠٧. / فتحي والي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٢١٣. / أحمد هندي: قانون، ج ١، المرجع السابق، ص ١٣٠. / محمود محمد هاشم: قانون، ج ١، المرجع السابق، ص ١٧٤. / فاروق يونس أبو الرب: المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات الفلسطينية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، الطبعة الأولى، رام الله، ٢٠٠٢، ص ٣٤٨-٣٤٩.

لما ترتبه من أثر في سير العدالة والثقة في القضاء. كون القاضي يتولى إقامة العدل بين الناس، بتقرير حكم القانون فيما يرفع إليه من منازعات، فيجب أن يكون بمنأى عن المؤثرات التي تنبعث من خارج الوقائع المعروضة. وبهذا تتحقق النزاهة، والتي هي فضيلة خلقية تتحلى بها النفوس الصالحة عند وزنها للمصالح المتعارضة. وحماية لهذه النزاهة، وخروجاً علي قاعدة التزام القاضي بالحكم فيما يعرض عليه، فقد توجب عليه أحياناً وأبيح له التثني عن نظر الدعوى في أحيان أخرى، تحقيقاً لأقصى درجات العدالة، وتحريراً لضميره مما قد يحول دون حياده، أو موضوعيته^(١).

خامساً: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي:

تعتبر قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي، من القواعد الرئيسية في القوانين الإجرائية والموضوعية^(٢)، حيث يتناولها القانون كنتيجة للعديد من المبادئ القانونية التي يقوم عليها. خصوصاً أنه يتمتع كقاعدة على القاضي تعديل وقائع الدعوى أو الإضافة إليها، لمخالفة فعله لمبدأ ثبات النزاع وسيادة الخصوم، ومبدأ حياد القاضي. ولهذا يتمتع على القاضي الفصل في النزاع وفقاً لمعلوماته الشخصية، التي حصل عليها من وقائع لم يتضمنها ما طرحه الخصوم. وهي تعني عدم جواز بناء حكم القاضي إلا على ما طرحه وأثبتته الخصوم^(٣). لذلك لا يجوز للقاضي الاعتماد على وقائع ومعلومات لها علاقة بالدعوى، وتؤثر في حكمه ولم تتح مناقشتها من قبل الخصوم^(٤). وقد مكن القانون القاضي من استكمال أوجه النقص

(١) إبراهيم أمين النيفاوي: المرجع السابق، ص ٣٢-٣٣/ المادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات، والمادة (١٥٠) مرافعات.

(٢) المادة (١) من قانون البيئات في المواد المنفية والتجارية.

(٣) Henry Motulsky: Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p. 38./ Jean Chevallier : Le Control de la cour de cassation sur la pertinence de l, offre de prévue, Dalloz, 1956, p. 8-9.

نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٨٠، جلسة ٢٠٠٥/٢/١٦.

(٤) فاضل زيدان محمد: المرجع السابق، ص ٢٥٨-٢٥٩./ حسن على سالم الطراونة: المرجع السابق، ص ٨٦.

التي يراها لازمة لإظهار الحقيقة، أو محققة لمصلحة العدالة، عبر وسائل قانونية. من ذلك ما قرره المادة (٨٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من إدخال من يرى في إدخاله ما يحقق مصلحة العدالة، أو يؤدي لإظهار الحقيقة. على أن لا يكون ذلك مفاجئاً للخصوم، بل يتم في إطار احترام حقوق الدفاع، وحياد القاضي^(١). وعليه لا يجوز للقاضي إدخال عناصر جديدة في عناصر موضوع النزاع، لأن عبء ادعاء الوقائع مما يخص الخصوم^(٢). وليس له الإضافة إلى سبب الطلب أو تغييره^(٣). كما إنه ليس له أن يدخل في الخصومة عناصر واقعية تشكل دفوعاً موضوعية أو شكلية أو دفوعاً بعدم القبول^(٤). حتى لو كانت متعلقة بالنظام العام، فالتزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام والحكم فيها من تلقاء نفسه، لا يعني تجميع عناصر واقعية في معزل عن الخصوم، ولم يطرحها عليه ويثبتها أمامه، بل له استنباط الدفع مما طرح وأثبت من الخصوم ضمن وقائع الدعوى^(٥).

ولا يعني امتناع القاضي عن الحكم بالعلم الشخصي، عدم رجوعه إلى معرفته الخاصة، وخبراته الشخصية، في فهم مدلول وقائع النزاع، واستخلاص النتيجة القانونية التي يريدها الخصوم منها. وكل ما هنالك أن على القاضي بيان ما استقاه واستخلصه، مما له أصل في أوراق الدعوى وتناقش فيه الخصوم. خصوصاً أن التصور الذهني لوقائع النزاع باعتباره عملية عقلية أمر مرتبط بعلم القاضي، وخبرته، وثقافته القانونية والعامة^(٦). ولا يعد تطبيق القانون على النزاع، قضاءً بعلم القاضي الشخصي. لأنه ملزم بذلك وملزم بتوحيد الأحكام في الأحوال الواحدة أو المتشابهة. فعلم القاضي بالقانون وتطبيقه له يحقق مصلحة عامة، هي حسم

(١) نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٦.

(٢) Jean Vincent: op. cit., p. 520./ Henry Vizioz: op. cit., p. 120.

(٣) نبيل إسماعيل عمر: امتناع، المرجع السابق، ص ٨٢-٨٥.

(٤) فتحي والي: الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

(٥) نبيل إسماعيل عمر: امتناع، المرجع السابق، ص ٩٧-٩٩.

(٦) François Rigaux: La nature du control de cour de cassation, Thèse, Bruxelles, 1966, p. 102.

المنازعات وحماية الحقوق والمراكز، وكفالة احترام قواعد القانون، بما يكفل أن تكون حرية الشخص مقيدة باحترام حريات الآخرين، وبما يحقق إمكانية العيش المشترك، ويضمن السلم الاجتماعي^(١).

كما لا يعد قضاءً بالعلم الشخصي ما يقضي به من علمه بالتقويم الرسمي للدولة، أو الوقائع العامة والمشهورة^(٢)، التي يفترض علم الكافة بها باعتبارها مما هو مألوف وغالب، حسب السير العادي للأمر. وهي ما جرى عليها العرف، واستقر عليه الناموس الاجتماعي، وما يتفق مع أوضاع الحياة^(٣). وهي وقائع أو أحداث مادية، أو معنوية، لها من الشبوع والشهرة، بما يجعلها في متناول علم الرجل العادي^(٤).

الفرع الثاني

التسبيب

يعتبر التسبيب أهم ضمانات الوصول للعدالة، إذ من خلاله يمكن مراقبة عمله ومبررات حكمه وأسائده^(٥)، لذا يلزم به القاضي بغرض حماية وضمان حقوق الدفاع، وإقناع المحكمة الأعلى والخصوم بصحة وعدالة الحكم^(٦)، والتزامه بالشرعية الإجرائية والموضوعية^(٧)، وعدم القضاء بالميل والهوى^(٨). فيضحي معه الحكم وسيلة للإقناع، وليس مجرد ممارسة للسلطة والإجبار، بما يحققه ذلك من

(١) سيد أحمد محمود: التقاضي، المرجع السابق، ص ٧٧-٧٩.

(٢) أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج ١، ١٩٧٢، ص ١٨. نقض مدني مصري، طعن رقم ٣٥٧، سنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٠/١/٤.

(٣) François Rigaux: op. cit., p. 102-113.

(٤) Marty et Raynaud: op. cit., p. 112.

(٥) نقض مدني مصري، طعن رقم ٢٣، سنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩٠/١/١٦، الذي قضى فيه بأن "مفاد نص المادة (١٧٨) من قانون المرافعات وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه يجب أن يشمل الحكم على الحجج الواقعية والقانونية التي قام عليها بما يتوافر به الرقابة على الحكم المطعون فيه".

(٦) إبراهيم أمين النيفاوي: المرجع السابق، ص ١٤٢-١٤٣.

(٧) حسن علي سالم الطراونة: المرجع السابق، ص ٣٩١.

(٨) أحمد أبو الوفا: تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة، العددان (١ و٢)، ١٩٥٧/١٩٥٦، ص ٣.

توازن قانوني وأخلاقي في المجتمع^(١). علاوة على ما يمنحه للقاضي من حماية من الضغوط الواقعة عليه، ويدفعه إلى الحرص والفتنة^(٢). خصوصاً أن الثقة التي يفترضها الشارع في القاضي، هي ثقة يستحقها القاضي لعلمه وخبرته، ثم لاستقلاله ونزاهته^(٣).

لذلك ترتبط عدالة الحكم بأمر هامه منها:

١- أن تكون هناك ضرورة لتقريره، وذلك لوجود نزاع عرضت خصومته على القضاء، فيصبح الحكم ضرورة قانونية واجتماعية. والضرورة تقدر بقدرها دون إفراط أو تفريط. ومؤدى ذلك أن الحكم لا يكون عادلاً إلا إذا كان لازماً، لا غنى عنه لتحقيق المصلحة العامة في استقرار المراكز وحمايتها. أما إذا كانت الحماية متحققة من خلال وسائل أخرى، فإن اللجوء إلى القضاء يكون من قبيل التعسف في استعمال حق التقاضي، بما يجعل الدعوى غير مقبولة^(٤).

٢- أن يكون الحكم متناسباً مع المطلوب بغير زيادة أو نقصان، فلا عدالة لحكم لا يحقق مصلحة، أو كان قاصراً عن المطلوب أو زائداً عنه. ولا عدالة لحكم غير مبرر، ولا يتناسب مع الوقائع المعروضة، وظروف وملابسات الدعوى. ويتناسب الحكم مع الوقائع المعروضة مسألة موضوعية، تخضع لتقدير محكمة الموضوع. وتحقيقاً للعدالة منح المشرع القاضي سلطة تحديد ما يتناسب وظروف كل دعوى وملابساتها، وأن يختار الحل الذي يتناسب معها.

(١) Garsonnet et Cezar Bru: op. cit., p. 327.

(٢) Tony Sauvel: Histoire du jugement motive, Rev. De droit public et de science politique, 1955, p.6 et 48.

(٣) محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات- القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٨٠٧.

(٤) علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٣٤.

٣- المساواة بين الخصوم ذوي المراكز القانونية الواحدة، والظروف الواحدة. وتوحيد الحلول للوقائع التي تتصف بذات الوصف، وتحيط بها ذات الظروف والملابسات^(١).

المطلب الثاني

الرقابة على تطبيق قواعد العدالة

تعتبر الرقابة على الأحكام ضماناً إضافية لسلامتها وتحقيق العدالة من خلالها من خلال إعادة طرح النزاع على محكمة أعلى من التي أصدرت الحكم^(٢). ويتم الرقابة من خلال عرض النزاع على محكمة الدرجة الثانية والتي يكون لها نفس ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطات، فهي تنظر ذات قضية الدرجة الأولى، ولكن من جديد. لذلك فإن رقابتها لا تقتصر على صحة الحكم أو عدالته، وإنما تشمل القضية التي صدر فيها^(٣). إلا أنه لا ينتقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا ما استُؤدت ولاية محكمة الدرجة الأولى بشأنه^(٤).

كما تتم الرقابة من قبل محكمة النقض على أحكام الدرجة الثانية، في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، للتأكد من سلامتها^(٥). وتحقيقاً لمقتضيات العدالة، بحسم ما اختلف فيه من المسائل القانونية، كغاية للنقض، والذي يتحقق معه وبشكل غير مباشر وبالتبعية، رفع الضرر الذي لحق بمصالح المتقاضين. ويتحقق لمحكمة النقض الرقابة على الأحكام في الحالات التي يجوز الطعن فيها، من خلال رقابتها على

(١) محمد شلال حبيب العاني وعلي حسن محمد طوالية: علم الإجرام والعقاب، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٣٤.

(٢) حمدي عبد الرحمن: الاستئناف المثار أو الوقائي في القانون الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة عشر، العدد الأول، يناير ١٩٧١، ص ٦٣.

(٣) نقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٤/٣٨٠، جلسة ٢٠٠٥/٢/١٦ ونقض مدني فلسطيني، دائرة غزة طعن رقم ٢٠٠٣/١٣٦ ونقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/٣٤٩، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢١. ونقض مدني فلسطيني، دائرة غزة، طعن رقم ٢٠٠٣/١٣٦، جلسة ٢٠٠٤/٧/١٠.

(٤) أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٩٦-١٩٩.

(٥) عبد العزيز خليل بدوي: الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٦٩، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، ص ٤-٩.

أسباب الحكم، باعتبار الأسباب ترجمة لضمير القاضي وعقيدته، لأنها ما يؤسس عليها عدالته، في مواجهة الأشخاص. فالقاضي يؤدي واجباً يتحرى من خلاله العدالة بقدر المستطاع، فإذا كان ظاهر حكمه، وما سببه به يدل على عكس ذلك، توجب خضوع ما قرره لرقابة محكمة النقض^(١).

وتؤسس تلك الرقابة على اعتبارات حسن سير العدالة، فالقاضي وإن كان ملزماً بتطبيق القانون، فإنه في ذات الوقت ملزم بإتباع ومراعاة المبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها وظيفته، وهذا يوجد مبرراً للرقابة إن كان هناك خطأ منه في مراعاة المبادئ التي تقوم عليها وظيفته، وهو يخضع في هذا للرقابة لتجاوزه سلطته. فعمل القاضي عمل إرادي، يتدخل قصداً لإحداث تعديل في الأوضاع القانونية الموجودة في لحظة اتخاذه أو التي ستوجد في لحظة مستقبلية معينة. وبهذا فإن زوال سببه يؤدي إلى تعيب العمل بما يوجب الرقابة عليه^(٢). وخضوع عمل القاضي للرقابة باعتبار إعماله لسلطته واجب قانوني، وإلا عد مخالفاً للقانون، ولمعرفة المدى والنطاق الذي عملت فيه، ومدى تقيد القاضي بما يقرره القانون عند إعمال تلك السلطة في الحالة المعروضة. كما إنه يكون خاضعاً للرقابة فيما يتعلق بالأساس الذي أقام عليه القاضي قضاءه بها، وإمكان حمل هذا القضاء على ذلك الأساس. خصوصاً أنه لا يجوز للقاضي مباشرة سلطته إلا في الأحوال التي نص عليها القانون^(٣).

والواقع بذاته أو الواقع المجرد لا يخضع لرقابة محكمة النقض، ذلك أن دور محكمة النقض هو توحيد أحكام القضاء وضمان وحدة التطبيق للقواعد القانونية، وبالتبعية ضمان وحدة القانون. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال رقابتها على تطبيق القواعد القانونية التي تتسم بالعمومية، أما الوقائع فهي فروض خاصة لا تتصف بالعمومية، كما لا يمكن إعطاء الواقع مدلولاً مجرداً في الزمان والمكان، لأنه

(١) Jacques Bore et Pierre Raynaud: La cassation en matière civile, Paris, 2001, p. 505-513.

(٢) Duguit: Traité de droit constitutionnel, T. 1, 3 éd., p. 316-326.

(٣) أحمد السيد صاوي: نطاق، المرجع السابق، ص ٢٦٢-٢٦٤.

يفترض وجود عناصر عديدة لا يمكن حصرها تختلف بحسب اختلاف النشاط الإنساني. بما يجعل خضوع الواقع لرقابة النقض لا يحقق الغاية التي تبتغيها، وبالتالي تكون الرقابة عديمة الجدوى^(١). خصوصاً أن مهمة المحكمة الأعلى تفترض أن العدل يتمثل في تحقيق القانون ليصبح واقعاً.

ولا تقوم المحكمة من خلال عملها بخلق أو إنشاء القانون، بل تستلهم حلاً للنزاع، من خلال عملية ملائمة، بإيجاد الارتباط بين الفرض القانوني والواقعة أو المركز القانوني، وترتيب الأثر الذي يوجب القانون عليه بفعل ارتباطه بالفرض المذكور^(٢). وأن الأخطاء التي تنسب إلى المحكمة بمناسبة إصداره العمل القضائي، هي أخطاء في التقدير أو التكيف أو التفسير، فإذا اشتط القاضي فيما قرره، تعرض حكمه للإلغاء. ويتحقق ذلك إذا استند في حكمه إلى مصادر وهمية، لا أصل لها في الأوراق^(٣)، أو أهدر مدلول الوقائع واستخلص معنى منها لا تتضمنه ولا تشير إليه^(٤). أو عدم معقولية تقديره، نتيجة لعدم فهم الواقع، أو فهمه على نحو غير مستساغ. بما يترتب على ذلك من ترتيب نتائج غير مقبولة، أو غير معقولة، أو غير منطقية^(٥). فالتقديرات السيئة، والمخالفة لمقتضى العقل والمنطق يتعين ألا تتمتع بأي حصانة، فالعدالة تأبى الإضرار بشخص استناداً لما هو فاسد، أو غير معقول. كما إن القانون لا يقف حجر عثرة في ذلك، حيث يستهدف القانون إعلاء الحق وإدراك الحقيقة، سواء وُجد النص أم لم يوجد^(٦).

(١) عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة صنع أساس الادعاء، مجلة المحامي الكويتية، السنة التاسعة، عدد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، ١٩٨٦، ص ٥.

(٢) محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣١٢-٣١٦.

(٣) نبيل إسماعيل عمر: النظرية، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٤) أحمد مليجي: أوجه الطعن بالنقض المتصلة بوقائع الدعوى، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠٣.

(٥) أحمد أبو الوفا: تسبيب، المرجع السابق، ص ٨٣-٨٤.

(٦) محمد علي الكيك: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٠١-٢٠٢.

الخاتمة

بعد دراستنا لفكرة العدالة في إطار قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات هي:

أولاً: النتائج:

١- أن العدالة تعني المساواة بين التصرف وبين ما يقتضيه الحق دون زيادة ولا نقصان. ومحلها ملائمة القاضي لمضمون نشاطه مع أهداف وظيفته، بما يحقق غاية القانون ضمن الحالات المعروضة. تمكن القاضي من مواجهة الظروف المتغيرة والمتجددة للوقائع، ومن تلبية وإشباع الحاجات والضرورات.

٢- أن دورها في مسائل الاختصاص الوظيفي، يكون في المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة، تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة، فتتظرها المحكمة العليا بصفقتها. محكمة عدل عليا، أما في مسائل الاختصاص القيمي والنوعي، فيتمثل في إبقاء الطالب الأصلي أو إحالته مع الطلب العارض المرتبط به. أما في الاختصاص المحلي، فيبرز دورها في تحديد كون التعدد حقيقي، بما يبرر جمع المدعى عليهم أمام محكمة موطن أحدهم.

٣- أن دور قواعد العدالة في شروط قبول الدعوى، يتمثل في تقدير صفة الشخص لبقائه أو إخاله إظهاراً للحقيقة، أو تحقيقاً لمصلحة العدالة.

٤- أن دورها في قواعد التبليغ في تحديد طريقة التبليغ المناسبة عند تعذر التبليغ بالطرق المقررة بالنص.

٥- يبرز دور قواعد العدالة في مجال حضور وغياب الخصوم ضمن حالة الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا تغيب المدعي في الجلسة الأولى بعد التجديد، رغمًا عن أنه قد يكون لغيابه عذر.

٦- أن دورها في قواعد الحماية والأحكام يكون في سرية الجلسة وفي إعادة فتح باب المرافعة لمسألة تقتضيها الدعوى، وكذلك تقرير الوقف من عدمه للدعوى.

٧- أن ضوابط الوصول للعدالة تتمثل في حياد القاضي والتسبيب.

التوصيات:

١- تعديل المادة (١/٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لتصبح على النحو الآتي (تكون محكمة البداية صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محكمة الصلح، ويكون لها الحكم في الطلب العارض أو المرتبط بالطلب الأصلي الخارج بحسب قيمته ونوعه عن اختصاصها إذا كان يترتب على إحالته ضرر بسير العدالة).

٢- تعديل المادة (١/٨٥) لتصبح على النحو الآتي (إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه سارت المحكمة في الدعوى وحكمت فيها إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها).

٣- تعديل المادة (٨١) لتصبح (للمحكمة تفريق الدعوى التي يتعدد فيها المدعون أو المدعى عليهم إلى دعاوى مستقلة إذا كان موضوعها مما يقبل التجزئة أو كانت طلباتهم غير متحدة سبباً وموضوعاً إذا اقتضى حسن سير العدالة ذلك).

٤- تعديل المادة (٣١/٨٥) لتصبح (١- إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه سارت المحكمة في الدعوى وحكمت فيها إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها. ٢-... ٣- إذا حضر المدعى عليه ولم يحضر المدعي، يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعى عليه، تأجيل الدعوى أو شطبها إذا كانت غير صالحة للحكم فيها، والحكم فيها إذا كانت صالحة لذلك).

٥- تعديل المادة (٢/٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ليصبح (إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن ما لم يكن تغيبه لعذر مشروع).

٦- تعديل المادة (١/٩٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لتصبح
(يجوز للمحكمة في حالات التدخل والإدخال والإخراج تكليف المدعي أن يعدل لائحة
دعواه بمقدار ما تتطلبه العدالة).

قائمة أهم المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ١- إبراهيم أمين النيفاوي: انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دراسة في قانون المرافعات لأثر التنظيم الإجرائي على قيام القضاء بوظيفته، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ٢- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٣- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٤- أحمد أبو الوفا: الطلب الاحتياطي، مجلة المحاماة، سنة ٥٨، عدد ٣ و ٤ مارس وابريل ١٩٧٨.
- ٥- أحمد أبو الوفا: تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة، العددان (٢ و ١)، ١٩٥٦/١٩٥٧.
- ٦- أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٥.
- ٧- أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
- ٨- أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٩- أحمد فتحي سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون، ١٩٨٠.
- ١٠- أحمد ماهر زغلول: دعوى الضمان الفرعية، دار النهضة العربية.
- ١١- أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ص ١٥٢ و ١٥٨.

- ١٢- أحمد محمد حشيش: أساس الوظيفة القضائية، فكرة الخطر الذي يهدد قوة القانون وسيادته في الحالات الواقعية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ١٣- أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٤- أحمد مليجي: أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩١.
- ١٥- أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج ١، ١٩٧٢.
- ١٦- أحمد هندي: سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، المشاكل التي يثيرها الاختصام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ١٧- أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٨- أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، دار الطباعة الحديثة، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ١٩- الأنصاري حسن النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ٢٠- حاتم حسن موسى بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة في التشريع الليبي المقارن، رسالة، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٢١- حامد زكي: التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول، سنة ١٩٣٢.
- ٢٢- حامد فهمي ومحمد حامد فهمي: النقص في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٧.
- ٢٣- حسن عوض سالم الطراونة: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

- ٢٤- حسن كيره: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- ٢٥- حسين على الناعور النقبي: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٢٦- حمدي عبد الرحمن: الاستئناف المثار أو الوقائي في القانون الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة عشر، العدد الأول، يناير ١٩٧١.
- ٢٧- رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩.
- ٢٨- رمسيس بهنام: علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ٢٩- رمضان أبو السعود: المدخل إلى القانون، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- ٣٠- سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ٣١- صلاح أحمد عبد الصادق أحمد: نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية لاتساع الخصومة من حيث أطرافها، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٨٦.
- ٣٢- طلعت محمد دويدار: الإعلان القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٣٣- عادل عبد الواحد الجوهري: تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٣٤- عاشور مبروك: النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، (الحضور والغياب)، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٨.
- ٣٥- عبد الحكم فوده: النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية على ضوء الفقه والقضاء، دار الألفي لتوزيع الكتب، المنيا.

- ٣٦- عبد الحميد متولي: مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، مجلة القانون والاقتصاد، سنة ٤٣، عدد ٣، سبتمبر ١٩٧٤.
- ٣٧- عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٢.
- ٣٨- عبد العزيز خليل بديوي: الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٦٩، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.
- ٣٩- عبد القادر الفار: المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤.
- ٤٠- عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧/١٩٧٦.
- ٤١- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات متضمناً تعديلات القانون ٦ لسنة ١٩٩١، الطبعة السابعة، نادي القضاة، ١٩٩٢.
- ٤٢- عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة صنع أساس الادعاء، مجلة المحامي الكويتية، السنة التاسعة، عدد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، ١٩٨٦.
- ٤٣- عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.
- ٤٤- عزمي عبد الفتاح: قانون القضاء المدني المصري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣/١٩٩٢.
- ٤٥- علي أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، رسالة، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

- ٤٦- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ٤٧- فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، ١٩٩٩.
- ٤٨- فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، رسالة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
- ٤٩- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ٢٠١١.
- ٥٠- فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٥٨.
- ٥١- مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٥٢- محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، طبعة حديثة، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٥٣- محمد سعيد الهراس: تقييد التقاضي قيد على الشرعية، مجلة القضاة، يوليو ١٩٦٨.
- ٥٤- محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي، (مفهومه، تقسيماته، إصداره، مضمونه، آثاره)، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥٥- محمد شلال حبيب العاني وعلي حسن محمد طوالبه: علم الإجرام والعقاب، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ١٩٩٨.
- ٥٦- محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة، ع ٣، ١٩٦٨.

- ٥٧- محمد علي الكيك: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الإسكندرية، ١٩٨٨.
- ٥٨- محمد فتحي: فلسفة القاضي، مجلة القانون والاقتصاد، العددان السادس والسابع، س١٣، نوفمبر وديسمبر ١٩٤٣.
- ٥٩- محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.
- ٦٠- محمد نصر الدين كامل: عوارض الخصومة (وقف الخصومة، انقطاع الخصومة، سقوط الخصومة وانقضاؤها، ترك الخصومة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- ٦١- محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، التقاضي أمام القضاء المدني، دار البخاري للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٦٢- محمود مصطفى يونس: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٦٣- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٦٤- مصطفى المتولي قنديل: الشروط الإرادية المنظمة للتقاضي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٣٤-١٤٣.
- ٦٥- نبيل إسماعيل عمر: الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات، وآثاره الموضوعية والإجرائية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٤.
- ٦٦- نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩.

٦٧- نبيل إسماعيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، كقيمته وأثاره، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩.

٦٨- نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٦٩- همام محمد محمود: المدخل إلى القانون، ج ١، نظرية القانون، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٧٠- وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة، جامعة عين شمس، سنة ١٩٦٧، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٧١- وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

٧٢- يس عمر يوسف: استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.

ثانياً المراجع الأجنبية:

- 1- Adam Anne Outin: Essai de une théorie général des délais en droit prive contribution a la étude de la mesure du temps par le droit, T. 1. Thèse, Paris, 1986.
- 2- Annick Dorsnet – Doivet et Thirry Bonneau: Le Ordre public et les moyens de ordre public en procédures, Dalloz, Chiron, 1986.
- 3- Aubry et Rau: Cours de droit civile Français, T. 8, 5 éd., Paris, 1922.
- 4- Bernard Schwartz: American constitutions, Green wood press, New York, 1969.
- 5- David Clark and Tugrul Ansay: The last reference.

- 6- E. Blanc et J. Viatte: *Nouvel au code de procédure civile commente dans l'ordre des articles*, Avocats, 1982.
- 7- E. Glasson, Albert Tissier et René Morel: *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.1, 3^{ed.}, Paris, 1929.
- 8- Em. Kant: *Eléments métaphysique de la doctrine du droit*, Trad. par J. Barni, Paris, 1954.
- 9- Emmanuel Gaillard: *La puissance en droit privé*, Paris, 1985.
- 10- Fourcade: *La connexité en procédure civile*, Thèse, Paris, 1938.
- 11- François Gény: *Méthode, interprétation et sources en droit privé positif*, T. 1, Paris, 1954.
- 12- François Rigaux: *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Thèse, Bruxelles, 1966.
- 13- Gabriel Lebas: *De la prorogation de juridiction en matière civile*, Thèse, Paris, 1903.
- 14- Georges De Vecchio: *La justice la vérité essai de philosophie juridique et morale*, Paris, 1955.
- 15- H. Kelsen: *Théorie pure du droit*, Trad. Par. Ch. Eisenman, Dalloz, Paris, 1967.
- 16- Henri Léon et Henri Jean Mazeaud: *Leçon de droit civil*, T. 1, 3^{ed.}, Paris, 1965.
- 17- Henri Motulsky: *La Cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, Dalloz, 1964.
- 18- Henry Motulsky: *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973.
- 19- Henry Solus et Roger Perrot: *Cours de droit judiciaire privé*, T. 2, Paris, 1973.
- 20- Henry Vizioz: *Observation sur l'étude de procédure civile*, Extrait de la *Revue générale de droit*, Paris, 1956.
- 21- J. Bellot: *Le Ordre public et le procès pénal*, Thèse, Nancy, 1980.

- 22- J. Ghestin: Le Ordre public, Notion a contenu variable en droit prive 23-Français, in les notions a contenu variable en droit, Thèse, Bruxelles, 1984.
- 23- Jacques Bore et Pierre Raynaud: La cassation en matière civile, Paris, 2001.
- 24- Jean Chevallier : Le Control de la cour de cassation sur la pertinence de l, offre de prévue, Dalloz, 1956.
- 25- Jean Chevallier: Note Sous cass. civ. 27/10/1965, Rev. Trim., 1966.
- 26- Jean Claud Grosliere: L, indivisibilité en matière de vois de recours, Thèse, Paris, 1959.
- 27- Jean Pierre Moreau: Les limites au principe de la divisibilité de l, instance quant aux parties, Thèse, Paris, 1966.
- 28- Jean Zarzyeki: De la demande en justice, Thèse, Cean, 1937.
- 29- L. Cadiet: Connexité préc., Ency. Dalloz, PR. Civ., 1995.
- 30- Louis Josserand: L'esprit des droit et leur relativité, 1927.
- 31- Lucas De Leyssac: L, obligation de renseignement dans les contrats, L. G. D. J., Paris, 1978.
- 32- Marty et Raynaud : Introduction de droit civil, T. 1, 1960.
- 33- N. Dejan de la Bâtie: Appréciation in abstracto et appréciation in concerto, Thèse, Paris, 1965
- 34- Petar Neu: Le pouvoir de control de la cour suprême, Thèse, Serre, 1956.
- 35- Pierre Bezio et Pierre Drai: La pratiqué des arrêts civils de la cour de cassation, principes et méthodes de rédaction, Litec, Paris, 1993.
- 36- Pierre Rouard: Traite élémentaire de droit judiciaire privé, T. Primaire, V. 1, Bruxelles, 1979.
- 37- R. Houin: De lège Frenda, in Mélanges en l, honneur Paul Roubier, T. 1, 1961.

- 38- R. Japiot: Traite élémentaire de procédure civile et commercial, Rousseau, 1935.
- 39- Roger Perrot: Jurais classeur de procédure civile , Autorité de la chose jugée au civile sur le civile, T.3, Paris, 1955.
- 40- S. Belaid et Michel Villey: Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, paris, 1974.
- 41- Tony Sauvel: Histoire du jugement motive, Rev. De droit public et de science politique, 1955.

النظام القانوني الدولي لضمانات الاستثمار

د/ أكرم مصطفى الزغبى

مدرس القانون الدولي العام

كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

١ - موضوع البحث:

يدور موضوع البحث حول النظام القانوني الدولي الذي يحكم ضمانات الاستثمار؛ حيث انتشر في ظل نظام التجارة العالمي الحالي عوامل وأدوات لجذب الاستثمار، وعوامل أخرى طارئة له. وبين الجذب والطرْد تتحرك رؤوس الأموال بسرعة كبيرة نحو تعظيم الفائدة من رأس المال لدى المستثمر^(١)؛ وكثيراً ما نسمع القول العام الذي يردده البعض " رأس المال جبان "، والمراد منه أن رؤوس الأموال دائماً ما تسعى نحو الضمان والأمان بعيداً عن مهاترات السياسة، وتقلبات أنظمة الحكم، وجنوح تشريعات الاستثمار. فتارة تجد المستثمر صاحب رأس المال يلقي بكل أمواله في دولة ما مما يؤثر على ميزان مدفوعاتها بالإيجاب نظراً لوجود قانون استثمار يحمي استثماراته من تغول السلطة التنفيذية في دولة مقر الاستثمار فضلاً عن المناخ الجاذب للاستثمار، وتارة أخرى يلوذ بالفرار بكل أمواله أو ما تبقى منها إذا ما تدافعت عليها غوغائية السلطة الحاكمة في الدولة المضيفة للاستثمار. وبين هذا وذاك سارعت دول العالم سواء على المستوى الثنائي أو الإقليمي أو الدولي

(^١) OECD Reports - FDI IN FIGURES - October 2017 - p 1 " In the first half of 2017, global FDI flows decreased by 3% compared to the second half of 2016, to USD 788 billion but remained above 2013 and 2014 levels. In Q1 2017, FDI flows rose by 3% to USD 416 billion and then decreased by 11% in Q2 to USD 372 billion, continuing the pattern of highly volatile quarters observed in recent years. The overall decrease observed in global flows in the first half of 2017 was largely due to the drop in Q2; decreases were widespread, with drops recorded in 26 OECD economies in that quarter. In addition, FDI flows in the second half of 2016 were boosted by the Anheuser-Busch InBev acquisition of SABMiller, which boosted FDI inflows to the United Kingdom As a result, FDI inflows to the United Kingdom dropped from USD 125 billion in Q4 2016 to USD 3 billion in Q1 2017. Despite this drop in the United Kingdom, global flows increased by 3% in Q1, due to a return to positive investment from disinvestments in selected OECD economies, as well as a 68% increase of FDI inflows in the United States (to USD 80 billion)."

لإبرام اتفاقات ضمانات الاستثمار^(١) التي توفر ضمانات موضوعية أو إجرائية؛ لكي تعلن عن احتياجها لرؤوس الأموال المباشرة لكي تواجه أزمة عجز ميزان مدفوعاتها أو لتلبية متطلبات الاستثمار لديها مما تعجز عن تمويله وتلبيته بمقدراتها المتواضعة.^(٢) ومن المنافع الإضافية للاستثمار الأجنبي المباشر نقل التكنولوجيا ومهارات الإدارة، وتدريب العمال وتحسين النفاذ إلى أسواق التصدير من خلال خلق علاقات التسويق وزيادة عامل فعالية الاقتصاد ككل من خلال التحديث والتطوير. ففي بعض الدول مثل الصين، وماليزيا، وتايلاند. نجد الاستثمار الأجنبي المباشر قد ساهم مساهمة كبيرة في توسيع وتنوع الصادرات المصنعة مما قاد إلى تحسين المنافسة العالمية للاقتصادات الناشئة.^(٣) وكان هذا التسارع بين دول العالم في إطاره العادي ومستواه المعقول والمقبول في وقت السلم أو في وقت الهدوء الذي تمر به الدولة المضيفة للاستثمار. بينما تتضاعف سرعة الطلب على تهيئة مناخ الاستثمار من خلال مثل هذه الاتفاقات في أوقات الحروب أو ما بعد الحروب كي تقوم الدول من عثرتها لتعوض ما فاتها في وقت الصراع من جلب لرؤوس الأموال وتحقيق للتنمية الاقتصادية المرجوة؛ وسيان كان مناخ الاستثمار مهيباً أم غير مهيباً؛ فإن دول العالم تنتظر لبعضها البعض في شكل منسجم نحو تحقيق الرفاهية لشعوبها.

(١) للاستثمار الأجنبي فائدتين مباشرتين يعدان وجهان لعملة واحدة: ١- وسيلة للدول المتقدمة لاستخدام الفوائض المالية لديها وتسويق لمنتجاتها من خلال فتح أسواق جديدة لها. ٢- أداة مهمة للدول النامية في سعيها نحو التقدم الاقتصادي وعمل مشاريع البنية التحتية. هالة علي منصور - الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية) - رسالة دكتوراة - ٢٠١٥ - كلية الحقوق - جامعة أسيوط ص ١

(٢) حازم حسن جمعة - الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة - دراسة تحليلية - للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي - ١٩٨١ - ص ١٥٥ ويحقق انتقال الاستثمار عبر الدول ميزة نسبية للمستثمر الأجنبي، حيث يكون الدافع لديه البحث عن فرص أفضل للاستثمار تدر عليه دخلاً أكبر مما يمكن الحصول عليه في بلده. أما الدول المستوردة لعناصر الاستثمار فتتهم به حيث أنها تفتقر لأدوات التنمية والتقدم ووسائلها وعناصرها إما لنقص الخبرة والأيدي العاملة المدربة وأساليب الإنتاج الحديثة، أو لنقص رأس المال الذي لا تستطيع توفيره بمواردها المحلية فتهدف إلى تعزيز المدخرات الوطنية ومن ثم تحقيق معدل أعلى من تكوين رأس المال المستثمر.

(٣) Ibrahim F.I. Shihata - legal treatment of foreign investment: "The world Bank Guidelines" - Martinus Nijhoff Publishers - 1993 - p 11

٢- أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في إيضاح الإطار القانوني الدولي الذي يحكم نظام ضمانات الاستثمار؛ حيث تمر مصرنا الحبيبة ودولنا العربية بفترة عصيبة من الاحتجاجات والثورات ؛ هربت فيها رؤوس الأموال إلى خارج منطقتنا العربية ودولتنا المصرية هروباً من عدم الاستقرار وضعف مناخ الاستثمار ، لذا جاءت أهمية موضوع البحث في تبيان كيفية السير على طريق ممثلي الضمانات التي تحمي رؤوس الأموال الأجنبية من الأخطار التي من الممكن أن تتهددها إذا ما أقدم المستثمر الأجنبي على وضع أمواله في إحدى الدول العربية، وأثناء السعي في هذا البحث قررت أن أتناول الموضوع بطريقة ما هو كائن بالفعل وهذا الذي يحاكيه واقعنا الذي نعيشه وبين ما ينبغي أن يكون والذي نصابو إلى تداركه في نظم الاستثمار العربي على وجه العموم والمصري على وجه الخصوص.

٣- إشكاليات البحث:

يثور في بحثنا عن نظام الضمانات الأمتل عدة تساؤلات حيث أتساءل عن الضمانات الموضوعية الدولية التي تحمي أموال المستثمر وتعد جاذبة لها تفضلياً عن بقية الدول الأخرى فتفوز بها الدولة التي تقرها في تشريعها الداخلي؛ أو تتعهد بها في اتفاقية دولية ثنائية أو اقليمية أو عالمية؟ وإذا ما توافرت مثل تلك الضمانات الموضوعية لحماية أموال المستثمر ؛ هل هناك من إجراءات تضعها موضع التنفيذ إذا ما أراد المستثمر أن يحمي استثماراته بشكل سريع ، وهنا يثور تساؤل آخر مفاده ماهي الإجراءات التي ينبغي للمستثمر سلوكها كي يحتمي بالضمانات الموضوعية التي أقرتها دولة استضافة الاستثمار، ويقصد بها الضمانات الإجرائية، وفي السعي للإجابة على هذه التساؤلات اتبعت المنهج الآتي في البحث.

٤- منهج البحث:

اتبعت في دراسة هذا الموضوع منهجاً تأصيلياً، وتحليلياً، إذ أن المنهج التأصيلي يرجع الأحكام التفصيلية إلى أصولها النظرية، فعندما نعالج الحماية الدولية

للاستثمارات نردها إلى قاعدة قانونية دولية مفادها نص قانوني وارد في اتفاقية دولية ثنائية أو إقليمية أو متعددة الأطراف أو في تشريع داخلي ذو فريدة وتميز في إقرار الضمان . أما المنهج التحليلي الذي اتبعناه فهو يتمثل في شرح نصوص الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية والثنائية المعنية بضمان الاستثمار؛ فضلا عن مناقشة بعض المنازعات الدولية الخاصة بضمان الاستثمار التي مرت بها دول العالم سعيا في النهاية لتقديم مقترح بنظام قانوني دولي أمثل لضمانات الاستثمار إذا ما أرادت دولة ما أن تجذب الاستثمار إليها فعليها أن تسعى لتطبيق هذا النظام.

٥ - خطة البحث:

الفصل الأول: مخاطر الاستثمار القابلة للضمان

الفصل الثاني : الإطار القانوني الإجرائي لتنفيذ الضمان

٦ - تقسيم:

ندرس في هذا البحث ما يلي:

مبحث تمهيدي : المقصود بالاستثمار وضمانه

المطلب الأول : المقصود بالاستثمار

المطلب الثاني : المقصود بضمانات الاستثمار

الفصل الأول : مخاطر الاستثمار القابلة للضمان وكيفية تقييمها

المبحث الأول: خطر عدم تحويل العملات والأرباح

المبحث الثاني: خطر نزع الملكية

المبحث الثالث : خطر خرق العقد

المبحث الرابع : خطر الاضطرابات والإرهاب

المبحث الخامس: خطر عدم الثبات التشريعي

المبحث السادس: تقييم المخاطر السياسية

الفصل الثاني: الإطار القانوني الدولي لتنفيذ الضمان

المبحث الأول: المفاوضات الدولية

المبحث الثاني: التحكيم والقضاء الدولي

المبحث الثالث: الحماية الدبلوماسية
المبحث الرابع: التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي
المبحث الخامس: احترام حقوق المستثمر
خاتمة البحث
النتائج والتوصيات

مبحث تمهيدي المقصود بالاستثمار وضمانه

تمهيد وتقسيم

أبحث في هذا المبحث التمهيدي عن تعريف للاستثمار وضمانه؛ فماذا يقصد بالاستثمار وما المقصود بضمانات الاستثمار ، وهل لمناخ الاستثمار مكونات إذا توافرت تحقق مناخ جيد للاستثمار؛ وكل ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالاستثمار.

المطلب الثاني : المقصود بضمان الاستثمار.

المطلب الأول

المقصود بالاستثمار

الفرع الأول

تعريف الاستثمار وأنواعه

يدور الاستثمار وجوداً وعملاً مع حركة رؤوس الأموال؛ وقد تكون هذه الحركة إيجابية بدخول رؤوس الأموال إلى دولة ما، وقد تكون سلبية بهروب رؤوس الأموال خارج هذه الدولة. وهذه الحركة الإيجابية أو السلبية لرؤوس الأموال إنما تسعى لتحقيق أهداف معينة⁽¹⁾ خاصة للدول النامية حيث تهتم هذه الدول بالترحيب بالاستثمارات الأجنبية لما تحققه من فوائد أهمها :

(¹)Janette Rutterford - Introduction to stock exchange investment - Second Edition - The Macmillan press LTD - 1993 - p388 "Objectives can only be set once certain characteristics of the beneficiaries or investors are known. These characteristics will include their required risk and return, details of their existing wealth, their tax positions, liquidity requirements, future liabilities and a host of other factors. Until recently, the approach of investment advisers has been to concentrate more on the characteristics of the securities or market they are investing in rather than on the characteristics of their clients."

١- سد النقص من العملات الأجنبية التي تساعد في تمويل الاستثمارات بطريقة سريعة جداً لا تقوى عليها طريقة أخرى.^(١)

٢- القدرة على جلب خبرات فنية وإدارية وتكنولوجية في الصناعات الحديثة مما يؤدي إلى زيادة الصادرات ونقص الواردات نظراً لزيادة الانتاج المحلي، ويتضح هذا الدور جلياً في بنوك الاستثمار حيث تهدف إلى مساعدة الدولة النامية على النمو الاقتصادي وجلب رؤوس الأموال الأجنبية.^(٢)

٣- تشجيع الادخار والاستثمار الداخلي وتدريب العمالة المحلية على المهارات الأجنبية والسعي لدخول الأسواق الأجنبية ورفع الأجور وتحسين الظروف التجارية.^(٣)

٤- خلق فرص العمل وتغيير المناخ الثقافي من الاستيراد إلى التصدير، ووضع الصادرات كأساس للتنمية المستدامة.^(٤)

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١ ، وانظر أيضاً حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٥٥ حيث يرى أنه " يحقق انتقال الاستثمار عبر الدول ميزة نسبية للمستثمر الأجنبي، حيث يكون الدافع لديه البحث عن فرص أفضل للاستثمار تدر عليه دخلاً أكبر مما يمكن الحصول عليه في بلده. أما الدول المستوردة لعناصر الاستثمار فتتهتم به حيث أنها تفتقر لأدوات التنمية والتقدم ووسائلها وعناصرها إما لنقص الخبرة والأيدي العاملة المدربة وأساليب الإنتاج الحديثة، أو لنقص موارد رأس المال الذي لا تستطيع توفيره بمواردها المحلية فتهدف إلى تعزيز المدخرات الوطنية ومن ثم تحقيق معدل أعلى من تكوين رأس المال المستثمر."

(2) Giuseppe Schiavone - International Organizations A dictionary and directory - Seventh edition - palgrave macmillan - 2008 - p 21 " The Bank's basic aims are: to provide loans directly or indirectly for financing national and multinational projects; to encourage public and private investment; to assist member countries to improve the use of their resources; to increase the complementarities of economic systems and to promote the balanced growth of foreign trade; to extend technical assistance with a view to studying, preparing and implementing development programmes and projects; to co-operate with national, regional and subregional economic institutions"

(3) إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية-١٩٧٢- ص ١١-

١٢

(4) Christian Berger-Vachon & others - Complex Systems: Solutions and Challenges in Economics, Management and Engineering - Dedicated to Professor Jaime Gil Aluja - springer - 2018 - p 306 "Azerbaijan signed The

٥- تحسين مهارات مديري الاستثمار والأصول الرأسمالية من خلال رؤية خبرات إدارية متخصصة في إدارة الاستثمار. (١) ولمعرفة لماذا تنجذب رؤوس الأموال إلى مكان ما ، ولماذا تهرب رؤوس الأموال من مكان ما؟ لا بد من معرفة المقصود بالاستثمار وأنواعه المفضلة، ومناخ الاستثمار الجاذب والطارد لرؤوس الأموال، وأنماط الاستثمار وهذا ما نتحدث عنه بشيء من التفصيل:

أولاً: تعريف الاستثمار.

يعرف البعض الاستثمار تعريفا قانونيا مفاده " انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي بما يكفل زيادة الانتاج والتنمية في الدول المضيفة." (٢) وقد عرف البعض الاستثمار الأجنبي المباشر

Millennium Declaration on Sustainable Development in 2000. The state policy of Azerbaijan in the field of sustainable development reflects the "State Program on Poverty Reduction and Sustainable Development". The activities on implementation of the principles of sustainable development continued on the concept of "Azerbaijan 2020: Look into the Future". In this concept, an export-oriented economic model is taken as a basis, and it is planned that increasing the competitiveness of the economy and improvement in the structure will boost non-oil exports. Along with the speedy development of the non-oil industry, the promotion and expansion of innovative activity will create favorable grounds for the formation of economy based on knowledge in the country."

(١) Mikkel Rasmussen- Quantitative Portfolio Optimisation, Asset Allocation and Risk Management - Investment objectives and benchmark selection - palgrave macmillan - 2003 - p 167

(٢) " للاستثمار المباشر طابع مزدوج حيث يتمثل في وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الأجنبي في البلد النامي والملكية التامة أو الجزئية للمشروع أو الاستغلال المباشر للمنشأة. ويفضل المستثمر الأجنبي الاستثمار المباشر حيث يكون له حق الرقابة والإشراف على توظيف أمواله وإدارتها مما يخلق في نفسه شعوراً بالرضا والأطمئنان." انظر حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٧٠، وانظر أيضا ماهر بو خوات - حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام- دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤ - ص ٢٢ " حيث أنها ذات ازدواجية في الموضوع، فهي من ناحية تبرم بين دولتين أي شخصين للقانون الدولي، ولكنها صالحة للتطبيق مباشرة على مستثمرين أجانب أي أشخاص للقانون الداخلي، وتبرز الطبيعة الدولية لاتفاقيات الاستثمار في كون هذه الاتفاقيات تمثل إطاراً دولياً للقواعد القانونية التي تحكم العملية الاستثمارية فهي تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار إلى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي."، وانظر أيضا حازم

بأنه ينطوي على "تقل الأصول الملموسة أو غير الملموسة من بلد إلى آخر لغرض استخدامها في ذلك البلد لتوليد الثروة تحت السيطرة الكاملة أو الجزئية لمالك الأصول". ويميز القانون الدولي بين الاستثمار الأجنبي المباشر واستثمارات الحافظة. ومن المقبول عموماً أن الاستثمارات في الحافظة، مثل شراء الأسهم الأجنبية أو السندات أو الصكوك الأخرى، لا تقع ضمن نطاق القانون الدولي العرفي؛ لذا يجب حمايتها أن تدرج في إطار نظام الاستثمار الأجنبي من خلال معاهدات الاستثمار الثنائية والجماعية.⁽¹⁾

ويشمل الفهم الأساسي لمصطلح "الاستثمار" بعض المتطلبات "المنطقية". فهذا المصطلح ينطوي على طرفين، الأول المستثمر والثاني الدولة المضيفة التي تتلقى الأموال. والغرض الرئيسي للمستثمر هو الاستفادة من استثمارات. ومن ناحية أخرى، فإن الدولة المضيفة ترغب في الحصول على بعض المنافع أيضاً للسماح له بالاستثمار داخل أراضيها.⁽²⁾ وقد تطور التعريف عند البعض إلى أن ربط الاستثمار بما يولده من أثر اجتماعي بالإضافة إلى القيمة المادية العائدة منه. فيما يعرف بالأثر

صلاح الدين عبدالله حسن - الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي - مجلة الحقوق - فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - العدد ٣ - السنة ٤١ - المحرم ١٤٣٩ هـ - سبتمبر-٢٠١٧ - ص ٢٠٠-٢٠٥

(1) Richard W. Roeder - Foreign Mining Investment Law - The Cases of Australia, South Africa and Colombia - springer - 2016 - p19, Luis Toma's Montilla Fernándeز - Large-Scale Land Investments in Least Developed Countries Legal Conflicts Between Investment and Human Rights Protection - springer - 2017 - p 145 " Foreign direct investments may be defined as the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the asset. "

(2) Robert Gommel - Investing into North African Solar Power - A Legal Framework for Risk Management and Prospects for Arbitration - springer - 2015 - p 173

الاجتماعي للاستثمار بحيث لا يخلو تعريف الاستثمار من وجود أثر اجتماعي في محيطه. (١)

وقد عرفته المادة ٦/١ من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بأنه " استثمار رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادي بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها"، ويشترط البعض في الاستثمار الأجنبي ضرورة " انتقال أحد عوامل الانتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز " والمييز لهذا التعريف أنه يتضمن انتقال أي عنصر من عناصر الانتاج سواء للقيام باستثمار مباشر أو غير مباشر على أن يكون هدفه تحقيق أرباح مالية ، وهو يستبعد أيضا أية انتقالات أخرى لعناصر الانتاج لا يكون هدفها الربح مثل التبرعات أو الإعانات أو التعويضات، واشترط التعريف أن تكون الأرباح متميزة، بمعنى أنها تفوق ما يمكن أن يحققه ذلك الاستثمار الأجنبي في وطنه من عائد مادي. وإلا كانت صورة من صور المعونات الاقتصادية بما يستتبعه ذلك بالضرورة من معاملة قانونية مختلفة. (٢)

ويضع البعض قائمة مغلقة لما يعد من قبيل الاستثمار، ويخرج ماعداه من نطاق التعريف متى لم يجد له مقعدا في هذه القائمة المغلقة كالتشريع الأمريكي

(١) Philip Molyneux - Bank Funding, Financial Instruments and Decision-Making in the Banking Industry - Palgrave Macmillan - 2016 - p 147 "Social Impact investments are those which generate both social value and financial return. Social Impact investments are investments made into companies and organizations, sometimes through funds, with the intention of generating a measurable social and environmental impact, alongside a financial return. Thus, social impact should be intentionally pursued and clearly measurable."

(٢) حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٦٨، وانظر أيضا ماهر بو خوات - مرجع سابق - ص ٢٥ في تعريف اتفاقيات الاستثمار " هي اتفاقيات تبرم بين دولتين أو أكثر وفقا لأحكام القانون الدولي، بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الأطراف، وتتطوي على ضمانات لحماية المستثمر التابع لإحدى الدول المتعاقدة ، ويكفل الامتيازات من وراء عملية الاستثمار للدولة المضيفة"

والكندي حيث حددوا بعض الأنشطة في قانون الاستثمار، وما عداها لا يعد استثماراً.^(١) أما الهند ففي نموذج اتفاقاتها الثنائية نجد أن نموذج ٢٠١٥ يعتمد على تعريف الاستثمار "القائم على الشركات" بدلاً من التعريف الأوسع "القائم على الأصول". وقد اعتمد التعريف "القائم على الشركات" في تحديد ما يعد استثماراً من أجل تضييق نطاق الاستثمارات، وكذلك للسعي إلى الحد من إمكانية الدعاوى المرفوعة عن طريق خفض المستثمرين المشمولين بالنموذج. ويتم تعريف "الاستثمار" بموجب نموذج الاستثمار الهندي النموذجي بأنه "مؤسسة" يتم تشكيلها وتنظيمها وتشغيلها بحسن نية من قبل مستثمر.^(٢)

وقد عرفته بعض التشريعات العربية مثل القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في المادة الأولى بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص به طبقاً لأحكام هذا القانون"^(٣)، وذات الأمر ما اتبعه نظام الاستثمار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ تاريخ

(١)Roberto Echandi - The new generation of international investment agreements: recent developments in the Asia-Pacific region - Springer - 2008 - p135 " One approach of avoiding an over-reaching definition of investment is called a "closed-list"definition. This approach differs from the broader asset-based definition in that it does not contain a conceptual chapeau to define the term "investment"; it rather consists in an ample, but finite list of tangible and intangible assets. Originally envisaged as an"enterprise-based"definition used in the context of the U.S.- Canada Free Trade Agreement, this approach evolved towards the definition used in article 1,139 of NAFTA. Subsequently, the "closed-list" approach has been frequently used by several APEC member countries in the definition of "investment" included in their International investment Agreements.

(٢)Srikar Mysore & Aditya Vora -Tussle for policy space in international investment norm setting: The search for a middle path? - Jindal Global Law Review - 2016 - springer - p143, Bhagirath Ashiya - The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the *Salini* test and India's Model BIT - Jindal Global Law Review - 2016 - springer - p264

(٣) انظر المادة الأولى من قانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.

١٤٢١/١/٥ هـ حيث عرفته مادته الأولى بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام".^(١)

وقد أورد المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري تعريفا واضحا للاستثمار والمستثمر والمشروع الاستثماري؛ وأعطى سلطة لوزير الاستثمار بإضافة قطاعات أخرى ترتبط بخطة التنمية الاقتصادية للدولة المصرية بحيث يدرج في أنشطة المشروع الاستثماري ما لم يرد به ذكر في نص القانون.

فعرف الاستثمار بأنه " استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تحويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد." وهذا التعريف يحبذه الفقه الدولي^(٢) وعرف المستثمر بأنه " كل شخص طبيعي أو اعتباري مصرياً كان أو أجنبياً أياً كان النظام القانوني الخاضع له يقوم بالاستثمار في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون."

(١) انظر المرسوم الملكي السعودي رقم م/١ و تاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ - م ١

(٢) Jorge E. Viñuales - Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play - in Kate Miles (ed.), Research Handbook on Environment and Investment Law (Cheltenham: Edward Elgar, forthcoming 2016), chapter 2- <http://ssrn.com/abstract=2661970>- last visit 1/5/2018-p5 "We recognize the important contribution that direct investment, including foreign direct investment, can make to sustainable development, particularly when projects are aligned with national and regional sustainable development strategies", James J. Nedumpara & Rodrigo Polanco Lazo - Does India need a model BIT? - Jindal Global Law Review (2016) 7(2) - - p119 "Indian investment treaties largely define "investor" as natural persons who have the nationality or the citizenship of the contracting party or in few cases, the permanent residency of the contracting party. The definition also includes corporations, with the place of incorporation being the factor that usually defines the nationality of the investor. Although in certain cases, the place of principal seat or effective business activities is also required"

وعرف المشروع الاستثماري بأنه " مزاولة أحد الأنشطة الاستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والاتصالات والتكنولوجيا".^(١) والملاحظ هنا أن هذه الأنشطة ليست على سبيل الحصر لأن المشرع أفرد لوزير الاستثمار سلطة إضافة أنشطة أخرى لشكل المشروع الاستثماري بشرطين:-

١- التنسيق مع الوزارة أو الوزارات المعنية لإضافة مثل هذه القطاعات.

٢- أن تكون هذه الإضافة وفقا لخطة التنمية الاقتصادية للدولة.

وقد عرف صندوق النقد الدولي الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه ذلك النوع من أنواع الاستثمار الدولي الذي ينعكس من حصول كيان مقيم في اقتصاد ما على مصلحة دائمة في مؤسسة الاستثمار المباشرة، وتتطوي المصلحة الدائمة على وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة بحيث يمتلك المستثمر في رأس مال الشركة التابعة في البلد المضيف ما يساوي أو يفوق ١٠ % من الأسهم العادية أو القوة التسويقية لمؤسسة الاستثمار المباشر^(٢)، ونتج عن هذا التعريف عدة استنتاجات:-

١- أن الاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على علاقة طويلة الأجل تعكس منفعة المستثمر الأجنبي المباشر التي يترتب عليها أصول ملموسة وغير ملموسة إلى البلد المضيف.

٢- يكون للمستثمر الأجنبي الحق في إدارة الوحدة التابعة والرقابة عليها.

٣- لا يحتاج المستثمر الأجنبي أن يمتلك جميع أصول الوحدة التابعة ، لأن ١٠ % من الأسهم العادية للمؤسسة تكفي لإنشاء هذه العلاقة.

(١) انظر المادة الأولى من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢/٢٠١٧ - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧. ص ٥ الباب الأول - الفصل الأول - تعريفات.

(٢) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي - جامعة القاهرة - كلية الحقوق بالخرطوم - ١٩٩٠ - ص ١٩

٤- إن معيار التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر هو أن الاستثمار في المحافظ المالية يهدف إلى شراء أصول لتحقيق عائدات دون اكتساب الحق في إدارة المنشأة والرقابة عليها.^(١)

والملاحظ مما سبق أن تعريفات الاستثمار والمستثمر تعد من العناصر الأساسية في اتفاق الاستثمار بصفة عامة، وفي اتفاقيات الاستثمار الثنائية بصفة خاصة، لأن نطاق اتفاق الاستثمار وضمانه حينها يتحدد أساساً من خلال تلك التعريفات.^(٢) فنجد المادة الأولى من اتفاق الاستثمار بين الصين ومجموعة الآسيان تعرف الاستثمار بأنه هو قاعدة عريضة تستند إلى الأصول والتي تشمل "كل نوع من الأصول" ثم تليها قائمة توضيحية من خمس فئات من الاستثمارات : الممتلكات المنقولة وغير المنقولة، والأسهم والسندات، وحقوق الملكية الفكرية والامتيازات

(١) هالة علي منصور- المرجع السابق - ص ٢٩-٣٠ ، وانظر أيضا انظر مجدي محمود شهاب - الاستثمار الأجنبي المباشر - دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ١٤ - السنة الرابعة - ٢٠١٦ - ص ٢٣ " يقصد به انتقال رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الخارج بشكل مباشر للعمل في صورة وحدات صناعية أو تمويلية أو إنشائية أو زراعية أو خدمية، ويمثل حافز الربح المحرك الرئيسي لهذه الاستثمارات الأجنبية المباشرة. وهنا يتمثل الاستثمار الأجنبي في قيام شخص أو منظمة في بلد معين، باستثمار أمواله في بلد آخر سواء عن طريق الملكية الكاملة للمشروع أو الملكية الجزئية، ويهدف من وراء ذلك إلى تحقيق عائد، وقد يتمثل الاستثمار الأجنبي المباشر في تملك المستثمر لجزء من الاستثمارات، أو كلها في مشروع معين في دولة خارج دولة الإقامة مع قيامه بالمشاركة أو السيطرة الكاملة على الإدارة والتنظيم.

(٢) Catherine Yannaca- Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements-ch1 - International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - 2008 - p 9 "The definition of investor and investment are among the key elements determining the scope of application of rights and obligations under international investment agreements. An investment agreement applies only to investors and investments made by those investors who qualify for coverage under the relevant provisions. Only such investments and investors may benefit from the protection and be eligible to take a claim to dispute settlement."

التجارية التي يمنحها القانون ، أو التي تمنح وفقاً لعقد ماء، والمطالبات المالية".^(١) وهذا التعريف الواسع مقيد بشرط أن يتم الاستثمار وفقاً للقوانين واللوائح والسياسات ذات الصلة. وهذا القيد الأخير يدفع المستثمرون الأجانب إلى الالتزام بقوانين وأنظمة الدولة المضيفة؛ حيث من الممكن استبعاد الاستثمارات الأجنبية التي لا تتفق مع سياسة التنمية للدولة المضيفة من الحماية بموجب الاتفاق.

وقد عرف المستثمر في هذا الاتفاق بأنه "شخص طبيعي أو اعتباري لطرف ما يقوم بعمل استثمار في أراضي الأطراف الأخرى أو يكون قد قام بالاستثمار فيه".^(٢) ويعني إدراج عبارة "يقوم بعمل" أن الشخص الذي يقوم بالاستثمار يمكنه أن يدعي ويطلب بحماية الاتفاق قبل إنشاءه للاستثمار بالفعل، ولكن هذه العبارة تقتصر على المادة ٥ والمقصود بها "معاملة الدولة الأولى بالرعاية" ، والمادة العاشرة وهي المعنية بالتحويلات وإعادة الأرباح للدولة المصدرة لرأس المال أي نقل رأس المال الأولي فقط، وعلى الجانب الآخر فإن المستثمرين الذين قاموا بالفعل بالاستثمار في مرحلة ما بعد التأسيس يمكنهم التمتع بحماية الاتفاق.^(٣)

ثانياً: أنواع الاستثمار.

إذا كان المستثمر يقوم بالاستثمار بنفسه فالاستثمار هنا مباشر^(٤)، أما إذا كان المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال لجهة ما لنقوم بالاستثمار دون

(^١) Jun Xiao - The ASEAN-china investment agreement: A regionalization of china's BITs - higher Education press and springer - verlag 2011 - p 247

(^٢) Jun Xiao - Ibid - p248

(^٣)Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform - Indian Journal of International Law (2015) 55 - The Indian Society of International Law 2015, p 1-26

(4) عرف البعض الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه " التحويلات المالية التي ترد من الخارج في صورة عينية أو في صورة نقدية أو كلاهما معا بهدف إقامة مشروعات وتحقيق أرباح وعادة ما تتضمن لهذه الاستثمارات تحويل أرباحها، ودخولها للخارج في حالة نجاحها ، وتحقيق فائض اقتصادي من جراء نشاطها داخل البلاد، وذلك مقابل ما تسهم به هذه الاستثمارات من توفير الموارد والخبرات ونقل التكنولوجيا؛ ويقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر: قيام طرف أجنبي بالاستثمار في

أن يكون للمستثمر أي سيطرة على المشروع فنكون هنا بصدد استثمار غير مباشر.^(١) ويفرق البعض في مفهوم الاستثمار بين نوعين من الاستثمارات من حيث نوع الإضافة التي يضيفها الاستثمار:

١- الاستثمار الحقيقي: يشمل كل الاستثمارات التي قد تؤدي إلى الزيادة في رأس مال المجتمع بمعنى زيادة طاقته الإنتاجية كسواء أو اقتناء الآلات والمعدات والمصانع الجديدة.

٢- الاستثمار المالي: وهو يعبر عن الاستثمارات التي لا يترتب عنها سوى انتقال الملكية للسلع الرأسمالية من طرف لآخر دون إحداث زيادة في الطاقة الإنتاجية لمجتمع كسواء الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية.^(٢) ويضع البعض

دولة أخرى، ويكون للمستثمر دور فعال في إدارته من خلال تأسيس الشركات أو المشاركات أو الاندماج في شركة وطنية. هالة علي منصور- المرجع السابق - ص ٢٨

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٢٠؛ حازم حسن جمعة - المرجع السابق - ص ١٧٠ - المقصود بالاستثمار الأجنبي غير المباشر " إحدى الوسائل الجوهرية التي تمكن البلاد النامية من الحصول على رؤوس الأموال، والقروض قد تكون خاصة أو عامة أو ثنائية أو دولية متعددة الأطراف" والقروض الدولية أو المتعددة الأطراف هي القروض التي تحصل عليها الدول من الهيئات الدولية كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير، ومؤسسة التنمية الدولية، والاقتراض من هذه الهيئات الدولية يعتبر حقاً للأعضاء المشتركين فيها، وتتميز قروض هذه الهيئات بتسهيلات في خدمة الدين بالإضافة إلى ما تقدمه عادة من دراسات وخدمات مقترنة بما تقدمه من قروض وغالباً ما تكون مخصصة لاستغلال محدد. إلا أن هناك عدة ملاحظات على قروض هذه الهيئات ١- عدم وفرة مواردها ٢- عدم عدالتها ٣- طول إجراءاتها؛ ومن ثم يقصد بالاستثمار الأجنبي غير المباشر: الاستثمار في الأوراق المالية على اختلاف أنواعها كسواء السندات الخاصة لأسهم الحصص أو سندات الدين أو سندات الدولة من الأسواق المالية، ومن ثم فهو تملك الأفراد والهيئات والشركات لبعض الأوراق المالية دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري. هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٨ - ٩

(٢) هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٨ ، وانظر أيضاً حازم حسن جمعة - المرجع السابق - ص ١٦٩ "تتنوع الاستثمارات الأجنبية بين استثمار فني أو استثمار مالي ويتمثل الاستثمار الفني في شكل من أشكال العمل الفني المدرب أو فن إنتاج معين أو براءة اختراع أو حق استعمال النماذج والعلامات التجارية وهي أحد أهم أنواع الاستثمارات الأجنبية، ويتمثل الاستثمار المالي في صورتي الاستثمار المباشر أو الاستثمار غير المباشر.

تصور شامل لأنواع الاستثمار من خلال خصائص التصنيف الرئيسية على النحو التالي⁽¹⁾:

أنواع الاستثمارات	سمات تصنيف الاستثمار
* رأس المال (لموس - غير ملموس) * أمور مالية * استثمارات اجتماعية	١- موضوع الاستثمار
* قصير الأجل * متوسط الأجل * طويل الأجل	٢- مدة الاستثمار
* دولة * خاص * أجنبي	٣- وضع المستثمر
* مباشر * غير مباشر	٤- المشاركة في عملية الاستثمار
* استثمارات داخل الدولة * استثمارات خارج الدولة	٥- السمة الإقليمية
* نظام المشروع الاستثماري * نظام المحفظة	٦- الشكل التنظيمي
* منعدم الخطر * قليل الخطر * متوسط الخطر * مخاطر عالية	٧- مستوى المخاطر
* ابتكاري * متنوع	٨- الطبيعة الاستراتيجية
* الترميم * الترشيح * التنمية	٩- تفاصيل الاستثمار

وفي ختام هذا الفرع نرى أن المقصود بالاستثمار هو " انتقال رأس المال الأجنبي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى الدولة المضيفة بهدف تحقيق الربح للمستثمر وتحقيق التنمية للدولة المضيفة".

(1) Mehmet Huseyin Bilgin & others - Financial Environment and Business Development - Proceedings of the 16th Eurasia Business and Economics Society Conference - springer - 2017 - p 441

الفرع الثاني مناخ الاستثمار ومكوناته

أولاً: مناخ الاستثمار.

يتعين على الدول التي تريد أن تجلب الاستثمار أن تهيئ مناخ آمن لاجتذاب المستثمرين الأجانب؛ ويقصد به " مجمل الأوضاع الاقتصادية والمالية والسياسية والتشريعية والإدارية المحيطة ببيئة الاستثمار"^(١).
ويعد إصلاح المناخ الاستثماري، الذي يهدف إلى إطلاق العنان للقطاع الخاص بوصفه محركاً للنمو الاقتصادي، عنصراً رئيسياً في استراتيجيات الحد من الفقر والإصلاح الاقتصادي. وهذا يستلزم توفير إطار قانوني وتنظيمي سليم يشجع الاستثمار وتنمية الأعمال التجارية، ويعزز قدرة الحكومة على الاستجابة بفعالية لاحتياجات المشاريع.^(٢) ويعتبر توفير المناخ للاستثمار أحد أهم العوامل الجاذبة له.^(٣) لذا يضع المستثمر الأجنبي عدة اعتبارات في نظره يحدد بها مناخ الاستثمار المناسب ومنها:

(١) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٣٧ يقصد بمناخ الاستثمار " حالة البلد موضوع الهدف الاستثماري، وما يؤثر فيها من مؤثرات وظروف طبيعية وسياسية واقتصادية وقانونية وتنظيمية واجتماعية وثقافية وإدارية، والتي يخلق تفاعلها أوضاعاً جديدة ذات معطيات مختلفة تترجم آثارها كعناصر جاذبة أو طاردة للاستثمار. وتؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر؛ سلباً أو إيجاباً في بيئة النشاط الاستثماري وقرارات المستثمرين فرداً أو شركات سواء (المحليين أو الأجانب) الحاليين والمحتملين مستقبلاً. ، وانظر أيضاً حازم صلاح الدين عبدالله حسن - مرجع سابق - ص ٢٠٩ " يعبر مناخ الاستثمار عن مفهوم شامل للأوضاع والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والقانونية والتنظيمات الإدارية التي يجب أن تكون ملائمة ومناسبة لجذب وتشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية؛ حيث أن رأس المال عادة ما يتحرك من الأوضاع السيئة تجاه الأوضاع الأحسن حالاً".

(٢) Jerry Haar & John Price - Can Latin America Compete? Confronting the Challenges of Globalization - Palgrave Macmillan - 2008 - p255

(٣) هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٩-١٠ " ومنها العوامل السياسية حيث يتخذ المستثمر الأجنبي قراره بقبول أو رفض المشروع ليس على أساس حجم السوق أو العائد فحسب، وإنما على أساس درجة الاستقرار السياسي في البلد، فالمستثمرون يفضلون الأنظمة الديمقراطية لأنها مستقرة أما الأنظمة الأخرى فهي عرضة للتغيير. وهناك العوامل الاقتصادية ومنها: توفر الموارد الطبيعية القابلة للاستغلال وإمكانية تصنيفها، وضرورة توفير كفاءات معينة وأيدي عاملة مدربة ذات تكلفة

- ١- احتمالات الربح التجاري واحتمالات المخاطر غير التجارية.^(١)
 - ٢- مدى توافر الخدمات الأساسية في الاقتصاد القومي.
 - ٣- مدى تحكم البيروقراطية والتعقيد الإداري في التعامل مع المستثمر الأجنبي.
 - ٤- نوع العلاقة السياسية بين دولة المستثمر والدولة المطلوب الاستثمار فيها.^(٢)
- وهنا نتعرض بشئ من التفصيل لمكونات مناخ الاستثمار:

ثانياً: مكونات مناخ الاستثمار.

ينكون مناخ الاستثمار من مجموعة عوامل تحدد مدى ملاءمة البيئة السياسية والاقتصادية والاستثمارية والتشريعية لاستقطاب وتوطين الاستثمار، وتحقيق معدلات تبادلات تجارية متزايدة في الأسواق المفتوحة ترفع بدورها معدل النمو الاقتصادي، وتدفعه نحو الاستدامة التتموية التي تصل بالمجتمع إلى الازدهار، وارتفاع مستوى المعيشة.^(٣) ويحدث الاستثمار الأجنبي المباشر عند وجود ثلاث مجموعات من العوامل المحددة في وقت واحد وهي:

- ١- وجود مزايا تنافسية خاصة بالملكية في شركة عبر وطنية.
- ٢- وجود مزايا الموقع في البلد المضيف.

منخفضة، وتحقيق مستوى اقتصادي مناسب تدلل عنه عدة معدلات (كمعدل النمو في الناتج القومي الإجمالي ومعدل الدخل الفردي ومعدل التضخم وحجم السوق والسياسات الاقتصادية (درجة التحرير الاقتصادي- درجة المنافسة في السوق)، وتوفير البنية الهيكلية للاقتصاد كميزة جاذبة للاستثمار ومنها الطرق وخدمات الكهرباء والاتصالات؛ واستقرار العوامل التشريعية: كوجود جهاز إداري وعملية إدارية تقلل الزمن المطلوب للحصول على الترخيص لإنشاء مشروع استثماري ومحاربة البيروقراطية الحكومية ومحاربة الفساد المالي والإداري في الأجهزة الحكومية."

(^١) Jason webb Yackee - Political risk and international investment law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 24:477 - 2014 - p 478 " The standard definition of "risk" is relatively intuitive and easy to grasp. Risk is typically defined as the probability that an event will happen, where the event will have adverse consequences (costs) for the relevant party."

(2) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢

(3) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٣٨

٣- وجود منافع تجارية متفوقة في داخل الشركة مقابل علاقة تجارية طويلة الأمد بين مستثمر أجنبي ومثلق أو مزود للسلع أو الخدمات.^(١)

((١)) المكونات الاقتصادية للمناخ الاستثماري

١- مكونات السياسة الاقتصادية

(أ) السياسة المالية

هي برنامج تخططه الدولة وتنفذه مستخدمة فيه مصادرها الإدارية وبرامجها الانفاقية لإحداث آثار مرغوبة، وتجنب آثار غير مرغوبة على كافة متغيرات النشاط الاقتصادي والاجتماعي والسياسي تحقيقاً لأهداف المجتمع؛ وهي الطريق الذي تنتهجه الحكومة لتخطيط نفقاتها وتبدير وسائل تمويلها. وهي إما أن تكون متمثلة بالتمويل بالعجز، وذلك من خلال التوسع في النفقات العامة، أو التسريع في سداد جزء من القروض العامة أو تخفيض الإيرادات الضريبية، أو تكون متمثلة بالتمويل بالفائض سواء من خلال زيادة الإيرادات الضريبية أو التوسع في إصدار القروض العامة أو الحد من الائتمان المصرفي.^(٢)

(١) Zbigniew Zimny - Foreign direct investment and transnational corporations in tourism in developing countries - The study has been used in UNCTAD's publication FDI in Tourism: The Development Dimension, UNCTAD Current Studies on FDI and Development, No. 4 (New York and Geneva: United Nations, 2005 - p6 - <http://ssrn.com/abstract=2435668> - last visit 30-4-2018

(2) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٠-٤١ " فالتصاعدي منها يقلل القدرة على الإذخار، وأيضاً فرض الضريبة على القيم المنقولة يؤدي لنقص الإذخار، وفي كلتا الحالتين يدفع الفرد للاستثمار في الحالتين. وكلما احتفظت السياسة المالية بمعدل من عجز الموازنة العامة للدولة لا يؤدي إلى تضخيم مرتفع، ولا يؤدي إلى انكماش وكساد كبير، كلما كان ذلك جاذباً للاستثمار؛ وللسياسة المالية عدة أدوات منها الإيرادات العامة، وهي " عبارة عن جميع الأوراق النقدية، والعينية، والمنقولة، والعقارية التي ترد إلى الخزانة العامة للدولة. ومنها الإيرادات العامة الضريبية "؛ حيث أن للنظام الضريبي في الدولة أثره على الاستثمار.

(ب) السياسة النقدية.

يعرفها البعض بأنها " هي التي تشمل جميع القرارات والإجراءات النقدية بصرف النظر عما إذا كانت أهدافها نقدية أو غير نقدية ، وكذلك جميع الإجراءات غير النقدية التي تهدف إلى التأثير في النظام النقدي".^(١)

(ج) سياسة التجارة الخارجية

من أهم العوامل غير المشجعة للاستثمار الأجنبي المباشر سياسات تقييد التجارة والمركزية في إدارة الاقتصاد، وعلى العكس تماماً في حالة سيادة سياسات تحرير التجارة والإصلاح والانفتاح نحو الخارج؛ فإن ذلك يحفز على جذب الاستثمار.^(٢)

٢- درجة الانفتاح الاقتصادي

يقصد بالانفتاح الاقتصادي " إزالة القيود القائمة في وجه رؤوس الأموال الأجنبية ، وفي وجه الاستثمارات المحلية الخاصة المدفوعة بدافع الربح وحده، والتخلي التدريجي عن الملكية العامة في الصناعة، وعن تدخل الدولة في الاقتصاد، والتخلي التدريجي عن الحماية الممنوحة لبعض الصناعات المحلية للمنافسة

(1) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤١-٤٢ " كلما كانت السياسة النقدية توسعية كلما كانت جاذبة للاستثمار والعكس صحيح، ويتم ذلك باستخدام الأدوات النقدية المناسبة ، والمهم أن تكون متوافقة مع التغيير في حجم النشاط الاقتصادي المطلوب ، وفي الأوقات المناسبة ويتم بحسن تدبير وتتسم بالاستقرار؛ ومن أهم أهدافها:- تحقيق الاستقرار النقدي، وضمان قابلية صرف العملة والحفاظ على قيمتها الخارجية، وتشجيع النمو الاقتصادي، والمساهمة في إنشاء أسواق مالية نقدية متطورة، وتحقيق التوازن الداخلي والخارجي، وتشير السياسة النقدية إلى التغيير المخطط في عرض النقود بغرض التأثير على الطلب الكلي في الاتجاه المرغوب فيه، وقد تكون السياسة النقدية توسعية أو انكماشية. وينبغي أن تتحكم السياسة النقدية في كل من سعر الصرف، ومعدل التضخم ؛ فالتقلبات المفاجئة لأسعار الصرف لها تأثير سلبي على المناخ الاستثماري ؛ حيث أن مثل هذه التقلبات تجعل من الصعب على المستثمر عمل دراسات الجدوى كما تعرضه لخسارة باهظة غير متوقعة. "

(2) Roger Farrell - The Impact of Trade Policy on Japanese Trade and Investment - from The Political Economy of Japanese Trade Policy by Aurelia George Mulgan & Masayoshi Honma - Palgrave macmillan - 2015 - p 157

الأجنبية." وهنا كلما كانت درجة الانفتاح الاقتصادي مرتفعة دل ذلك على تحسن أكثر في المناخ الاستثماري والعكس صحيح. (١)

(٢) المكونات غير الاقتصادية للمناخ الاستثماري

١- المحددات القانونية والتشريعية

كلما انطوت العملية على قانون موحد للاستثمار، وبه ضمانات كافية من عدم نزع الملكية والمصادرة وعدم التأميم وكفالة تحويل الأرباح للخارج، وحرية دخول وخروج رأس المال، وعدم الخضوع للنصوص القانونية الخاصة بالقيود الإجرائية والتنظيمية، ويقدم المزيد من التسهيلات الإدارية، والحوافز التجارية والربحية، ومنح الشركات المساهمة المستثمرة في إمكانية اختيار العاملين بها دون قيود، و ضمانات كافية وواضحة بآلية تسوية منازعات الاستثمار، والحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة النشاط، أدى ذلك إلى جذب الاستثمار الأجنبي المباشر. (٢) وهنا يرى البعض أن مسؤولية سياسة الترويج للاستثمار تقع على عاتق هيئات تشجيع الاستثمار، وبعض الأطراف الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار من خلال أربعة مراحل:-

١- مرحلة الرصد لآراء المستثمرين الأجانب (الإيجابية والسلبية)

٢- مرحلة البناء وتهدف إلى بناء انطباع عام عن الاستثمار في بلد ما.

٣- مرحلة الاستهداف وتهدف إلى الحفاظ على المستثمر الحالي، وتوقع المستثمر المستقبلي، واستعادة استهداف المستثمر السابق.

٤- مرحلة الخدمات والتي يتم فيها خدمة المستثمر بشكل مباشر بين هيئة تشجيع الاستثمار والمستثمر الأجنبي. (٣)

(1) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٣

(2) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٦

(3) حازم صلاح الدين عبدالله حسن - مرجع سابق - ص ٢٠٩-٢١٠

وقد قرر المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري عدة مبادئ تحكم الاستثمار؛ حيث قرر في المادة الثانية من القانون وبشكل واضح لا لبس فيه أنه تسري مبادئ الاستثمار على المستثمر وعلى الدولة المضيفة للاستثمار كل فيما يخصه:

- ١- المساواة في الفرص الاستثمارية ومراعاة تكافؤ الفرص بغض النظر عن حجم المشروع ومكانه ودون تمييز بسبب الجنس.
- ٢- دعم الدولة للشركات الناشئة وريادة الأعمال والمشروعات متناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة لتمكين الشباب وصغار المستثمرين.
- ٣- مراعاة جميع النواحي ذات البعد الاجتماعي وحماية البيئة والصحة العامة.
- ٤- حرية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وحماية المستهلك.
- ٥- اتباع مبادئ الحوكمة والشفافية والإدارة الرشيدة وعدم تضارب المصالح.
- ٦- العمل على استقرار السياسات الاستثمارية وثباتها.
- ٧- سرعة إنجاز معاملات المستثمرين والتيسير عليهم بما يحقق مصالحهم المشروعة.

٨- حق الدولة في الحفاظ على الأمن القومي والمصلحة العامة.^(١)

المطلب الثاني

المقصود بضمانات الاستثمار

عملت الدول المضيفة للاستثمار على سن قوانين تحمل في طياتها ضمانات لأموال المستثمر الأجنبي، وكذلك سعت الدول المصدرة للاستثمار وبصفة خاصة الدول الصناعية الكبرى إلى إيجاد إطار قانوني دولي موضوعي وإجرائي - وبالتحديد في الاتفاقات الثنائية^(٢) - يهدف إلى تغليف هذا الاستثمار الأجنبي الذي

(١) انظر المادة ٢ من ق ٢٠١٧/٧٢

(٢) Emma Aisbett & Matthias Busse & Peter Nunnenkamp - Bilateral investment treaties as deterrents of hostcountry discretion: the impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries - springer - Kiel Institute 2017- p 8 " Now consider the case where investors

يهدف إلى تحقيق التنمية في البلد المضيف بأكبر قدر من الحماية.⁽¹⁾ حتى ولو عصف بهذه التنمية في سبيل ضمان حماية الاستثمار وأموال المستثمر.⁽²⁾ الأمر الذي دفع البعض للقول بأن نظام ضمانات الاستثمار الدولي أقرب للاستعمار منه للاستثمار.⁽³⁾ وتظل اتفاقيات الاستثمار الثنائية من بين جميع أنواع الاتفاقيات الدولية للاستثمار، أكثر الاتفاقيات الدولية الفريدة من نوعها حيث تتعدّد بين الدول النامية

perceive the primary benefit of BIT protection to be that the threat of compensation claims will prevent the developing host country from breaching the treaty "

(1) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٢

(2) Marc Bungenberg & others - European Yearbook of International Economic Law 2016 - springer - 2016 - p xvi " investment arbitrators have brought about a system of absolute investment protection far more extensive than that contemplated by the parties to the treaties and far removed from the original goal of economic development. "

(3) Thomas Schultz & Cédric Dupont - Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study - The European Journal of International Law Vol. 25 no. 4 - Oxford University Press - 2015 - p 1153 " By maximizing investor protection, investment arbitration maximizes the protection of the economic interests of 'neo-colonial' powers, that is, of countries with a high level of economic development. But is this true? Two empirical manifestations of such neo-colonialism would in this case be likely. First, if the dominating function of the investment arbitration system is indeed to allow developed countries to exercise control over and exploit developing countries, then one would expect to see the following: investment arbitration would be directed by investors from developed countries against governments of developing countries. The hypothesis of the neo-colonial function is plausible, for instance, if a large part of arbitration claims is filed by investors from developed countries against governments of developing countries. Secondly, if the claim that investors dominate the system is correct, and furthermore if it is correct that the system serves to maximize the protection of investors from developed countries, then one would expect to see investors bulk large in the outcomes, they should win a large share of the cases. Or let us reverse the statement: if we see a dominance of investors from developed countries in the outcomes, then - at least then - the neo-colonial accounts are plausible "

والدول المتقدمة، تستفيد الدول المتقدمة وهي المصدرة لرؤوس الأموال من إنشاء قواعد دولية تسهل وتحمي الاستثمارات الأجنبية لمواطنيها أو شركاتها. أما بالنسبة للدول النامية فتلبي رغباتها في إطار سياساتها نحو جذب الاستثمارات الأجنبية وتعظيم المنافع الناتجة عنه.⁽¹⁾ وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في عام ١٩٧٤⁽²⁾، والذي نص على أن تكون الأفضلية الممنوحة للاستثمارات الموجهة للدول النامية، وأن هناك ضمانات مفترضة فيما يتعلق بالمخاطر غير التجارية، وأعطى الميثاق الحق لكل دولة في ممارسة سيادتها على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية وإخضاع كافة الاستثمارات الأجنبية لتنظيمها الداخلي، ولها الحق في تنظيم المشروعات الأجنبية في نطاق ولايتها الوطنية وفق سياساتها الاقتصادية والاجتماعية؛ وحين تعرض الممتلكات الأجنبية للمخاطر السياسية لا بد من دفع تعويض عادل يأخذ بعين الاعتبار القوانين والأنظمة في الدول المضيفة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى.⁽³⁾ لذا نعرض في هذا المطلب فحوى ضمان الاستثمار وتاريخ الضمان والطبيعة القانونية لاتفاق ضمان الاستثمار.

الفرع الأول

فحوى الضمان وتاريخه

أولاً: تاريخ فكرة ضمان الاستثمارات الأجنبية

اقترحت لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا في ١٩٥٧ إنشاء صندوق للضمان والمعونة المالية يختص بالاستثمارات الأوروبية في الدول

(1) The role of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 29

(2) See The Charter of economic rights and duties of states - GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974) 50 - Art. 8,9, 11,12 ,13,14 ,15,17 ,18 ,19 ,21 ,22 ,23,24, 25, 26 , 27 ,28,29,30.

(3) ماهر جميل أبو خوات - مرجع سابق - ص ٧

الأفريقية، وفي السنة نفسها طالب الرئيس نيكسون (عندما كان نائبا لرئيس الولايات المتحدة) بإجراء دراسات لإمكانية إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمار بحيث تديره هيئة خاصة، ويقوم بحماية الاستثمارات القائمة المستقبلية من أخطار التأميم وتخفيض قيمة العملة ومنع تحويلها والأخطار المماثلة. (1) وفي الستينيات من القرن الماضي ظهرت محاولة متواضعة تمثل أول هيئة دولية لضمان نوع معين من الاستثمارات الأجنبية في نطاق إقليمي خاص وهي صندوق المعونة المتبادلة وضمان القروض الذي أنشئ بموجب اتفاقية وقعت في 6 يونيو 1966 في "أبيدجان" بساحل العاج بين بعض دول أفريقيا الغربية الناطقة بالفرنسية (2)، ويقوم هنا الصندوق بضمان القروض التي تحصل عليها من الخارج حكومات الدول الأعضاء أو هيئاتها العامة وشبه العامة أو المشروعات الخاصة التي يكون مركزها القانوني ومجال نشاطها الأساسي في إقليم من أقاليم الدول الأعضاء، ويقتصر دوره على "كفالة" المدين في الوفاء بالقرض في الميعاد المتفق عليه. (3)

ثانيا : الصفة الدولية لاتفاقيات الاستثمار تلقي بالتزامات على الدولة النامية.

تتميز اتفاقيات الاستثمار عن عقود الاستثمار بأنها ذات طابع دولي (4) ، فعقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار بوصفها شخص دولي

(1) Roshen Hendrickson - Promoting US Investment in Sub-Saharan Africa - Palgrave Macmillan - 2014 - p32

(2) Cyril K. Daddieh - Historical Dictionary of Cote D' Ivoire (The Ivory Coast) - Third Edition - Rowman & Littlefield - 2016 - with french support, Cote d'Ivoire pumped 4 billion FCFA into a Mutual Aid and Loan Guarantee Fund. The Solidarity Fund, as it came to be called, required a contribution of one-tenth of each member state's revenues. The funds were used to underwrite loans to promote the economic development of the region as a whole and of poorer member states in particular.

(3) إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية - 1971 - ص 22

(4) Rudolef Dolzer - The impact of international investment treaties on domestic administrative law - International law and politics - Institute of international law and Justice - New York University - Vol. 37:953 - 2005- p 954 "The Nature of Foreign Investment Treaties"

والمستثمر كشخص قانون خاص لا يمكن اعتبارها اتفاقات دولية. فلا تخضع لآليات تسوية النزاعات الدولية التي تقرها محكمة العدل الدولية، والتي تختص بالفصل في النزاعات بين الدول دون غيرها. ومن ثم نجد أن أهم مزايا اتفاقيات الاستثمار أنها عند حدوث نزاع بين الدولتين حول تنفيذ الاتفاقيات تسمح بإمكانية اللجوء إلى القضاء الدولي لحل النزاع بين الدولتين بحكم كونهما من أشخاص القانون الدولي. وغالبا ما تلقي بالتزامات متبادلة على الطرفين (الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة لرأس المال) ولكن يتجلى في هذه الاتفاقيات التزامات الدول النامية عن الدول المتقدمة في رأي البعض.^(١)

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاق ضمان الاستثمار

يرى البعض أن هناك فارق بين الاستثمارات التي تتم بدون عقد استثمار، والاستثمارات التي تتم بعقد استثماري، والاستثمارات التي تتم بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية. وعندما توقع الدول اتفاقات الاستثمار الدولية، فإنها تقلل من تكلفة التفاوض بشأن عقود الاستثمار. ومع ذلك، فإنها من المحتمل أن تزيد من تكلفة إدخال التدابير التنظيمية في المستقبل. وبدون اتفاقات الاستثمار الدولية، ستزداد تكلفة

(^١)Stephan W. Schill and Heather L. Bray - The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals - Mega-Regional Trade Agreements by Thilo Rensmann - springer - 2017 - p 147 " Typically, traditional BITs were concluded principally between capital exporting countries (i.e. countries in Europe and North America) and capital importing, developing countries. The underlying rationale for most of these agreements was to protect investors from developed countries who invested in developing countries against illegitimate government conduct, such as expropriations without compensation or other types of illegitimate interferences with their investment. Although at a formal level these agreements were reciprocal in nature, as both parties undertook the same obligations, "in practice the obligations all fell on the developing country party".

التفاوض بشأن عقد الاستثمار زيادة كبيرة لأن المستثمرين سيقدّمون مطالب كثيرة للدولة المضيفة لهم قبل القيام بالاستثمار خاصة في البلدان الأقل نمواً.

١: عندما لا يكون هناك عقد بين الدولة والمستثمر،

إن آليات القانون الدولي لحماية حقوق الأجانب تطبق. وتشكل هذه الآليات الحد الأدنى من معايير الحماية وتعتبر من قبيل القانون الدولي العرفي. ومن المتنازع عليه ما إذا كان يمكن اعتبار المعايير الإضافية للمعاملة، مثل المعاملة الوطنية والمعاملة العادلة والمنصفة، من قبل معايير الحد الأدنى للمعاملة. وفيما يتعلق بالمعاملة الوطنية، تم التأكيد على أنه يجوز للدول أن تقيم اختلافات بين المستثمرين الأجانب والوطنيين طالما أن التدابير لا تتعارض مع التزامات محددة مسبقاً في القانون الدولي. وفيما يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة فالفقه قد اتفق على أنها جزء من القانون الدولي العرفي.^(١)

إن حماية المستثمرين من دون عقود استثمارية حماية محدودة، فلا يمكن للقانون الدولي للاستثمار إلا تخفيف بعض المخاطر السياسية. ومثلها عدم ضمان الحق في نقل رأس المال أو عودته إلى الخارج. وهنا يمكن إدخال التدابير التمييزية بسهولة من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يمكنها أن تضع سياسات تفيد المستثمرين الوطنيين تدريجياً.^(٢)

(^١)Nicolas Angelet - Fair and Equitable Treatment - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2011- p 1 - 13

(^٢)Luis Toma's Montilla Ferná'ndez - Ibid -p 146 " It is one thing to be the holder of a right, and quite another to have the legal capacity to enforce that right. This legal capacity is known as *ius standi*. Legal subjects with this capacity can access the judicial system and initiate a claim. In IL it is only in exceptional cases that legal subjects have this capacity. In the absence of this capacity the domestic law of host countries governs investments. The general rule of IL as included in the Brussels Convention of 1968 regarding the exclusivity of jurisdiction might apply here. It states that in cases involving immovable property or the tenancy of immovable property, the local courts have exclusive jurisdiction."

٢ : الاستثمارات المصنفة بعقد استثمار

عقود الاستثمار هي أداة متاحة للمستثمرين الأجانب للتخفيف من مخاطر الاستثمار. ويمكن لعقود الاستثمار أن توازن بين أوجه القصور في القانون الدولي للاستثمار^(١) من خلال توفير حماية استثمارية كافية للمستثمرين في البلد المضيف. وهي تحتوي عادة على بنود معينة تزيد من اليقين القانوني للمستثمر. إن بعض القضايا الرئيسية التي يمكن معالجتها في عقد الاستثمار تشمل القانون المنطبق على الاستثمار، وآليات حل النزاعات، وإعادة التفاوض. وفي ضوء ذلك، فإن مستوى الحماية التي يمكن أن يوفرها العقد سيعتمد على قدرة المساومة لدى المستثمرين عند التفاوض على عقد. حيث يجب تصميم العقود بطريقة توازن بين السلطة التنظيمية للدولة وحقوق الملكية للمستثمرين. ويمكن تحقيق هذا التوازن بطرق شتى، من خلال تطبيق المعايير والآليات الدولية لحل الصراعات. ويمكن للعقود الثنائية بين الدول والمستثمرين تخفيف المخاطر السياسية، ولكن يجب أن يكون المستثمرون قادرين على استيعاب تكاليف التفاوض المرتفعة.^(٢)

٣ : الاستثمارات المصنوعة بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية

إن اتفاقات الاستثمار الدولية هي أدوات واسعة تهدف إلى تخفيف المخاطر السياسية للمستثمرين. حيث يتم التفاوض على هذه الاتفاقيات على مستوى الدول، وتوضع شروط وأحكام الاستثمار الخاص من قبل المواطنين والشركات في دولة تجاه دولة أخرى. وتتمثل إحدى المزايا التي تقدمها الاتفاقات الدولية في خفض تكاليف التفاوض بشأن الاستثمارات المستقبلية تلقائياً عن طريق إنشاء خط أساس للتفاوض يوفر ضمانات بخلاف ذلك غير متاحة للمستثمرين. وتضع اتفاقات الاستثمار الدولية سبلاً قانونية بديلة للمستثمرين الذين سيقترضون على رفع دعوى

(^١)Matthias Herdegen - International Economic Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2014 -p3

(^٢)Luis Toma's Montilla Ferna'ndez - Ibid -p 147

بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية وفقاً للنظام القانوني المحلي. وقد يحجم المستثمرون عن رفع قضايا تتطوي على مسائل حساسة مثل نزاع الملكية أمام محكمة وطنية خوفاً من تحيز البلد المضيف، ولا سيما في الدول ذات النظم القضائية الأقل تقدماً والتي لا تتضح فيها معالم مبدأ الفصل بين السلطات. إلا أن اتفاقات الاستثمار الدولية قد وضعت هيكلًا تعاقدياً موحدًا تدرج فيه آليات الحماية. وقد صممت هذه الآليات لتوفير مستوى أعلى من الحماية للمستثمرين.^(١)

لذا فالعقود المبرمة مباشرة بين المستثمرين الأجانب والبلدان المضيفة ستكون بدائل قابلة للتطبيق لمعاهدات الاستثمار الثنائية^(٢)؛ فهي قد تمنح المستثمرين معايير حماية مماثلة لتلك المدرجة في معاهدات الاستثمار الثنائية، وبالإضافة إلى ذلك فهي مصممة خصيصاً، حيث تتكيف مع الخصائص والمتطلبات المحددة للاستثمار الفردي، وقد تتضمن أيضاً أحكاماً تتعلق بتسوية المنازعات الدولية. إلا أنه ما دامت عقود الاستثمار هذه خاضعة لقانون البلد المضيف أو أي قانون وطني آخر، فإنها لا تمنح حماية المستثمر الأجنبي بموجب القانون الدولي كما هو الحال في معاهدات الاستثمار الثنائية، وعلى وجه الخصوص لن يكون المستثمرون الأجانب محميين من التغييرات التي تطرأ على هذه القوانين الوطنية التي تؤثر سلباً على

^(١)Luis Toma's Montilla Ferná'ndez - Ibid -p 147

^(٢)Roos van Os & Roeline Knottnerus - Investment Protection Agreements, Human Rights and Sustainable Development: An Uneasy Mix - Society for International Development - springer -2017- p108 " The first bilateral investment treaty (BIT) was signed in 1959 between Germany and Pakistan. The number of investment treaties has since risen to over 3,200, of which 2,902 are BITs. These investment treaties enable foreign investors to sue sovereign states before international arbitration tribunals - without prior exhaustion of domestic legal remedies - to the tune of hundreds of millions of dollars, including over public policy measures that affect their business opportunities. Since the 1990s foreign investors and their law firms discovered this obscure and infrequently invoked mechanism as a way to challenge government interventions, including in public policy areas relating to taxation, public health, education and environmental protection."

حقوقهم التعاقدية، وتوفر معاهدات الاستثمار الثنائية ما يسمى بـ"البند المظلية" وهي تعد حماية إضافية خاصة في مثل هذه الظروف. وتقتضي الأحكام النموذجية من البلد المضيف مراعاتها ومراعاة أي التزام أبرمته فيما يتعلق بالاستثمار، وبموجب هذا البند يضحى الانتهاك ليس انتهاكا لعقد وإنما لمعاهدة استثمار ثنائية، وقد اعتمد المستثمرون الأجانب بالفعل على الشروط المظلية في العديد من منازعات الاستثمار.^(١)

* الخلاصة

مما سبق نخلص إلى أنه يقصد بالاستثمار انتقال وتدفق رأس المال من بلد إلى آخر على يد مستثمر بهدف تحقيق الربح وتحقيق تنمية في هذه الدولة المضيفة للاستثمار، وفي أثناء هذه الحركة لرأس المال قد يتهدهد بعض المخاطر، وقد سعت دول العالم إلى ضمانها لطمأنة المستثمر فيما يعرف بضمان الاستثمار؛ والذي قد يكون ضد المخاطر السياسية في شكلها المبسط أو ترقى إلى ضمانها في أشد صورها في الحروب والاحتجاجات والثورات والقتل؛ وهذا يفتح الباب إلى معرفة مخاطر الاستثمار القابلة للضمان والآليات الدولية لتنفيذ ضمان الاستثمار على النحو التالي بيانه.

(^١)The role of of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 54

الفصل الأول

مخاطر الاستثمار القابلة للضمان

تمهيد وتقسيم

يبحث المستثمر دوماً عن ما يضمن له حماية استثماراته من المخاطر السياسية أو من مخاطر الانقراض من حقوقه عليها، وهذه الضمانات دوماً ما تجعل المستثمر واثقاً من عمله في البلد المضيف للاستثمار، بلا أدنى خوف، وهذه الضمانات الموضوعية التي تحمي المستثمر من مخاطر معينة تختلف عن الضمانات الإجرائية التي تحمي المستثمر في سبيله لتفعيل ضماناته الموضوعية من خلال الوصول إلى منصة قضاء عادلة؛ أو تطبيق نظرية الحيلولة عليه من قبل الدولة التي صدرت رأس المال المستثمر، وهذه الضمانات الموضوعية قد تنتوع إلى كونها على المستوى الدولي سواء في شكل اتفاقية ضمان متعدد الأطراف وهذا الجانب تمثله بجدارة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف⁽¹⁾، أو أن يكون الضمان على أساس إقليمي ومثاله المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والتي تسري أحكامها فيما بين البلدان العربية، أو يكون الضمان سارياً فيما بين الدولتين فقط دولة استضافة رأس المال ودولة تصدير رأس المال، وهذا ما نطلق عليه الاتفاقات الثنائية

(¹) Frank Jefkins - International Dictionary of Marketing and Communication - Blackie and Son Ltd - 1987 - p195 - Multilateral Investment Guarantee Agency: has 20 member countries, of which Britain is a member via Overseas Development Administration. Aims at promoting private investment in developing countries. Guarantees investment against non-commercial risk. Provides advice, technical assistance, to improve investment climate. World Bank agency for protection of foreign investors against expropriation, curbs on profit remittance and war losses. By 1986 had about 50 country members, five industrialized, rest Third World, but not big debtor countries. Authorized capital US\$1b. Aims to encourage direct investment in Third World countries. Involved in co-insurance with national insurance and credit agencies such as US Overseas Private Investment Corporation which re-insures with Lloyds of London. Also interested in South-South investments. Nigeria 45th nation to sign convention establishing MIGA.

لضمان الاستثمار؛ وهذا الأخير هو النظام الخاص بالضمان ذو الأغلبية في تنفيذ أطر الضمان العالمية. وبذلك نكون قد أسسنا للنطاق الدولي للضمان؛ أما في الضمان المحلي نناقش مخاطر الاستثمار القابلة للضمان في قانون الاستثمار المصري الصادر حديثاً لمعرفة مدى امتثال المشرع المصري لضمانات الاستثمار الدولية، ومدى قرب التشريع المصري منها وصولاً للصورة التي ينبغي أن يكون عليها هذا التشريع. فالمخاطر نوعان: مخاطر تجارية وهي التي يتوقعها المستثمر في سبيل منفعة يتوقعها من جراء المخاطرة بالاستثمار في أحد المجالات، ومخاطر غير تجارية وهي التي لا يستطيع المستثمر أن يتنبأ بها، أو أن يتحملها لخروجها عن إرادته. لذا غالباً ما تكون الدولة المضيفة هي المسؤولة عنها^(١)، وهذه الأخيرة يقصد بها المخاطر السياسية وهي تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه^(٢) فمن حق المستثمر الأجنبي تحويل رأس ماله في حالة التصفية لمشروعه الاستثماري وتحويل الأرباح إلى الخارج، وحقه في التعويض حال نزع الملكية تعويضاً عادلاً وحقه في الحماية القضائية من الإجراءات التعسفية أو التمييزية^(٣). حيث يخشى المستثمر الأجنبي أن يجرّد من ملكيته سواء بالمصادرة أو فرض الحراسة عليها أو نزع الملكية أو التأميم أو بأي إجراءات تؤدي إلى ذلك ولو بطريق غير مباشر. ويقوم تحليل المخاطر السياسية بتقييم كيف تؤثر الظروف السياسية في

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٤

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٣ وانظر أيضاً إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٤٦ - ٤٧ " يقصد بالمخاطر السياسية ثلاثة إجراءات حكومية في معناها الضيق، وهي فرض الحراسة والتأميم ونزع الملكية؛ ويتعلق إجراء فرض الحراسة بحرمان المستثمر من السيطرة على الاستثمار دون حرمانه من ملكيته؛ بينما يتضمن التأميم ونزع الملكية نقل حق ملكية الاستثمار إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص العامة؛ فالملال المستثمر لا يجوز فرض الحراسة عليه ولا يجوز تأميمه أو نزع ملكيته إلا لمصلحة عامة ومقابل تعويض عادل".

(٣) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦١

سوق معينة على قيمة الاستثمار. ويمكن استهداف هذا التحليل على مستوى الشركة أو الصناعة أو مستوى المحفظة الاستثمارية ويعالج مخاطر مثل عدم الاستقرار الحكومي، وخطر عدم تحويل العملة، والتأميم، ونزع الملكية^(١) - وكلها تتفاقم في ظل ظروف الصراع^(٢)، وإذا ما اندلعت الاضطرابات والثورات قد يتضرر المستثمر واستثماراته من جراء اندلاعها؛ فمن سيعوضه عن ذلك الضرر؛ وأخيرا سيادة الدولة على إقليمها تقتضي قدرتها على إصدار تشريعات الاستثمار لتنظيم عملية الاستثمار على إقليمها؛ فهل إذا أصيب المستثمر من جراء التشريع الجديد حق له التعويض؛ أم أنه تنقيد الدولة تجاه المستثمر بشرط الثبات التشريعي؛ وعلى إثر هذا التقديم نقسم مخاطر الاستثمار القابلة للضمان من حيث أنواعها إلى خمسة مباحث ثم نعبها بمبحث سادس نبحث فيه كيفية تقييم المخاطر السياسية.

المبحث الأول: خطر عدم تحويل العملات والأرباح

المبحث الثاني: خطر نزع الملكية

المبحث الثالث: خطر خرق العقد

المبحث الرابع: خطر الاضطرابات والإرهاب

المبحث الخامس: خطر عدم الثبات التشريعي

المبحث السادس: تقييم المخاطر السياسية

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٤٣ " يقصد بالضمانات الموضوعية تلك الضمانات التي يكون موضوعها التعهد بضمان حقوق المستثمر الأجنبي، وحماية رأس ماله وأرباحه ، وحقه في تحويلها خارج الدولة المضيفة ، وحقه في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمصلحة عامة، ومقابل تعويض عادل ، وعدم فرض الحراسة عليها أو مصادرتها إلا بحكم محكمة مختصة."

(٢) Priya Bala-Miller- Has the Mainstreaming of Responsible Investment Eroded Ethics? Insights from Investor Advocacy on Human Rights in Conflict Zones - Springer International Publishing AG 2018 - p 4 - Encyclopedia of Business and Professional Ethics.

المبحث الأول

خطر عدم تحويل العملات والأرباح

تمهيد وتقسيم

أناقش في هذا المبحث الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له المستثمر ويحول بينه وبين حرية الحركة لأمواله التي استثمرها في البلد المضيف للاستثمار؛ سواء لسداد التزامات عليه بالخارج أو لتنفيذ مشروعات عامة أخرى في بلاد أخرى. فمتى يعتبر التصرف الصادر من الحكومة المضيفة للاستثمار بمثابة إعاقة لتحويل العملات والأرباح ومتى لا يعد كذلك؟ وما هي ضوابط تحقق هذا الخطر الذي يعطي للمستثمر الحق في المطالبة بضمان الاستثمار من الضامن؟ فهل هذا الحق مطلق من كل قيد يستخدمه المستثمر في أي وقت أم أن له معايير يجب اتباعها أولاً؟ وهل هناك دور لاتفاقات الاستثمار الثنائية في تنظيم هذا الضمان؟ وما الحكمة وراء اشتراط بعض الدول تسجيل الاستثمارات الداخلة إليها لدى بنكها المركزي بشكل واضح؟ وهل هناك من جزاء يتهدد المستثمر وأمواله إذ لم يتم بتسجيل استثماراته لدى البنك المركزي للدولة المضيفة للاستثمار؟ هذه الأسئلة مما يطرحها نطاق البحث أجب عنها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المقصود بخطر عدم تحويل الأرباح والعملات.

المطلب الثاني: نطاق خطر عدم تحويل الأرباح والعملات.

المطلب الأول

المقصود بخطر عدم تحويل العملات والأرباح

إن قدرة المستثمر الأجنبي على دفع مدفوعات نقدية دولية داخل وخارج البلد المضيف على حد سواء أمر حاسم لنجاح أي استثمار أجنبي. ويحتاج المستثمرون إلى تحويل الأموال إلى البلد المضيف من أجل إنشاء استثمار وتشغيله وتوسيعه ودعمه خلال الأوقات الاقتصادية الصعبة. ويحتاجون إلى تحويل الأموال من البلد المضيف لشراء المواد الخام وقطع الغيار، وإصدار سندات الملكية وإبرام الصفقات

التكنولوجية، وديون الخدمة للأصول الرأسمالية، وتوزيع الأرباح التي تحققها المؤسسة، وإعادة رأس المال إلى الموطن الأصلي لرأس المال عند تصفية الاستثمار.^(١) فهناك ارتباط وثيق بين ربح المستثمر وحرية حركة رأس المال لأن الأخيرة هي التي تجذب الأولى وبناء عليه يتخذ القرار بالاستثمار من عدمه استجابة لظروف السوق وبدون الحاجة للحصول على الموافقات الحكومية.^(٢) وعلى الصعيد الآخر يحق للدولة المضيفة للاستثمار بموجب القانون الدولي أن تتحكم في نقل جميع الأموال من وإلى أراضيها خاصة في ظروف معينة، كما هو الحال في أزمة ميزان المدفوعات أو في حال الثورات والاحتجاجات؛ فهناك أسباب مشروعة للسيطرة على هروب رؤوس الأموال.^(٣) وفي حين تفهم حكومات البلدان المضيفة أن منح المستثمرين الأجانب الحق في دفع مدفوعات دولية بشكل حر أمر مهم لتعزيز الاستثمار، فإنهم يعرفون أيضا أن منحهم الحرية الكاملة لتحويل الأموال يشكل مخاطر معينة. لذا يضع البعض حدا أدنى في اتفاقاته الثنائية لنقل الأصول والأرباح بشكل سنوي كي لا يؤثر ذلك على ميزان المدفوعات للدولة المضيفة للاستثمار، ولا

(١)Richard W. Roeder - Ibid - p 123 " Repatriation of foreign investment refers to the ability of the foreign investor to remove its investments and profits made from the host country where the mining project is realized. Repatriation of foreign investments therefore refers to the ability of the foreign investor to return those profits to the home jurisdiction of the foreign investor or to invest them in another jurisdiction "

(٢)Richard W. Roeder - Ibid - p 123 " It has been said: "The main objective of all foreign investment is to make profits and to repatriate those profits to the home state."

While not all foreign investments made are indeed being repatriated, the ability to repatriate profits made of foreign investments—and the invested assets themselves—is *conditio-sine-qua-non*. It is a worst-case scenario for a foreign investor to have its assets and profits locked in one jurisdiction while it has to service loans or pay up on obligations in another jurisdiction."

(٣)Julien Chaisse & others - Asia's Changing International Investment Regime, Sustainability, Regionalization, and Arbitration - springer - 2017 - p 110

يخل أيضا بضمان المستثمر في حرية نقل أمواله وهذا الأمر مرجعه في النهاية إلى الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.^(١) فضلا عن أن ضخ السوائل الكبيرة لرأس المال الأجنبي قد يؤدي إلى التضخم وإعادة تقدير القيمة الفعلية لعملة البلد، الأمر الذي قد يكون له آثار سلبية على تصدير سلع هذا البلد المضيف وعلى الوضع الكلي للاقتصاد الكلي فيه.

ويمكن أن تؤدي التدفقات الكبيرة من الأموال إلى الحد بشكل خطير من احتياطات النقد الأجنبي، وتخلق تقلبا غير مرغوب فيه في أسعار الصرف، وتمنع قدرة البلد على تأمين السلع والخدمات اللازمة للصالح العام، وتؤثر سلبا على قدرة الحكومة المضيفة على الوفاء بالتزاماتها المالية الدولية. وعلاوة على ذلك، ترى الحكومات أيضا أن الإشراف والرقابة على المدفوعات الدولية ضروريان لمنع الجريمة والتهديدات الأمنية، وتيسير تحصيل الضرائب، وحماية الدائنين. ونتيجة لهذه الاعتبارات، فإن الحكومات المضيفة تسعى، في الوقت الذي تسعى فيه إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي من خلال المعاهدات، إلى الحفاظ على قدرتها على تنظيم المعاملات النقدية من أجل حماية هذه المصالح الهامة.^(٢) وبناء على ذلك، يجوز

(١)Changhong Pei & Wen Zheng - China's Outbound Foreign Direct Investment Promotion System - springer - 2015 - p59 " The China-UK BIT of 1986 provides in Article 6.2 that "the right referred to in paragraph (1) above is subject to the right of each Contracting Party in exceptional balance of payment difficulties and for a limited period to exercise equitably and in good faith powers conferred by its laws. Such powers shall not however be used to impede the transfer of profits, interests, dividends, royalties or fees; as regards investments and any other form of return, transfer of a minimum of 20 % a year is guaranteed."

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٢٩-١٣١ " عندما تفرض الدولة قيود على الرقابة فإنها تؤدي إلى حماية ميزان مدفوعاتها وتتحاشي حدوث تضخم في أسواقها الداخلية ، ويعد خطر تحويل العملة من المخاطر غير التجارية التي يشملها نطاق الضمان في غالبية المؤسسات الدولية المعنية بالأمان. فهناك من الإجراءات ما لا يعد من مخاطر رفض تحويل العملة ومثلها: ١- إجراءات التخفيض العام لأسعار الصرف. ٢- القيود المفروضة على ورود رؤوس الأموال الاستثمارية إلى البلد المضيف. ٣- أن يكون المستثمر قد وافق صراحة على اتخاذ هذه الإجراءات أو كان مسنولا

للدول سن التشريعات واللوائح، والمعروفة عموماً باسم "صراعات التبادل" أو "ضوابط رأس المال"، لتنظيم هذه المعاملات النقدية.^(١) وقد أثر التوتر بين هاتين المجموعتين المتنافستين من المصالح على لغة العديد من أحكام المعاهدات المتعلقة بالتحويلات النقدية والمدفوعات النقدية. لذا وضعت الأمم المتحدة المعايير العامة للمعاملات مثل الحماية الكاملة والأمن والمعاملة المنصفة والعادلة والمعاملة الوطنية^(٢)، وهي القواعد العامة، والأحكام المتعلقة بالمعاملة النقدية والتحويلات وهي محددة إلى حد ما. ونتيجة لذلك، نادراً ما كانت محلاً للتحكيم بين المستثمرين والدول.^(٣) وعلى الرغم من أن الأحكام المتعلقة بالتحويلات النقدية تختلف من معاهدة إلى معاهدة، فإنها جميعاً تميل إلى تناول ست قضايا أساسية:

- ١- النطاق العام لحقوق المستثمر في إجراء تحويلات نقدية.
- ٢- أنواع المدفوعات التي تغطيها هذه الحقوق.
- ٣- طبيعة العملة التي يمكن أن تدفع بها.
- ٤ - سعر الصرف الساري.
- ٥- الوقت الذي يجب أن تسمح فيه الدولة المضيفة للمستثمر بإجراء التحويلات.

عنا. ٤- أن يكون الإجراء من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيمياً للنشاط الاقتصادي في إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر."

(^١)Jeswald W. Salacuse - The Law of Investment treaties - second edition - Oxford - 2015 - ch 10 " Monetary transfers and treatment " - p 284

(^٢)Jürgen Kurtz - The Use and Abuse of WTO Law in Investor – State Arbitration: Competition and its Discontents - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009 - p 754 "National Treatment in International Investment Law"

(^٣) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦٢ " يتضمن الاستثمار في إقليم أجنبي تدفق الموارد العائدة من هذا الاستثمار والذي يكيف بأنه تحويل دوري كدفع أقساط القروض والأرباح؛ وقد يكون نهائياً عند نهاية العملية الاستثمارية بتصفيته وإعادة الأصول المستحقة لدولة رأس المال المستثمر. وهناك عدة اتجاهات تتبعها اتفاقات الاستثمار حول نظم تحويل الأموال إما الإحالة لقانون الدولة المضيفة، أو تأكيد مبدأ حرية التحويل، أو الأخذ بمبدأ المعاملة الوطنية أو الدولة الأولى بالرعاية أو الجمع بين الأمرين."

٦- استثناءات من الحق في إجراء تحويلات نقدية. (١)

وهنا جميع الاتفاقات الثنائية التي أبرمت بشأن حماية الاستثمار وتشجيعه تقرر مبدأ التحويل الحر لرؤوس الأموال وحرية تحويل المدفوعات ذات الصلة بالاستثمار دون تأخير. وكذلك تسعى التشريعات الخاصة بالاستثمار إلى إدراج ضمانات حرية تحويل المستثمر لأمواله وأرباحه الناتجة عن نشاطه الاستثماري إلى دولة الأصل وهذا ما ألفت على إدراجه دول العالم بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة؛ فعلى سبيل المثال قد نفذت الحكومة الكينية عدة سياسات لتشجيع وحماية الاستثمارات الرأسمالية الأجنبية. ووفقا لوزير الصناعة الكيني في عام ١٩٨٨، وفرت كينيا شروطا لحماية الاستثمار الأجنبي، وتوليد الأرباح للشركات الأجنبية، وإعادة المكاسب الرأسمالية إلى وطن المستثمر، وأصبح قانون حماية الاستثمار الأجنبي لعام ١٩٦٤ الأساس لهذه السياسة الداعمة. وفي أغسطس ١٩٨٣، وضع البنك المركزي سياسة حافزة سمحت بتحويل أرباح المستثمرين الأجانب ومدفوعات الأرباح عن العام السابق. ثم في يونيو ١٩٨٤، خفض البنك المركزي الضرائب المقطعة على العائدات وتحويلات الأرباح. وتضمنت ميزانية عام ١٩٨٦ تنقيحا للاستثمار الأجنبي يعمل على تشجيع زيادة تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية الموجهة نحو الاستثمارات التكنولوجية. وأوضح وزير المالية الكيني في خطاب ميزانية عام ١٩٨٧ أن "كينيا رحبت دائما بالمستثمرين الأجانب الذين يمكن رؤوس أموالهم وتكنولوجياتهم وإدارتهم ومهاراتهم التسويقية في جميع أنحاء العالم أن يضيفوا لقدرات كينيا الإنتاجية خاصة القدرة على التصدير. (٢)

(١)Jeswald W. Salacuse - Ibid - p 284

(٢)Howard P. Lehman - Indebted Development Strategic Bargaining and Economic Adjustment in the Third World - Palgrave Macmillan UK - 1993 - p71

المطلب الثاني

نطاق خطر عدم تحويل العملات والأرباح

أولاً: مدى استجابة الدولة المضيفة للاستثمار

السؤال الذي يطرح نفسه على نطاق البحث ما هو المدى الذي يمكن أن تستجيب له الدولة المضيفة للاستثمار في تحويل أصول وأرباح المستثمر إلى وطنه الأصلي؟ هل تقبل بالتحويل الكلي أم الجزئي أم لا تقبل ذلك مطلقاً؟

ففي أستراليا نجد أنه وفي حين يخضع قبول الاستثمارات الأجنبية لنظام صارم، فإن إعادة الاستثمارات الأجنبية أو الأرباح المتأتية منها لا يقتصر حالياً على نظام محدد. ولم تكن تحد اللوائح المصرفية لعام ١٩٥٩ من إعادة الاستثمارات الأجنبية إلى أوطانها في هذه المرحلة الزمنية. غير أن القانون المصرفي لعام ١٩٥٩ يعطي الحاكم العام الحق في تنفيذ اللوائح في أي وقت يعتبره مناسباً للقيام بذلك لأغراض تتعلق بالعملات الأجنبية أو بموارد النقد الأجنبي في أستراليا. ولم تستخدم هذه السلطة في العقود الاستثمارية الأخيرة، ولكن الإمكانية قائمة، إلا أنها تتطلب مزيداً من الموافقة البرلمانية. وبموجب الاقتطاع في نظام الضرائب الأسترالية، تقع مدفوعات الأرباح والفوائد والرسوم المدفوعة لغير المقيمين تحت نظام الاستقطاع الضريبي. وبصفة عامة يجب الاحتفاظ بنسبة ١٠٪ للفائدة و ٣٠٪ من أرباح الأسهم والرسوم ما لم يتم تطبيق اتفاقية دولية. ويتم استبعاد الأرباح الموزعة بالكامل، والأرباح المدفوعة من الإيرادات بعد الضرائب من نظام الضرائب المقتطعة. في حين تفرض ضريبة على المال وقت مغادرته البلاد، وهنا فرض الضرائب ليس وسيلة لإعاقة تحويل الأرباح أو ضريبة إضافية على الأجانب، وإنما نظام يهدف إلى تأمين الحقوق الضريبية قبل تحويل الأرباح من البلد المضيف.^(١)

أما الوضع في جنوب أفريقيا فيتولى المصرف الاحتياطي لجنوب أفريقيا مسؤولية إدارة ضوابط الصرف في جنوب أفريقيا بالنيابة عن وزير المالية وفيما

(١) Richard W. Roeder - Ibid - p 124

يتعلق بإعادة الاستثمار الأجنبي إلى الوطن (الدخل الناتج من الأصول الأجنبية التي يستثمرها غير المقيمين في جنوب أفريقيا) فيحكمها الوضع الآتي: "يجوز تحويل أي دخل مكتسب من الاستثمار الأجنبي المباشر خارج البلاد." وفي حال عدم استثمار مستثمر غير مقيم في جنوب أفريقيا فإن بيع أو استرداد العائدات المحلية من الأصول المملوكة لغير المقيمين في جنوب أفريقيا ستعتبر قابلة للتحويل بحرية.⁽¹⁾

بينما في كولومبيا يجب تسجيل الاستثمار الأجنبي لدى المصرف المركزي الكولومبي للسماح بإعادة رأس المال والأرباح إلى الموطن الأصلي للمستثمر. فعندما يتم تسجيل الاستثمار الأجنبي، يسمح بإعادة رأس المال والأرباح دون قيود. إذ أن الشركات في كولومبيا التي تباع المنتجات بالعملة الأجنبية عادة ما تضطر إلى إعادة المبلغ المكتسب بالعملة الأجنبية بالعملة الكولومبية (البيزو). ويستثنى من هذا الشرط الفروع أو المكاتب التابعة للشركات الأجنبية العاملة في قطاع الطاقة أو التي تقوم بأنشطة التعدين المتعلقة بالفحم أو الفيرونكل أو اليورانيوم.⁽²⁾

أما في البرازيل فقانون تحويل الأموال يتطلب لإعادة كل رأس المال الأجنبي المستثمر والمعاد استثماره في البرازيل أن يكون قد تم تسجيله لدى البنك المركزي البرازيلي كشرط مسبق لإعادة الاستثمارات إلى الوطن وتحويل الأرباح، وأرباح الأسهم، والمدفوعات الأخرى إلى الخارج. ويعتبر رأس المال أجنبيا عندما ينتمي إلى فرد يقيم خارج البرازيل، أو ينتمي إلى شركة مقرها خارج البرازيل.

(1)Richard W. Roeder - Ibid - p 125 "The South African Reserve Bank was established by section 9 of the Currency and Banking Act, No 31 of 1920 and is governed by the amended South African Reserve Bank Act, No 90 of 1989. Exchange control is governed by the amended Exchange Control Regulations 1961, last amended January 14th, 2011."

(2)Richard W. Roeder - Ibid - p 126 " but instead have to exchange into Colombian pesos all funds necessary to pay for mining activities in Colombia. Dividends, when accompanied by valid financial documentation, can be paid out to national and foreign investors in foreign currency without restriction. "

ويشمل رأس المال هذا الأصول والآلات والمعدات اللازمة لإنتاج السلع والخدمات التي تدخل إلى البرازيل دون أن تكون هناك نفقات أولية بالعملة الأجنبية. ويشمل أيضا الموارد المالية الأخرى المخصصة للاستخدام في الأنشطة الاقتصادية. ومن الناحية الإجرائية، يجب على المستثمر الأجنبي الذي يعتزم تحويل مدفوعات مستقبلية للخارج عند جلب رأس المال الأجنبي إلى البرازيل، أن يتقدم للحصول على "طلب التسجيل" من البنك المركزي خلال ثلاثين يوما من تاريخ الدخول من خلال بنك وسيط مخول له للتعامل في النقد الأجنبي، أو من تاريخ الدخول المحاسبي لإعادة الاستثمار. ولا تدفع ضريبة أو رسوم عند التسجيل، وهنا يقوم البنك المركزي بتحديد العناصر اللازمة لتوصيف العملية وتحديد الأطراف. وكجزء من متطلبات التسجيل، لا بد من تقديم مستخرج من الميزانيات العمومية للشركات المتقدمة إلى البنك المركزي تبين فيه مبلغ رأس المال الأجنبي المسجل أو الانتماء. كما يجب أن توضح حسابات الربح والخسارة، والأرباح والفوائد والعوائد الأخرى التي قد تعزى إلى أشخاص أو كيانات مقرها في الخارج تم تسجيل رأسمالها في البداية. وعند التسجيل يصدر البنك شهادة يجب تقديمها عند إجراء تحويلات إلى الخارج؛ ولا توجد عقوبة في حد ذاتها لعدم التسجيل لأن التسجيل مطلوب فقط إذا كان المستثمر ينوي تحويل دفعات مستقبلية إلى الخارج. ومع ذلك، إذا لم يطلب التسجيل، سيتم تحويل رأس المال المستثمر بالعملة الأجنبية إلى العملة البرازيلية ولن تكون متاحة للعودة إلى الوطن حينها. ومن خلال طلب التسجيل، يسيطر البنك المركزي على تحويل العملة البرازيلية إلى عملة أجنبية قابلة للتحويل، ويمنع المبالغة في تقدير الأصول الرأسمالية المستوردة كاستثمارات أولية تحسبا للعودة المستقبلية أو تحويل مدفوعات أخرى إلى الخارج مستقبلا.⁽¹⁾

(¹)Jan Hoffman French - Brazil's Profit Remittance Law: Reconciling Goals in Foreign Investments - Law and Policy in International Business 14, no. 2 (1982) - 403-405

ورغم أن قواعد صندوق النقد الدولي تحظر القيود على تحويل الأموال المتعلقة بالمعاملات الجارية، فإن هذه القواعد لا تنطبق على المعاملات الرأسمالية الخاصة بالاستثمار). حيث أنه وفقا لقواعد صندوق النقد الدولي، لا ينبغي تقييد تحويل الأموال الناجمة عن العديد من عمليات الاستثمار الأجنبي؛ وإذا ما نفذت القيود ينبغي أن يأذن بها صندوق النقد الدولي.⁽¹⁾ وتحظر أحكام الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات وضع الضوابط على التدفقات الرأسمالية فيما يتصل بالقطاعات التي تعهدت فيها الدولة بالتزامات محددة في جدول التزاماتها الوطني. ونادرا ما تأتي النزاعات المتعلقة بتحويل الالتزامات المالية إلى التحكيم بين المستثمرين والدول. وقد عولجت هذه المسألة كأحد الأسباب المشروعة للدولة المضيفة لتقييد تحويل الأموال من خلال أحكام محددة في المعاهدات ولكن مع بعض الاستثناءات من تحويل الالتزامات المالية.

إن حرية إدارة رأس المال والأموال أمر ضروري لأي عملية تجارية؛ فالمادة ١٣ من اتفاق الاستثمار الشامل لمنظمة الآسيان يضمن لكل مستثمر في رابطة أمم جنوب شرقي آسيا أن يقوم بحرية ودون إبطاء بإجراء عمليات نقل تتعلق باستثماراته داخل وخارج الإقليم حيث يوجد استثماره. ويشمل ذلك التحويلات التالية: المساهمة في رأس المال والأرباح وأرباح رأس المال وأرباح الأسهم والرسوم ورسوم الترخيص أو أي رسوم أخرى والفوائد وأي دخل آخر من الاستثمار؛ والعائدات من البيع الكلي أو الجزئي أو نواتج تصفية الاستثمار؛ والمدفوعات بموجب التعاقد، بما في ذلك اتفاقية القرض؛ ودفع التعويضات في حالات النزاع أو المصادرة القانونية؛ والمدفوعات من تسوية النزاع؛ والأرباح أو غير ذلك من أجور الموظفين العاملين والسماح لهم بالعمل فيما يتعلق بالاستثمار في ذلك الإقليم. بالإضافة إلى ذلك، تضمن الهيئة أن مثل هذه التحويلات يمكن أن تتم بعملة قابلة

(¹)Investment climate advisory services of the world bank group - Investment Law Reform a handbook for Development Practitioners - June 2010 - p48

للاستخدام بحرية بسعر الصرف السائد في السوق وقت التحويل. وهنا مصطلح "العملة الصالحة للاستخدام" يعني العملة التي تستخدم على نطاق واسع لتسديد المدفوعات للمعاملات الدولية، والتي يتم تداولها على نطاق واسع في أسواق الصرف الرئيسية. ولا يوجد أي شرط للدفع بعملة معينة (كالبيورو أو الدولار الأمريكي) لأنها ستعتبر تقييدية. بدلا من ذلك تضمن منظمة الآسيان للمستثمرين أن يحددوا بحرية العملة التي يريدون إجراء أي تحويلات بها.

وهناك استثناءات عديدة لحرية تحويل الأموال بموجب المادة ١٣، حيث يجوز للدولة العضو في رابطة أمم جنوب شرق آسيا أن تمنع أو تؤخر تحويل الأموال بشرط:

- ١- تطبيق عادل وقانوني وغير تمييزي وحسن النية لقوانينها وأنظمتها،
- ٢- أن يتعلق المنع أو التأخير بالإفلاس، أو الإعسار أو حماية حقوق الدائنين؛ أو التداول في الأوراق المالية، أو العقود الآجلة؛ أو الجرائم الجنائية أو استرداد عائدات الجريمة؛ أو إعداد التقارير المالية أو حفظ السجلات عند الضرورة لمساعدة السلطة التنظيمية في مجال إنفاذ القانون؛ وضمان الامتثال للأوامر أو الأحكام في الإجراءات القضائية أو الإدارية؛ والضرائب، والضمان الاجتماعي، والتقاعد، أو برامج الادخار الإلزامي؛ وفصل الموظفين؛ والإجراءات الرسمية التي يفرضها المصرف المركزي أو السلطات الأخرى ذات الصلة في تلك الدولة العضو في الرابطة.^(١)

ثانيا: الأصل والاستثناء في تحويل العملة.

الأصل أن الدولة حرة في فرض الرقابة على النقد الأجنبي فيحق لكل دولة في تنظيم شئونها النقدية باعتبارها من حقوق السيادة الداخلية المعترف بها، وقد وضع القانون الدولي قيد على سلطة الدولة في تنظيم شئونها النقدية وهو ألا تخل بالتزاماتها التعاقدية، وألا تتعسف في استعمال حقها، وذلك بالامتناع عن اتخاذ

(١)Julien Chaisse & others -Ibid - p 110 - 111

إجراءات تتسم بالتمييز ضد المستثمرين الأجانب.^(١) ونجد الاتحاد الأوروبي في هذا الصدد بين ثلاثة خيارات بعد دخول اتفاقية لشبونة حيز النفاذ في ٢٠٠٩: للسيطرة على "مشكلة الوصول إلى الأسواق". ويتمثل الخيار الأول في أن تقوم الدول الأعضاء بإلغاء جميع أنواع آليات مراقبة الوصول إلى الأسواق والتحرير الكامل لتحويل رؤوس الأموال وبالتالي الاستثمار الأجنبي المباشر من الخارج أيضا. والخيار الثاني هو إدخال نظام لمراقبة الدخول إلى الأسواق على مستوى الاتحاد الأوروبي، على غرار نظام مراقبة الاندماج في قانون المنافسة. والخيار الثالث هو إعادة تفويض السلطات لهذه الآلية للدول الأعضاء.^(٢) وتطبيقا لذلك نجد في الاتفاقيات الثلاث التي تربط المجتمعات الأوروبية أو الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه مع مقدونيا وكرواتيا وألبانيا، أنها تحتوي على عدة بيانات ولوائح تتعلق بالاستثمار. ويمكن الاطلاع على البيانات ذات الصلة بالاستثمار في ديباجة الاتفاقيات الثلاثة المذكورة أعلاه:

" .. معربين عن اقتناعهم بأن اتفاق الاستقرار والانتساب سيهيئ مناخا جديدا للعلاقات الاقتصادية بينهما، وقبل كل شيء من أجل تنمية التجارة والاستثمار، والعوامل الحاسمة لإعادة الهيكلة الاقتصادية والتحديث.... وفيما يتعلق بالمعاملات على الحساب الرأسمالي لميزان المدفوعات، اعتبارا من تاريخ بدء نفاذ الاتفاق، يكفل الطرفان، رهنا بقيود مبررة على أساس السياسة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة حرية حركة رأس المال المتعلقة بالاستثمارات المباشرة التي تتم في الشركات والتي تتشكل وفقا لقوانين البلد المضيف والاستثمارات التي تتم وفقا لأحكام الفصل

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٣٢ " الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي يمكنها أن تعدل أو تلغي تشريعاتها النقدية أو تفيد التحويلات النقدية في إقليمها دون أن تعد مسؤولة دولياً، ولا تلتزم بتعويض المستثمر الأجنبي المتضرر من جراء ذلك ما دامت لم تخرق التزاما تعاهديا أو لم تتسم إجراءاتها بالتمييز بقصد الإضرار بالمستثمرين الأجانب أو بفئات معينة منهم. "

(٢) Marc Bungenberg & others - International Investment Law and EU Law - The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics - springer - 2011- p 39 - 40

الثاني وتصفية أو إعادة هذه الاستثمارات إلى الوطن من أي ربح ناجم عن ذلك ووفقا للفقرة الثانية في كل حالة، يكفل الطرفان أيضا، في موعد لاحق، حرية انتقال رأس المال المتصل باستثمارات الحوافظ المالية والقروض المالية والقروض التي نقل مدتها عن سنة واحدة. وتخدم هذه الأحكام تشجيع الاستثمار، الذي يتجلى أساسا في ضمان حرية إنشاء رأس المال وحرية انتقاله.⁽¹⁾

ثالثا: شروط الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لتحقيق خطر تحويل العملات

قد اشترطت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عدة شروط لتحقيق خطر تحويل العملات بالنسبة للمستثمر مما يستأهل معه التعويض والمطالبة بضمان الوكالة لرفع الضرر عنه؛ ومن هذه الشروط :

١- ضرورة صدور تصرف ينسب إلى الحكومة المضيفة،

٢- أن يكون الغرض من هذا التصرف هو فرض قيود على نقل عملتها خارج البلد المضيف إلى عملة أخرى قابلة للاستخدام بحرية أو بعملة أخرى مقبولة لدى المستثمر صاحب الضمان.

وهنا تثار عدة تساؤلات حول من صاحب الاختصاص بإصدار قرار منع تحويل العملة الذي إذا ما صدر هذا التصرف منه داخل الحكومة أضحي يمثل خطراً على المستثمر؟ هل السلطة التشريعية أم التنفيذية أم القضائية؟ وهل سيختلف الوضع إذا كانت هذه السلطة تمارس عملها وفقا للقانون كأن يكون المشرع مصدراً لقانون يمارس به سيادته التشريعية أو أن يصدر القاضي حكماً قضائياً يحول بين المستثمر وتحويله لأمواله خارج بلد القاضي المضيفة للاستثمار.

يتضح لنا أن الاستفادة من النص أن مجرد التأخير في تنفيذ طلب المستثمر أمر يتحقق معه الخطر الذي يجسد واقعة طلب الضمان لتعويض المستثمر عن ما

(1) Carsten Nowak & others - International Investment Law and EU Law - Legal Arrangements for the Promotion and Protection of Foreign Investments Within the Framework of the EU Association Policy and European Neighbourhood Policy - Springer - 2011- p 115 - 116

فاته من خسارة بسبب التأخير، ومن ثم فنص المادة يكتفي بمجرد التأخير عن تحويل العملة حتى ولو لم يصدر قرار من السلطة المختصة بما يؤكد ذلك؛ فالتراخي دوماً ما يقاس بالامتناع عن التنفيذ في الوقت المناسب. مما يوحي للقارئ أن التزام الحكومة المضيفة للاستثمار هو التزاماً مطلقاً بشأن حرية تحويل العملات للمستثمر خارج البلد المضيفة للاستثمار لا يتطلب معه البحث عن من صاحب الاختصاص بإصدار القرار. ومدى التزامه بقواعد الاختصاص.

رابعاً: الوضع في اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

بسطت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نطاق حمايتها للمستثمر العربي على أية قيود تحول دون سهولة تحويل العملة، فقررت المادة ١٨/١- ب " أنها تضمن المخاطر غير التجارية التي تنتج عن اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أفساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج. ويشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المؤمن له تمييزاً واضحاً. ولا يدخل في نطاق هذا الحظر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه." (١)

والملاحظ في هذا النص أنه وضع عدة ضوابط يتحقق معها الضمان:-

١- أن تتخذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بواسطة غيرها إجراءات جديدة. وهنا اشتراط الحدائثة في الإجراءات تقيد عدم علم المستثمر بها قبل إبرام عقد

(١) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١٨/١- ب - ص ١٦ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - اخر زيارة ٢٠١٨/٥/٥

الضمان ، بحيث لو كان على علم بها لما طالب بضمان المؤسسة تجاه المخاطر الناتجة عنها.

٢- أن تهدف هذه الإجراءات الجديدة إلى التقييد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج.

٣- يعتبر مجرد التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى الفترة المعقولة، وفرض السلطات العامة سعر تمييزي ضد المستثمر من قبيل التقصير الذي تستحق معه المطالبة بالضمان. (١)

٤- استتنت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من نطاق الحظر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه.

الخلاصة

نخلص في هذا المبحث إلى أن خطر تحويل العملات والأرباح خطر جوهري في اتفاق الاستثمار؛ إذا ما تحقق تحركت معه دعوى الضمان؛ وبجانب ذلك أضحي مجرد المماثلة في عملية التحويل منذ تقديم المستثمر لطلب التحويل بادرة سوء نية يتحقق معها الخطر الخاص بعدم تحويل العملات والأرباح؛ ولكن استخدام هذا الحق ليس مطلقاً من كل قيد وإنما له ضوابط ومعايير تتبعها بعض دول العالم كي

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٣٤-١٣٥ " السعر الرسمي المعتمد من المصرف المركزي في القطر المضيف للاستثمار الذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم. وفي حالة تعدد سعر الصرف أو تغييره في نفس يوم التحويل، فإنه يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف الرئيسية في القطر المضيف. وإذا قامت حكومة القطر المضيف بفرض سعر تمييزي يؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره فإن ذلك يعد خطر يتحقق به مسؤولية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار؛ أما إذا فرضت حكومة القطر المضيف تشريعاً أو اتخذت إجراء بهدف ترتيب النشاط الاقتصادي وترتب على ذلك حدوث النتيجة السابقة، وهو التأثير على حقوق المستثمر الجوهرية، ولم يعد تعسفاً أو تمييزاً في حق المستثمر المضمون فهنا لا تلزم المؤسسة العربية بالتعويض عن الخسائر المترتبة على ذلك، ويشترط هنا أيضاً أن يكون الإجراء المتخذ لكي لا يستحق عنه تعويض أن يتخذ بحسن نية وبهدف الرقابة على الصرف."

تحافظ على ميزان مدفوعاتها من خلال تسجيل قيمة الاستثمار في البنك المركزي لديها؛ فضلا عن أثر ذلك فيما بعد في تحديد قيمة المسموح بتحويل من العملات والأرباح؛ وبين هذا وذاك نرى أن أفضل وسيلة لتنظيم ضمان هذا الخطر هي الاتفاقات الثنائية للاستثمار لما لها من قدرة على تقدير كل حالة على حدة. وننتقل الآن لمناقشة خطر آخر هو خطر نزع الملكية!

المبحث الثاني

خطر نزع الملكية

تمهيد وتقسيم

أتعرض في هذا المبحث إلى خطر نزع الملكية، وهو الخطر الذي يهدد نفاذ المستثمر لأمواله وأملاكه في المشروع الاستثماري، وهذا الأمر بطبيعة الحال يقتضي منا معرفة ما المقصود بنزع الملكية، وما هي صورها؟ وما هي الطبيعة القانونية لهذا الضمان؟ وهل يزيد هذا الخطر في استثمار بعينه دون الاستثمارات الأخرى؟ وما هو موقف كلا من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف، وموقف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار؟ وهل هناك موقف واضح للمشرع المصري من هذا الخطر، وهل التزم المشرع المصري المعايير الدولية لضمان مثل هذا الخطر؟ وما هي عناصر نزع الملكية التي يتحقق بها؟ وهل تؤثر المعونة الاقتصادية على قرار الدولة بنزع الملكية للاستثمار الأجنبي القادم من الدولة مقدمة المعونة؟ وما هي شروط الضرر الذي يستحق عنه التعويض عن نزع الملكية، وماذا يقصد بالتأميم، وماهي معايير ممارسته، وشروط التعويض عنه؟ وذلك على النحو التالي في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: المقصود بنزع الملكية وطبيعة الضمان

المطلب الثاني: الإطار القانوني لتنفيذ نزع الملكية

المطلب الثالث: التأميم

المطلب الأول

المقصود بنزع الملكية وطبيعة الضمان

يقصد بنزع الملكية في مفهوم ضمان الاستثمار أخذ أصول شركة أو شركات أجنبية من قبل دولة مضيضة ضد رغبة الشركة ودون موافقتها، ويشمل ذلك الحرمان من الحق في الملكية.^(١) وتحمي معاهدات الاستثمار الثنائية وكذلك القانون الدولي العرفي الملكية الأجنبية خاصة في اتفاقات الاستثمار من خطر نزع الملكية؛ ويأخذ نزع الملكية عدة صور منها التأميم؛ والمصادرة، ونزع الملكية التدريجي أو الزاحف.^(٢)

أولاً: ضمان المستثمر ضد إجراء نزع الملكية ضماناً دولية

ضمنت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن يكون لدى المستثمر ضماناً ضد إجراء من أهم الإجراءات التي تمثل خطراً سياسياً على المستثمر واستثماراته، وهي إجراءات نزع الملكية، فجاء نص المادة ١١/ج-٢ لتتص على عدة شروط يتحقق معها ضمان المستثمر ضد خطر نزع الملكية:-

(١) Alice Ruzza - Expropriation and Nationalization - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 - p 3

(٢) Ursula Kriebaum, August Reinisch - Property, Right to, International Protection- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2009 - p 2" BITs, as well as customary international law, protect against the expropriation of foreign property and investments. Expropriations may take various forms: nationalizations which affect entire industries; socializations which affect the entire system of private ownership; confiscations which involve a punitive element; creeping expropriations which are achieved by a series of measures; and indirect, de facto, disguised, or constructive expropriations which involve acts or omissions falling short of a direct transfer of ownership. Investment agreements usually aim at covering these various forms by stating that the contracting parties shall not expropriate 'directly or indirectly through measures equivalent to expropriation', measures having equivalent effect"

الشرط الأول: أن يكون الإجراء تشريعي أو إداري أو إغفال منسوب إلى الحكومة المضيفة.

الشرط الثاني: أن يؤدي هذا الإجراء إلى حرمان (حامل الضمان) من ملكيته أو سيطرته أو فائدة كبيرة من استثماره. (1)

وهنا إذا تحقق هذين الشرطين استحق الضمان للمستثمر حامل الضمان، والملاحظ في هذين الشرطين أنه تم استبعاد الإجراءات القضائية التي تصدر بحرمان المستثمر من ملكيته مثل أحكام نزع الملكية أو المصادرة أو إذا ما كانت هذه الأحكام القضائية جاءت كتتفيذ لبنود عقدية أخل المستثمر بتتفيذها فكانت ملكيته عوضاً عما أخل به من الترتامات عقدية. واقتصر الإجراء على كونه صادر من السلطة التشريعية أو التنفيذية أو لمجرد تراخي الحكومة في القيام بعملها؛ وذلك ما أوضحه نص (أي إغفال منسوب إلى الحكومة المضيفة)، ولا يشترط هنا أن يؤدي ذلك الإجراء أو الإغفال إلى حرمان المستثمر من ملكيته كشرط لازم لحصول الضمان في كل الحالات، وإنما يكفي أن يؤدي هذا الإجراء إلى تقويت الفرصة على المستثمر من الحصول على فائدة كبيرة من استثماره.

وهنا يعيب النص أنه لم يحدد ما هي الفائدة الكبيرة من الاستثمار، وما لا يعد كذلك، والمعول عليه هنا النظر إلى كل حالة على حدة دون تحديد قاعدة عامة تطبق على كل الحالات. وأردفت المادة ١١/ج-٢ استثناء مهماً إذا ما تحققت شروطه أغفل معه حق طالب الضمان في تحريك دعوى ضمان الاستثمار؛ حيث نصت المادة ١١/ج-٢ "..... بإستثناء التدابير غير التمييزية ذات التطبيق العام التي

(1) Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p10 " Chapter III Operations Article 11. Covered Risks (ii) Expropriation and Similar Measures any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment,"

عادة ما تقوم بها الحكومات والتي تتخذها بغرض تنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها.^(١)

ويدل هذا النص على تعارض مصلحتين، غلبت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إحداهما على الأخرى؛ المصلحة الأولى هي مصلحة المستثمر صاحب الضمان في حماية استثماراته من غول نزاع الملكية الذي يمكن أن تفرضه عليه الدولة المضيفة للاستثمار ظلماً وتمييزاً ومحاربة له؛ والمصلحة الأخرى هي سيادة الدولة من الناحية التشريعية وإصدار قوانين نزاع الملكية بما ترتثيه من مصلحة شعبها ومصلحتها العليا متى كانت تلك القوانين الصادرة بنزع الملكية صادرة ضد جميع المستثمرين الوطنيين والأجانب بدون تمييز لمستثمر عن آخر.

ثانياً : خطر نزاع الملكية يزيد في نطاق الاستثمار في الموارد الطبيعية

صادف عام ٢٠١٢ الذكرى السنوية الخمسين لاعتماد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ المعنون بـ "السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية".^(٢) وهذا القرار، جنباً إلى جنب مع البعض الآخر، يضع أساس مبدأ القانون الدولي المتمثل في السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية. وعلى الرغم من أن الجذور الأصلية لهذا المبدأ وجدت في شواغل رئيسية للأمم المتحدة كالتنمية الاقتصادية للبلدان المتخلفة وتقرير المصير للشعوب المستعمرة، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن الآثار الاقتصادية الغنية لهذا المبدأ، ولا سيما فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي وتنظيم التجارة. فهذا المبدأ يمثل "توسع القانون الدولي في مجال الاقتصاد"، ويعتبر بمثابة تطوير رئيسي للقرن

(^١)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p10 " Chapter III Operations Article 11. Covered Risks (ii) Expropriation and Similar Measures,.... with the exception of nondiscriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories;"

(^٢) انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ - ١٧د - السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية- ص ٣-١ http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf آخر

زيارة ٢٠١٨/٥/٩

العشرين". ولأسباب تاريخية، اعتمدت الصين تقليدياً وجهة نظر موجهة نحو الملكية لسيادة الموارد، مدعية أن جميع الموارد الطبيعية الموجودة داخل أراضيها تكون مملوكة للدولة أو "الجماعة".

ومع ذلك، في السنوات الأخيرة، ومع ارتفاع الصين لتكون ثاني أكبر اقتصاد في العالم، وتشارك بنشاط في التجارة العالمية والأنشطة الاستثمارية. فقد أدى هذا التغيير إلى تحول مواقف الصين من سيادة الموارد من الملكية إلى التوجه نحو الحوكمة، التي تلزم أساساً ممارسة السيادة على الموارد بطريقة مستدامة.⁽¹⁾

ونظراً لأن المخاطر المنخفضة لنزع الملكية تشكل بدورها محددًا هاماً للاستثمارات الدولية، فإن هيئات التحكيم ربطت نزع الملكية بارتفاع أسعار الموارد الطبيعية. فأحد التفسيرات المحتملة لعمليات نزع الملكية في قطاع الموارد هو أن استغلال الموارد الطبيعية غير المتجددة مثل المعادن والنفط والغاز ينطوي عادة على عدم اليقين والمدة الزمنية الطويلة قبل أن يبدأ الاستخراج الفعلي وتحقيق العوائد.

ونظراً لارتفاع الطلب على رأس المال والافتقار إلى الخبرة الفنية الخاصة، كثيراً ما تحتاج البلدان الغنية بالموارد إلى الاعتماد على المستثمرين الأجانب لاستخراج ثرواتهم من الموارد. وبما أن معظم هذه الاستثمارات تحتاج إلى مدد زمنية طويلة، فإن الأجانب معرضون لتخصيص أصولهم ونزع ملكيتها من قبل حكومات البلدان المضيفة. وبما أن الحكومة لا تستطيع أن تتعهد بدفع تعويضات كافية، فإن خطر نزع الملكية لا يمكن القضاء عليه تماماً.⁽²⁾

ثالثاً : ضمانات واسعة ضد خطر نزع الملكية في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

(1) Marc Bungenberg & Stephan Hobe - Permanent Sovereignty over Natural Resources - Springer - 2015 - p 98

(2) Ramin Dadasov & Carsten Hefeker & Oliver Lorz - Natural resource extraction, corruption, and expropriation - Springer - Kiel Institute - Rev World Econ (2017) - p 810 - 812

قد وفرت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات الضمان ضد الخسائر المترتبة على تحقق بعض المخاطر غير التجارية، ومنها المخاطر السياسية؛ ويقصد بها " اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره خاصة المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري، وأي إجراءات تدرجية أخرى يكون لها بمرور الزمن ذات الأثر؛ أو منع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول. (١)

والملاحظ هنا أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بسطت نطاق الحماية ليشمل الإجراءات المتخذة مباشرة سواء من السلطات العامة بنفسها أو بواسطة الغير، وفتحت الباب أمام أي مسمى من الإجراءات التي تتخذها هذه السلطات وتحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماراته متى كان لها نفس الأثر؛ وأيضاً مجرد أن يكون الإجراء مانعاً للدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه، أو تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول. ومن ثم فضمانة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أقوى من ضمانة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف خاصة في خطر نزع الملكية.

رابعاً: حق الدولة في نزع الملكية قاعدة عرفية دولية

(١) Convention Establishing the arab investment and export credit guarantee corporation - <http://dhaman.net/en/wp-content/uploads/sites/3/2016/02/convention-en.pdf> - last visit 9/5/2018 - p17 " Article 18 – The Non-Commercial Insurable Risks ... 1. The insurance provided by the Corporation covers all or some of the losses resulting from the realization of any one or more of the following non-commercial risks: A. Measures taken by the public authorities in the host country, either directly or through an agency, whereby the insured is deprived of his substantial rights with respect to its investment, and in particular, confiscation, nationalization, sequestration, expropriation, compulsory seizure or any other creeping measures which, by the time, have the same effect, and prevention of a creditor from getting his rights repaid or from disposing of it, and postponement of repayment of a debt for unreasonable length."

قد استقر العرف الدولي على تقرير حق الدولة في نزع ملكية الأجانب من أجل المنفعة العامة بمجرد تعويض الأجنبي، حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم ٣٢٨١ لسنة ١٩٧٤ حق الدولة الكامل في السيادة على مواردها وجميع ثرواتها، وحرية التصرف فيها وتنظيم النشاط الاقتصادي فيها.^(١) وقد أوضحت بعض معاهدات الاستثمار الثنائية شروط استخدام هذا الحق، وما كان ذلك إلا تقنيناً للعرف الدولي؛ فتنص المادة ٤ من معاهدة الاستثمار الثنائية بين مصر والصين على حق نزع الملكية وفق أربع شروط لمشروعية نزع الملكية؛ وهي :

(١) أن يكون للمصلحة العامة^(٢) (٢) أن يكون وفقاً للإجراءات القانونية المحلية

(١) انظر القرار رقم ٢٨١ د - ٢٩ - المادة ٢ من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية - الفصل الثاني حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية ص ١٢٤ " ١ - لكل دولة سيادة كاملة دائمة تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصريف فيها. ٢ - ولكل دولة الحق في (أ) تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها وطبقاً لأهدافها وأولوياتها القومية. ولا تتركه أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية؛ (ب) تنظيم نشاطات الشركات عبر الوطنية الداخلة في نطاق ولايتها القومية والإشراف عليها، واتخاذ التدابير التي تكفل تقييد هذه النشاطات بقوانينها وقواعدها وأنظمتها، وتمشيها مع سياساتها الاقتصادية والاجتماعية. ولا يجوز للشركات عبر الوطنية أن تتدخل في الشؤون الداخلية لدولة مضيفة. وعلى كل دولة مع الرعاية التامة لحقوقها السيادية، أن تتعاون مع الدول الأخرى في ممارسة الحق المنصوص عليه في هذه الفقرة الفرعية؛ (ج) تأميم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها، وفي هذه الحالة ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعويض المناسب، أخذه بعين الاعتبار قوانينها وأنظمتها المنطبقة وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع. وفي كل مرة تؤدي فيها مسألة التعويض إلى إثارة خلاف، يجب أن يسوى الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية، اتفاقاً حراً ومتبادلاً، على التماس وسائل سلمية أخرى تقوم على تساوي الدول في السيادة وتتفق مع مبدأ حرية اختيار الوسائل."

<https://documents-dds->

<ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/735/65/IMG/NR07356>

<5.pdf?OpenElement>. آخر زيارة ٢٠١٨/٥/٩ .

(٢) Department of State: 2014 Investment Climate Statement - June 2014 - p10 - " The Bolivian Constitution stipulates the right to private property as long as it serves a social function and is not against the collective interest

(٣) أن يكون على أساس غير تمييزي؛ (٤) النص على التعويض.^(١)

ولكن هناك أشكالاً أخرى مشروعة من الإجراءات التنظيمية تسري على المستثمرين الأجانب التي لا تصل إلى نزع الملكية وهذا من شأنه أن يقيد بشكل فعال

(Articles 56 and 57). The Constitution specifically allows expropriation in cases of public necessity, or where property is not serving a public function."

(¹) See article 4 of BIT between Egypt & china - Date of signature : 21/04/1994 - Date of entry into force: 01/04/1996, Provides that " Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take similar measures (hereinafter referred to as expropriation,,) against investments of investors of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met: (a) for the public interests; (b) under domestic legal procedure; (c) without discrimination; (d) against compensation. 2. The compensation mentioned in Paragraph I, (d) of this Article shall be equivalent to the value of the expropriated investments at the time when expropriation is proclaimed, be convertible and freely transferable. the compensation shall be paid without unreasonable delay " p 3 - 4; Nicolette Butler & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?- springer - Neth Int Law Rev (2017) - p 53; Ursula

Kriebaum - Wena v.Egypt Case - Max Planck Encyclopedia of Public International Law- Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2007- p 1 - 6 " according to the arbitral tribunal,

'an expropriation without "prompt adequate and effective effective compensation". Wena had been deprived of its contractual right to operate the two hotels. The tribunal found that 'it is also well established that an expropriation is not limited to tangible property rights' It concluded that Egypt violated Art.5 IPPA: whether or not it authorized or participated in the actual seizures of the hotels, Egypt deprived Wena of its "fundamental rights of ownership" by allowing EHC forcibly to seize the hotels, to possess them illegally for nearly a year, and to return the hotels stripped of much of their furniture and fixtures' Therefore, the tribunal found that Egypt's failure to act which led to a deprivation of Wena's contractual rights lasting for a year was not 'ephemeral ' and therefore constituted an expropriation."

مجموعة الإجراءات التي يمكن للمستثمرين الأجانب الشروع فيها ضد الدولة المضيفة بموجب معاهدة استثمار ثنائية مع الصين.^(١)

وإذا ما نظرنا إلى القانون المصري للاستثمار الصادر حديثاً نجد أن المشرع المصري قد أقر في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الضمان ضد نزع الملكية وما يماثلها من إجراءات؛ حيث أورد في المادة ٤ من القانون النص الآتي: "لا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية، ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد. ولا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على تلك المشروعات، ولا تفرض الحراسة عليها إلا بموجب حكم قضائي نهائي، كما لا يجوز التحفظ عليها إلا بموجب أمر أو حكم قضائي، ولا يكون ذلك كله إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي، وذلك عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة التي يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه، مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر."^(٢)

والملاحظ في هذا النص أنه قد أورد صراحة قاعدة عامة مفادها عدم جواز تأميم المشروعات الاستثمارية، وعدم جواز نزع الملكية لها إلا للمنفعة العامة وذلك بشروط:-

- ١- أن يكون النزع لصالح المنفعة العامة.
- ٢- أن يكون ذلك بمقابل عادل يدفع مقدماً دون تأخير.

(١) Julien Chaisse - Ibid - p-73- 74, David Hallinan - The EU-China Bilateral Investment Treaty: a challenging first test of the EU's evolving BIT model - China-EU Law J (2016) - springer - p 31 -53

(٢) انظر المادة ٤ / ١-٢-٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ ص ٩

٣- أن تكون قيمة التعويض معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية.

بينما كان سابقا يجري قضاء النقص على غير ذلك في نزع الملكية للمنفعة العامة.^(١)

٤- قابلية تحويل قيمة التعويض دون قيد.

وأقر المشرع في منتصف المادة سالفة الذكر عدم جواز الحجز الإداري على

أموال المشروعات الاستثمارية إلا بشروط :

١- أن يكون ذلك الحجز أو التجميد بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي.

ولنا هنا تعليق إذ أن الحكم القضائي النهائي هو الحكم الذي يمكن الطعن عليه بطرق الطعن العادية، وهذا يبيح العصف بأموال المشروع الاستثماري مع إمكانية اللجوء للقضاء في سلوك سبل الطعن العادية المتاحة، وكان يفضل هنا أن يترك المشرع أمر الحجز على أموال المشروع الاستثماري بحكم قضائي بات لا يطعن عليه إلا بطرق الطعن غير العادية ، حتى يطمئن المستثمر على أمواله.

(١) انظر قضاء محمة النقص -الطعنين المقيدتين برقم ٩٥٥ لسنة ٨٣ ق، ١٩٤٢٠ لسنة ٨٤ ق - ٢٠١٦/١/٢٣ - الدائرة المدنية - السبب (أ) - ص ٦ " وحيث يعنى الطاعنان بالوجه الرابع من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقولان إن الحكم قدر التعويض عن أرض النزاع في تاريخ رفع الدعوى، في حين أنه كان يجب تقدير قيمتها وقت صدور قرار الاستيلاء أو في تاريخ الاستيلاء الفعلي عليها، وإذ خالف الحكم هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي غير محله، ذلك بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض، وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية إلى الجهة الغاصبة ويظل له حق استرداده وطلب مقابل الانتفاع به إلى أن يصدر قرار نزع ملكية تراعى فيه الإجراءات القانونية يستوى في ذلك أن يكون ما استولت عليه الحكومة داخلا في مشروعاتها أو مضافا إلى خطوط تنظيم الشوارع وفقا للقانون، ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع، له أن يطلب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم بعد ذلك من ضرر إلى تاريخ الحكم مما يستتبع تقدير التعويض المستحق عن العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه. لما كان ذلك ، وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بطلب المطعون ضدهم بتقدير التعويض عن قيمة الأرض ومقابل عدم الانتفاع وقت رفع الدعوى، فإنه يكون قد التزم القانون، ويضحى النعي على غير أساس."

٢- أن يكون ذلك الحجز فيما عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة حيث يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه.
٣- يجوز الاتفاق مع المستثمر على خلاف ذلك فيما يخص الديون الضريبية ، واشتراكات التأمينات الاجتماعية.

وهذا ما أقره المشرع في عجز الفقرة الثالثة من المادة الرابعة سالفه الذكر " مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر ". وبالإضافة إلى التعليق السابق في البند رقم ١ ؛ إلا أن المشرع تماشى وأباح الحجز بمجرد صدور أمر قضائي وهذا مفاده سرعة العصف بأموال المشروع الاستثماري أو تجميدها مما يهدد الضمان الممنوح للمستثمر. حيث قررت الفقرة الرابعة من المادة الرابعة سالفه الذكر " ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي".

المطلب الثاني

الإطار القانوني لتنفيذ نزع الملكية

أولاً: عناصر ثلاثة يتحقق بها نزع الملكية

١- سبب نقل الملكية:- والذي يجد أساسه في قرار سيادي للسلطة العامة، فنزع الملكية أو التأميم عمل للسلطة العامة وليس عمل للأفراد. وهنا يتعين أن يصدر القرار عن سلطة عامة مختصة في القانون الداخلي، وهي إما السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ولا يصدر عن السلطة القضائية فالأخيرة تختص بالمصادرة وفرض الحراسة.

٢- نقل الملكية : ولا يرد هذا النقل إلا على الأموال القابلة للتأميم وهي الأموال التي يملك سند ملكيتها الأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين من أشخاص القانون الخاص، وهذا إجراء سيادي غير قابل للتنازل عنه.

٣- هدف نقل الملكية : يهدف نقل الملكية إلى نقل الأموال المؤممة إلى الجماعة الوطنية للرقابة على الأموال المؤممة.^(١) وهناك قيود كبيرة على نزع الملكية ومنها.
ثانياً: قيود على نزع الملكية

لكل دولة الحرية في القيام بالإجراءات التي تعمل على توفير الرخاء لشعبها متى كان ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة أو المنفعة الوطنية، ويرد قيودان مهمان على نزع الملكية هنا:-

١- عدم التمييز ضد الأجانب : سعت دول العالم إلى إبرام الاتفاقيات المتعددة التي تعنى بحماية ضمان الخسائر المترتبة عند تحقيق إجراء نزع الملكية. فإذا صدر قانون لنزع الملكية لا يفرق فيه بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي أو بين مستثمر أجنبي من دولة ما ومستثمر أجنبي من دولة أخرى؛ فلا يحق للمستثمر المنزوعة ملكيته أن يطالب بضمن استثماراته لأن التشريع صادر بدون تمييز بغرض تنظيم النشاط الاقتصادي في أراضي الدولة المضيفة للاستثمار. وهنا أيضاً المعول عليه في كون القانون الصادر بنزع الملكية يحمل في طياته تمييزاً بين المستثمرين من عدمه أمراً مرجعه إلى القضاء ولكل حالة على حدة ؛ فلا توجد قاعدة عامة لتطبيق على كافة الحالات.

٢- مراعاة مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، وهذا الاحترام يقتضي التعويض إذا ما تم نزع الملكية.^(٢) وقد يكون نزع الملكية مباشراً أو غير مباشراً، متى كان الإجراء له تأثير حرمان مالك العقار من ملكيته أو إفقاده قيمته. وغالبا ما تتضمن معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقات الاستثمار الدولية بنوداً توضح الحالات التي تكون فيها الدولة الطرف المضيفة للاستثمار في الاتفاق يجوز لها أو لا يجوز لها نزع ملكية الأصول، وتوضيح مستوى التعويض الذي يمكن دفعه في حالة نزع الملكية.^(٣)

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٧٨

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٨

(٣) Nicolette Butler & Surya Subedi - Ibid - p 54

ثالثاً- المعونة الاقتصادية كوسيلة لتقييد حق الدولة في نزع الملكية

قد بحث بعض الدارسين في مجال الاستثمار الأجنبي المباشر في وقتنا الحالي في كيفية استخدام المعونة الاقتصادية الناتجة عن الاستثمار الأجنبي المباشر كأحد قيود نزع الملكية على البلد المضيف للاستثمار وذلك وفق المعطيات الآتية:

إذا ما صادر البلد المضيف الاستثمار الأجنبي المباشر وفق آلية نزع الملكية، فإنه مهدد بفقد الوصول إلى هذا الاستثمار الأجنبي في جميع الفترات المستقبلية. ومن ثم فالمعونة تشكل أداة لحماية الاستثمار؛ إذ أن لديها القدرة على تيسير تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق الحد من حافز البلد المتلقي من الاستيلاء عليه. بحيث يرسخ لدى مؤسسات الحكم في البلد المتلقي للاستثمار التزاما ديناميكيا لمنع نفسها من مصادرة الاستثمار الأجنبي المباشر. وذلك على مستويين :

المستوى الأول: يفترض الباحث عدم وجود الالتزام بعدم بنزع الملكية. وهنا سيكون للمعونة دور تؤول إليه إذا كان البلد المضيف يفتقر إلى الصبر فضلا عن فقره بدرجة كافية مما يجعل تهديد نزع الملكية أمرا حتميا إذا ما غابت المعونة. فالفقر يجعل الاستفادة الحدية من المعونة كبيرة بما يكفي للبلد المضيف.

المستوى الثاني: افترض أن الالتزام بعدم نزع الملكية متوافر وهناك حوافز للبلد المضيف لاعتماده، وبالتالي إصلاح مؤسساتها. إذ أن تقديم المساعدة من جانب البلد الأجنبي كوسيلة للتخفيف من التشوهات الناجمة عن خطر نزع الملكية قد يثني البلد المضيف عن القيام بالإصلاح: فالبلد المضيف كان سيختار إصلاح مؤسساته إذا لم يكن من المتوقع أن يقوم البلد الأجنبي بتقديم أي مساعدة على الإطلاق.

ومع ذلك، ولتجنب تقديم المعونة طوال الوقت، قد يجد البلد الأجنبي أنه من الصواب توفير حافز لمرة واحدة للبلد المضيف من أجل حفز الإصلاح والقضاء على خطر نزع الملكية نهائيا. لأنه إذا لم يعتمد البلد المضيف الالتزام بعدم نزع الملكية طوعا، ولم يوفر البلد الأجنبي حوافز للإصلاحات المؤسسية، فإن الاقتصاد العالمي يقال إنه في مصيدة المصادرة ونزع الملكية، مما يهدد قدوم الاستثمار

الأجنبي إليه.^(١) ويرى البعض أن حق الإنسان في الملكية من حقوق الإنسان التي إذا تعارضت نزع الملكية معها غلب حق الإنسان على حق الدولة في نزع الملكية حتى ولو كانت للمنفعة العامة^(٢)؛ ولكننا لا نؤيد مثل هذا الرأي لأن حق المنفعة والمصلحة العامة يغلب على حق الإنسان الفرد.

رابعاً: شروط الضرر الذي يستحق عنه التعويض

١- الشرط الأول أن يكون الضرر مادياً

حيث قرر قضاء محكمة النقض أن الضرر المادي - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - هو المساس بمصلحة مشروعة للمضروع في شخصه أو في ماله، إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له^(٣)، ومن ثم يقتصر حق المالك على ثمن العقار المنزوعة ملكيته، فليس له إذن أن يطلب الحكم بتعويضات أدبية أو تذكارية لأن ذلك الأمر لا يجيزه المشرع.^(٤)

(١) Yi Jin - Zhixiong Zeng - Expropriation and foreign direct investment in a positive economic theory of foreign aid - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2016 - p140

(٢) Manuel Monteagudo - The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection - SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series -2013/6 - <http://ssrn.com/abstract=2613890> - last visit 30/4/2018 - p6

(٣) جلسة ٢٧ يناير ٢٠٠٢ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ قضائية - ص ٢٠٣

(٤) تنص المادة ٦ من قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ على أنه " يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير الأعضاء هذه اللجنة كل سنتين . ويقدر التعويض طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا ". وتنص المادة ٧ " تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه في المادة السابقة كشوفاً من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا

٢ - الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشراً

ويقصد به الضرر الذي يحدث فور تنفيذ قرار نزع الملكية وبسببه، ومن ثم فالأضرار التي تحدث قبل تنفيذ قرار نزع الملكية لا تكون مباشرة. فالتعويض مقياسه الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويشتمل هذا الضرر على عنصرين جوهريين التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، وهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال على ألا يقل عن الضرر أو يزيد عليه متوقفاً كان هذا الضرر أو غير متوقع متى تخلف عن المسؤولية التقصيرية.^(١) وهنا جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم.^(٢)

٣ - الشرط الثالث أن يكون الضرر مؤكداً

وهو الضرر المحقق فعلاً حيث يمكن تحقيقه وتقديره بيقين وبقبل التعويض عنه في الحال؛ وهنا استقر في قضاء محكمة النقض أنه يشترط للحكم بالتعويض عن

القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي قدرتها اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة، وتعرض هذه الكشوف مرفقاً بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه الجهة وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة وفي مقر الوحدة المحلية لمدة شهر. ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. ويسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان في الوقائع المصرية - ملحق الجريدة الرسمية - وفي جريدين يوميتين واسعتي الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة. ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء في مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول."

(١) جلسة ٢٣ يناير ٢٠٠٠ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٥٨٠٩ لسنة ٦٢ قضائية - ص ١٧٩

(٢) انظر قضاء محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ١٧٩٧٧ لسنة ٨٠ ق - الدائرة المدنية - الأثنين (ج) - ٢٠١٥/٥/١٨ ص ٣ - ٧ " لكون حق الملكية حقاً دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغضب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض، في حالة تعذر التنفيذ عينا ومن ثم فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغضب لا تسقط بالتقادم، وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب، "

الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضروب وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتماً.^(١)

٤- الشرط الرابع: أن يكون المضروب في مركز يحميه القانون:

ومثاله أن يكون النشاط الذي تم نزع ملكيته في مركز قانوني يحميه القانون. ويعد المستثمر الصادر قرار بنزع ملكيته بالمخالفة لأحكام القانون في مركز يحميه القانون؛ خاصة إذا كان المستثمر يتمتع بالضمان ضد خطر نزع الملكية.^(٢)

المطلب الثالث

التأميم

أولاً: تعريفه

يقصد به تحويل الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج في المجتمع إلى ملكية جماعية بهدف تحقيق المصلحة العامة وهو على صورتين:-

١- القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج تلافياً للاستغلال ويسمى التأميم الإيدلوجي.

٢- القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى التأميم الإصلاحية.^(٣)

ثانياً: معايير ممارسة التأميم

١- صيانة وحماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية، وفي حال ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي.

٢- عدم التمييز في المعاملة فيما بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي والمشروعات الوطنية والمشروعات الأجنبية.

(١) جلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٧ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ قضائية - ص ٦٨٠

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٣) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٩

٣- يحق للدول استخدام كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مصالح مواطنيها المستثمرين في حالة إذا ما تم تأميم ملكياتهم من دول أخرى أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الاقتصادية. ويشترط هنا عدم اللجوء لهذه الطرق إلا بعد ما يستنفذ المستثمر كافة الوسائل المحلية الممكنة لحماية حقوقه المالية المتعلقة بالمشروع محل التأميم.^(١) ويطلق البعض على التأميم الذي يتبع هذه الشروط مصطلح التأميم المشروع ومعيار التأميم المشروع وفقاً للمادة ٣ من مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية ١٩٦٧ التي أعدتها منظمة التعاون الاقتصادي " ليس لأي طرف أن يتخذ إجراءات من شأنها أن تجرم مواطن طرف آخر من ملكيته بطريق مباشر أو غير مباشر ما لم تتحقق الشروط التالية:-

١- أن تتخذ الإجراءات لمصلحة عامة وطبقاً للإجراء القانوني السليم

٢- ألا تتطوي الإجراءات على تمييز.

٣- أن تصطب الإجراءات بالنص على دفع تعويض عادل بشرط أن يمثل

التعويض القيمة الحقيقية للملكية التي تأثرت بالإجراءات، وأن يدفع دون تأخير لا مبرر له ، وأن يكون قابلاً للتحويل إلى المدى الضروري لجعله فعالاً للمواطن المستحق له.^(٢)

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٠٩

(٢) Draft convention on the protection of foreign property - Organisation for Economic Co-operation and Development (1967) - p 1-2 " Article 3 Taking of Property No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with: (i) The measures are taken in the public interest and under due process of law; (ii) The measures are not discriminatory; and (iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto. "

ثالثاً: شروط التعويض عن التأميم

مرت طرق تقدير التعويض بمرحلتين (التقليدية والحديثة):-

١- الحلول التقليدية

١- أن يبين قرار التأميم كيفية نمو المال المؤمم، وحساب التعويض الذي يتفق مع ذلك، ومخالفة ذلك تجعل التعويض مخالفاً للقانون الدولي.

٢- طريقة حساب نمو المال المؤمم يلزم ألا تخالف القانون الدولي، أي يلزم تحديد القيمة النقدية للأصول المؤممة.

٣- أن يكون التعويض حالاً وملازماً للتأميم أو في وقت قريب من التأميم.

٤- يجب أن يكون التعويض فعالاً أي يكون بإمكان المضرور أن يتصرف في التعويض نقدياً فهنا يلزم أن يكون المضرور حراً في نقل وتحويل هذا المبلغ إذا كان بعملة أجنبية أما إذا كان بعملة وطنية فيجب أن يكون قابل للتحويل بسعر غير تمييزي.

٢- الحلول الحديثة

أصبح التأميم مشروعاً باعتباره حقاً سيادياً ، فلا تثور مسؤولية الدولة لقيامها بالتأميم إلا إذا انعدم التعويض حيث أضحى التعويض جزءاً من التأميم ، واعتبر ذلك استجابة للمطالب المشروعة للدول التي حصلت على سيادتها حديثاً من جراء الاستقلال. ومن ثم فالدولة المؤممة ليست ملزمة بتقديم معايير مفصلة عن نمو المال المؤمم وحساب التعويض المواز للتحويل لفكرة التعويض المعقول.

وهنا تأخذ التأميمات الحديثة بالقيمة السوقية لأصول المشروع وليست القيمة النقدية والتي تعد أقل منها بالطبع، ومن ثم فالدولة المؤممة حرة في تحديد المبلغ وشكل التعويض الممنوح. وأصبحت القاعدة هي التعويض المناسب وهو الذي يأخذ في اعتباره درجة من التناسب مع الضرر حيث تؤخذ كل الظروف المحيطة بالمشروع المؤمم والتي تؤدي إلى الانقاص من مبلغ التعويض إنقاصاً مشروعاً.^(١)

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٨٩

الخلاصة

نخلص من هنا إلى أن أهم الأخطار التي يواجهها المستثمر هو خطر نزع الملكية؛ أي كانت صورته، وتتنزع درجات الضمان بين المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وهي أقوى في الضمان من هذا الخطر من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف؛ إلا أنه تظل الاتفاقات الثنائية للاستثمار أقوى وسيلة في ضمان هذا الخطر. وقد أغفل المشرع المصري في تشريع الاستثمار الصادر مؤخراً في الضمان ضد نزع الملكية المعايير الدولية المتبعة؛ إذ أنه أطلق يد القضاء في نزع الملكية بمجرد صدور الحكم النهائي أو الأمر القضائي وكنا نفضل أن يرجئ الأمر لصدور الحكم البات إذ أنه عنوان الحقيقة. وننتقل هنا لمناقشة خطر آخر هو خطر خرق العقد وكيفية الضمان ضد هذا الخطر.

المبحث الثالث

خطر خرق العقد

تمهيد وتقسيم

يعد خطر خرق العقد من الأخطار المحتملة التي من الممكن أن يواجهها المستثمر، والذي من الممكن أن يتسبب له في خسارة كبيرة جداً تهدد استثماراته وقدرته على الوفاء بالتزاماته تجاه الآخرين. فما هو المقصود بخرق العقد وما هي صورته؟ وهل يعد الأداء المعيب خرقاً للعقد؟ وهل يعد خرق عقد الاستثمار بين المستثمر والدولة التي استضافته خرقاً للقانون الدولي؟ وما هو الوضع قديماً وحديثاً في تسوية النزاع المترتب على خرق العقد؟ هل يحق للمستثمر اللجوء مباشرة إلى التحكيم أم أنه إذا استنفذ سبل الانتصاف المحلية لا بد أن يحتمي بالدولة الأم التي يحمل جنسيتها قاصداً بذلك الحماية الدبلوماسية؟ وما هي الميزة النسبية لاستبعاد نظام الحماية الدبلوماسية بالنسبة للمستثمر وبالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هي الآثار المترتبة على القيام بخرق العقد سواء من جهة المستثمر أو من جهة الدولة المضيفة للاستثمار؟ وهل تؤثر قرارات الدولة المضيفة للاستثمار على تدفقات

الاستثمار الأجنبي المباشر؟ وما هو مدى تأثير المعاملة بالمثل على قرارات الاستثمار وأثر الانتقام على سمعة الدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هو موقف كلا من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف، والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادرات، وقانون الاستثمار المصري الصادر حديثا من ضمان خرق العقد. هذا ما أتعرض إليه في هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بخرق العقد.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على خرق العقد.

المطلب الثالث: أفضل سبل مواجهة خرق العقد.

المطلب الأول

المقصود بخرق العقد

أولاً: المقصود بخرق العقد

يقصد بخرق العقد التقصير غير المبرر. ويشمل خرق العقد عدة صور منها شرط الاستبعاد، وشرط القوة القاهرة، وإبطال العقد أو جزء منه، وأن يعذر أحد أطراف العقد الطرف الآخر في الأداء، أو يتنازل الطرف صاحب الحق عن حقوقه في تقديم شكوى حول الخرق المزعوم. ويمكن إيجاز خرق العقد في ثلاثة أشكال:

(أ) التخلي، صراحة أو ضمناً: ويحدث التخلي قبل أو في وقت الأداء، حيث يعلن الطرف ("التخلي الصريح") أو يشير إلى السلوك ("التنازل الضمني") أنه لا ينوي الأداء.

(ب) الاستحالة المقبولة: قبل أن يكون الأداء مستحقاً، قد يصرح أحد أطراف العقد بدون عذر قانوني مما يحول دون تنفيذ العقد.

(ج) الأداء المعيب: قد يكون الأداء معيباً بطرق مختلفة، بما في ذلك عدم الأداء؛ تقديم مناقصة أو عرض خاطئ أو موضوع دون المستوى أو خدمات غير مجدية أو غير مرضية؛ وقد يتأخر الأداء أو يكون بطيئاً جداً؛ أو قد يكون الطرف المذنب قد

فعل ما وعد بعدم القيام به، على سبيل المثال، عن طريق العمل لصالح شركة منافسة مخالفة للالتزام بأداء حصري لمصلحة صاحب المطالبة.⁽¹⁾

ثانياً : هل خرق عقد الاستثمار يعد خرقاً للقانون الدولي؟

يوجد فرق بين خرق الالتزامات التعاقدية وخرق لمعاهدة الاستثمار الثنائية. حيث تختلف الدعاوى المرفوعة استناداً إلى المعاهدات عن الدعاوى المرفوعة استناداً إلى العقود، حتى لو نشأت عن نفس الوقائع. ولا يستبعد هذا احتمال أن يكون خرق العقد أيضاً خرقاً لمعاهدة الاستثمار الثنائية.⁽²⁾ إلا أن مجرد انتهاك العقد لا يشكل تلقائياً خرقاً للقانون الدولي.⁽³⁾ وبالتالي فإن القانون الدولي لا يضمن الوضع التعاقدى على إطلاقه وإنما تنطبق أحكامه إذا ما تجلّى ذلك في إرادة أطراف العقد أو الاتفاق الخاص بالاستثمار. ويشير بعض المؤلفين إلى أن مجرد مزيج من شروط الاستقرار والتدويل يؤدي إلى جعل الالتزام التزاماً يخضع للقانون الدولي. ويبدو أن تطبيق هذين البندين قد انخفض في السنوات الأخيرة.⁽⁴⁾ ومع ذلك، فإن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تطبق شرط "البنود المظلمة" لا تتفق حتى على الشروط المسبقة للاستفادة من شرط "البنود المظلمة".⁽⁵⁾ وتشير بعض

(1)Neil Andrews - Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives - Springer - 2016 - p 162

(2)Robert Gommel - Ibid - p 84

(3)Martins Paporinskis - Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility - The European Journal of International Law Vol. 24 no. 2 - Oxford University Press - 2013 - p 628 " some arbitral decisions regarding fair and equitable treatment leave it somewhat unclear whether the international responsibility is based on a certain breach of an international obligation. Some tribunals have decided the case without identifying the content of the rule"

(4)Robert Gommel - Ibid - p 103

(5)Heba Hazzaa & Silke N. Kumpf - Egypt's Ban on Public Interest Litigation in Government Contracts: A Case Study of "Judicial Chill" - 2015 - <https://ssrn.com/abstract=2578819> - last visit 30/4/2018 - stanford Journal of international law - p4 "As of 20 January 2015 and since the January 2011 uprising, 12 arbitration proceedings against Egypt have been

المحاكم إلى أنه ليس كل خرق للعقد هو انتهاك شرط "البنود المظلمية"، حيث أن هذا الأخير لا يتأثر إلا إذا كان الخرق يتعلق بوظيفة أو سلطة دولة ذات سيادة.^(١) وقد ثبت أيضا أن البنود المظلمية تشكل مصدر قلق في قانون الاستثمار الأجنبي، ومن المبادئ المقبولة عموما في القانون الدولي أن انتهاك الدولة لعقد لا يؤدي تلقائيا إلى مسؤولية دولية مباشرة بحيث يدل ذلك على انتهاك المعاهدة. ومع ذلك فإن العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية اشتملت على "البنود المظلمية"، والتي يعتقد أنها تؤدي إلى نوع من الحماية الشاملة للمستثمرين الأجانب ضد الدولة في حالات خرق العقد، حيث يؤدي خرق العقد إلى خرق معاهدة الاستثمار الثنائية أو أحكام القانون الدولي للاستثمار، والذي بدوره يفعل الحماية المتاحة بموجب قانون الاستثمار الأجنبي. وهذا هو في الأساس امتداد لقانون الاستثمار الأجنبي في المنازعات التعاقدية؛ مما يؤدي إلى تشويش الفصل بين القانونين العام والخاص.^(٢)

ثالثا: معاهدة الاستثمار الثنائية أم عقد الاستثمار

تضع اتفاقات الاستثمار الدولية سبلا قانونية بديلة للمستثمرين الذين سيقترضون على تقديم دعوى بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية في النظام القانوني المحلي. وقد يتردد المستثمرون في اتخاذ الدعاوى المتعلقة بالمسائل الحساسة مثل نزع الملكية أمام محكمة وطنية خوفا من تحيز البلد المضيف، ولا

registered with the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("ICSID") alone. Five of the twelve registered ICSID arbitrations arise out of a decision by an Egyptian court which negatively affected the relevant foreign investment. One investor, Al Jazeera Broadcasting, announced their intention to file an investor state arbitration ("ISA") following a court decision in a PIL banning Al Jazeera from carrying out its Egyptian operations. There are 14 more cases pending in Egyptian courts that could potentially increase the number of investor-state arbitration cases based on judicial breach of the relevant BIT."

^(١)Robert Gommel - Ibid - p 162

^(٢)Nicolette Butle & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation? - Neth Int Law Rev (2017) - springer - p 53

سيما في الدول ذات النظم القضائية الأقل تطورا والفصل الملتبس للسلطات؛ إلا أن اتفاقات الاستثمار الدولية قد وضعت هيكلًا تعاقديًا موحدًا تدرج فيه آليات الحماية. وهذه الآليات تم تصميمها لتوفير مستوى أعلى من الحماية للمستثمرين. وفيما يتعلق بحماية الاستثمار بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية، يرد تعريف الاستثمار في المعاهدة ذات الصلة ليشكل شرطًا قضائيًا في إطار اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما ورد في المادة ١/٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.^(١) وبالتالي، فإن ولاية القانون الدولي للاستثمار تمتد لتحديد نطاق تعريف ما يعد استثمارًا وما لا يعد كذلك في صلب المعاهدة الدولية وبشكل موضوعي.^(٢) وللأطراف المتعاقدة سلطة تحديد الاستثمارات، وتفويض تفسير العقد إلى هيئة أخرى تقرر القواعد الواجبة التطبيق لتسوية النزاعات بين المتعاقدين. وهذا يعني أن الأطراف المتعاقدة تحدد الاستثمارات في المعاهدة وتخول تلك الهيئة سلطة تطبيق هذا التعريف. فقديماً تضمّنت معاهدات الاستثمار تعريفًا واسعًا نسبيًا للاستثمار الذي غالبًا ما يركز على "الحقوق والمصالح". بينما تركز المعاهدات الحديثة أكثر على العملية أو المعاملة التي تشكل الاستثمار أو على الأصول المكتسبة نتيجة لهذه العملية أو على المعاملات بصفة عامة.

(^١)Icsid convention, regulations and rules - p 18 "Chapter II Jurisdiction of the Centre - Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally"

(^٢)Stephan W. Schill - W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law - The Changing Face of International Investment Law: From InterState to Investor-State - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 3 - 2011- p879

يوسع الاتجاه العام الآن من نطاق اتفاقات الاستثمار الدولية من خلال توسيع نطاق تعريف الاستثمار، مما يزيد من حماية المعاهدة. وبسبب انتشار النشاط الاقتصادي المرتبط بالاستثمار الأجنبي المباشر، يمكن للأطراف تفويض مزيد من الاختصاص لقضاة قانون الاستثمار بتوسيع تعريف الاستثمار. وفي معظم الحالات، تتضمن اتفاقات الاستثمار الدولية بنوداً تحدد الاستثمار. وعلى الرغم من أن هذه التعريفات ليست متطابقة دائماً، فإن اتفاقات الاستثمار الدولية الحديثة تجمع بين المصطلحات العامة مع قائمة الأنشطة الاقتصادية المحددة التي تعتبر استثماراً.⁽¹⁾ وبموجب نظام القانون الدولي العرفي للحماية الدبلوماسية يرجع المستثمر إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لتبني ادعائه، بعد استفاد سبل الانتصاف المحلية في الدولة المضيفة لاسيما عن طريق التحكيم فيما بين الدول أو باللجوء إلى محكمة العدل الدولية.

يتمتع المستثمرون الأجانب بموجب معاهدات الاستثمار الحديثة بحق مستقل في بدء التحكيم بين المستثمرين والدول مباشرة ضد دولة مضيفة، بانتظام دون الحاجة إلى استفاد سبل الانتصاف المحلية.⁽²⁾ ومن ثم فإنهم يستطيعون أن يلتسوا

(1)Luis Toma's Montilla Ferna'ndez - Ibid - p 147- 148

(2)Christoph Schreuer - Investment Disputes - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013 - p 4 "Some areas of international law, such as diplomatic protection and human rights, require the exhaustion of remedies in the local courts before a claim may be presented on the international plane. This rule is not applied in investment arbitration. Art.26 ICSID Convention indicates that the exhaustion of local remedies is not required, as a rule, before investor State arbitration may be initiated.

States may condition their consent to arbitration on the prior exhaustion of local remedies; in practice this is hardly ever done. BITs and other treaties providing for investor State arbitration have been interpreted as not requiring the exhaustion of local remedies also in non-ICSID arbitration."

الانتصاف باسمهم، عن الأضرار الناتجة عن انتهاك الدولة المضيفة لالتزاماتها بموجب معاهدة الاستثمار. وإدخال هذا الحق الخاص في العمل له عدد من النتائج:

١- إنه يحول الطريقة التي تسوى بها النزاعات الاستثمارية من عملية تقوم على التفاوض بين الدول، حيث تكون القوة النسبية بينهما حاسمة، في عملية تسوية المنازعات وإدخال طرف ثالث مستقل، أي هيئة التحكيم، تمكن من تسوية المنازعات الاستثمارية وفقا للقواعد القانونية المقررة سلفا. ويستتبع ذلك الانتقال من السياسة إلى القانون، ويتيح إضفاء الطابع القانوني على تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٢- التحكيم بين المستثمرين والدول يفصل مصالح المستثمر عن المصالح التي يحتمل أن تكون متعارضة مع دولة موطن الاستثمار، والقرار الذي يتخذ بشأن ما إذا كان ينبغي المضي قدما في الدعوى المقدمة من المستثمرين والدول يتوقف على جوانب خارجة عن العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة، مثل المصالح الجيوسياسية الأوسع للدولة الأم للمستثمر التي يحمل جنسيتها. لأن حينها الدول تتحكم في الوصول إلى تسوية المنازعات ذات الصلة بالاستثمار وتشرع فيها بموجب القانون الدولي، أما التحكيم بموجب معاهدة الاستثمار ينقل السيطرة على الشروع في المنازعات للمستثمرين من القطاع الخاص وليس الدولة الأم التي يحملون جنسيتها.

٣- يتم تخفيض سيطرة الدول المصدرة للاستثمار على تقديمها إلى تسوية المنازعات بين المستثمرين إلى فعل يتحرك مرة واحدة بإعطاء موافقة عامة ومسبقة على التحكيم في معاهدة استثمار، مما يسمح لمحاكم معاهدات الاستثمار بممارسة الولاية القضائية على عدد لا نهائي من الناحية النظرية من المنازعات المتعلقة بالاستثمار في المستقبل.

وينطوي ذلك على فقدان سيطرة الدول على نطاق اختصاص التحكيم في معاهدات الاستثمار. وبدلا من ذلك، فإن الموافقة العامة المسبقة للدول تخلق بشكل فعال شكلا

من أشكال الاختصاص الإلزامي لمحاکم معاهدات الاستثمار في المنازعات المتصلة بالاستثمار .

٤- إن معاهدات الاستثمار الحديثة تستغني عموما عن اشتراط استفاد سبل الانتصاف المحلية. ولذلك، فإن التحكيم في معاهدات الاستثمار يتخطى المحاکم المحلية للدولة المضيفة، التي تكون مختصة بنظر المنازعات بين المستثمرين والدول. وهذا لا يلغي فقط فرصة المحاکم المحلية لمعالجة السلوك الحكومي غير القانوني، بل يجعل القانون الدولي الذي تعمل بموجبه محاکم معاهدة الاستثمار قابلة للتطبيق مباشرة على العلاقات بين المستثمرين والدول.

٥- إن منح التعويضات يسمح للمستثمر بالتعويض عن الضرر المالي الناجم عن انتهاك الدولة المضيفة لمعاهدة استثمار؛ وذلك يتطلب من الدولة المضيفة أن تستوعب تكاليف الإخلال بالتزاماتها بموجب معاهدة الاستثمار. ومن ثم فالتحكيم في معاهدات الاستثمار يحفز الحكومات على خرق معاهدات الاستثمار فقط في الحالات التي تكون فيها المزايا التي تستمدها من الخرق تفوق تكاليف تعويض المستثمرين المتضررين.^(١) ففي حالة الخسارة الناجمة عن الإخلال بالعقد من جانب طرف في عقد الاستثمار، يتحمل الطرف المخالف المسؤولية المالية بغض النظر عن مدى ارتفاع أو انخفاض قيمتها.^(٢) ومن ثم فهناك ميزة نسبية لكل من المستثمر باستبعاد الدولة الأم التي قد تحميه دبلوماسيا وفقا لمصالحها وطموحاتها السياسية بما قد يضره ولا ينفعه أثناء تسوية النزاع وبعده، وميزة للدولة المضيفة للاستثمار إذ أنها قد تخرق العقد إذا قدرت أن مميزات خرق العقد أقوى من قيمة التعويض المترتب عليه. وهذا ما حدث في الإكوادور مؤخرا لطلب إلغاء في ١١ أكتوبر ٢٠١٢ تسجيل

(١)Stephan W. Schill - International Judicial Lawmaking On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance - System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking - springer - 2012 - p142-145

(٢)An CHEN - The Voice from China An CHEN on International Economic Law - springer -2013 - p 429

قرار التحكيم الذي تم تسليمه في ٥ أكتوبر ٢٠١٢ والذي حصلت فيه شركة أوكسيدنتال للبتروكيمياويات على أكثر من ١.٧ مليار دولار أمريكي. وتتطوي هذه القضية على نزاع بشأن إنهاء عقد الاستثمار مع المدعي من جانب إكوادور، التي استولت عليها في عام ٢٠٠٦، استنادا إلى إخلال بالعقد الذي ترتكبه هذه الشركة والذي نقل ٤٠ في المائة من امتيازها إلى شركة كنعانا الكندية دون إذن الدولة المضيفة، والتي بدورها باعت أسهمها إلى اتحاد صيني. وذكرت هيئة التحكيم في قرارها أن الإكوادور قد انتهكت معاهدة الاستثمار الثنائية بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق عدم منح معاملة عادلة ومنصفة للمدعين من المستثمرين ولصادرته استثماراتهم من خلال إجراءات "تعادل نزع الملكية". وكرد على هذا الإجراء قدمت الإكوادور طلبا بالإبطال يزعم فيه أن المحكمة ارتكبت أخطاء جسيمة في تقييم الوقائع وتطبيق القانون وتجاوز صلاحياتها بوضوح من خلال حكمها بناء على دوافع متناقضة وغير كافية مما ينتهك القواعد الإجرائية الأساسية التي وضعتها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار نفسها. (١)

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على خرق العقد

أضحت سمعة البلد المضيف للاستثمار والمعاملة بالمثل والانتقام آليات التنفيذ الرئيسية المترتبة على خرق العقد و كرد على انتهاك القانون الدولي المتمثل في اتفاقية الاستثمار الثنائية.

أولا: المعاملة بالمثل والانتقام

تعني المعاملة بالمثل أن أحد أطراف المعاهدة سيتوقف عن أداء التزاماته التي تتماشى مع المعاهدة كرد فعل على خرق الطرف الآخر لالتزاماته. ولا تحقق

(١) Christoph Herrmann & others - European Yearbook of International Economic Law 2014 - springer - 2013 - p305

المعاملة بالمثل هدفها إذا كان التهديد لا يتمتع بالمصادقية أو إذا كانت المعاملة بالمثل لا تحمل تكاليف على المنتهك الأول للمعاهدة.

أما الانتقام أو العقاب لمنتهك معاهدة الاستثمار الثنائية قد يكون له من الناحية النظرية بالفعل تأثير قوي على المخالف. ويمكن أن تتخذ الإجراءات الانتقامية المحتملة أشكالاً عديدة، بما في ذلك الجزاءات الاقتصادية أو حتى في الحالات القصوى، الأعمال العسكرية. وتشترك جميع التدابير الانتقامية في أنها مكلفة للطرف الذي ينتقم. فالعقوبات الاقتصادية مثل التعريفات الجمركية كرد فعل على نزع الملكية ستؤدي إلى إجراءات في إطار منظمة التجارة العالمية، وبالتالي فهي ليست خياراً جذاباً. والعمليات العسكرية في حل النزاعات الاقتصادية هي بالتأكيد ليست أمراً مستحيلاً، ولكن يبدو أن المخاطر في حالة الاستثمار الأجنبي المباشر ليست عالية بما يكفي للمطالبة بالعقوبات العسكرية. وبالإضافة إلى ذلك، يرجى أيضاً ملاحظة أن الانتقام (وكذلك المعاملة بالمثل) يتطلب اتخاذ إجراء من الحكومة المحلية للمستثمر. ومن غير المحتمل أن تكون الحكومة المحلية عاملاً مثالياً للمستثمر. وخلاصة القول، من غير المحتمل أن تؤدي المعاملة بالمثل والانتقام دوراً رئيسياً في مجال قانون الاستثمار الدولي. وبالتالي، فإن سمعة الدولة المضيفة للاستثمار تبدو أكثر أهمية في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الدولي. وفي هذا الصدد، من المهم التفريق بين السمعة تجاه الدول الأخرى والسمعة تجاه المستثمرين.

ثانياً: أثر خرق الالتزام الدولي على سمعة الدولة المضيفة للاستثمار

١ - السمعة تجاه الدول الأخرى

إن خرق اتفاق الاستثمار الدولي سيحدث الدول الأخرى على تحديث معتقداتها فيما يتعلق بحالة الإخلال. فإن تكاليف الإخلال عند دخول معاهدة الاستثمار الثنائية حيز النفاذ تقتصر على خسارة السمعة في البلد في وجوه البلدان الأخرى فيما يتعلق بقدرتها واستعدادها للاحتفاظ بالالتزامات الدولية (الأخرى). سواء كانت خاصة بالاستثمار أم بغيره. وبالتالي، تختلف خسائر السمعة بين الحكومات. فالحكومات

ذات السمعة المنخفضة جدا أو التي لا تهتم بالتعاون الدولي في المستقبل ستواجه عقوبات سمعة صغيرة والعكس بالعكس. فإن التكاليف في شكل عقوبات تتعلق بالسمعة فيما يتعلق بالبلدان الثلاثة يجب أن تؤخذ في الحسبان؛ ومع ذلك، فإن هذه التكاليف تقتصر على المدى الذي يؤثر فيه انتهاك معاهدة الاستثمار الثنائية في الواقع على معتقدات الدول الأخرى.

٢- السمعة تجاه المستثمرين

سرعة نقل المعلومات بين المستثمرين لها كبير الأثر في تعزيز التعاون ومنع نزاع الملكية، ومع ذلك الأمر يعتمد على آلية السرعة في نقل المعلومات بين المستثمرين.

ثالثا: مخالفة معاهدات الاستثمار الثنائية تؤثر على تكاليف غير السمعة

رغم أن معاهدات الاستثمار الثنائية جزء من القانون الدولي إلا أنها تمتلك شكلا إضافيا من أشكال الإنفاذ، حيث يمكن أحيانا إنفاذ القوانين من خلال المحاكم المحلية. وعلى سبيل المثال، تتضمن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار آلية تلقائية للاعتراف والإنفاذ. ويجب أن يكون الحكم نافذا من قبل كل دولة متعاقدة "وكانها حكم نهائي من محكمة تلك الدولة. وبالتالي، يمكن للمستثمرين تنفيذ أحكامهم ليس فقط في الدولة المضيفة، بل أيضا محاولة الاستيلاء على الأصول في أي دولة موقعة على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. وقد أشير بالفعل إلى أن إنفاذ قرارات التحكيم في بلدان ثالثة هو استراتيجية شاقة ومكلفة جدا للمستثمر، وغالبا ما تكون غير واعدة جدا. ومن الواضح أن العقوبات الأخرى غير السمعة لا يمكن أن تؤدي إلا دورا عندما تنطبق الشروط القانونية لتطبيق أحد معايير المركز الدولي تسوية منازعات الاستثمار أو على التوالي اتفاقية نيويورك، وهذا بدوره لا يمكن أن يحدث إلا عندما يكون البلد المعني عضوا في إحدى هذه الاتفاقيات.

كما أن محاولة إنفاذ قرار التحكيم لا تكون منطقية إلا عندما يكون لدى البلد أصول معينة في دولة عضو يمكن الاستيلاء عليها (وبيعها) للوفاء بالمطالبة. ولا

تملك البلدان الفقيرة بوجه خاص أصولا كبيرة في بلدان ثالثة يمكن الاستيلاء عليها بسهولة. وعلى أية حال، يتعين على الحكومة الطرف في الدعوى أن تتفق موارد كبيرة لحماية أصولها الأجنبية. وبالتالي، حتى لو كان حافز الشركات متعددة الجنسيات على الشروع في التحكيم معتدلا، فإن التكاليف العالية الناجمة عن التحكيم قد تؤثر على سلوك الدول لذا تشير المادة ٧٢ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إلى أن ولاية المركز تنبسط على النزاع طالما تلقى المودع لديه اتفاقية المركز إخطار بها قبل الانسحاب من الاتفاقية^(١)؛ ومن ثم فالمستثمر في المدى القصير، لديه في ظروف معينة أداة قانونية تحت تصرفه تتجاوز آلية الإنفاذ المعتادة في القانون الدولي. غير أن المعاملة بالمثل والانتقام والسمعة، في الأجلين المتوسط والطويل، هي في الواقع آليات الإنفاذ الوحيدة المتاحة في القانون الدولي.^(٢)

المطلب الثالث

أفضل سبل مواجهة خرق العقد

أولا: التحكيم الدولي أفضل الوسائل لمواجهة خطر خرق العقد

يحدد العقد بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي الإطار القانوني للاستثمار. خاصة السعر ومقدار وموقع الأرض ومدة الشراء أو الإيجار والقانون المنطبق على العقد، ووسائل تسوية النزاعات. كما تتضمن العديد من العقود الاستثمارية بند الاستقرار التشريعي الذي يتطلب من الدولة المضيضة تعويض المستثمر الأجنبي عن أية خسائر اقتصادية ناشئة عن تعديل الدولة المضيضة لتشريع الاستثمار. ويؤدي ذلك إلى "تجميد" القانون المنطبق وقت الاستثمار على حساب

^(١)Icsid convention - Ibid - p32 "Article 72 Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary."

^(٢)Jan Peter Sasse - An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties - Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011 - p79 - 84

المجتمع المحلي.⁽¹⁾ فعلى سبيل المثال، قد يؤدي احتمال تعويض المستثمر الأجنبي عن أي تغييرات لاحقة في القانون إلى ردع الدولة المضيفة عن إعادة توزيع حقوق المياه لتلبية احتياجات صغار المزارعين، من الحد من الصادرات الغذائية في أوقات النقص الحاد في الأغذية، وهنا تخضع مخالافات عقد الاستثمار عادةً للتحكيم الدولي.

(¹)Christoph Schreuer-Investments,International Protection - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013 - p 1 " The international protection of investments is concerned with the safeguarding of foreign investments against interference by the host State. The nature and duration of investments as well as the special risks involved make stability and predictability particularly important in this area of international economic law. Once the investor has sunk in its resources, it becomes vulnerable to changes in the position of the host State. This is why the nature, structure, and purpose of foreign investment law are distinct in comparison to trade law. At the same time it is important to protect the host State's interests. There is no doubt that foreign investments are subject to the law and administrative control of host States. The guarantees afforded to foreign investors must not menace the States' right to legitimate regulation. In some areas of investment important interests of the local population are at stake. The task of international investment law is to find an appropriate balance between these potentially conflicting interests. International investment law has undergone substantial changes during the second half of the 20 century. After the demise of colonialism, major investments were often governed by agreements between host States and investors, usually termed concessions. These agreements typically granted far-reaching rights to foreign investors and left the host State with limited control over their activities. The 1970s saw a new assertiveness of developing host States towards foreign investors often described as New International Economic Order. The position of these States was bolstered by the doctrine of Permanent Sovereignty over Natural Resources. In the 1980s and 1990s, the failure of these policies led to a new pragmatism coupled with a desire to attract foreign investment. These new attitudes were driven by the recognition that foreign investment was an important tool of economic development . Contributing factors were a growing trend towards globalization as well as the belief in the superiority of market economies and a resulting wave of privatizations of previously public services."

ثانياً: خرق أحد مبادئ القانون الدولي يعطي الحق في التعويض

توفر معاهدات الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة والدولة الأم للمستثمر حماية إضافية للمستثمر الأجنبي بخلاف تلك الواردة في عقد الاستثمار. ومن بين أكثر أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية شيوعاً شرط المعاملة الوطنية؛ وحظر نزع الملكية دون تعويض؛ (والمعروف أيضاً بالمعايير الدولية الدنيا للمعاملة)؛ والحق في تصدير المنتجات المنتجة؛ وآلية التحكيم بين المستثمرين والدول تسمح للمستثمر الأجنبي ببدء التحكيم ضد الدولة المضيفة في حالة خرق معاهدة الاستثمار الثنائية.

وكثيراً ما تحد هذه الأحكام من قدرة الدولة المضيفة على حماية حقوق الإنسان لمواطنيها. على سبيل المثال، يتطلب الالتزام بالمعاملة الوطنية من الدولة المضيفة ألا توفر معاملة إيجابية أقل للمستثمرين الأجانب من المستثمرين المحليين "في ظروف مماثلة". وإذا خلصت هيئة تحكيم إلى أن عمليات الزراعة التجارية الواسعة النطاق التي يملكها الأجانب والمزارعون المحليون الصغار "هي في ظروف مماثلة" فإن الدولة المضيفة قد لا تكون قادرة على اعتماد تشريعات لصالح صغار المنتجين من أجل حماية الأمن الغذائي المحلي والحفاظ على التنوع البيولوجي الزراعي وتعزيز التكيف مع تغير المناخ. وعلاوة على ذلك، فإن الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة يتطلب من الدولة المضيفة أن تحترم "التوقعات المشروعة" التي قد تنشأ عن عقد الاستثمار أو الالتزامات الحكومية الأخرى. وإذا لم يتناول عقد الاستثمار مسألة حقوق المياه، يجوز لهيئة التحكيم أن تخلص إلى أن "توقعات المستثمرين المشروعة" من المياه للري يتجاوز الاحتياجات الحالية أو المستقبلية للمجتمع المحلي لمياه الشرب، والزراعة على نطاق صغير والاستخدامات الأخرى، وفي حال أعادت الدولة المضيفة تخصيص حقوق المياه لتلبية احتياجات مواطنيها، يجوز للمستثمر الأجنبي التماس التعويض أمام هيئة تحكيم على أساس كل من نزع

الملكية وخرق معايير المعاملة العادلة والمنصفة.⁽¹⁾ وأخيراً، فإن الحق في تصدير المنتجات قد يتطلب من الدولة المضيفة تعويض المستثمر الأجنبي في حال فرضت

(¹)Tamar Meshel - Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond -Journal of International Dispute Settlement - vol. 6, no. 2 - 2015 - Published by Oxford University Press. - p9-10"Azurix Corp. v. Argentine Republic, This arbitration arose out of a 30-year concession for the distribution of potable water and sewage services between Azurix, a U.S. corporation, and the Argentine Province of Buenos Aires. As part of the agreement, the Province was to complete infrastructure repairs before Azurix took over the concession. The repairs were never completed, which caused an algae bloom in the reservoir "resulting in the water appearing cloudy and hazy and with earth-musty taste and odor." Following the outbreak the Province blamed the investor for the algae bloom and encouraged water users not to pay their water bills. Azurix filed a request for arbitration with ICSID against Argentina under the Argentina-United States BIT. In its submissions, Argentina argued that its intentions, namely the protection of the public interest and the right to water, were critical to determining whether its actions amounted to expropriation. It also raised the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers' rights and claimed that this conflict was to be resolved in favour of human rights. The arbitral tribunal accepted that the challenged measure was made in the public interest, and defined the contested issue as whether "being legitimate and serving a public purpose, [the measure] should give rise to a compensation claim." Although it acknowledged the public purpose of the measure, the tribunal refused to discuss Argentina's human rights argument, noting that this argument "has not been fully argued" and that it "fail[ed] to understand the incompatibility in the specifics of the instant case. The services to consumers continued to be provided without interruption... during five months after the termination notice and through the new provincial utility after the transfer of service." This decision has been considered as "regrettable with regard to the human right to water" since it could have played a "decisive role" in the "weighing of values" as between investment protection and regulation in the public interest. Interestingly, the tribunal did find that the reference in the Tecmed v. Mexico case to a judgment of the European Court of Human Rights constituted "useful guidance for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation."

الدولة المضيفة قيوداً على الصادرات لمعالجة الزيادات العالمية في أسعار الأغذية أو النقص في الأغذية المحلية حتى وإن كانت هذه القيود التصديرية غير مسموح بها بموجب القانون التجاري الدولي.^(١)

ثالثاً: حقوق الإنسان في مواجهة حقوق المستثمر

قد أضحى من المألوف في قانون الاستثمار الدولي الاهتمام بالبيئة كحق من حقوق الإنسان في مواجهة حقوق المستثمر على استثماراته، وتمثل ذلك في عدة أحكام تنص عليها الآن معاهدات الاستثمار مثل:

١- أنه من غير المناسب للدول تشجيع الاستثمار عن طريق تخفيف تدابير الصحة أو السلامة أو التدابير البيئية المحلية.

٢- الدول يمكن أن تتبنى أو تقي أو تنفذ أي تدبير تعتبره مناسباً لضمان أن النشاط الاستثماري في أراضيها يتم بطريقة تراعي الاهتمامات البيئية.^(٢)

لذا نجد بعض الفروق بين قانون الاستثمار الدولي والقانون التجاري الدولي أهمها أن قانون التجارة الدولي يعتمد على مجموعة من المعاهدات متعددة الأطراف مع عدد صغير من ما يسمى بالمعاهدات الجماعية والتي تحظر المعاملة التمييزية فيما يتعلق بالأجانب والمحليين فيما يتعلق بالسلع والخدمات وهو ما يسمى "التزام المعاملة الوطنية"؛ وأيضا فيما يتعلق بالتمييز بين المنتجات أو الخدمات التي تأتي من بلدان مختلفة فيما ما يسمى "التزام الدولة الأكثر رعاية". ويتميز قانون الاستثمار

However, this reliance on human right jurisprudence was limited to the interpretation of the investor's property rights and whether these were violated by Argentina's regulatory actions, and was not used to evaluate Argentina's human right to water defence."

(¹)Nadia C.S. Lambek & others - Rethinking Food Systems - Structural Challenges, New Strategies and the Law - Springer Science+Business Media Dordrecht 2014 - p 183 - 184

(²)Elvira Pushkareva - Environmentally Sound Economic Activity, International Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - 2014 - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - p1

الدولي من قبل الدول التي تضمن حماية المستثمرين الأجانب من خلال القواعد المتعلقة بها للمعاملة العادلة والمنصفة^(١)، وعدم التمييز على أساس أصل المستثمر والتعويض في حالة نزع الملكية للاستثمارات الأجنبية المباشرة.^(٢)

رابعاً: موقف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف من خطر خرق العقد
قد نصت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف على خطر
خرق العقد^(٣) والذي يخشاه المستثمر سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية

(^١)Catherine Yannaca - Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - ch3- International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives - 2005 - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - p 74 " The obligation to provide "fair and equitable treatment" is often stated, together with other standards, as part of the protection due to foreign direct investment by host countries. It is an "absolute", "non-contingent" standard of treatment, i.e. a standard that states the treatment to be accorded in terms whose exact meaning has to be determined, by reference to specific circumstances of application, as opposed to the "relative" standards embodied in "national treatment" and "most-favoured-nation" principles which define the required treatment by reference to the treatment accorded to other investment. Although some references to the standard can be found in the first negotiating attempts of multilateral trade and investment instruments, it became established as a principle mainly through the increasing network of bilateral investment treaties."

(^٢)Markus wagner - Regulatory space in international trade law and international investment law - the University of Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 36:1 - 2014 - <http://ssrn.com/abstract=2403959> - last visit 30 / 4 / 2018 - p 12

(^٣) Karen B. Brown & David V. Snyder - General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law - Springer Science+Business Media B.V. 2012 - p 499 " In 2006, MIGA was actively seeking to solve three pending claims involving issues of expropriation between Argentina and the Kyrgyz Republic. At that time MIGA was also closely monitoring and actively working to resolve the problems of eight other disputes relating to investments guaranteed by the agency in Argentina, Guatemala, the Kyrgyz Republic, Mauritania, Nicaragua, Senegal, and

الإجرائية:- فنصت المادة ١١/ج-٣ "... أي خرق أو رفض من قبل الحكومة المضيفة لالتزام عقدي مع صاحب الضمان وذلك في الحالات الآتية:-

١- إذا كان صاحب الضمان لا سبيل له للجوء إلى التحكيم أو القضاء لتحديد نوع الخرق أو الرفض.

٢- أو كان القرار القضائي أو التحكيمي لم يصدر خلال فترة معقولة كما هي منصوص عليها في عقود الضمان الصادرة من قبل الوكالة الدولية ووفقاً للوائحها.

٣- أو إذا صدر هذا القرار واستحال تنفيذه. (١)

وبالنظر إلى هذا النص نجد أن المستثمر يضمن استثماراته من تغول وانحراف السلطة القضائية أو إذا ارتكبت ضده جريمة إنكار العدالة، حيث أنه من المتصور لدى الدول الرأسمالية الكبرى أن الدول النامية المضيفة لرأس المال لديها خلل دوماً في مؤسساتها ولا تحترم الفصل بين السلطات كمبدأ دستوري مستقر في الأمم المتعدية؛ لذا من الممكن في وجهة نظرهم أن تتغول السلطة التنفيذية على السلطة القضائية وتحول دون تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها بين المستثمر والحكومة المضيفة في العقد، فهذه ضمانات للمستثمر على ثلاثة مستويات:

الأول: إذا تعذر على المستثمر اللجوء إلى منصة القضاء أو التحكيم بشأن تنفيذ الالتزام الذي اتصلت منه الحكومة المضيفة لعرض مظلته بشأن هذا الالتزام.

Venezuela. Four of these involve issues related to expropriation; three involve breach of contract; and two involve transfer convertibility issues "

(1) MIGA convention - Ibid - p10-11 " Art 11/III - Breach of Contract - any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of aguarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; "

الثاني: إذا تمكن من عرض مظلته وتأخر صدور القرار عن الوقت المعقول الذي دأبت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على إقراره في لوائحها وعقود الضمان الصادرة عنها.

الثالث: إذا ما صدر القرار في مدته المعقولة بعد لجوء المستثمر لمنصة قضاء عادلة، ولم ينفذ هذا القرار.

وهذه الضمانة تعد أهم الضمانات الإجرائية لحماية المستثمر من تغول وشطط السلطة التنفيذية أو انحراف الهيئة القضائية عن مسارها الطبيعي المرسوم لها.

وفي مثل هذه الحالات، قد يكون التحكيم الدولي مفيدا لأن من الممكن القول إن الحكم الناتج يمكن تنفيذه بسهولة أكبر من قرار المحكمة المحلية، بسبب التزامات الدول

بموجب اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها أو اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار). ولا يعرف حتى الآن سوى ثلاث مطالبات من جانب الدول وكياناتها ضد المستثمرين الأجانب بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار "إكسيد"⁽¹⁾، التي توفر إطارا لتسوية المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة. وقد رفعت الجابون القضية الأولى ضد شركة سوسيتيه سيريت S.A الفرنسية، في عام 1976

(¹)Christian Walter - Debt Crisis- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2014 -p 8 " With regard to the settlement of investment disputes, the ICSID, which is an autonomous organization operating within the World Bank Group, has gained considerable practical importance in recent years, also with regard to coping with debt crises", Christoph Schreuer - International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 -p 1-11

فيما يتعلق بانتهاك العقد الذي ينص على قيام المستثمر ببناء جناح أمومة للمستشفيات. وتمت تسوية هذه القضية في نهاية المطاف وتوقفت الإجراءات. أما الحالة الثانية رفعت بعد أكثر من عقدين من الزمن من قبل شركة تنزانيا لتزويد الكهرباء (تانيسكو) المملوكة للدولة ضد شركة الطاقة المستقلة تنزانيا المحدودة، وهي شركة ماليزية، في عام ١٩٩٨، لخرق اتفاق إنتاج الطاقة من قبل المستثمر. وقد لجأت (تانيسكو) إلى التحكيم الدولي، بدلا من الاقتراب من محاكمها المحلية، بسبب تخوفها من الفساد وانعدام استقلال ونزاهة محاكمها المحلية التي كان من المتوقع أن تحكم لصالح المستثمر. ومن المثير للاهتمام أن المستثمر بدأ في الواقع إجراءات قضائية في المحاكم التنزانية تسعى إلى الحصول على إعانة مؤقتة، وهو ما تم الموافقة عليه. ووقفت إجراءات المحكمة في نهاية المطاف بعد موافقة المستثمر على أن يقدم إلى اختصاص محكمة تسوية منازعات الاستثمار. وفي نهاية المطاف، توقفت إجراءات التحكيم أيضا.

وأما الحالة الثالثة فقد رفعتها مقاطعة كاليمانتان الشرقية الإندونيسية ضد شركة "بي تي كالتيم بريما كوال" في عام ٢٠٠٧. وترغم فيها أن بدأ التحكيم ضد المستثمر بسبب صراع سياسي بينه وبين الحكومة المركزية لإندونيسيا، كان من شأنه أن يجعل نزاع الملكية صعبة. ورأت الشركة أنها مختصة برفع دعاوها لأن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار تسمح "لأي تقسيم أو وكالة مكونة لدولة متعاقدة" بأن تكون طرفا في تحكيم تسوية منازعات الاستثمار. غير أن هيئة التحكيم رفضت القضية بسبب عدم اختصاصها على أساس أن إندونيسيا لم تقدم الإشعار المطلوب بموجب المادة ٣/٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار^(١) من أجل السماح

(¹) ICSID convention - Ibid - p18 " art 25/3 - Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required."

للمفوض من الكيان الفرعي بمطالبة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالتدخل.^(١)

خامسا: موقف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

اتبعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ذات نهج الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف بصدد خرق العقد، فقررت تحقق الواقعة التي يستحق معها طلب الضمان من المؤسسة إذا صدر من جانب السلطات العامة بالقطر العربي المستضيف أي إخلال بعقد مبرم بينها وبين المؤمن له عندما:
(أ) لا يكون بوسع المؤمن له أن يرجع إلى محكمة قضائية أو تحكيمية لتفصل في الإدعاء بالإخلال بالعقد.

(ب) أو لا يصدر قرار من هذه المحكمة خلال مدد معقولة جرت عليها ودأبت عليها عقود التأمين.

(ج) أو أن يصدر القرار مع استحالة تنفيذه أو مع عدم تنفيذه.^(٢)

وهنا طبقت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نفس مستويات الضمان الثلاثة التي طبقتها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

سادسا: الضمان ضد خرق العقد مرتبط بالمشروعية في قانون الاستثمار المصري
تلتزم الدولة المصرية باحترام وإنفاذ العقود التي تبرمها، ولا يتمتع المشروع الاستثماري المقام بناء على غش أو تدليس أو فساد بالحماية أو الضمانات أو المزايا

(¹)Leila Choukroune - Judging the State in International Trade and Investment Law - Sovereignty Modern, the Law and the Economics - Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2016 - p 110 - 111

(²) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١٨/١ - ج - ص ١٧ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - اخر زيارة

أو الإعفاءات المقررة بموجب أحكام هذا القانون، ويكون إثبات ذلك كله بموجب حكم قضائي بات صادر من القضاء المختص أو بحكم تحكيم. (١)

وقد أعطى المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري في مادته ٦٧ للجهة الإدارية صاحبة الولاية بناء على ما يقدم إليها من تقارير المتابعة التي يعدةا موظفو الجهات الإدارية صاحبة الولاية بشأن متابعة مراحل تنفيذ البرنامج الزمني لإقامة منشآت المشروع الاستثماري، وبعد موافقة مجلس إدارة الهيئة، فسخ عقد البيع أو الإيجار أو الإيجار المنتهي بالتملك أو الترخيص بالانتفاع وسحب العقارات في أحد الأحوال الآتية:

- ١- الامتناع عن استلام العقار مدة تسعين يوماً من تاريخ إخطاره بالاستلام.
- ٢- عدم البدء في تنفيذ المشروع خلال تسعين يوماً من تاريخ استلامه العقار خالياً من الموانع والعوائق بغير عذر مقبول واستمرار تقاعسه بعد إنذاره كتابة مدة مماثلة.
- ٣- مخالفة شروط سداد المستحقات المالية ومواعيده.
- ٤- تغيير غرض استخدام العقار الذي خصص له أو القيام برهنه أو ترتيب أي حق عيني عليه بغير الموافقة الكتابية المسبقة من الجهة الإدارية صاحبة الولاية أو قبل انتقال الملكية إليه وفقاً لأحكامها القانون.
- ٥- مخالفة شروط العقد أو الترخيص بالانتفاع مخالفة جوهرية في أي مرحلة من مراحل المشروع، وعدم إزالة أسباب المخالفة بعد إنذار المستثمر كتابة بذلك. (٢)

(١) انظر المادة ٢/٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٩

(٢) انظر المادة ٦٧ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ٤٦؛ وقد أوضحت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ أنه " لا يجوز للجهات الإدارية المعنية فسخ التعاقد مع المستثمر إلا بعد الحصول على موافقة مجلس إدارة الهيئة ؛ ويتولى الرئيس التنفيذي للهيئة عرض تقارير المتابعة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من قانون الاستثمار على مجلس إدارة الهيئة، على أن تتضمن تلك التقارير الالتزامات التي أخل بها المستثمر بشكل تفصيلي، وبيان ما إذا كان هذا الإخلال يعتبر من الأحوال المنصوص عليها في تلك المادة، ويرفق بالتقرير المستندات الداعمة لذلك. ويكون لمجلس إدارة الهيئة في هذه الحالة إما الموافقة على قيام الجهة الإدارية المعنية بفسخ العقد، وإما الرد بعد توافر مبررات الفسخ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الهيئة لتقرير المتابعة، وفي هذه الحالة يكون للجهة الإدارية المعنية إذا ما أصرت على الفسخ اللجوء إلى اللجنة

وتتمثل المخالفات الجوهرية التي يترتب عليها فسخ العقد امتناع المستثمر دون سند عن الآتي: الوفاء بسداد الأقساط المستحقة أو مقابل الانتفاع في المواعيد المنصوص عليها بالعقد على الرغم من إنذاره بضرورة السداد. وإزالة المباني المنشأة بالمخالفة للضوابط والرسومات التنفيذية المعتمدة لإقامة المشروع الاستثماري المنصوص عليها بينود العقد. والبدء في الإنتاج الفعلي للمشروع ذي الطبيعة الإنتاجية أو البدء في مزاولة النشاط خلال المدة المنصوص عليها بينود العقد أو الالتزام بالبرنامج الزمني. ويكون استرداد العقار بموجب قرار مسيب من الرئيس التنفيذي للهيئة ، ويتم إخطار المستثمر به بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وله التظلم من هذا القرار وفقا للإجراءات المقررة بقانون الاستثمار ولائحته. (١)

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن المقصود بخرق العقد هو الإخلال بأي التزام في اتفاق الاستثماريين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر سواء كان هذا الإخلال من طرف المستثمر أو من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، والمحدد لهذا الالتزام ومدى تعرضه للخرق هو ما اتفق عليه الأطراف؛ بحيث يعتبر مجرد التقصير غير المبرر في أداء الالتزام خرقا للعقد أو للاتفاق عند البعض، ومن أفضل آثار هذا الخرق أنه يؤثر على سمعة كلا من المستثمر والدولة التي استضافته؛ بما يستتبعه من تأثير على معدلات تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر على الدولة المضيفة للاستثمار، ومدى قابلية الدول الأخرى لنزول ذات المستثمر الذي تعرضت سمعته

الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار المنصوص عليها في المادة ٨٨ من قانون الاستثمار خلال ١٥ يوما، وإلا عد ذلك تنازلا من جانبها عن التمسك بميررات الفسخ الواردة بتقرير المتابعة، وتتنظر اللجنة الوزارية الأمر في مدة أقصاها ستون يوما." انظر المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية ص ٥١ (١) انظر المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم ٢٣١٠ لعام ٢٠١٧ ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ٥٢

لمثل هذه المشاكل باستثماراته فيها. ومن أفضل المواجهات لخرق العقد ما أتى به المشرع المصري في قانون الاستثمار من أساس للمطالبة بالتعويض عن خرق العقد وهو مشروعية سبب المطالبة والذي بفقدانه يهدم أساس الحق في المطالبة نظراً لعدم مشروعية تصرف المطالب به. ونعرض بعد ذلك لخطر الاضطرابات والإرهاب وأثره على ضمان الاستثمار.

المبحث الرابع

خطر الاضطرابات والإرهاب

تمهيد وتقسيم

يعد من أحد عوامل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر، ضرورة ضمان الاستثمار ضد خطر الاضطرابات والإرهاب؛ فما هو المقصود بالإرهاب؟ وما هي التكاليف المباشرة وغير المباشرة للإرهاب؟ وهل أثار الهجمات الإرهابية الالكترونية يماثل أثار الهجمات الإرهابية العادية، وهل من الممكن الاعتماد على الإرهاب كمؤشر لقياس الاستثمار الأجنبي المباشر؟ وكيف يمكن تفسير شرط الحماية الكاملة والأمن في نطاق مثل هذه الهجمات الإرهابية؟ ومن الذي يحدد نطاق الضمان ضد خطر الإرهاب تحت مظلة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار؟ وهل من استثناء على هذا النطاق من تحقق الضمان؟ وما الذي فعلته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لتكون أفضل مؤسسات ضمان الاستثمار ضد خطر الإرهاب؟ وما هي شروط تحقق الضمان ضد خطر الإرهاب فيها؟ وما هو الوضع في القانون المصري للاستثمار رقم ٢٠١٧/٧٢ الصادر حديثاً؟ كل ذلك أستعرضه في المطالب الآتية:

المطلب الأول : المقصود بخطر الارهاب

المطلب الثاني : الضمانة الدولية ضد خطر الإرهاب

المطلب الثالث: الضمانة الإقليمية ضد خطر الإرهاب

المطلب الأول

المقصود بخطر الإرهاب

من التحديات الاقتصادية التي تواجهها البلدان النامية الفجوة بين المدخرات والاستثمارات. لذا فهذه البلدان تحتاج باستمرار إلى رأس مال أجنبي، إلا أنه في البداية حصلت البلدان النامية على قروض من المصارف التجارية الدولية. وتسببت أزمات الديون في تحفيز إقراض المصارف التجارية. وقد أجبر هذا الوضع معظم الاقتصادات على إعادة هيكلة سياساتها الاستثمارية وتغييرها. فأدركوا أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو أحد أكثر الطرق استقراراً وأسهل للحصول على رأس المال الأجنبي دون تحمل المخاطر المرتبطة بالديون، وهكذا أصبح الاستثمار الأجنبي المباشر مصدراً هاماً لجذب المستثمرين الأجانب.⁽¹⁾

أولاً: المقصود بالإرهاب

يقصد بالإرهاب الاستخدام المتعمد أو التهديد باستخدام العنف والعدوان من جانب الأفراد أو مجموعات لكسب بعض الأهداف الاجتماعية أو السياسية من خلال نشر الرعب العام أو الإيقاع بالضحايا. وتشمل الأنشطة الإرهابية التفجيرات والهجمات الانتحارية، والاختطاف، والتهديدات، والاعتقالات، وغيرها من الأنشطة العدوانية.⁽²⁾ وهنا يعد كلا من السلام والاستقرار شرطان أساسيان للتنمية واجتذاب الاستثمارات، فالاضطراب الأمني والصراعات والنزاعات المسلحة تستهدف بصورة أو بأخرى إبعاد المستثمرين الأجانب عن ممارسة أنشطتهم.⁽³⁾

⁽¹⁾Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Terrorism and foreign direct investment: An empirical analysis of saarc countries - City University Research Journal - Volume 05 Number 02 July 2015 - Article 03 - p 219 "South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) was established by the heads of seven South Asian countries on December 8, 1985."

⁽²⁾Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Ibid - p 220

⁽³⁾Heri Bezić & others - The impact of terrorism on the FDI of the EU and EEA Countries - Rijeka Faculty of Economics: Journal of Economics and Business . • 2016 • vol. 34 • no. 2 - p 333 " On the other hand, the costs of

وتتنوع التكاليف الاقتصادية المتصلة بالإرهاب بين التكاليف المباشرة وغير المباشرة. وتشمل التكاليف المباشرة الناجمة عن الإرهاب الأرواح الثمينة المفقودة، والتكاليف المرتبطة بالإصابات والسلع المتضررة والهياكل الأساسية وغيرها من الخسائر قصيرة الأجل في الأعمال التجارية وما إلى ذلك. وتشمل التكاليف غير المباشرة الناجمة عن الأنشطة الإرهابية زيادة تكاليف الأمن، وانخفاض نمو الناتج المحلي الإجمالي، وزيادة البطالة، وفقدان الاستثمار الأجنبي المباشر، وارتفاع مدفوعات التأمين، وزيادة التعويضات المتوقعة للمواقع الأكثر خطورة.⁽¹⁾ فالأنشطة

anti-terrorist security burden the economy and reduce its economic potential. The economic effects of international terrorism are evident in the short and long run. In the short run, terrorism results in material losses, casualties and creation of a negative investment climate. In the long run, international terrorism affects the price increase due to increased spending on national security and anti-terrorist activities. In this way, security costs are incurred by all users of products in the international market, in addition to the country threatened by terrorism. "

(¹)Mario Arturo Ruiz Estrada and others - How does terrorism affect the international trade of Muslims countries?- Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2017- p 5 " highlights that the effect of FDI loss in a developing country is threatening because FDI is the main source of savings; consequently, economic growth shrinks. This capital flight from terrorist-affected economies is the same as the effect of civil war. Terrorism may also affect the whole area where the affected economy is allocated. This situation is quite resemblance to civil conflicts. It may generate spillover costs to neighboring countries. A terrorist campaign in a neighboring economy dampens capital inflows. This regional multiplier results in lost economic activities in terrorism-affected economies and affects the whole region.",..... See also, Syed Jawad Hussain Shahzad and others - Relationship Between FDI, Terrorism and Economic Growth in Pakistan: Pre and Post 9/11 Analysis -Springer Science+Business Media Dordrecht 2015 - p 180 "Foreign direct investment (FDI) inflows require an investment friendly and conducive environment in the host country High terrorism events in the host country will cause fear of loss, which increases the perceived investment risk. High risk without a potential increase in the expected return on investment will drive foreign investment away from the host country. Terrorism also adversely affects economic growth of a country

الإرهابية لا تدمر فقط البنية التحتية للإقليم المستهدف والبلد المستهدفة ولكن أيضا تدمر الرفاهية المالية للبلاد؛ ولها أثر سلبي على الاستثمار الأجنبي المباشر، بصرف النظر عما إذا كان البلد الذي عانى منها نامي أم متقدم.^(١) وحتى الهجمات الإرهابية الالكترونية فإنها قد تعرض البلد المضيفة للاستثمار لخطر هروب الاستثمارات

by shifting resources from growth enhancing activities to less productive expenditures like security related activities. Thus, theoretically, terrorism affects both FDI and economic growth. "

(^١)Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Ibid - p 220

الأجنبية المباشرة منها.⁽¹⁾ فضلا عن ارتباك الحكومة في سياساتها إثر مواجهتها لمثل تلك الهجمات.⁽²⁾

ثانيا: المسؤولية عن أضرار العمليات الإرهابية على الاستثمار.

تقضي القواعد العرفية الدولية بمسؤولية الدولة المضيفة عن الأضرار التي تصيب الأجانب بسبب أعمال القوات المسلحة التي تتخذها خارج نطاق القتال؛ كما لو استولت على أموال الأجانب للمجهود الحربي أو لاستخدامها في العمليات العسكرية أو إذا دمرت هذه الممتلكات بدون وجود ضرورة حربية لذلك فهنا يجب

⁽¹⁾John N. Kallianiotis - International Financial Transactions and Exchange Rates Trade, Investment, and Parities - Palgrave & Macmillan - 2013 - p 188 " Predicting global-specific political risk was even more difficult than the other two types of political risk, but the global trend has become more obvious the last two decades. Terrorism has spread all over the world, and these extremists are attended by secret services. Security has increased in every country and business. In a surprise attack at the Boston Marathon on April 15, 2013, three people were killed and 144 were wounded. MNCs are particularly exposed not only to a specific anti-Western group of terrorists, but also to other unpredictable interest groups willing to use terrorism to show their opposition to western governments' policies. Lately, another "war" has become very popular: the electronic war, with cyber-attacks against governments, businesses, institutions, defense systems, and individuals. Traversing cyberspace is a new way of life for all social classes to experience. Unfortunately, some individuals use cyberspace for their own devious actions, targeting unsuspecting individuals for their own enjoyment or to satisfy their malice. "Cyber-attacks" can cause massive damage to individuals or, on a larger scale, companies or government establishments. It does not stop there. When government establishments or military establishments are attacked through cyber methods, foreign firms also become targets. This new kind of attack is known as "cyber-warfare" or "cyberterrorism." This occurs on a grand scale and is becoming worse every year; whole sovereign nations can be affected and weakened by something physically intangible. "

⁽²⁾Michael R Czinkota & others - Terrorism and international business: A research agenda - Terrorism and Political Risk - Journal of International Business Studies (2010) - Academy of International Business - p 833

على الدولة أن تدفع لأصحاب هذه الممتلكات التعويض المناسب.^(١) وقد اعتمد بعض المحللين على الارهاب والاضطرابات كمؤشر لقياس الاستثمار الأجنبي المباشر، خاصة في قطاعي التصنيع والتعدين؛ وتمت دراسة آثار الارهاب على الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع التصنيع ومدى حرمان البلدان النامية من هذا القطاع المهم بينما أدرج أثره على الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال التعدين لأغراض المقارنة. وتم قياس الاستثمار الأجنبي المباشر بالقيمة الثابتة للدولار الأمريكي عام ١٩٧٠ من خلال إجمالي حيازات غير المواطنين في قطاعي التصنيع والتعدين مقسوما على الناتج المحلي الإجمالي من هذه القطاعات، وكانت المتغيرات الحاكمة هي (قوة الحكومة، واستخدام الحكومة للقمع، وحجم البلد المضيف). وقد أدرجت قوة الحكومة وقمعتها لأن العديد من المحللين يرون أن هذه المتغيرات هي المحددات الهامة عندما يشارك الفرد في الصراع.^(٢) ويتم تحليل الحوادث الإرهابية من خلال معرفة عدد الضحايا والمصابين في حادثة إرهابية نوعية معينة في بلد ما وقياسها في جميع أنحاء العالم مع نفس مثيلاتها بنسبة مئوية في نفس العام ومدى تأثير ذلك على الاستثمار الأجنبي المباشر.^(٣)

ثالثًا: تفسير شرط الحماية الكاملة والأمن

قد أوردت محكمة "إكسيد" في حكمها للتحكيم بين المملكة المتحدة وسريلانكا بخصوص اتفاق الاستثمار المتعلق بمزرعة سرنديب للجمبري أن الاختلافات الرئيسية بين الأطراف فيما يتعلق بمعنى الالتزام — " الحماية الكاملة والأمن "

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١١٩ - ١٢٠

(٢) Steve Chan - Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy - Macmillan Press Ltd - 1995 - p 194,

(٣) Philipp Harms - International investment, political risk, and growth - Springer Science+Business Media New York - 2000 - p 77 "we utilize data about the terrorist incidents in each country: percentage of persons injured (PINJ) by terrorism as a proportion of the total injured or killed by these incidents worldwide for a specific year. The data set about terrorist incidents is obtained from Pinkerton Risk Assessment Services. "

تتجسد في المادة ٢/٢ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا؛ حيث أقامت المملكة المتحدة إدعائها الأساسي في الدعوى على أن هذا الالتزام مفاده تجاوز الحدود الدنيا المتعارف عليها في القانون الدولي العرفي؛ وأنه قد أنشئ التزاما غير محدود وغير مشروط تتحمله الدولة المضيفة. وأن المعنى المقصود من " الحماية الكاملة والأمن " في المادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار بين المملكة المتحدة وسريلانكا وتفسيره في سياقه فيما يتعلق بغرض وهدف الاتفاقية قد أشار إلى قبول الدولة المضيفة لمثل هذه المسؤولية المطلقة. وبعد تحليل تفصيلي لقواعد تفسير المعاهدات المشار إليها في المادة ٣١ من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩؛ فقد فرضت المحكمة قبول أن المادة ٢/٢ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا يفترض المسؤولية المطلقة في حالة فشل تحقيق " الحماية الكاملة والأمن " ، فمثل هذه المسؤولية لم تحتويها أية معاهدة استثمار بين سريلانكا وأية دولة أخرى كسويسرا مثلا؛ كي يمكن الاحتجاج بشرط الدولة الأولى بالرعاية الموجود في المادة ٣ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا.

وقد قررت المحكمة أن العمليات القتالية فقط تلزم الدولة المضيفة للاستثمار فقط بمعاملة موضوع التعويضات للمتضررين منها معاملة غير تفضيلية ولا تمييزية بين الوطنيين والأجانب من الأفراد والشركات أو بين الأجانب بعضهم البعض مع اختلاف جنسياتهم؛ وأن مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار فقط تنثار إذا ما أخلت بالتزامها بالعناية الواجبة لتوفير الحماية والأمن الكاملين وفقا للقانون الدولي العرفي. وقد انتهت المحكمة إلى نتيجة مفادها أن السلطات الحكومية يجب أن تتخذ كافة الإجراءات الاحترازية المهمة لتوقيف كل الأشخاص المتهمين واقتيادهم خارج المزرعة محل اتفاق الاستثمار بشكل سلمي قبل إطلاق هجماتها على المتمردين داخل المزرعة. وهذا الأمر كان محل أغلبية في الحكم وليس إجماع إذ أنه قد

اعترض المحكم الذي عينته سريلانكا قائلاً كيف يتم إخراج متمرّد يحمل السلاح بشكل سلمي قبل توجيه ضربة تعجيزية له.⁽¹⁾

ولكن الأغلبية استندت إلى أنه في حالة علم السلطات الحكومية باتخاذ هؤلاء المتمردين لهذه المزرعة كقاعدة عسكرية لانطلاق أعمالهم العسكرية منها تجاه القوات الحكومية السريلانكية؛ فعلى الحكومة السريلانكية أن تدعم التوقع المشروع تجاه هؤلاء الأشخاص المتهمون بالتمرد لتخضعهم لتحقيقات قضائية أو تتخذ ضدهم الإجراءات الضرورية لإخراجهم من المزرعة محل اتفاق الاستثمار. وأن الفشل في أداء ذلك قد تأكد من خلال شهادة الطابط الأعلى للأمين في شركة سرنديب التي تدير المزرعة محل اتفاق الاستثمار؛ حيث أنه قد أبدى كامل استعدادة للامتثال لأي طلب حكومي بخصوص المتمردين في حدود إذا ما طلب منه ذلك بعشرة أيام قبل إطلاق الهجمات على المزرعة. لذا قررت المحكمة أن المدعى عليه (دولة سريلانكا) قد انتهكت الالتزام ببذل العناية الواجبة بعدم اتخاذ الإجراءات الواجبة التي من الممكن أن تحول دون القتل أو تدمير الملكية، ومن ثم فهي مسؤولة وفقاً للقانون الدولي.⁽²⁾

(¹)Irmgard Marboe - AAPL v. Sri Lanka Case - Max Planck Encyclopedia of public International Law - January 2007- Oxford University Press - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 19 October 2015. - p 3-4

" The dissenting arbitrator submitted, however, that the precautionary measure envisaged by the majority opinion would only have been a reasonable police measure if the situation to be addressed were no more than an ordinary case of civil disorder. By contrast, in the face of a major insurrection launched by well -armed insurgents engaged in a sophisticated guerrilla warfare against the government it would be unrealistic and unreasonable to expect the government to remove suspect rebels from the farm by peaceful means before launching a sensitive security operation in the area "

(²)Irmgard Marboe - Ibid - p 4. "The claimant, a company incorporated in Hong Kong, had invested in SriLanka through equity participation in Serendib Seafoods Ltd 'Serendib', a Sri Lanka public company established in 1983 for the purpose of cultivating and exporting shrimp. Serendib commenced operations in1986 from its principal facility, a shrimp farm ,in Eastern Sri Lanka. This area, however, became severely affected by a major

ومن وجهة نظرنا تعليقا على هذا الحكم أن كان لابد على المحكمة أن تبحث في كيفية دخول المتمردين حاملين أسلحة للمزرعة محل اتفاق الاستثمار وهذا الأمر على فرضيين:

الأول: مساعدة إدارة المزرعة محل الاستثمار للمتمردين في اتخاذ مقر المزرعة كقاعدة لإطلاق هجمات عسكرية على القوات الحكومية السريلانكية، وهذا الأمر قد

insurrection of the Tamil rebels in 1986. On 28 January 1987, during a counter insurgency operation conducted by the Sri Lankan security forces, Serendib's farm was destroyed. In July 1987, the claimant filed a request for arbitration with ICSID pursuant to Art.8(1) Agreement for the Promotion and Protection of Investments (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – SriLanka) claiming compensation from SriLanka for the destruction of the farm (Investments, International Protection). It contended that SriLanka had violated its obligation to provide full protection and security' according to Art. 2 UK/SriLanka Agreement and therefore was internationally responsible for the damage suffered, ie the complete destruction of the farm (State Responsibility). As an alternative submission, the claimant relied on a supplementary argument based on Art.4(2) UK/SriLanka Agreement, namely the right to restitution or adequate compensation for the destruction of property by the State's security forces not caused in combat action or not required by the necessity of the situation, The respondent submitted that the standard of protection referred to by Art.2(2) UK/SriLanka Agreement to provide 'full protection and security' only required due diligence on the part of the State and reasonable justification for any destruction of property, but did not impose strict liability. The government of SriLanka had acted in pursuance of its sovereign right and duty to regain control and restore security in the region. it maintained that the destruction of Serendib's property was due to intense combat action between the Tamil rebels known as the Tigers, who were allegedly operating out of Serendib's farm and violently resisted the counter - insurgency operation. The respondent emphasized that it would be ready to compensate for losses caused by 'excessive destruction'. It doubted, however, whether this could be assessed by the tribunal without second-guessing tactical decisions made by commanders during the heat of combat. It was submitted that by investing in an area known as containing a vehement , and potentially violent, separatist presence, the claimant assumed the risk that its investment would be caught up in the SriLankan civil war. "

أغفله الحكم. وإذا ما ثبت لانتفتت معه كل المسؤولية عن الدولة السريلانكية لانتفاء التوقع المشروع للمستثمر في الحماية الكاملة والأمن إذ أنه أضحى يهدد أمن من يحميه وفقا لاتفاق الاستثمار.

الثاني: ألا تساعد إدارة المزرعة المتمردين في دخولهم للمزرعة؛ بل دخل المتمردين عنوة، ومن ثم تتحمل الدولة مسؤولية إخراجهم قبل إطلاق الهجمات على أي هدف بالداخل حتى ولو تذرعت بأنه هدف عسكري احتراماً للتوقعات المشروعة للمستثمر في الحماية الكاملة والأمن.

المطلب الثاني

الضمانة الدولية ضد خطر الإرهاب

أولاً: الضمان ضد خطر الإرهاب ضمان دولي

قررت المادة "١١/ج -٢-أ" في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ضمانة من أهم ضمانات الاستثمار في العصر الحالي، وهي ضمان استثمارات المستثمر من أعمال الحروب والاضطرابات المدنية حيث نصت على ".... أي عمل عسكري أو اضطراب مدني في أي إقليم من البلد المضيف تنطبق عليه هذه الاتفاقية على النحو المنصوص عليه في المادة ٦٦".^(١) وإذا ما طالعنا المادة ٦٦ من الاتفاقية نجد الآتي "... تنطبق هذه الاتفاقية على جميع الأراضي الخاضعة لولاية عضو بما في ذلك الأقاليم التي يكون العضو مسؤولاً عنها في علاقاتها الدولية." وباستثناء تلك التي يستثنيها هذا العضو بإشعار كتابي لدى من

(^١)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p11 " Chapter III Operations Article 11."Covered Risks(iv) War and Civil Disturbance any military action or civil disturbance in any territory of the host country to which this Convention shall be applicable as provided in Article 66,"

تودع لديه هذه الاتفاقية سواء في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو في أي وقت لاحق.^(١)

ومن ثم تضمن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المتعدد الأطراف للمستثمر استثماراته ضد أي عمل عسكري أو اضطراب مدني في البلد المضيفه للاستثمارات التابعة للمستثمر^(٢) ما لم تكن الدولة المضيفه للاستثمار قد استبعدتها من نظام ضمان

(¹)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p52 " Article 66. Territorial Application This Convention shall apply to all territories under the jurisdiction of a member including the territories for whose international relations a member is responsible, except those which are excluded by such member by written notice to the depository of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently."

(²)Investment Guarantee Guide - Multilateral investment Guarantee Agency - World Bank Group - MIGA: Bringing Clients Unique Strengths - 2009 - p 6,7 - "Protects against loss from, damage to, or the destruction or disappearance of, tangible assets or total business interruption (the total inability to conduct operations essential to a project's overall financial viability) caused by politically motivated acts of war or civil disturbance in the country, including revolution, insurrection, coups d'état, sabotage, and terrorism. The cover protects against losses arising from physical damage of assets and total business interruption. For total business interruption, MIGA would pay the net book value of the total insured equity investment or the insured portion of the principal and interest payment in default as a direct result of a covered war and civil disturbance event. For tangible asset losses, MIGA will pay the investor's share of the lesser of the book value of the project assets, their replacement cost, and the cost of repair of the damaged assets. Temporary business interruption can also be included upon a request from the investor and would cover three sources of interruption: damage of assets, forced abandonment, and loss of use. For short-term business interruption, MIGA will pay unavoidable continuing expenses and extraordinary expenses to resume operations and lost business income or, in the case of loans, missed payments. This coverage encompasses not only violence in the host country directed against a host country government, but also against foreign governments or foreign investments, including the investor's government or nationality."

الوكالة في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو أي وقت لاحق بحيث لا يسري عليها حينها مطالبة المستثمر بالضمان إذا ما ثار فيها أي حروب أو اضطرابات مدنية. وطالما الإشعار الكتابي يصدر عن الدولة العضو فيقع عليها عبء إثبات صدور ذلك الإشعار إذا ما أرادت الاحتجاج به على المستثمر. والملاحظ في البند الخاص بهذا الخطر استبعدت الوكالة تطبيق الضمان على الخسائر الناجمة عن:

١- أي إجراء أو إغفال من جانب الحكومة المضيفة وافق عليها صاحب الضمان أو كان قد اتفق على أن يكون مسؤولاً عنها.

٢- أي إجراء أو إغفال من جانب الحكومة المضيفة أو أي حدث آخر يحدث قبل إبرام عقد الضمان.

ففي كلتا الحالتين لم تتعدد إرادة المستثمر وحكومة استضافة الاستثمار على الوفاء بالضمان؛ حين وقوع الإجراء أو الحدث إما لموافقة صاحب الضمان عليها أو لحدوثه قبل إبرام عقد الضمان، فلا ضمان للأحداث الماضية وإنما الضمان للأحداث المستقبلية.

ثانياً: نطاق الحماية من خطر الإرهاب في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

تحمي سياسة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والإرهاب، والاضطرابات المدنية من الخسائر الناجمة عن التدمير أو الاختفاء أو الأضرار المادية للأصول المادية أو انقطاع الأعمال (عدم القدرة الكاملة على إجراء عمليات أساسية من أجل الجدوى المالية الشاملة للمشروع) بسبب أعمال الحرب أو الدوافع السياسية في البلد، بما في ذلك الثورة، والتمرد، والانقلابات، والتخريب، والإرهاب. وتفصل السياسة الخسائر إلى ثلاث فئات: خسائر الأصول المادية، وإجمالي انقطاع الأعمال، وانقطاع الأعمال المؤقت.

(١) بالنسبة لخسائر الأصول الملموسة، تدفع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار حصة المستثمر من تكلفة الاستبدال، وتكلفة إصلاح الأصول المتضررة أو المفقودة، أو القيمة الدفترية لهذه الموجودات إذا لم يتم استبدالها.

(٢) بالنسبة إلى انقطاع الأعمال الكلي الناجم عن حدث مشمول بالاضطرابات المدنية والاضطرابات المدنية، سيعتمد التعويض، في حالة الاستثمارات في الأسهم، على القيمة الدفترية الصافية للاستثمار المؤمن عليه وفي حالة القروض ستدفع الجزء المؤمن عليه من الأصل، وفائدة دفع التخلف عن السداد، ولا تشمل هذه التغطية العنف فقط في البلد المضيف الموجه ضد حكومة البلد المضيف، ولكن أيضا ضد الحكومات الأجنبية أو الاستثمارات الأجنبية، بما في ذلك حكومة المستثمر أو الجنسية.

(٣) يجوز أيضا إدراج الانقطاع المؤقت في الأعمال التجارية بناء على طلب من المستثمر، وسيغطي الضمان عمليات التوقف الكاملة المؤقتة بسبب أضرار الفقدان أو الظروف الخطرة بشكل غير معقول في البلد المضيف، مما يؤدي إلى تعليق مؤقت أو عدم القدرة على الاستخدام. وفيما يتعلق بانقطاع الأعمال على المدى القصير، تدفع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار النفقات المتواصلة التي لا يمكن تجنبها والنفقات الاستثنائية المرتبطة بها وعمليات إعادة التشغيل والدخل التجاري المفقود وفي حالة القروض، المدفوعات المفقودة.^(١)

المطلب الثالث

الضمانة الإقليمية ضد خطر الإرهاب

أولاً: إطلاق السلوك دون التقيد بالفاعل

حسناً فعلت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات بشأن ضمانها للمخاطر غير التجارية الناتجة عن كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضاً مباشراً؛ أو يتسبب في انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة

(^١)Felix I. Lessambo - International Financial Institutions and Their Challenges / A Global Guide for Future Methods - Palgrave Macmillan - 2015 - p 77-79; Leigh P. Hollywood - MIGA: Long Term Political Risk Insurance for Investments in Developing Countries - The Geneva Papers on Risk and Insurance, 17 (No. 63, April 1992) - p 260.

لفترة تحدد في عقد التأمين؛ وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام أو الأعمال الإرهابية وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية والتي يكون لها نفس الأثر.^(١) والملاحظ في هذا الضمان أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات قد ساوت في العمل العسكري بين كونه صادر من جهة أجنبية أو صادراً من القطر المضيف، وسواء كان التعرض لأصول المستثمر بشكل مباشر أو بصورة غير مباشرة طالما نتج عنها انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة وفق ما يحدده عقد التأمين مع المؤسسة.

والسبب الرئيسي في هذا الضمان وهذه المساواة أن المؤسسة افترضت مسؤولية الدولة عن حماية أرضها وكل من يقطن إقليمها سواء كان العمل العسكري صادر من جهة أجنبية تجاه أصول المضمون استثماراته أو من جهة الدولة المضيفة التي تتحمل عبء الدفاع عن إقليمها في المقام الأول.

ثانياً : شروط تحقق الضمان

سواء كان العمل العسكري بشكل مباشر أو بصورة غير مباشرة متى لاقت آثاره انقطاع أعمال المشروع وفق الفترة المتفق عليها بين المستثمر والمؤسسة في عقد التأمين. وقد ذهب المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى أبعد من ذلك فقررت ضمان الاستثمار ضد الاضطرابات الأهلية العامة وعددت أمثلة على سبيل المثال لا الحصر؛ فقررت سريان الضمان ضد الثورات، والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام، وأعمال الإرهاب، وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية التي يكون لها نفس الأثر.

(١) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١/١٨ - د - ص ١٧ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - آخر زيارة

وهذا الأمر يدل على بصيرة مرتفعة للمؤسسة رفعت من أسهم الضمان فيها إلى أبعد ما يكون لأن أقصى حالات الضمان ليست الضمان ضد المخاطر السياسية التقليدية كالتأمين والمصادرة ونزع الملكية وفرض الحراسة، وإنما المخاطر الحديثة الآن تتمثل في (الانقلابات والفتن) والتخريب والإرهاب، والاضطرابات المدنية. كل ذلك يشجع المستثمر على الدخول باستثماراته في القطر المضيف لأن استثماراته مضمونة حتى في أحلك الظروف. (١)

ويرى البعض الآخر أن أثر الإرهاب على الاستثمار الأجنبي المباشر يجب ألا يعمم؛ ففي حين تتأثر التجارة والاستثمار تأثيرا سلبيا بأعمال الإرهاب، فإن معظم هذه الأحداث لا يبدو أنها تؤثر تأثيرا كبيرا على الاستثمار الأجنبي المباشر. وقد أظهرت بعض الدراسات أن هجمات ١١ سبتمبر كان لها تأثير ضئيل نسبيا على الاستثمار الأجنبي المباشر في الولايات المتحدة، في حين زاد الاستثمار الأجنبي المباشر في إسبانيا في الواقع بمقدار ٦ \$ مليار دولار في عام ٢٠٠٥ بعد تفجيرات قطارات مدريد عام ٢٠٠٤، و ١١ مليار دولار إضافية في عام ٢٠٠٦. غير أن الآثار يمكن أن تكون سلبية بشكل كبير. وفي نيجيريا، يقدر أن الاستثمار الأجنبي المباشر انخفض بمقدار ٦ بلايين دولار في أعقاب أعمال إرهابية قامت بها جماعة بوكو حرام في عام ٢٠١٠. لذلك لا معنى للتعميم حول تأثير الإرهاب على الاقتصادات الوطنية. ومن الواضح أن تصور المخاطر يلعب دورا هاما في كيفية تفاعل المستثمرين مع أعمال الإرهاب. ويمكن أن يؤدي الإرهاب في البلدان التي يعتقد أنها تتطوي على مخاطر أكبر إلى نتائج سلبية للغاية مع التجار والمستثمرين والمقرضين. وهذا سبب هام لقيام أعمال الإرهاب في كثير من الأحيان بأثر سلبي أكبر على البلدان النامية من البلدان المتقدمة النمو. فمتوسط الاستثمار الأجنبي

(١)World Investment Report 2017 Investment and the Digital Economy - UNCTAD - UN - p 6" In contrast, the majority of respondents see sources of global risks in geopolitical uncertainties, terrorism and social instability."

المباشر في البلدان الأكثر تضررا بالإرهاب هو أقل من نصف بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي. وتبلغ نسبة التجارة كنسبة مئوية من الناتج المحلي الإجمالي ٥١ في المائة في هذه البلدان، بينما تبلغ ٨٧ في المائة في المتوسط بالنسبة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.^(١)

الوضع في قانون الاستثمار المصري ٢٠١٧/٧٢

أغفل المشرع المصري النص على ضمان الاستثمار الأجنبي المباشر ضد خطر الإرهاب والاضطرابات المدنية، وهذا الإغفال يوحي بعدم إدراك لما توصلت إليه مؤسسات الضمان الدولية رغم أن مصير تحارب الإرهاب الآن من خلال العملية الشاملة ٢٠١٨ إلا أن هذا الضمان والنص عليه في قانون الاستثمار المصري له كبير الأثر في ارتفاع معدل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر.

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن خطر الإرهاب يعد من قبيل الأخطار المتطورة التي لا تقف عند حد سلوك معين بحد ذاته، وأن التعويض عن هذا الخطر يشمل التكاليف الناتجة عما يحدثه المستثمر من أضرار وقتية ومستقبلية، وأن للهجمات الإلكترونية أثر مماثل للهجمات الإرهابية العادية من حيث أثرها على طرد الاستثمار، وعلى المشرع المصري أن يقتدي بضمان الاستثمار ضد خطر الإرهاب كما في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات؛ كي يأمن المستثمر على أمواله في مصر في ظل الإرهاب الذي يتهددها وتحاربه بكل جسارة.

^(١) Valeriy Lisitsa - Stability – What an Investor Needs - *Law Journal (Moscow, Russia), 2001* - p 1 - " One of the factors of investment attractiveness of any country including Russia is the stability of legal conditions for investing. In the legal terms it is provided with two ways: the guarantee from the unfavourable change of legislation ("grandfather's" clause) and the change of an investment contract in connection with the change of legislation (stabilization or renegotiation clause)."

المبحث الخامس خطر عدم الثبات التشريعي

تمهيد وتقسيم

يأتي المستثمر بأمواله جذباً من قانون للاستثمار، ويهرب بأمواله إذا ما تغير القانون في غير صالحه، فأضحى أحد أهم ضمانات استمرار الاستثمار " شرط الثبات التشريعي "؛ وما هو الوضع إذا تمسك المستثمر بشرط الثبات التشريعي وتعارض تمسكه مع حقوق الإنسان؟ وما هو أثر إدراج شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية على الثبات التشريعي؟ وما هو نطاق شرط الثبات التشريعي في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وما هو الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار لخرق شرط الثبات؟ وهل هناك فرق بين الثبات التشريعي والتوازن الاقتصادي؟ وكيف تعرض المشرع المصري للثبات التشريعي في قانون ٢٠١٧/٧٢؟ وهل يحق للدولة المضيفة للاستثمار أن تتمسك بالثبات التشريعي إذا كان القانون الجديد أصلح للمستثمر؟ هذا ما أتعرض إليه في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: المقصود بالثبات التشريعي

المطلب الثاني: نطاق شرط الثبات التشريعي ومضمونه

المطلب الثالث: الثبات التشريعي والقانون الأصلح للمستثمر

المطلب الأول

المقصود بالثبات التشريعي

أولاً: تعريف شرط الثبات التشريعي

يعرف البعض شرط الثبات التشريعي بأنه " الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في تعديل القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية"^(١)؛ وقد تمتد شروط الثبات التشريعي لتشمل أي قانون

(١)Michael Polkinghorne - Stabilization clauses and periodic review outline - Speaking notes (to be shared) - White&case - p 1 " In response to the

يؤثر على الظروف الاقتصادية للاتفاق؛ كالملكية، والنظام الضريبي وتشريعات العمل وأحكام التصدير والاستيراد وإمكانية النقل المجاني والإطار التشريعي والتعاقد العام.^(١) وقد أثّرت مخاوف من أن مثل هذه الشروط تحد من قدرة الدولة على سن تشريع فعال بما يتماشى مع التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان. ونتيجة لذلك ، قد تكون هناك استثناءات من شرط الثبات فيما يتعلق بالعمالة ، أو القوانين البيئية أو قوانين حقوق الإنسان - وهي المجالات التي قد لا ترغب فيها الدولة في أن تكون مقيدة بالثبات التشريعي، وحيث يكون من الصعب على المستثمر أن يحتج بشكل مشروع شرط الثبات التشريعي.^(٢)

ولقد شهدت العقود الأخيرة مناقشات حول المضمون الصحيح لشروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، والتي يمكن من خلالها تمييز وجهتي نظر متعارضتين. الأولى هي أن شروط التثبيت تساهم في استقرار العلاقات التعاقدية. واعتمدت وجهة النظر هذه مصالح الشركة والمستثمر في المقام الأول وبالتالي استبعدت الالتزامات الأساسية لحقوق الإنسان في تطبيق اتفاق الاستثمار. أما الثانية فيدرك المدافعون عنها أهمية شرط الثبات التشريعي، لكنهم يذهبون إلى أبعد من ذلك

possibility of modification of contractual rights by unilateral governmental actions, a significant number of contracts include stabilization clauses. The function of these clauses is to ensure that the contract will not be altered and will remain "stabilized". The sole objective of the stabilization clause is "to preclude the application to an agreement of any subsequent legislative (statutory) or administrative (regulatory) act issued by the government or the administration that modifies the legal situation of the investor." Therefore, such clauses do not preclude a state from enacting new legislation, but rather prevent it from enforcing new regulations against the other contractual party."

(^١)Daniel Wagner & Dante Disparte - Global Risk Agility and Decision Making Organizational Resilience in the Era of Man-Made Risk - Palgrave Macmillan -2016 - p 128

(^٢)Jernej Letnar Čerňič - Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses - German Law Journal - 2010 - Vol. 11 No. 02 - p 215

في مسعاهم بحجة أن مثل هذه الشروط لا ينبغي أن تتداخل مع التزامات حقوق الإنسان الأساسية للشركات والمستثمرين على حد سواء. وهم بذلك يدركون الأهمية القصوى لالتزامات حقوق الإنسان الأساسية للمستثمرين من الشركات. ويزعمون أن شروط الاستقرار لا ينبغي أن تأخذ أولوية على تطبيق الالتزامات الأساسية لحقوق الإنسان في الشركات، وأولويات تلك الدول. لذا يقترح أصحاب وجهة النظر الثانية أنه كلما تعارض شرط الثبات مع التزامات حقوق الإنسان الأساسية، يمكن اعتباره لاغياً لأن حقوق الإنسان الأساسية تتفوق على جميع الالتزامات الأخرى للشركات والدولة أطراف عقد الاستثمار. وتحقيقاً لهذه الغاية، فإن حقوق الإنسان للأفراد، التي تلتزم الشركات وموظفيها بالامتثال لها، مستمدة من الأوامر القانونية الوطنية والقانون الدولي والتزامات الشركات الطوعية. وهنا يثور تساؤل مفاده ما هي قيمة إلغاء القيمة الإضافية لشرط الثبات التشريعي؟

أولاً: يجب النظر في انتهاك القواعد الأساسية لحقوق الإنسان على أساس كل حالة على حدة.

ثانياً: الاستثمار غالباً ما يمثل فرصة نادرة وقد يستفيد المستثمرون والسكان المحليون من الطرف المتعاقد معهم من التنمية في البلدان الأقل نمواً خاصة إذا كان الاستثمار طويل الأجل.

وبالتالي فإن شرط الثبات يحمي استقرار العلاقات التعاقدية وإمكانية التنبؤ بها. فلا يمكن لأي من النهجين فيما يتعلق بمضمون بنود التثبيت أن يقف معزولاً. ويبدو أنه يمكن التوفيق بين استقرار العلاقات التعاقدية ومخاوف التزامات حقوق الإنسان الدولية الأساسية الخاصة بشركات الاستثمار، وذلك بإدراج كلا البعدين في العقد. ومن شأن هذا النهج أن يعالج على نحو ملائم كلا الشواغل المتعلقة بعقود الاستثمار. إذ أنه سيسمح باحترام حقوق الإنسان الأساسية دون الاحتجاج ببطان شروط الثبات التشريعي، ويبدو أن التعديلات على العقد، أو السعي لتفسيره بطريقة أكثر ملاءمة للأحكام التعاقدية بديلاً أفضل للتعامل مع الإشكالية المحتملة حول

شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي. إذ أنه من غير المحتمل إلى حد كبير أن الدولة ستذهب بقضية إلى هيئة تحكيم إستنادا إلى انتهاكات حقوق الإنسان الأساسية من قبل المستثمرين من الشركات.^(١)

لذا يعد الاتفاق على شرط الثبات التشريعي بمثابة تنازل بين الدولة لصالح المستثمر الأجنبي عن جزء من سيادتها في مجال التشريع من خلال تعهداتها بتحصينه من الخضوع لتطبيق أية تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تضر بمركزه الاقتصادي^(٢)، ويستمد شرط الثبات التشريعي من إرادة الدولة المنفردة لحظة إبرام عقد الاستثمار، أو من خلال وروده في الاتفاقات الثنائية أو الإقليمية.^(٣) بيد أن الالتزام السياسي والاستقرار القانوني لا معنى لهما إذا لم تنفذ الحكومة هذه الاتفاقات على نحو وافي.^(٤) وتحترم التوقعات المشروعة للمستثمر^(٥) من خلال استنادها لحقها

^(١)Jernej Letnar Čerňič - Ibid - p 215

^(٢)Hanna Hollwitz and Shuxng Yang - Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union- Land Resources Law - Springer International Publishing AG 2018 - p 138 - "Provisions of stability exclude the hosting nation from enacting laws that would run contrary to the contract, thus overriding the contract at the cost of the investors' interests. In order to exclude amendments reflecting evolving standards of environment and social situations, provisions are included that only acknowledge the environmental and social law of the hosting country at the time of conclusion of the contract. This effectively "freezes" the legal system in the aforementioned aspects. This leads to the contract often colliding with newly enacting environmental and social standards."

^(٣) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٥-٧٦

^(٤)Robert Gommel - Ibid - p 13

^(٥)Markus Krajewski - European Yearbook of International Economic Law-The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012 - p 359 " A second fundamental element of the fair and equitable standard relates to the stability, predictability and consistency of the legal and business environment. The tribunal in CMS/Argentinastated that a "stable legal and business environment is an essential element of FET [fair and equitable treatment]". In this context, reference is often made to the object and purpose of investment treaties. Based on the preambles of these agreements which frequently refer to the

السيادي في التنظيم التشريعي.^(١) وليقينا بأن العلاقة بينها وبين المستثمر أضحيت غير مفيدة ومتقدمة بالنسبة لها بالمقارنة بين فوائد الاستقرار التشريعي وفوائد إعادة تنظيم هذه العلاقة بما يحقق لها منفعتها التي بالفعل تفوق خسارتها الناتجة عن مثل هذا الاستقرار.^(٢) ويرى البعض أن شرط الثبات التشريعي له ثلاثة أنواع:

intention to create favourable conditions for investments, tribunals have concluded that guaranteeing a stable and predictable investment climate is one of the central purposes of these agreements. Legitimate expectations and the protection of a stable and predictable legal and business environment are closely linked as they both relate to the investment framework which the investor can legitimately expect. "; Francesco Costamagna - Services of General Interest Beyond the Single Market : External and International Law Dimensions - Regulating Public Services and International Investment Law - asser press and the authors- 2015 - p94

^(١)August Reinisch - European Yearbook of International Economic Law - The EU and Investor-State Dispute Settlement: WTO Litigators Going "Investor-State Arbitration" and Back to a Permanent "Investment Court" - springer - 2017 - p 266- 267" At the same time, it should not be overlooked that also investment tribunals have refined their jurisprudence over the years, clarifying that investment standards are not intended to limit the legitimate regulatory space ("right to regulate") of host countries. Plama v Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 177: "The stability of the legal framework has been identified as 'an emerging standard of fair and equitable treatment in international law.' However, the State maintains its legitimate right to regulate, and this right should also be considered when assessing the compliance with the standard of fair and equitable treatment." Impregilo v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para. 290: "In the Tribunal's understanding, fair and equitable treatment cannot be designed to ensure the immutability of the legal order, the economic world and the social universe and play the role assumed by stabilization clauses specifically granted to foreign investors with whom the State has signed investment agreements."

^(٢)Bajar Scharaw- The Protection of Foreign Investments in Mongolia Treaties, Domestic Law, and Contracts on Investments in International Comparison and Arbitral Practice - 2018 - p 209 -" Traditionally, the risk of legal change has been associated with the perception of host States that their original investment bargain has become out-dated or obsolete."

النوع الأول: "شروط التجميد" والتي تستثني استثمارا ما من تطبيق القوانين الجديدة، ويتم تجميد قانون الدولة المضيفة للاستثمار سواء في العموم أو على وجه الخصوص في نواحي تنظيمية معينة كالنظام الضريبي على سبيل المثال. النوع الثاني: "شروط التوازن" والتي تغطي الخسارة المالية الناتجة عن التغييرات التشريعية الجديدة.

النوع الثالث: "الشروط المختلطة" وهي التي تعد مزيجا بين التجميد والتوازن كل منهما يكمل الآخر في سبيل توفير مستوى حماية أكبر للمستثمر لاستقرار اتفاقاته مع الدولة المضيفة؛ وهذه النوعية الأخيرة من الشروط تعطي فرصة للأطراف لتحديد التوازنات الاقتصادية المراد تحقيقها والوصول إليها من خلال استثناءات تمنح للمستثمر من تطبيق التغييرات التشريعية عليه أو تحييد آثارها إذا ما طبقت وهنا المثال الأوضح لهذه الحالة كأن تدفع الدولة المضيفة للمستثمر تعويض مقابل الدخول تحت مظلة التشريع الجديد.⁽¹⁾

ثانيا: أثر إدراج شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية على الثبات التشريعي

يمكن أن يؤدي إدراج شرط المظلة في معاهدات الاستثمار الثنائية إلى رفع مخالفة شرط الثبات من حكم تعاقدي إلى انتهاك للقانون الدولي. وذلك لأن شروط المظلة أو مراعاة بنود التعهدات يبسط مبدأ القانون الدولي العام "عقد شرعية المتعاقدين" للعقود التجارية مع الدول عن طريق تحويل الالتزام العقدي إلى التزام بموجب معاهدة استثمار ثنائية.⁽²⁾ فعلى سبيل المثال معاهدة الاستثمار الثنائية بين

(1) Katja Gehne & Romulo Brillo - Stabilization Clauses in International Investment law: Beyond Balancing and fair and Equitable Treatment - Institute of Economic law / Transnational Economic law Research Center (TELC) School of law - Martin Luther University Halle-Wittenberg - HEFT 143 - Marz 2017 - p 7

(2) راجع في ذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٧ بالموافقة على اتفاق المظلة بين جمهورية مصر العربية والوكالة الفرنسية للتنمية والاتحاد الأوروبي وبنك الاستثمار الأوروبي وبنك التعمير الألماني " الشركاء الأوروبيون في التنمية " بشأن مشروع مزرعة الرياح بخليج السويس،

الاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة تنص على بند المظلة: " يجب على كل طرف متعاقد أن يراقب أي التزام قد يتداخل بشكل متسق مع هذه الاتفاقية فيما يتعلق باستثمارات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر ". وهنا شروط المظلة ضرورية لحماية المستثمرين الأجانب من خرق العقود الخاصة من قبل الدولة لأن مثل هذه الانتهاكات لا تؤدي في ظل الظروف العادية إلى مسؤولية الدولة بموجب القانون الدولي. إذ أنها بموجب هذا الشرط تنقل العقديّة في الاتفاق إلى مرحلة الدولية بين أشخاص القانون الدولي. ففي قضية شركة **CMS Gas Transmission** ضد جمهورية الأرجنتين ، على سبيل المثال ، قررت المحكمة أن الأرجنتين انتهكت شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة إلى المدى الذي تصرف فيه الأرجنتين بالمخالفة لبنود الثبات التشريعي الواردة في رخصة نقل وتوزيع الغاز:

- (١) الالتزام بعدم تجميد نظام التعريف أو إخضاعها لضوابط الأسعار.
- (٢) الالتزام بعدم تغيير القواعد الأساسية التي تحكم الترخيص دون موافقة المستثمر. وعلى النقيض من أن التعديلات التي من الممكن أن تدخلها الدولة المضيفة قد تؤدي لحرمان كبير من الاستثمار إلا أن شروط الثبات التشريعي تخفض بدرجة كبيرة من مستوى التأثير الاقتصادي الذي يتم بناء عليه طلب التعويض.^(١)

والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٦ - الجريدة الرسمية - العدد ٤١ في ١٢ أكتوبر سنة ٢٠١٧. ص ٤، وقرار وزير الخارجية رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٧ من نفس العدد في هذا الصدد.

(^١) Andrey V. Kuznetsov - The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the sakhalin-2 PSA : Mandatory law, The Umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard - The Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution - Vol. 22:223 - 2015 - p 250 - 252, Stephan W Schill - Multilateral Investment Guarantee Agency - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - las visit 2/5/2018 - 2014 - p 1 " The Multilateral Investment Guarantee Agency is an international organization with independent legal personality and a capital-based corporate

المطلب الثاني

نطاق شرط الثبات التشريعي ومضمونه

أولاً: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وخطر عدم الثبات التشريعي

قدمت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف

MIGA إلى مجلس محافظي البنك الدولي للإنشاء والتعمير في ١١/١٠/١٩٨٥ ،

ودخلت حيز النفاذ في ١٢/٤/١٩٨٨، وخضعت للتعديل من قبل مجلس محافظي

الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في ١٤/١١/٢٠١٠^(١).

structure. Its headquarters are located in Washington DC. Being the youngest member of the World Bank Group, its objective is to promote foreign investment between its members:1)by offering insurance against noncommercial risks to foreign private investors who invest in developing countries; (2) by providing Technical assistance for countries to develop strategies to promote investment ;and(3) by providing information about investment opportunities and investment risk management ."

(١) قد وافق مجلس محافظي الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على تغييرات هامة في اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. هذه التغييرات، اعتباراً من ١٤ نوفمبر ٢٠١٠، هي التغييرات الأولى على الوكالة منذ إنشائها في عام ١٩٨٨. وستسمح هذه التغييرات للوكالة لضمان المزيد من الضمانات والاستثمارات، وزيادة أثرها الإنمائي. وعموماً، أعطيت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار نطاقاً أوسع لتحديد أهلية الاستثمار التي تلي المتطلبات الأساسية للوكالة: فيجب أن يكون المشروع المدعوم مالياً واقتصادياً، وسليم بيئياً، ومتسق مع العمل والمعايير والأهداف الإنمائية للبلد المضيف. وفيما يلي بعض التغييرات الرئيسية. حيث يجب على المستثمرين دائماً مناقشة احتياجات محددة مع أحد شركات التأمين التابعة للوكالة لضمان أن المشروع مؤهل للحصول على تغطية ضمانات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. (١) تغطية الديون القائمة بذاتها: فالوكالة الدولية لضمان الاستثمار قادرة الآن على توفير تغطية للقروض من غير المساهمين طالما أنها تتعلق باستثمار أو مشروع محدد يكون فيه شكل آخر من أشكال الاستثمار المباشر. واشترط أن تغطي الوكالة أيضاً جزءاً من استثمارات الأسهم ذات الصلة لم يعد موجود. وسيسمح ذلك للمقرضين بالمشاركة بالبحث عن تغطية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (بما يصل إلى ٩٩% من الدين) عندما لا يرغب المستثمر في شراء غطاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، أو أنه غير مؤهل. فيمكن أن يشمل الاستثمار المباشر استثمارات من مستثمرين من القطاع الخاص أو البلد المضيف أو أي دولة عضو أخرى في الوكالة. ويمكن أن تشمل أيضاً الاستثمارات التي يقدمها المستثمرون كلياً أو جزئياً من قبل حكومات أخرى غير البلد المضيف. (٢) التقدم بطلب للحصول على تغطية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - التبسيط الإجرائي: وتقضي اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن يسجل العملاء استثماراتهم المحتملة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار قبل البدء في تنفيذ المشروع. وكانت الوسيلة المتبعة في ذلك هي الطلب التمهيدي للضمان (*the Preliminary Application for Guarantee*). (٣) تغطية الأصول القائمة: وبالإضافة إلى القدرة على تغطية الاستثمارات والتوسعات الجديدة، يجوز للوكالة الدولية لضمان

وقد أوردت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في نص المادة

١١ أنواع المخاطر المشمولة بضمان الوكالة^(١):-

ف نجد نص المادة ١١/ج ينص على أنه " يجوز للوكالة أن تضمن الاستثمارات المؤهلة مقابل خسارة ناتجة عن واحد أو أكثر من الأنواع التالية للمخاطر...."، والملاحظ هنا في هذا الجزء من النص أن ضمان الوكالة ليس إجبارياً أو وجوبياً، وإنما أمراً جوازياً يخضع لتقدير مجلس الوكالة وحسب نوع الخطر المراد ضمان خسائره في كل حالة على حدة. وقد عدت المادة ١١/ج أنواع المخاطر على سبيل الحصر؛ فحددها في أربع مخاطر فقط على سبيل الحصر:-
الأول: تحويل العملات. والثاني: نزع الملكية واتخاذ التدابير المماثلة. والثالث: خرق العقد. والرابع: الحرب والاضطرابات المدنية. ولم تذكر اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أي ضمانات تذكر عن خطر عدم الثبات التشريعي. ويرى البعض أن الدولة تملك تقدير مصلحتها العامة على إقليمها حيث يحق لها تعديل تشريعها بإرادتها المنفردة، ومن ثم ما يرد في الدستور أو التشريعات الداخلية من ضمان للمستثمر الأجنبي لا يخرج عن كونه وعداً من جانب ومن ثم تعتمد فاعليته على استمراريتها وقابليتها للتنفيذ فهي إجراءات من جانب واحد، ولا تخرج عن كونها تعبير عن حسن نية الدولة، مما يشكل ضمان معنوي لضمان الاستثمار الخاص،

الاستثمار الآن تغطية الاستحواذ، وإذا كان المستثمر يظهر التزاماً متوسطاً أو طويلاً الأجل أو أن هناك تحسينات أو استثمارات قائمة. ويجوز للوكالة الدولية لضمان الاستثمار كذلك تأمين الاستثمارات المؤهلة حيث يسعى المستثمر للحصول على تغطية لمجموعة جديدة والمشاريع القائمة. ويجب أن يناقش المستثمرون مع أحد وكلاء ضمان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لتحديد ما إذا كان يلبي المشروع متطلبات الأهلية لضمان الوكالة. انظر في ذلك موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف. آخر زيارة للموقع ٢٠١٧/٩/١٢

<https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>

(١) انظر هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٥٨ - ٥٩. " هي المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، وتكون الدولة المضيقة هي السبب المباشر في تحقيقها ولا بد للمستثمر الأجنبي فيها من ضمان "

ويجوز للدولة المعنية إلغاء التشريعات التي تضمن الاستثمارات الأجنبية كلياً كان ذلك أم جزئياً.^(١)

ثانياً: الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة على عدم الثبات التشريعي

هناك اتجاه لا يقرر حظر صدور تشريعات لاحقة لما في هذا اعتداء على سيادة الدولة، وإنما بتعويض المستثمر عن طريق تحمل عبء الضرائب التي قد تفرضها هذه التشريعات، ويمكن الأخذ بهذا الاتجاه إذا نصت الهيئة على الإعفاء الشامل كحق من حقوق المستثمر الأجنبي في عقد أبرمته معه واعتبر من قبيل العقود الإدارية، أو بقرار إداري فردي أصدرته في مواجهته وأمكن تكيفه بالنظر لظروف إصداره بأنه في حقيقته طبيعة العقد الإداري، إذ قد تثار حينها "نظرية فعل الأمير"، والتي تعطي للمتعاقد مع الإدارة حق التعويض إذا أصابه ضرر نتيجة إجراءات عامة تصدر عن سلطة عامة غير السلطة المتعاقد معها، ويدفع التعويض هنا من جانب الجهة الإدارية الطرف في العقد، وليس من جانب الدولة بوصفها هذا. أما إذا كان المستثمر لا يستند في المطالبة بالتعويض إلا إلى ما رتبته التشريع الجديد من أثر ضار به، دون أي حق مسبق له طبيعة عقدية، فلا يتم المطالبة بالتعويض إلا بأساس قانوني مفاده " تحمل التبعة الاجتماعية " والتي تبني بدورها على ضرورة حماية من يضار بحكم القانون الذي يصدر تحقيقاً لمصالح أشخاص آخرين لما في ذلك من احترام لمبدأ المساواة. وهي نظرية استند إليها القضاء الإداري الفرنسي في حالات استثنائية للحكم بالتعويض عن أضرار نشأت نتيجة صدور قانون معين بشرط أن تكون أضرار جسيمة خاصة ومباشرة.^(٢)

وهناك من يرى أن شرط الثبات التشريعي يعد من قبيل النظام العام حيث يتفق الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي بعد إتمام عملية التعاقد أو تعويض

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٤٨

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٧٥-٧٦

المستثمر الأجنبي متى التزم بهذا التعديل وتسبب في حدوث أضرار اقتصادية له. خاصة في مرحلة تقادم الشروط التعاقدية التي تصاحب عقود الاستثمار طويلة الأجل؛ وهنا يعد شرط الثبات التشريعي من النظام العام للدولة لا يجوز الرجوع فيه أو التحلل منه.^(١) وما زالت مسألة التعويضات عن خرق العقد، ونزع الملكية أو التأميم في قانون الاستثمار الدولي غامضة أكثر من أي وقت مضى. وإذا ما ألقينا نظرة خاطفة على قرارات التحكيم الدولية المتعلقة بهذه القضية لأخذنا بمثل هذا الانطباع. فوجود شرط الثبات في العقد يعتبر واحدا من عناصر تقييم التعويض للطرف المتضرر. وليس من الواضح كيف لعبت شروط الثبات المعنية بالعقد دوراً في مقدار التعويضات التي تمنحها هيئات التحكيم المختلفة. فالبعض يأخذ بمنظور العقد كأساس لتقدير التعويض والبعض الآخر يأخذ بمنظور نزع الملكية كأساس لتقدير التعويض؛ حيث قد يعزى هذا الاختلاف في الطرق إلى عوامل مختلفة مثل الخلفية القانونية للمحكم، والظروف السائدة المحيطة بالقضية المعنية، أو ما يزن بشكل كبير لكي نكون منصفين وعادلين بالنظر للظروف التي يحكم فيها المحكم في القضية. لذا ليس من المستغرب لماذا لم تتطور حتى الآن مجموعة ثابتة من القواعد التي تتعامل مع القضايا.^(٢) ففي ضوء ممارسة الدولة لسلطانها السيادية فيما يتعلق بشروط الثبات التشريعي، يمكن النظر إلى الفعالية القانونية لمثل هذه الشروط من زاويتين:

١- متطلب إجرائي. ٢- دفع تعويض أعلى.

فقوة شروط الثبات مثل أي بنود حماية تعاقدية أخرى، تكمن في استقلالية إرادة الطرفين، ولكن عندما تتعارض سيادة الدولة، وهي خارجة عن التعاقد، مع

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٧-٧٨

(٢) munir maniruzzaman - Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International

Investment Law: Where Do We Stand Today? - [2007] I.E.L.T.R. Issue 11&12 -Sweet & Maxwell Limited [And Contributions] - p 246

مثل هذا الشرط فسيادة الدولة والمصلحة العامة يجب أن تسود على مصلحة المستثمر الأجنبي الخاص. ويجب أن يكون شرط الثبات له تأثير قانوني في ضوء الظروف المحيطة وفي كل سياق ذي صلة به؛ فمثل هذا الشرط التعاقدى لا يمكن أن يهيمن على سيادة الدولة. وهناك دعم لهذا الرأي في فقه التحكيم؛ حيث قد تواجه الدولة ظروفًا استثنائية تتطلب منها التشريع، وليس وضع شرط الاستقرار في عقودها؛ بل على العكس، من أجل حماية المصلحة العامة. فشرط الثبات التشريعي تهدف إلى منع تغيير من جانب واحد من شروط الاتفاقية أو إنهاؤها بأي وسيلة كالبنود النموذجي الخاص بعدم المساس والذي ينص عادة على أن التغييرات أو إنهاء الاتفاقية غير مسموح بها "بدون موافقة متبادلة من الطرفين". إذ يوفر فرصة للتشاور بين الأطراف فيما يتعلق بمصير الاتفاق إما بتعديله أو إلغائه. وهذه العملية قد تفتح الطريق إلى إعادة التفاوض المحتملة من أجل المنفعة المتبادلة لكلا الطرفين. ففي الأنواع الحديثة لشرط الثبات، مثل شروط الاستقرار الاقتصادي وإعادة التفاوض التي تهدف إلى استعادة التوازن الاقتصادي اعتباراً من تاريخ نفاذ العقد والطرفين ملزمان بالتفاوض بحسن نية. فمن خلال الإلتزام بشرط الثبات في الاتفاقية، فإن الحكومة المضيفة تخلق بالتالي لصالح الطرف المتعاقد الآخر توقعات مشروعة يجب أن تنعكس في ملاءمة التعويض عندما يصاب بالإحباط، ولا يمكن إنكار هذا في ممارسة التحكيم فالتعويض ضد انتهاك شرط الثبات يتم منحه عادة في تعويض مالي.⁽¹⁾ فالمبدأ المبدأ العام المستقر في القانون الدولي أن التعويض يجب أن يلغى الضرر المادي الناجم عن الإخلال بالالتزام الدولي، وهو مبدأ وضع من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية "مصنع تشورزوف"⁽²⁾ في عام ١٩٢٨ وقد تم

(1) munir maniruzzaman - Ibid - p 246 - 247

(2) Case concerning the factory at chorzow - claim for indemnity, Jurisdiction - Publications of the permanent court of international justice. - series A. - No. 9 - July 26th, 1927 - p 4

تكرارها في السوابق القضائية الدولية في مناسبات عديدة منذ ذلك الحين. حيث قضت المحكمة بما يلي:

"المبدأ الأساسي الوارد في المفهوم الفعلي لفعل غير قانوني كفكرة يبدو أنها أنشئت من خلال الممارسة الدولية وبوجه خاص قرارات المحاكم التحكيمية هو أنه يجب لجبر الضرر، قدر الإمكان، القضاء على جميع عواقب الفعل غير القانوني وإعادة الوضع إلى ما كان عليه، في جميع الاحتمالات، قبل ارتكاب الفعل. والرد العيني، فإذا لم يكن ذلك ممكناً، يتم دفع مبلغ مقابل القيمة التي تعادل الرد العيني؛ والحكم إذا لزم الأمر، بتعويض عن الخسائر المتكبدة التي من شأنها ألا يتم تغطيتها بالرد العيني أو الدفع بدلاً عنها؛ هذه هي المبادئ التي ينبغي أن تفيد في تحديد مقدار التعويض عن فعل مخالف للقانون الدولي."⁽¹⁾

ثالثاً: الفارق بين شرط الثبات التشريعي وشرط التوازن الاقتصادي:

١- شرط الثبات التشريعي:

يعمل على ثبات تطبيق النظام القانوني للدولة على المشروع الاستثماري وتحسينه من أي تعديل مستقبلي، وقد يكون الثبات كلياً أو جزئياً؛ أم الثبات الكلي فيهدف إلى ثبات النظام القانوني الوطني بمجمله في مواجهة المستثمر الأجنبي وتحسين الاتفاق الموقع بين المستثمر والدولة المضيفة من تطبيق أي تعديلات تشريعية مستقبلية دون موافقة المستثمر قد تضر بمصالحه المالية طوال فترة عمل المشروع. وفي المقابل يحق للمستثمر طلب الاستفادة من أية تعديلات تشريعية في المستقبل متى كانت في صالحه، ويفعل هذا الطلب بقوة القانون دون اشتراط موافقة الدولة المضيفة عليه. ومثال ذلك إذا تم تعديل تشريع الدولة المضيفة للاستثمار بخصوص الضريبة على الدخل التي تدفعها المشروعات التجارية، سيسري هذا التعديل في حق المستثمر الجنبى متى أعلن عن رغبته في الاستفادة منه ومن تاريخ هذا الإعلان. فضلاً عن ذلك متى وجد تعارض بين نصوص العقد المبرم بين

(1) munir maniruzzaman - Ibid - p 248

الطرفين وأية نصوص قانونية وطنية أو أوامر إدارية تتعلق بنشاط المستثمر، تكون نصوص هذا العقد هي المرجعية القانونية التي تحكم العلاقة بين الطرفين المتعاقدين. أما الثبات الجزئي فيهدف إلى حماية المستثمر الأجنبي من أعمال قواعد تشريعية معينة قد تنشأ في النظام القانوني الوطني للدولة المضيفة.

٢- شرط التوازن الاقتصادي

هذا الشرط لا يعفي المستثمر من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق، وإنما يؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة. وهنا تلتزم الدولة المضيفة بتعويض هذا المستثمر من الخسائر المالية التي أصابته جراء هذه التعديلات، وقد يكون التعويض^(١) كلياً أو جزئياً، وهنا يتم الاتفاق على تعويض المستثمر الأجنبي في أحد الحالات الآتية:-

١- تعويض المستثمر متى أقرت الدولة المضيفة تشريعات معينة تؤدي إلى زيادة أعباء المستثمر المالية.

٢- قيام الدولة المضيفة بإقرار تشريعات وطنية تميز بين المستثمر الأجنبي والوطني.

(١) " يقر القانون الدولي التعويض في حالة إنكار العدالة وحالة نزع الملكية دون تعويض، وهذا حال وملائم وفعال، ويخضع التأميم لعدة شروط وهو ضرورة مراعاة مبدأ المساواة وعدم التمييز. ولم توضع قاعدة ثابتة تحدد شروط التعويض يكون لها التطبيق العام على المستوى الدولي ولكن هناك عدة اتفاقيات أقرت التعويض:- ١- ميثاق هافانا ١٩٤٨ ٢- اتفاقية بوجوتا الاقتصادية ١٩٤٨ ٣- اتقنين غرفة التجارة الدولية حول معاملة الاستثمار الأجنبي ١٩٤٩ ٤- اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين الدول الأعضاء الموقعة عام ١٩٧٠ ٥- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية ١٩٨١ ٦- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين الدول أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي المبرمة ١٩٨١ " انظر في ذلك عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص

٣- اتفاق طرفي العقد على تعويض المستثمر الأجنبي عن نسبة متفق عليها من مجمل خسائره الاقتصادية نتيجة التعديلات التشريعية المقررة.^(١) ويتم تحقيق التوازن الاقتصادي في عقد الاستثمار بأحد طريقتين:

١- النص الصريح في العقد على التزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر الأجنبي بشكل كلي أو بنسبة متفق عليها متى أحدثت تعديلات قانونية أضرت سلبا على حقوق أو التزامات المستثمر.

٢- اتفاق الطرفين على وجوب إعادة النظر في شروط العقد، وإعادة التفاوض حولها من جديد، وتعديلها بما يضمن توازن العلاقة التعاقدية بين الطرفين ويضمن الأرباح المالية المتوقعة للمستثمر الأجنبي وقت التعاقد.^(٢)

ويفضل المستثمر الطريقة الأولى، وتفضل دولة مقر الاستثمار المضيفة الطريقة الثانية حيث أن الطريقة الأولى تضمن للمستثمر التعويض عما لحقه من

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٨٦-٨٨

(٢) Kyla Tienhaara - Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana - Int Environ Agreements - Springer Science+Business Media B.V. 2006 - p 382 " In light of the problems associated with stabilisation clauses, many contracts adopt a slightly less demanding alternative; the renegotiation clause: By undertaking to renegotiate the contractual terms and conditions in case of supervening circumstances of any kind, including new legislative or regulatory measures, the State binds itself to conduct good faith negotiations with the private investor with the view of maintaining the economic equilibrium of the agreement as originally stipulated. An essential component of this type of provision is the granting to the international arbitrator of the power to determine the new economic equilibrium of the agreement should the parties fail to find an agreement in this regard within a specified time-limit As with a breach of a stabilisation clause, renegotiation may result in compensation requirements or other remedies to restore the 'economic equilibrium' of the contract."

ضرر دون حاجة إلى إعادة التفاوض على شروط العقد مع الدولة المضيفة من جديد.^(١)

رابعاً: ضمان الثبات التشريعي في قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧
قد انتهج قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ منهج ضمان
الاستقرار والثبات التشريعي؛ حيث نصت المادة الثانية من مواد إصدار ذلك القانون:
"لا تخل أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات
والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات
والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد
الخاصة بها، وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها."^(٢) ومن ثم فقد حمى
المشرع المصري المستثمر من تعديل التشريعات الخاصة بالإعفاءات الضريبية
وأطلق العنان للضمان فأفرد لفظة " وغيرها من الضمانات " ولكن وضع حداً لها
وهي أن تكون وفق المدد المقررة فعلاً لها في الاتفاق مع المستثمر. ومن قبيل الثبات
التشريعي عدم إضافة أعباء مالية أو إجرائية على المستثمر بحجة أنها إجراءات أو
قرارات تنظيمية تستند لسيادة الدولة على إقليمها. ففي المادة ٥/٤ من قانون
الاستثمار المصري رقم ٧٢ لعام ٢٠١٧ قرر المشرع المصري مبدأ الثبات
التشريعي بصورة أخرى حداً الأدنى عدم إضافة أعباء على المستثمر حيث نص
على " ولا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية
أو إجرائية، تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض
رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة
وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى."^(٣)

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٨٤

(٢) انظر المادة ٢ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد

٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٢

(٣) انظر المادة ٥/٤ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠؛ وقد أوضح المشرع في مادته الأولى الخاصة
بالتعريفات أن المجلس الأعلى هو المجلس الأعلى للاستثمار. وقد أوضح في المادة رقم ٦٨ من

المطلب الثالث

الثبات التشريعي والقانون الأصح للمستثمر

هل تطبق نظرية الحيلولة والتي تحول دون الدولة والتصرف على نحو يتعارض مع موقفها السابق إذا كان في هذا إضرار بالآخرين الذين اعتمدوا بحسن نية على ذلك الموقف السابق؟ وهل تعطي النصوص للمستثمرين الأجانب حقاً مكتسباً لا يجوز الإخلال به بتشريع لاحق؟ وهل تعطيهم حقاً في التعويض أنه قد صدر قانون لاحق يخل بالإعفاءات المقررة مما يعطي لدولتهم الحق في التدخل لممارسة الحماية الدبلوماسية في شأنهم؟

١- الإعفاءات لا تشكل تعهداً دولياً:-

يعطي القانون الدولي لكل دولة الحق في حماية مواطنيها إذا حدث اعتداء على حقوقهم في دولة أخرى سواء كانت هذه الحقوق مقررة في ظل القانون الداخلي للدولة المنسوب إليها الاعتداء وفي ظل القانون الدولي نفسه. وإذا تعهدت دولة بموجب معاهدة مع دولة أخرى بإضفاء حقوق معينة على المستثمرين من مواطني هذه الدولة الأخرى ثم أخلت بهذه الحقوق فإنها تسأل في القانون الدولي لإخلالها بأحكام المعاهدة. وتعهد الدولة لمستثمر أجنبي باحترام التزامات معينة بموجب عقد تبرمه معه مما يدفع للحماية الدبلوماسية ومن ثم يثير مسؤولية الدولة في القانون الدولي. إلا أنه من المسلم به أن التشريع الداخلي لا يمثل في الظروف المعتادة تعهداً دولياً بحيث تلتزم الدولة بإبقائه على حاله للأبد ما لم توافق الدول الأخرى على تعديله. (١)

٢- الخروج على الإعفاء لا يدخل في نطاق نظرية الحيلولة

إن الخروج على حكم التشريع الداخلي والذي يقرر إعفاء المستثمر من إجراءات معينة، ثم فرضها بتشريع لاحق يرتب عبء مالي على الأجانب لا يثير

القانون ذاته اختصاصات هذا المجلس؛ والمقصود بالهيئة في نطاق المادة ٥/٤ الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة والتي ورد ذكرها بالتفصيل في المادة ٦٩ من القانون ذاته.

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١١٨

تطبيق نظرية الحيولة بعد التعهد. حيث أن هذه النظرية تقتصر في القانون الدولي على الحالة التي تتصرف فيها الدولة على عكس موقف اتخذته من قبل على الصعيد الدولي وليس بتشريع داخلي.^(١)

٣- الخروج على الإعفاء لا يعطي حقاً في تطبيق نظرية الحقوق المكتسبة؟
فما دام التشريع الذي يقرر مزايا للمستثمرين الأجانب لا يعطيهم حقاً قبل الدولة في استمرار التمتع بهذه المزايا فلا مجال لتطبيق نظرية الحقوق المكتسبة وعدم جواز الإخلال بها.^(٢)

٤- الخروج على الإعفاء لا يعطي بذاته للمستثمر حقاً في التعويض يخول لدولته التدخل لحمايته

مجرد صدور قانون جديد لا يعطي حقاً للمضرورين من أحكامه في التعويض عن هذا الضرر، حيث تنحصر إمكانية التعويض عندئذ على الحالة التي يؤثر فيها صدور القانون على عقد إداري قائم فيكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض على أساس نظرية (فعل الأمير) بشرط أن يكون الضرر خاصاً واستثنائياً. والحالة الوحيدة التي يجوز فيها التعويض وإثارة المسؤولية إذا ورد النص على الإعفاءات المذكورة في العقد بين الهيئة القائمة على تنفيذ القانون وبين المستثمر؛ حيث ننقل عندئذ من دائرة المراكز التنظيمية العامة إلى دائرة المراكز القانونية الخاصة، مما ينتج الإدعاء بالاعتداء على حقوق المستثمر وملكيته، وهنا تنثور نظرية فعل الأمير وحق المستثمر في التعويض مما يعطي لدولته الحق في التدخل للمطالبة به.^(٣)

٥- القانون الأصلح للمستثمر وحق الدولة المضيغة في التمسك بالثبات التشريعي.

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٠

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٢

(٣) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٣

يرى البعض أنه احتراماً للتوقعات المشروعة للدولة المضيفة للاستثمار في عقدها مع المستثمر؛ فلا يحق له المطالبة بتطبيق القانون الجديد عليه إذا صرح القانون الجديد بعدم تطبيقه على المشروعات والاستثمارات السابقة عليه، وذلك لأن السيادة التشريعية خاصة في قانون الاستثمار تقتضي ألا يكون حكمها انتقائياً؛ يأخذ المستثمر ويستفيد من التعديلات الجديدة، ويتذمر من التعديلات التي لا تأتي في صالحه.

الخلاصة

يقصد بالثبات التشريعي ضمان المستثمر ضد أي تعديل يؤثر على أمواله ومشروعه الاستثماري، بحيث لا يطبق على المستثمر أي تعديلات في المستقبل، وتتجه الدول حالياً إلى أنه إذا تعارض شرط الثبات التشريعي مع احترام حقوق الإنسان غلبت الأخيرة احتراماً لها، وإذا ما أدرج شرط الثبات التشريعي واحتمى هذا الشرط بالمظلة الدولية؛ اعترف لدولة المستثمر بالحماية الدبلوماسية على الفور، وما شرط التوازن الاقتصادي إلا صورة جديدة من صور تطور شرط الثبات التشريعي بدلا من إلغائه، وقد سلك المشرع المصري مسلك المؤسسات الدولية في الضمان، ويحبذ هنا أن يضمن المشرع تطبيق القانون الجديد للاستثمار، وأي تعديل تشريعي جديد على المستثمر بشريطين:

١- أن يطلب المستثمر ذلك صراحة.

٢- أن يكون التطبيق في مصلحة المستثمر.

ونعرض بعد ذلك لكيفية تقييم المخاطر السياسية.

المبحث السادس

تقييم المخاطر السياسية

تمهيد وتقسيم

تعددت المخاطر السياسية التي من الممكن أن تؤثر على نشاط المستثمر فكيف يمكن تقييم بلد ما من حيث المخاطر السياسية فيها؟ وهل هناك دور للمؤسسات

الدولية في مثل هذه التقييمات والتصنيفات؟ وما هي مدى مصداقيتها؟ وما هو دور وحدة المعلومات الاقتصادية (إيو) في ذلك التقييم؟ وإلى أي مدى اعتمدت على الدليل الدولي للمخاطر القطرية؟ وما هو أثر الاتفاقات الثنائية للاستثمار على تحسين مستوى الضمان؟ هذا ما أتناوله بإيجاز في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: طرق تقييم المخاطر السياسية

المطلب الثاني: الاتفاقات الثنائية للاستثمار وأثرها على تحسين مستوى الضمان

المطلب الأول

طرق تقييم المخاطر السياسية

إن الهدف من تصنيف المخاطر السياسية هو توفير وسيلة لتقييم الاستقرار السياسي للبلدان لتمكين المستثمرين المحليين والدوليين من اتخاذ حكم عقلاني بشأن التوجه للاستثمار في بلد ما من عدمه؛ فضلا عن أن حماية المستثمرين المحليين لها كبير الأثر في قرارات المستثمر الأجنبي.⁽¹⁾ وهذا النوع من تحليل المخاطر السياسية يتم من قبل العديد من المؤسسات، بما في ذلك وكالات التصنيف السيادية المعروفة

(1)Elina Pradkhan - Impact of domestic investor protection on foreign investment decisions: Evidence from bond markets - International Journal of Finance & Economics - International Journal of Financial & Economics .21: (2016) - John Wiley & Sons, Ltd - p 417 "This study explores the relationship between domestic creditor protection and foreign investment decisions in bond markets. It also investigates how the difference between domestic and foreign creditor protections affects the foreign investment. The impact of domestic creditor protection on cross-border investment in bonds is twofold. A high level of domestic creditor protection increases international diversification. At the same time, an efficient protection of creditor rights at home reduces the sensitivity of foreign investment to foreign creditor protection. These results hold most strongly for investing countries with high levels of domestic creditor protection. In addition, this study shows that the difference between domestic and foreign creditor protections matters for investment decisions: if domestic creditor protection is more efficient than foreign creditor protection, the sensitivity of foreign investment to foreign (domestic) creditor protection decreases (increases) " .

مثل "ستاندرد آند بورز" و"موديز". ولقد كان لوحدة المعلومات الاقتصادية "ايو" تصنيفا للمخاطر السياسية حيث قيمت مجموعة من العوامل السياسية المتعلقة بالاستقرار السياسي والفعالية الحكومية التي يمكن أن تؤثر على قدرة البلد والتزامه بخدمة التزاماته بالديون، الأمر الذي قد يسبب اضطرابات في سوق الصرف الأجنبي. وهذا بدوره يؤثر على المخاطر السيادية الشاملة للبلد، كمخاطر العملة، ومخاطر القطاع المصرفي. وعلى هذا النحو، قسمت (ايو) المكونات الفرعية للمخاطر السياسية الرئيسية إلى الصراع خارجي، والحوكمة والاضطرابات الاجتماعية، والنقل المنظم، ومخاطر الحدث، ومخاطر السيادة، والفعالية المؤسسية، والفساد، وتدخل الدولة في البنوك، والالتزام بالدفع.⁽¹⁾ ؛ ويبدو أن النظرة العامة المؤقتة لتقييم أي قانون للاستثمار تشير إلى وجود التزامين أساسيين على نطاق واسع ومعترف بهما في قانون الاستثمار الدولي. وهذه الالتزامات هي كما يلي:

(أ) الالتزام بالعناية الواجبة⁽²⁾ (واجب تطبيق معايير العمل المناسبة على تقييم المخاطر ، بما في ذلك إجراءات العناية الواجبة المناسبة) ؛

(ب) واجب التصرف بحسن نية (سواء قبل أو خلال فترة الاستثمار).⁽³⁾

وقد ساهم التدخل الواسع النطاق الذي قامت به الدولة في إنقاذ البنوك خلال الأزمة المالية العالمية، بالتأكيد في ارتفاع المخاطر السياسية وتصنيف البلدان السيادية الأدنى، سواء كانت هذه البلدان متقدمة أو ناشئة. وقد استخدمت "ايو" في

(1)Mohamed A. Ramady - Political, Economic and Financial Country Risk - Analysis of the Gulf Cooperation Council - Springer International Publishing Switzerland 2014 - p 58

(2)Eric De Brabandere - Host states due diligence obligations in international investment law - Syracuse Journal of International Law and Commerce - Spring - 2015 - p 5 " III. Due diligence in contemporary international investment law "

(3)Marcin Kaldunski - The Element of Risk in International Investment Arbitration - International Community Law Review 13 (2011) - p113

تحليلها لمخاطر الاستثمار - الدليل الدولي للمخاطر القطرية **ICRG** - الذي يقيم المخاطر السياسية باستخدام التقييمات ال ١٢ التالية:

- استقرار الحوكمة
- ملف الاستثمار
- الصراع الداخلي
- القانون والنظام
- التوترات الدينية
- المساواة الديمقراطية
- الظروف الاجتماعية والاقتصادية
- الصراع الخارجي
- الفساد
- العسكرية في السياسة
- التوترات العرقية
- جودة البيروقراطية (١)

حيث يتم تعيين النقاط الـ ١٢ المذكورة أعلاه " بنقاط الخطر " (٢) مع حد أدنى لعدد النقاط التي يمكن تعيينها لكل مكون وذلك بـ "صفر"، في حين أن الحد الأقصى لعدد النقاط يعتمد على الوزن الثابت الذي يعطى العنصر في التقييم الشامل للمخاطر السياسية. ويبلغ مجموع نقاط التقييم ١٠٠ نقطة، وفي كل حالة، كلما انخفض مجموع النقاط التي تعطى لكل عنصر ترتفع المخاطر، في حين أن أعلى نقطة في مجموع الخطر، يدل على انخفاض المخاطر السياسية في البلاد. فالعلاقة في هذا المؤشر علاقة عكسية. (٣) فيتم جمع المعلومات السياسية لكل عنصر من عناصر المخاطر الفردية على نمط ثابت من التقييم استنادا إلى المعلومات المتاحة. وهذه المعلومات ذات طبيعة عامة مستمدة منها ومن مصادر الأخبار المحلية، فضلا عن مدخلات المحللين بشأن أحداث معينة استنادا إلى معرفة الخبراء في البلد المعني. ويتم تقسيم مكونات المخاطر السياسية إلى مزيد من المكونات الفرعية لمحاولة شرح العناصر الرئيسية لمكونات المخاطر الرئيسية وهي:

(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 59

(٢)Shoushuang Li - The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007 - p 1 "Definition of Legal Risk of Foreign Investment"

(٣)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 59

- استقرار الحكومة (وحدة الحكومة والقوة التشريعية والدعم الشعبي)
- الظروف الاجتماعية والاقتصادية (البطالة وثقة المستهلك ومستويات الفقر)
- ملف الاستثمار (قابلية التعاقد وعودة الأرباح وتأخير الدفع)
- الصراع الداخلي (الحرب الأهلية والإرهاب والاضطراب المدني)
- الصراع الخارجي (الحرب والصراع العابر للحدود والضغط الخارجية).

وقد لوحظ أن هناك أوجه تشابه كثيرة في المنهجيات المستخدمة لتحليل المخاطر السياسية من قبل مختلف وكالات تقييم المخاطر⁽¹⁾ خاصة فيما يتعلق بالظروف الاجتماعية والاقتصادية، وملامح الاستثمار، حيث أن بعض هذه المكونات الفرعية يمكن أن تكون قابلة للقياس بسهولة أكبر، مثل مستويات البطالة، وثقة المستهلك، وتأخر المدفوعات، وما إلى ذلك. وبتحليل مكونات المخاطر السياسية المختلفة بمجموعة إكسج بمزيد من التفصيل، يمكن تلخيص المتغيرات على النحو التالي:

(¹) Marc Jacob - International Investment Agreements and Human Rights - INEF Research Paper Series Human Rights, Corporate Responsibility And Sustainable Development 03/2010 - p31 " When deciding whether to invest abroad, political risk will need to be assessed carefully from various angles, sometimes with the help of specialised consulting firms. A cautious investor will not only rely on the extent and effectiveness of the legal rules in place. In line with such comprehensive risk management strategies, it is frequently possible to acquire investment insurance against

non-commercial risks. This complements the protection afforded through

BITs by typically covering perils such as expropriation, contractual

non-compliance, political violence, currency inconvertibility, and transfer

risks. "

- استقرار الحكومة (١٢ نقطة)

وهذا تقييم لكل من قدرة الحكومة على تنفيذ برنامجها المعلن وقدرتها على البقاء في منصبها. وتصنيف المخاطر هنا هو عبارة عن مجموع ثلاثة عناصر فرعية، كل منها مع له درجة أقصى وهي أربع نقاط ودرجة أدنى وهي صفر نقطة. درجة ١٢ نقطة تعادل معدل مخاطر منخفض جدا و درجة صفر نقطة تعادل معدل مخاطر عالي جدا. ويقيم هذا القسم من المخاطر السياسية النقاط الآتية:

- نوع الحكومة في المكان.

- تماسك الحكومة وقرب الانتخابات الأخيرة والمحتملة الجديدة.

- القيادة الحكومية للسلطة التشريعية والتنفيذية.

- الموافقة الشعبية على السياسات الحكومية.^(١)

- الظروف الاجتماعية والاقتصادية (١٢ نقطة)

هذه محاولة لقياس مدى رضى الجمهور العام أو عدم رضاه عن السياسات الاقتصادية للحكومة، وهي في الأساس تقييم للضغوط الاجتماعية والاقتصادية في العمل وفي المجتمع؛ إذ يمكن أن تقيد عمل الحكومة أو تغذي عدم الرضى الاجتماعي. وبصفة عامة، كلما زاد عدم الرضى الشعبي عن سياسات الحكومة، زادت فرص اضطراب الحكومة إلى تغيير مثل هذه السياسات والنهج، ربما على حساب الأعمال بشكل عام. وتغطي الظروف الاجتماعية والاقتصادية في هذا التقييم البطالة وثقة المستهلك ومستويات الفقر، ولكن هناك أيضا عوامل أخرى مثل مستويات وفيات الرضع، وتوفير الخدمات الطبية، والحصول على السكن والائتمان.

- الملف الشخصي للاستثمار (١٢ نقطة)

هذا تقويم للعوامل التي تؤثر على مخاطر الاستثمار التي لا تغطيها عناصر سياسية أو اقتصادية أو مالية أخرى، وهو مقياس لموقف الحكومة من

(¹)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 60

الاستثمار الداخلي على النحو الذي يحدده التقويم للمكونات الفرعية الأربعة، وهي:

- ١- عدم خرق العقد
 - ٢- المصادرة
 - ٣- إعادة الأرباح
 - ٤- تأخير الدفع
- النزاع الخارجي (١٢ نقطة)

هذا مقياس لتقييم المخاطر للاستثمارات الحكومية والداخلية القائمة من العمل الأجنبي، بدءاً من الضغوط الخارجية غير العنيفة ثم الضغوط الدبلوماسية، وحجب المساعدات، والقيود التجارية، والنزاعات الإقليمية، والعقوبات وغيرها وصولاً إلى الضغط الخارجي العنيف عبر الحدود والصراعات إنتهاء بالحرب الشاملة. ويمكن أن يؤثر النزاع الخارجي تأثيراً ضاراً على الأعمال التجارية الأجنبية بطرق عديدة، بدءاً من القيود المفروضة على العمليات التجارية والعقوبات الاستثمارية، وتشويه الموارد الاقتصادية وتشريدتها، والتغيرات العنيفة في هيكل المجتمع. والاضطرابات التي شهدتها بعض دول منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا المتضررين من الثورات.^(١)

- الصراع الداخلي (١٢ نقطة)

وهذا تقييم للعنف السياسي في بلد ما وتأثيره الفعلي أو المحتمل على الحكم. ويعطى أعلى تقدير لتلك البلدان التي لا توجد فيها معارضة مسلحة أو مدنية للحكومة، وللحكومة التي لا تتغمس في أعمال عنف تعسفية ضد شعبها، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة. ويصنف أدنى تصنيف للمخاطر إلى بلد متورط في حرب أهلية مستمرة، كما يتضح من الصراع السوري بشكل واضح خلال الفترة ٢٠١١-٢٠١٣.^(٢)

(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 60

(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 61

- الفساد (٦ نقاط)

وهذا تقييم للفساد داخل النظام السياسي، وهذا الفساد يشكل خطرا على الاستثمار المحلي والأجنبي لأسباب عديدة. فهو يشوه البيئة الاقتصادية والمالية، ويقلل من كفاءة الحكومة وقطاع الأعمال من خلال تمكين الناس من تولي مناصب السلطة والنفوذ عبر الثقة بدلا من الكفاءة، وهو يخلق عدم استقرار متصلا في النظام السياسي، مما يخلق عدم ثقة بين الحكام والمحكومين.^(١)

- القانون والنظام (٦ نقاط)

يتم تقييم القانون والنظام بشكل منفصل مع كل مكون فرعي يتراوح من صفر إلى ثلاث نقاط. والعنصر الفرعي للقانون هو تقييم لقوة ونزاهة النظام القانوني، في حين أن المكون الفرعي هو تقييم للاحترام الشعبي للقانون. وهكذا يمكن للبلد أن يتمتع بتصنيف عال ٣/٣ من حيث نظامه القضائي، ولكن تصنيف منخفض ٣/١ إذا كان يعاني من ارتفاع كبير أو إذا تم تجاهل القانون بشكل روتيني دون فرض عقوبة فعلية من قبل الدولة.^(٢)

- تدخل الجيش في السياسة (٦ نقاط)

مشاركة الجيش في السياسة، حتى على المستوى الهامشي، يعبر عن انخفاض للمساءلة الديمقراطية. حيث أن النظام العسكري الشامل يشكل أكبر خطر، ولكن في المدى القصير، قد يوفر النظام العسكري استقرارا جديدا، وبالتالي يقلل من مخاطر الأعمال. ومع ذلك، إذا استمر الجيش في الحكم، على المدى الطويل، من المرجح أن يرتفع الخطر، ويرجع ذلك جزئيا إلى أن نظام الحكم العسكري يخلق بيئة مواتية تصبح أكثر فسادا مع استمرار الحكومة وذلك إما:
١- لأنه قد يساعد على تكوين جبهات معارضة مسلحة.

^(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 61

^(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 62

٢- في بعض البلدان يمكن لخطر الاستيلاء العسكري أن يجبر حكومة منتخبة على تغيير السياسة وقبول توجهات الحكم العسكري أو أن تحل محلها حكومة أخرى تكون أكثر ملاءمة لرغبات الجيش.

٣- إن الاستيلاء العسكري أو التهديد به يمكن أن يؤثر على الحكومة في العمل بشكل فعال وخلق بيئة غير مستقرة للأعمال التجارية الأجنبية.

ومن الأمثلة على ذلك الوضع السياسي في العديد من بلدان أمريكا اللاتينية في الثمانينيات والتسعينات قبل وصول الحكومات المنتخبة ديمقراطياً إلى السلطة.

- التوترات الدينية (٦ نقاط)

قد ينجم ذلك عن الهيمنة على المجتمع أو الحكم من قبل جماعة دينية واحدة تسعى إلى استبدال القانون المدني بالقانون الديني واستبعاد الأديان أو الطوائف الأخرى من العملية السياسية أو الاجتماعية. وقد يكون هذا أيضاً رغبة من جماعة دينية واحدة للسيطرة على الحكم والتعبير عن هويتها الخاصة، منفصلة عن البلد ككل. وتتراوح المخاطر التي تتطوي عليها هذه الحالات بين أشخاص عديمي الخبرة يفرضون سياسات غير ملائمة وصولاً إلى الحرب الأهلية. وتظهر الأحداث في تونس وليبيا ومصر في أعقاب التغييرات في تلك البلدان بعد "الثورات" بعض من هذه المخاطر.

- التوترات الإثنية (٦ نقاط)

يقيس عنصر المخاطر السياسية درجة التوتر داخل البلد الذي يعزى إلى الانقسامات العرقية أو الجنسية أو اللغوية. وتعطى تقييمات أقل للبلدان التي تكون فيها التوترات العرقية والجنسية مرتفعة لأن الجماعات المتعارضة فيها غير متسامحة وغير راغبة في التوصل إلى حل توفيقي. وتعطى تقييمات أعلى للبلدان التي تكون فيها التوترات ضئيلة، على الرغم من أن هذه الاختلافات قد تظل قائمة. (١)

- المساءلة الديمقراطية (٦ نقاط)

هذا المقياس يقيس كيفية استجابة الحكومة لطلبات شعبيها على أساس أنه كلما كان رد الفعل أقل استجابة، كلما زاد احتمال سقوط الحكومة سلمياً في مجتمع ديمقراطي من خلال الدعوة لانتخاب حكومة جديدة، وتكون عنيفة في مجتمع غير ديمقراطي من خلال الثورات والاحتجاجات التي تعيق الاستثمارات من الاستمرار في البلد التي تندلع فيها.^(١)

- جودة البيروقراطية (٤ نقاط)

القوة المؤسسية ونوعية البيروقراطية هي امتصاص الصدمة الذي يميل إلى الحد من تعطيل السياسة عندما تتغير الحكومات. وتعد نقاط عالية للبلدان التي تتمتع فيها البيروقراطية بنقاط القوة والخبرة اللازمة للحكم دون حدوث تغييرات جذرية في السياسات أو انقطاع في الخدمات الحكومية؛ في هذه البلدان منخفضة المخاطر، تميل البيروقراطية إلى أن تكون مستقلة إلى حد ما عن الضغوط السياسية، وأن يكون لها آلية راسخة للتوظيف والتدريب. أما البلدان التي تفتقر إلى تأثير خفيف للبيروقراطية القوية فتتلقى نقاطاً منخفضة لأن التغيير في الحكومة يميل إلى أن يكون صدمة من حيث صياغة السياسات اليومية والوظائف الإدارية.^(٢)

المطلب الثاني

الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

وأثرها على تحسين مستوى الضمان

أولاً: مؤشرات قياس للاستثمار

من خلال مؤشر لقياس وضع دول مجلس التعاون الخليجي لقدرتها على جذب الاستثمار لعام ٢٠١٥، أمكن التوصل باستخدام مؤشر ضمان لجاذبية الاستثمار إلى عدة نتائج لكونه مقياس يعتمد على متطلبات رئيسية وأخرى فرعية ،

^(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 62

^(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 63

فقد حققت دول مجلس التعاون الخليجي أداء جيداً من خلال مؤشر الموارد البشرية والطبيعية، والأداء اللوجستي والاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وعوامل التميز والتقدم التكنولوجي، كما كان أداءها متوسطاً في مؤشرات البيئة المؤسسية، وأداء الأعمال، وحجم السوق، وفرص وسهولة النفاذ إليه، وأقل من المتوسط في مؤشري الوساطة المالية والقدرات التمويلية واقتصادات التكتل.⁽¹⁾

ثانياً: آثار تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال الاتفاقات الثنائية للاستثمار:

إذا نظرنا إلى أثر المعاهدات الثنائية حول تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى البلدان النامية⁽²⁾ لا بد من النظر إلى عدة آثار محتملة لمعاهدات الاستثمار الثنائية.

١) تأثير الالتزام على المستوى الدولي:

من شأن الالتزام الدولي الملزم بتوفير حماية مرضية للمستثمرين الأجانب ومعاملتهم المعاملة المثلّي أن يحد ذلك من المخاطر ويزيد من فرص الاستثمار الأجنبي المباشر من البلدان المصدرة لرأس المال إلى البلدان النامية، وتقيس الدراسات هذه الفرضية من حيث تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الناتجة عن الاتفاقات الثنائية للاستثمار بين زوجين من البلدان المتقدمة والنامية كمتغير تابع؛ حيث تفحص هذه الدراسات ما إذا كان إبرام معاهدات الاستثمار الثنائية التي يوقع عليها، ولا يصدق عليها إلا نادراً تسهم في زيادة تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر من البلدان المصدرة لرأس المال إلى البلدان النامية في معاهدات الاستثمار الثنائية.

٢) تأثير الإشارة

(1) انظر د/ مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ١٧

(2) The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries - UNCTAD Series on International Investment Policies for Development - UNITED NATIONS New York and Geneva, 2009 - p 1 - 145.

تعطي معاهدات الاستثمار الثنائية إشارة جديّة بشأن تحسين حقوق الملكية في البلد المضيف الذي ينطبق على جميع المستثمرين وبالتالي قد يحفز الاستثمار الأجنبي المباشر من جميع البلدان، وليس فقط من الأطراف المتعاقدة في معاهدة الاستثمار الثنائية. ويتم فحص هذه الفرضية عادة باستخدام مجموع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر للبلدان النامية وعدد من معاهدات الاستثمار الثنائية المبرمة، وفي معظم الحالات مع بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وأحيانا أخرى مع بلدان نامية كمتغير رئيسي تفسيري.

(٣) دليل على تحسين الجودة المؤسسية.

لما كان الأمر يستغرق بعض الوقت لتحسين الجودة المؤسسية؛ أي نوعية المؤسسات والسياسات المعنية بالاستثمار الأجنبي المباشر، فيمكن أن ينظر المستثمرون الأجانب في معاهدات الاستثمار الثنائية كبديل لتحسين النوعية المؤسسية، وبالتالي تحفيز تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر من هؤلاء المستثمرين. ويمكن التحقق من هذه الفرضية باستخدام التدفقات الإجمالية والتدفقات الثنائية للاستثمار الأجنبي المباشر.

(٤) معاهدات الاستثمار الثنائية ذات الأحكام القوية.

إن معاهدات الاستثمار الثنائية ذات الأحكام القوية لصالح المستثمرين الأجانب هي فرصة أكبر لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر؛ وتركز الدراسات على مقارنة التدفقات الناتجة عن الاستثمار الأجنبي المباشر والواردة من البلدان المصدرة لرأس المال بعد إبرام معاهدات استثمار ثنائية قوية مقارنة بالتدفقات الواردة من البلدان المصدرة لرأس المال بعد إبرام معاهدات استثمار ثنائية ضعيفة.^(١)

(¹)The role of of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 30

خلاصة الفصل الأول

نخلص مما سبق إلى أنه رغم تعدد المخاطر السياسية التي تهدد الاستثمار وتدفقاته إلى الدولة المضيفة للاستثمار؛ إلا أنه هناك قدر من الضمان تواترت عليه الممارسات الدولية؛ وهذا القدر يبلغ حده الأقصى في توفير الحماية الكاملة والأمن حتى في أشد الظروف ضراوة مثل الاضطرابات الداخلية والعمليات الإرهابية؛ وينزل بالضمان إلى الحد التقليدي لضمان نزع الملكية وإعاقه تحويل الأرباح والعملات ويتوسطها بالثبات والاستقرار التشريعي؛ وأن هذه المخاطر وضمانها درجت مؤسسات دولية عديدة على قياسها وتصنيف دولها إلى الحد الذي يعطي مؤشرات صادقة للمستثمر لينتقي الدولة التي يبتغي معدل ضمان مرتفع فيها؛ وهنا نوصي المشرع المصري بضرورة وضع آليات تشريعية تلزم جميع مؤسسات الدولة بمراقبة معايير هذه المؤسسات الدولية لتصنيف مخاطر الاستثمار لعلها في يوم من الأيام تكون طريقاً من طرق حوكمة الاستثمار. وننتقل بعد ذلك في الفصل الثاني إلى الإجراءات الدولية لتنفيذ الضمان من خلال مناقشة المفاوضات الدولية، والقضاء والتحكيم الدولي، والحماية الدبلوماسية كسبل لإنصاف المستثمر وتسوية النزاع، وأيضاً نناقش الحد الأدنى لحقوق المستثمر وكيفية معاملته بشكل غير تمييزي ينتقص من قدر الضمان الممنوح له بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

الفصل الثاني

الإطار القانوني الدولي لتنفيذ الضمان

تمهيد وتقسيم

إذا ما تحقق الخطر الذي يتهدد المستثمر وأمواله، فإنه يترتب أضراراً تلحق به؛ فما هو السبيل لتفعيل ضمان المستثمر؛ هل يلجأ إلى المفاوضات الدولية، أم على الفور يسلك سبل الانتصاف القضائي؟ أم يسعى نحو الحماية الدبلوماسية وتدويل الموقف بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هو الحد الأدنى من المعاملة الواجب اتباعها لهذا المستثمر؟ وهل له حقوق ينبغي ألا يتجرأ عليها أحد؟ وما هو موقف المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ من هذه الإجراءات لتفعيل ضمان المستثمر؟ هذا ما أتعرض له بالتفصيل في المباحث الآتية:

المبحث الأول: المفاوضات الدولية

المبحث الثاني: التحكيم والقضاء الدولي

المبحث الثالث: الحماية الدبلوماسية

المبحث الرابع: التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي

المبحث الخامس: حقوق المستثمر والحماية ضد القرارات التعسفية

المبحث الأول

المفاوضات الدولية

تمهيد وتقسيم

إذا لجأ المستثمر للمفاوضات بعد تحقق الخطر أو أثناءه؛ فما هو نطاق هذه المفاوضات في ضمان الاستثمار؟ وما الاتفاقيات التي يستحسن فيها سلوك هذه الوسيلة لتفعيل الضمان ضد خطر الاستثمارات، وإذا كان السبيل للتفاوض مفتوحاً؛ فما هي محددات إعادة المفاوضات، ومن له حق الاشتراك في المفاوضات الدولية الخاصة بالاستثمار؟ هذا ما أتعرض له في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالمفاوضات الدولية في نطاق تنفيذ ضمان الاستثمار

المطلب الثاني: محددات إعادة المفاوضات

المطلب الثالث: أهلية الاشتراك في المفاوضات الدولية.

المطلب الأول

المقصود بالمفاوضات الدولية

في نطاق تنفيذ ضمان الاستثمار

أولاً: المقصود بالمفاوضات

يقصد بالمفاوضات تبادل وجهات النظر بين الأطراف الراغبة في إبرام المعاهدة الدولية حول موضوعها أيا كان هذا الموضوع. وليس للمفاوضات شكل معين تصب فيه؛ بحيث إذا ما لم يتبع هذا الشكل عد الأمر لا علاقة له بالمفاوضات. فهي تتم عادة في المعاهدات الثنائية في شكل لقاءات بين ممثلي الدولتين الأطراف في المفاوضات.⁽¹⁾ وقد تمارس المفاوضات في مقر منظمة دولية؛ حيث يلتقى ممثلو الدولتين في مقر المنظمة الدولية والتي تقدم أمانة الأخيرة كافة التسهيلات الإدارية اللازمة لإبرام مثل هذه المعاهدة وإتمام التفاوض بشأنها.⁽²⁾ أما في حالة المعاهدات

(1) صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧ - ص ٢٠٦ "قد يقود المفاوضات في هذه الحالة رئيسا الدولتين في حال ما كانت المعاهدات باللغة الأهمية، أو رئيسا الحكومتين أو وزيراً الخارجية أو غيرهم ممن يعهد إليهم بتمثيل الدول الأطراف، ويعاون هؤلاء مجموعة من الخبراء والفنيين في أحوال المفاوضات التي تتناول مسائل أو موضوعات فنية تستدعي خبرة خاصة. وقد يتم اللقاء في إقليم أحد الطرفين، أو في إقليم دولة ثالثة."

(2) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٦

الجماعية او المتعددة الأطراف^(١)؛ فإن المفاوضات بشأنها تتم عادة في إطار مؤتمر دولي، تجري الدعوة إليه خصيصا للتفاوض بشأن تلك المعاهدة.^(٢)

ثانيا : مضمون المفاوضات الدولية

تعتمد المفاوضات في حال المعاهدات الثنائية على المقترحات التي يتقدم بها الأطراف، وما يقدم في مواجهتها من مقترحات مقابلة أو تعديل للمقترحات المقدمة؛ حتى يتم التوصل لاتفاق معين حول مضمون المعاهدة.^(٣) أما في حال المؤتمرات الدبلوماسية التي تعقد بشأن معاهدة دولية جماعية أو متعددة الأطراف فإن رحي المفاوضات تدور حول نصوص مشروع اتفاقية دولية تم إعداده سلفا.^(٤) وتفسير المعاهدة بما يخالف النص الصريح للالتزامات الواردة فيها يعني ضمنا الدعوة إلى

(^١)Lena U. Serhan - Arbitration Unbound: How the Yukos Oil Decision Yields Uncertainty for International - Investment Arbitration- Texas Law Review - Vol. 95:101 - 2016 - p 101 "One example of a multilateral treaty signed by fifty-two nations is the Energy Charter Treaty (ECT). This treaty facilitates energy investments in foreign countries by binding multiple nations to the provisions of the treaty. With this collaborative agreement, research and development in the energy industry across the world is possible. "

(^٢) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٦ " حدث ذلك في مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار الذي عقد دوراته المتعاقبة منذ عام ١٩٧٣ وحتى عام ١٩٨٢، حيث توصل إلى إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، ومؤتمر جنيف الدبلوماسي للعمل على تطوير وإنماء القانون الدولي الإنساني المطبق على النزاعات المسلحة في الفترة من ١٩٧٤ وحتى ١٩٧٧ حيث توج في يونيو ١٩٧٧ بإقرار وتوقيع بروتوكولين تكميلين لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ بشأن حماية ضحايا الحروب." وقد زيد على هذين البروتوكولين بروتوكول الشارة لعام ٢٠٠٥ والذي يعطي تمييزا واضحا للعاملين في الخدمات الإنسانية أثناء الصراع المسلح. انظر في ذلك الموقع الالكتروني للصليب الأحمر الدولي <https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/protocoliii.pdf>

آخر زيارة للموقع ٢٠١٨/٢/١٨

(^٣)Qingjiang Kong - The"state-led-economy"issue in the BIT negotiations and its policy implications for China - China-EU Law J (2016) - springer - p 15

(^٤) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٧ " وهذا قد حدث في مؤتمر الأمم المتحدة الأول لقانون البحار والذي نظر في المشروع الذي أعدته لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة وتوصل إلى إقرار مجموعة اتفاقيات جنيف لقانون البحار لعام ١٩٥٨. "

إعادة التفاوض بشأنها. وإن كان الأمر غير متصور في المعاهدات الجماعية إلا أنه متصور في المعاهدات الثنائية.^(١)

وقد تكون إعادة التفاوض ليست دائما في مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار ؛ حيث أن النقص التعاقدية يفتح الطريق أمام السلوكيات الانتهازية المحتملة. ويمكن للطرفين الاستفادة من مراحل التكيف التعاقدية لمراجعة الشروط التعاقدية لصالحهم. ونتيجة لتوقعات الأطراف، فإن مثل هذا الوضع يؤدي إلى مستوى دون المستوى الأمثل للاستثمار الأولي. ومع ذلك، فإن نظرية العقود غير المكتملة تبين كيف يمكن حل هذه المسألة عن طريق توزيع مناسب لحقوق الملكية مسبقا. وفي الواقع، يحمل صاحب حقوق الملكية أيضا حقوق السيطرة المتبقية على الموجودات. وهذا يعني أنه يقع على عاتق هذا صاحب حقوق الملكية اتخاذ القرار النهائي بشأن استخدام هذه الموجودات في الحالة التي تتجلى فيها فشل العلاقة مما يعطيها استراتيجية خروج أفضل وكذلك فائضا أعلى أثناء إعادة التفاوض. وبالتالي فإن حوافزها للاستثمار هي الأعلى. وبالتالي، لحل مشاكل إعادة التفاوض الانتهازية ونقص الاستثمار، ينبغي توزيع حقوق الملكية لصالح الطرف التي يكون مستوى الاستثمار الخاص بها أكثر أهمية لنجاح العلاقة.^(٢) والواقع أن ضعف المؤسسات يضر بمصادقية السلطات العامة، ومن ثم يمكن أن تؤدي إعادة التفاوض الانتهازية إلى اختلاس الموارد أو إلى

(^١)Ole Kristian Fauchald - The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical

Analysis - The European Journal of International Law Vol. 19 no. 2 - 2008 - - p 332 " if an agreement were to go against the ordinary meaning of the terms used in the treaty, or would otherwise add to or detract from the obligations set out in the treaty, it can be argued that the appropriate approach would be to negotiate amendments to the treaty. While such an option may not be available in practice under multilateral treaties, it would normally be easily available under bilateral treaties."

(^٢)Jean Beuve & others - The Economics of Public-Private Partnerships Theoretical and Empirical Developments - An Economic Analysis of Public-Private Partnerships - Springer International Publishing AG 2018 - p 34

انخفاض في نوعية السلع أو الخدمات التي يقدمها الطرف الخاص. ويلاحظ بالتالي أن إعادة التفاوض يمكن أن تتخفف بدرجة كبيرة من خلال وجود سلطة تنظيمية عليا وتزيد في المقابل بزيادة السلوكيات الفاسدة وغياب مثل تلك السلطة.⁽¹⁾ فإعادة التفاوض على العقود التي شرعت فيها الدولة يمكن أن تنتج عن سلوك انتهازي من جانبها، مما يحتمل أن يقلل بشكل كبير هوامش ربح المستثمر. ومثل هذا السلوك يزيد من عدم اليقين بالنسبة للمستثمرين، الذين يمكن أن يتوقعوا أن السلطة العامة ربما تعود إلى التزاماتها الأولية.⁽²⁾ وتحدث إعادة التفاوض عندما يفشل العقد الحالي في معالجة الظروف الراهنة. إما لأن الافتراضات التي تم إجراؤها في البداية لم تعد دقيقة (توقعات حركة المرور أو الاستهلاك، وتقديرات التكلفة، وأسعار الفائدة، وما إلى ذلك) أو أن أحد الطرفين يشترك في تغييرات تعاقدية من جانب واحد، مما يجعل العقد الأصلي من الصعب الامتثال لكلا الطرفين.⁽³⁾ وتوضح نظرية العقد إعادة التفاوض استنادا إلى الطبيعة غير الكاملة للعقود، فعقود الامتياز معرضة بشكل خاص لعدم الاكتمال بسبب طول مدتها، والتي يمكن أن تدوم ما بين ٥٠ أو ٦٠ عاما. وبغض النظر عن التحسينات التي طرأت على التنبؤ الاقتصادي القياسي، فإنه من المستحيل التنبؤ بتقديرات التكاليف قبل عدة عقود. وحتى في مرحلة البناء، غالبا ما تكون تقديرات التكاليف متحيزة، ولكن التقدير أكثر صعوبة بالنسبة للطلب والمتغيرات الاقتصادية الكلية. ففي مرحلة التخطيط، الخطر الرئيسي هو سياسي. وخلال المرحلة الأولية من المشروع، يتم إجراء تقييم أولي لتقييم ما إذا كان ينبغي المضي قدما في المشروع. وخلال هذه الفترة، لا سيما بالنسبة للمشاريع الواسعة النطاق (مثل السدود أو أنظمة السكك الحديدية الخفيفة أو المطارات)، فإن الأحزاب

(1) Jean Beuve & others - Ibid - p 36

(2) Jean Beuve & others - Ibid - p 47

(3) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013 - p 112

السياسية يمكن استخدام المشروع للنزاع السياسي. وفي مرحلة التصميم، هناك خطر في عدم التوافق بين الخطط والتشغيل الحقيقي للخدمة. وهناك أيضا المخاطر الكامنة في تصميم أعمال الهندسة المدنية المعقدة. ومن الناحية النظرية، ينبغي استخدام إعادة التفاوض للطوارئ، مما يعني أنه ينبغي استخدامها كأداة لإدارة المخاطر. إلا أن الواقع مختلف تماما. (1)

ثالثا: بنود إعادة التفاوض في اتفاقيات تقاسم الإنتاج

يمكن أن تقدم بنود إعادة التفاوض في اتفاقيات مشاركة الإنتاج إجابة لمشاكل التحكم مع إتاحة الفرصة لتحقيق التوازن بين المصالح المتنافسة لكل من الدولة والمستثمرين الأجانب على التوالي. فالدولة لديها قلق خاص بشأن السيطرة على مواردها الهيدروكربونية. لذا تسمح اتفاقيات مشاركة الإنتاج للدولة بالاحتفاظ بملكيتها على الموارد الهيدروكربونية لفترة أطول خلال أنشطة الإنتاج والتصدير. (2) ومع ذلك، فالقلق الحقيقي ينشأ في كون اتفاقيات مشاركة الإنتاج تميل إلى تأمين السيادة في اتفاقية طويلة الأجل مع شرط الثبات التشريعي، التي قد تكون الدولة أو لا تكون على بيينة من العواقب ذات الصلة بالقرار أو القدرة على توقع التغييرات الكامنة. وتزداد قوة التفاوض لدى الدول حالما يكون هناك تقدم كبير في المشروع أو توجد الهيدروكربونات داخل أراضيها. ومع ذلك من المحتمل أن تكون هناك دولة جديدة في صناعة الهيدروكربونات لديها قدرات فنية أو نظام تشريعي ناقص. فيما يتعلق بالمواد الهيدروكربونية، تأكل مع مختلف التعقيدات المشاركة في هذه الصناعة. وقد يعوق جذب المستثمرين بشكل فعال المحاولات المستقبلية لتنظيم وإعادة توزيع الأرباح غير المتوقعة أو تغيير الهياكل الضريبية على قطاع الهيدروكربونات دون ردود فعل غير مرغوبة للغاية. وهذه القضايا تجبر الدولة فعليًا على توقع عقود في

(1) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 113 - 115

(2) Jeffery R. Ray - Illusory Control of State Controlled Resources Through Stabilisation Clauses: Renegotiation Clauses May Save the Contract - OGEL - Vol. 11 - issue 5 - October 2013 - p 1

المستقبل، وهو في جوهره مقامرة. ومن ناحية أخرى ، سيكون لدى المستثمر السلطة القصوى في بداية المفاوضات وسيسعى للحصول على شروط مواتية أثناء استخدام هذه السلطة. وتسعى مصالح المستثمر إلى تقليل المخاطر من خلال "أطر قانونية متسقة وشفافة" لأقصى فترة زمنية ممكنة معا ، هذه المصالح المتعارضة تماما تخلق توتر كبير لتحقيق أقصى عائد مالي من العلاقة. وغالبا ما تكون هذه المصالح متحسسة لإنشاء اتحاد وقد تترك مخاوف غير مالية دون حل. قد يخلق المدى الزمني لإعلان دعم برامج اتفاقيات مشاركة الإنتاج فكرة وهمية عن السيطرة لدى الدولة.⁽¹⁾

المطلب الثاني

محددات إعادة المفاوضات

أولا: المحددات الخارجية لعملية إعادة المفاوضات

تعد البيئة الخارجية واحدة من المحددات الخارجية الأكثر صلة لأنها تشمل جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وكذلك تلك الجوانب فيما يتعلق بالحوكمة العامة لمشاريع المصلحة العامة، مثل تدبير مؤسسات الإدارة العامة، بما في ذلك نظام العدالة (مثل الشفافية والمشاركة والمساءلة). حيث يتم تحليل كل من السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وانحياز القرار السياسي، ومنظومة العدالة، ومكافحة الفساد، والشفافية ، والمشاركة الشعبية ونظام المحاسبة والمساءلة، والقدرة على إنفاذ القانون، ومدى احتمالية تكرار المشاريع. وأيضا من المحددات الخارجية عملية الشراء وكيفية إتمام إجراءات الشراء وعدد مقدمي العروض ونموذج تقييم العروض. ومن أهم المحددات الخارجية لعملية إعادة المفاوضات برنامج التمويل المقترح والذي يتمثل في نموذج المكافآت ونسبة حقوق الملكية. ويعد من قبيل المحددات الخارجية الخصائص التي يتمتع بها المشروع محل التفاوض من نوعية الاستثمار والمدة الزمنية ومدى التعقيد الذي يفرضه المشروع. وأخيرا تعد البيئة

(1) Jeffery R. Ray - Ibid - p2-4

التنظيمية من أوضاع المحددات التي يبحث عنها المستثمر أثناء إجراء عملية إعادة التفاوض من حيث وجود المنظم وكفاءة النموذج التنظيمي ونظام ادارة العقود.^(١)
ثانيا: المحددات الذاتية لعملية إعادة المفاوضات

من أهم المحددات الذاتية لعملية إعادة المفاوضات اتفاقية تقاسم المخاطر وشروط الإنهاء وبنود إعادة التوازن ومؤشرات الأداء الرئيسية للتشجيع على إعادة التفاوض وبنود إدارة العقود.^(٢) وتتضمن إعادة التفاوض تغيير البنود والشروط التعاقدية الأصلية.^(٣) ويرجع البعض سبب إعادة التفاوض إما لأن العقود الأولى غير كاملة وإما لسوء التصميم أو لصدمات تعرض لها الاقتصاد الكلي أو لوجود سلوك انتهازي، ويشرع في طلب إعادة التفاوض إما الحكومة أو بمبادرة من قبل المستثمر أو من كليهما.^(٤)

المطلب الثالث

أهلية الاشتراك في المفاوضات الدولية

يجب لاتمام المفاوضات أن يكون القائم عليها يمثل شخصا من أشخاص القانون الدولي العام له أهلية إبرام المعاهدات الدولية كالدول والمنظمات الدولية والمشروعات الدولية العامة ودولة الفاتيكان؛ فلا يجوز للأفراد بصفاتهم الشخصية الاشتراك في مفاوضات تستهدف إبرام معاهدات دولية.^(٥)

(١) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 123-130

(٢) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 131 - 132

(٣) Kumar V. Pratap• Rajesh Chakrabarti - Public-Private Partnerships in Infrastructure Managing the Challenges - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017 - p 261

(٤) Kumar V. Pratap• Rajesh Chakrabarti -Ibid - p 262-264

(٥) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ " فالمفاوضات التي تدور بين ممثلي دولة معينة وشخص أو أشخاص يمثلون أحد المشروعات الدولية أو المتعددة الجنسيات بهدف التوصل إلى إبرام عقد بين تلك الدولة وذلك المشروع لا تعتبر مفاوضة في مفهوم القانون الدولي العام؛ وإن كانت تعد بطبيعة الحال مفاوضة في مفهوم القانون الداخلي للدولة الطرف فيها، أو للدولة التي يدور التفاوض فوق إقليمها."

أولاً: وثائق التفويض

يجب أن يكون المتفاوض مزوداً بأوراق تفويض إلا إن كان رئيساً للدولة أو رئيساً للحكومة أو وزيراً للخارجية أو رئيساً للبعثة الدبلوماسية المعتمدة لدى الدولة التي يتم التفاوض مع ممثليها، أو رئيساً للبعثة الدائمة لدى إحدى المنظمات الدولية فيما يتعلق بالتفاوض مع المنظمة ذاتها. فهنا لا يحتاج الأمر لأوراق تفويض أما غيرهم فيجب أن يتزودوا بأوراق تفويض.^(١) فوثيقة التفويض عبارة عن مستند مكتوب صادر عن رئيس الدولة ويزود به المتفاوض لإثبات صفته والسلطات المخولة له في مجال التعبير عن إرادة الدولة والتفاوض أو التعاقد باسمها. ويقوم المتفاوضون بتقديم تلك الوثائق للتحقق من صفاتهم وسلطاتهم مع بداية التفاوض. مالم يكونوا معفيين من تقديم مثل تلك الوثائق.^(٢)

ثانياً: نتيجة المفاوضات

تدور المفاوضات بين نتيجتين إما الوصول إلى اتفاق محدد وهنا تكون نتيجة المفاوضات إيجابية؛ أو عدم الوصول إلى اتفاق محدد وهنا نتيجة المفاوضات تكون نتيجة سلبية. وفي الحالة الأولى يتعين المضي قدماً نحو تحرير وتدوين ما تم الاتفاق عليه في صياغة محددة تمهيداً للتوقيع عليه في شكل معاهدة دولية. أما المفاوضات التي لا تتوج بتحرير للمعاهدة الدولية والتوقيع عليها فلا تقيد الدول الأطراف التي

(١) انظر المادة ٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ " ١ - يعتبر الشخص ممثلاً للدولة في قبول نص معاهدة أو اعتمادها أو في التعبير عن ارتضاء الدولة للالتزام بها في الحالات الآتية: أ- إذا قدم وثيقة التفويض المناسبة. ب- إذا بدأ من سوابق الدول المعنية أو من ظروف أخرى أن نية هذه الدولة قد اتجهت إلى اعتبار هذا الشخص ممثلاً لها في هذا الغرض والتنازل عن التفويض. ٢- يعتبر الأشخاص المذكورين فيما بعد ممثلين لدولهم بحكم وظائفهم دون حاجة إلى تقديم وثائق تفويض. أ- رؤساء الدول، ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية فيما يتعلق بجميع الأعمال الخاصة بإبرام معاهدة. ب- رؤساء البعثات الدبلوماسية فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة بين الدول المعتمدة والدولة المعتمدين لديها. ج- الممثلون المعتمدون من الدول لدى مؤتمر دولي أو لدى منظمة دولية أو إحدى فروعها فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة في هذا المؤتمر أو المنظمة أو الفرع."

(٢) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢١٠

شاركت فيها بما قد تكون قد أبدته من مواقف بالقبول أو بالرفض إبان المفاوضات الأولى إذا ما عادت إلى مائدة المفاوضات من جديد.⁽¹⁾ ومن أكثر العقود والمعاهدات التي تكون محلا للمفاوضات الدولية وإعادة التفاوض بشأن شروطها على المستوى المحلي والدولي هي عقود ومعاهدات الشراكة بين القطاع العام والخاص⁽²⁾ وذلك على المستوى المحلي ويمثلها على المستوى الدولي معاهدات الاستثمار.⁽³⁾ وإذا كان من الممكن إعادة التفاوض بشأن العقد بعد إجراء الاستثمارات، فإن حوافز الاستثمار ستبقى غير متأثرة ولكن يمكن بعد ذلك تحقيق تجارة فعالة. مفتاح نتائجها هو أن

(1) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢١١ بالهامش " في صيف ١٩٣٠ دارت المفاوضات بين ممثلي الحكومة المصرية وممثلي المملكة المتحدة لتصفية المسألة المصرية، وتم الاتفاق على كل المسائل إلا مسألة السودان ؛ إذ فشلت الدولتان في الوصول إلى اتفاق عليها فقطعت المفاوضات، وفي ١٢ / ١٢ / ١٩٣٥ أرسلت الجبهة الوطنية المصرية مذكرة إلى المندوب السامي البريطاني تطلب فيها فتح باب التفاوض بين الدولتين على أساس ما تم الاتفاق عليه في مفاوضات ١٩٣٠ ؛ فرد المندوب السامي بمذكر مؤرخة في ٧ / ٢ / ١٩٣٦ اثبت فيها ما يلي " أعرب ممثلو الهيئات والأحزاب المختلفة في الكتاب الذي بعثوا به إلى سعادة المندوب السامي في ١٢/١٢/١٩٣٥ عن رغبتهم في أن تصرح حكومة صاحب الجلالة في المملكة المتحدة بقبولها إبرام معاهدة بينها وبين حكومة مصر الدستورية بنفس الشروط التي وضعت وقبلت على أثر مفاوضات هندرسن - النحاس عام ١٩٣٠ ، وتسوية المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها بالروح الودية التي سادت تلك المفاوضات؛ فلكي يمتنع أي سوء تفاهم محتمل في المستقبل ترى حكومة صاحب الجلالة في المملكة المتحدة أنه من المرغوب فيه أن تشير إلى المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن الحكومات لا تتقيد بنصوص معينة جرى البحث فيها في مفاوضات لم تفض إلى اتفاق نهائي، وأن تصرح بأنها في الوقت الذي تريد فيه أن تصل إلى إبرام معاهدة برمتها ، ليس في وسعها قبول التقيد بنصوص مشروع معاهدة ١٩٣٠ نفسها ، أو أية مفاوضة أخرى لم تنته إلى اتفاق."

(2) Kathryn Gordon - Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development - OECD Investment Policy Perspectives - 2008 - p 107

(3) Ricardo Ferreira Reis & Joaquim Miranda Sarmiento - "Cutting costs to the bone": the Portuguese experience in renegotiating public private partnerships highways during the financial crisis - Springer Science+Business Media, LLC 2017- p 2-3

المردودات بموجب العقد الأولي هي بمثابة نقطة انطلاق في عملية إعادة التفاوض وأن تضمن لكل طرف عائد أدنى على الاستثمار.⁽¹⁾

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن المفاوضات الدولية أحد أهم سبل إعادة التوازن الاقتصادي إلى اتفاق الاستثمار وأن المحددات الخارجية والداخلية لإعادة التفاوض لها كبير الأثر في إنجاح عملية التفاوض بشرط أن من يملكها تكون له الأهلية في إلزام من يمثله ببنود التفاوض الجديدة؛ وهنا إذا لم تفلح المفاوضات في تسوية النزاع يتجه الأطراف إما للتحكيم أو للقضاء الدولي، وهذا ما نعرض له بشئ من التفصيل كوسيلة قضائية لإنصاف المستثمر.

المبحث الثاني

التحكيم والقضاء الدولي

تمهيد وتقسيم

من أهم مزايا اتفاقيات الاستثمار أنها تسمح عند حدوث نزاع بين الدولتين حول تنفيذها بإمكانية اللجوء إلى القضاء الدولي لحله بحكم كونهما من أشخاص القانون الدولي.⁽²⁾ وقد سعى الجميع إلى إدراج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية⁽³⁾، حيث يرى المتعاملين في مجال التجارة الدولية أنه من الأفضل طرح

(1)Nicole Bastian Johnson - Divisional performance measurement and transfer pricing for intangible assets - Springer Science+Business Media, LLC 2006 - p 342

(2) منى محمود مصطفى - الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ١١٨ " تهدف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إلى تشجيع المستثمرين بإزالة مخاوفهم من المخاطر غير التجارية. وتشجيع تدفق رأس المال والتكنولوجيا للدول النامية بغرض المساهمة في توفير احتياجاتها اللازمة لدفع عجلة التنمية."

(3)Roger P. Alford - The Convergence of International Trade and Investment Arbitration - Santa clara Journal of international law 35 (2013) - <http://ssrn.com/abstract=2411753> - last visit 30/4/2018 - p 55 "Recourse to trade remedies to pursue the enforcement of arbitration wards is a present reality. In the future, the convergence of trade and arbitration may include recourse to investment arbitration to enforce international trade guarantees.

منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة؛ فضلا عن أن عدم خضوع التحكيم لأي جهة رسمية أو دولة لها مصلحة معينة، فهذا يؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم.^(١) ورغم تزايد عدد المحاكم الوطنية التي تعالج قضايا من القانون الدولي فإن مقدار مؤسسات التحكيم والمحكمين ينمو باستمرار لمعالجة مثل هذه القضايا. ويرجع ذلك إلى القبول العام للتحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية؛ فعلى مدار العقود القليلة الماضية، كانت هناك زيادة في استخدام التحكيم بدلا من التقاضي في المحاكم المحلية. وكثيرا ما ينظر المستثمرين إلى المحاكم والهيئات القضائية الدولية على أنها "أجهزة" نزيهة ذات خبرة قانونية في حل النزاعات القانونية.^(٢) لذا نناقش التحكيم والقضاء الدولي في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التحكيم الدولي

المطلب الثاني: القضاء الدولي

المطلب الأول

التحكيم الدولي

تمهيد وتقسيم

إن محكمة العدل الدولية هي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة (المادة ٩٢ من ميثاق الأمم المتحدة)^(٣) وأحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة.^(١) وجميع

Specifically, umbrella clauses in bilateral investment treaties are being invoked to enforce investment commitments in trade agreements."

(١) فؤاد محمد محمد أبو طالب - التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية - ٢٠٠٧ - ص ١٤٤

(٢) Robert Gommel - Ibid - p 48

(٣) UN charter - Art 92 "The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter."

أعضاء الأمم المتحدة هم بحكم الواقع أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وفقا للمادة ٩٣ (١) من ميثاق الأمم المتحدة. (٢) وجميع قرارات محكمة العدل الدولية ملزمة للدول الأعضاء في الأمم المتحدة وفقا للمادة ٩٤ (١) من ميثاق الأمم المتحدة. (٣) ومع ذلك تؤكد المادة ٩٥ من ميثاق الأمم المتحدة على أن محكمة العدل الدولية ليست المؤسسة الوحيدة التي تسوي النزاعات الدولية. (٤) ووفقا للمادة ٣٦(١) (٥)، والمادة ٣٨ (٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإن محكمة العدل الدولية لها اختصاص فيما يتعلق بجميع المسائل التي يشير إليها الأطراف وتقرر وفقا للقانون الدولي. ولا تقتصر محكمة العدل الدولية على بعض مطالبات

(١) UN charter - Art 7/1 " There are established as principal organs of the United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat."

(٢) UN charter - Art 93/1" All Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice."

(٣) UN charter - Art 94/1"Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party."

(٤) UN charter - Art 95 " Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future."

(٥) تنص المادة ١/٣٦ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها."

(٦) تنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " ١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن : (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛ (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال؛ (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛ (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩. ٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك."

القانون الدولي أو في شقها الموضوعي. ولكن تتوقف الولاية القضائية على موافقة الأطراف كما تنص المادة ٣٦(٢)^(١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية؛ وتنص المادة ٣٤(١)^(٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن الدول وحدها هي التي يمكن أن تكون طرفاً في محكمة العدل الدولية. ولذلك، فإن محكمة العدل الدولية ليست خياراً مطروحاً لتسوية النزاع في الحالات التي يشترك فيها أشخاص طبيعيون أو قضائيون.^(٣) لذا نناقش في هذا المطلب:

الفرع الأول: التحكيم بين الدولة والمستثمر

الفرع الثاني: الشروط المسبقة للتحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول.

الفرع الثالث: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كأداة جديدة لحماية الاستثمار

الفرع الأول

التحكيم بين الدولة والمستثمر

أولاً: المستثمر أم الدولة الأم

لتحقيق الغاية المنشودة من تهيئة مناخ قانوني من الثقة في الدولة المضيفة،

فإن المعايير الموضوعية لحماية الاستثمار في معاهدات الاستثمار الدولية تعزز دائماً

(١) تنص المادة ٢/٣٦ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح في أي وقت بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام بنفسه متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية: (أ) تفسير معاهدة من المعاهدات؛ (ب) أية مسألة من مسائل القانون الدولي؛ (ج) تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقاً للالتزام دولي؛ (د) نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض."

(٢) تنص المادة ١/٣٤ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة."

(٣) Robert Gommel - Ibid - p 48

بند تسوية المنازعات في معاهدة الاستثمار والذي يتيح للمستثمرين الأجانب المؤهلين تقديم انتهاكات معاهدة الاستثمار من جانب الدولة المضيفة للتحكيم الدولي.⁽¹⁾

وقد وقعت أول معاهدة استثمار ثنائية بين ألمانيا وباكستان عام ١٩٥٩ معتمدة على تسوية المنازعات. ويتضمن حكم الولاية القضائية فيها طريقة لتسوية المنازعات بين الدولتين إما من طرف في المعاهدة حول تفسير وتطبيق معاهدة الاستثمار الثنائية إلى محكمة العدل الدولية أو في حالة عدم اتفاق أحد الأطراف التعاهدية على ذلك، لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم المخصص.⁽²⁾ ويرى البعض ضرورة تطبيق قواعد القانون العام حين تفسير معاهدات الاستثمار نظرا لأن

(1) Jonathan Klett - National Interest vs. Foreign Investment Protecting Parties through ISDS - Tulane Journal of international & comparative law - Vol. 25 - 2016 - p 214 "Investor-state dispute settlement (ISDS) is a legal instrument that provides foreign investors the right to call for arbitration against a government when they believe the government has violated an international investment treaty"

(2) Bajar Scharaw - Ibid - p 106, Gus Van Harten and Martin Loughlin - Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law - The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 - 2006 - p123 "The evolution of investment arbitration into a system of international adjudicative review follows from the conclusion of over 2,000 bilateral and regional investment treaties, most of which provide for the compulsory arbitration of investment disputes involving the state. It was only during the 1990s that investment arbitration clearly emerged as an international mechanism of adjudicative review. In that decade, roughly 1,500 BITs were concluded, and the inclusion of states' consents to investment arbitration – based on broad jurisdictional concepts and liberal investment standards – became the norm".; Scott J. Shackelford & others - Using BITs to Protect Bytes: Promoting Cyber Peace by Safeguarding Trade Secrets Through Bilateral Investment Treaties - American Business Law Journal - Volume 52, Issue 1, 1–74, Spring 2015 - p 3 " BITs long have been an important component of international investment law.-By 2013, there were 2857 BITs involving the vast majority of countries. These agreements cover a huge range of industry sectors and business activities, and generally include a forum for resolving disputes in the form of investor–state arbitration."

أحد أطراف المعاهدة سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة المضيفة للاستثمار.^(١) ومع ذلك، فإن معاهدة الاستثمار الثنائية بين ألمانيا وباكستان لم تسمح للمستثمرين بمقاضاة الدولة المضيفة بسبب انتهاكها لمعاهدة الاستثمار الثنائية.

ويعتبر القائمين على صياغة معاهدات الاستثمار هذا الخيار حاسماً لأن الدولة الأم قد تمتنع عن بدء إجراءات الحماية الدبلوماسية من الدولة الأم ضد الدولة المضيفة لأي أسباب خاصة بالسياسة. وحتى إذا بدأت هذه الإجراءات بناء على طلب مستثمر، فإن الدولة الأم ستتابع المطالبات باسمها وحقها. ولا يستطيع المستثمر السيطرة على القضية ولا يمكن أن يصر على دفع التعويضات المستحقة على الدولة المضيفة المنتهكة لمعاهدة الاستثمار. وقد درجت معاهدات الاستثمار الدولية بانتظام على إدراج بند تسوية المنازعات الذي يسمح للمستثمرين الأجانب المشمولين بمعاهدة

(١) José E. Alvarez - Is Investor-State Arbitration 'Public'? - IILJ Working Paper 2016/6

Global Administrative Law Series - <http://ssrn.com/abstract=2820325> - last visit 1/5/2018 - p30 " The contention that the public nature of ISDS should prompt a search for and application of 'general principles of public law' drawn from national laws and practices merits critical scrutiny as well. ISDS tribunals have, of course, a license to apply general principles of law to the extent these are, for example, "relevant rules of international law" under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. For public law advocates, general principles of public law are obviously relevant to the public international investment regime and are particularly desirable insofar as their use will promote less international law fragmentation between public law regimes. Thus, Schill argues that "general principles of public law" can and should influence the interpretation of investment treaties as well as the interpretation of any relevant rules of customary law insofar as these principles permit deducing "institutional and procedural requirements from comparable domestic and international standards for a context-specific interpretation of the investor's right in question." Schill has argued that such general principles of public law can assist ISDS tribunals in terms of determining liability for representations made by government officials, for taxes they impose on property, or for resolving tensions between the right to property and a government's duty to protect cultural heritage, for example."

الاستثمار بأن يحتجوا مباشرة بانتهاكات المعاهدات وأن يطلبوا تعويضا من الدولة المضيفة أمام هيئة تحكيم دولية.⁽¹⁾ والخروج من نطاق الولاية القضائية الوطنية إلى نطاق القضاء الدولي⁽²⁾؛ وهذا "الحق الإجرائي المستقل" للمستثمرين الأجانب هو خصيصة يتمتع بها القانون الدولي للاستثمار.⁽³⁾

فمنذ التسعينات وصاعداً، ازدادت "عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول استناداً إلى معاهدات الاستثمار".⁽⁴⁾ واعتباراً من أغسطس ٢٠١٦، قامت الأونكتاد

⁽¹⁾Susan L. Karamanian - International Energy Trade and InvestorState Arbitration: What Role for Sustainable Development? - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016 - p356 " More than 2200 bilateral investment treaties (BITs) and more than 200 free trade agreements (FTAs) and other IIAs are in force. Many IIAs enable an investor, which claims that the Host State has breached a treaty's protection measure, to arbitrate claims directly against the Host State."

⁽²⁾ Julien Cantegreil - The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 2-2011-Oxford University press-p 442 "The Texaco award must therefore be read as forward-looking. The shift from the traditional hegemony of national jurisdiction in international investment law to the internationalization of international contracts is Dupuy's long-lasting contribution to international law doctrine"

⁽³⁾Bajar Scharaw - Ibid - p 106; - Julien Chaisse and Dini Sejko - Investor-State Arbitration Distorted When the Claimant Is a State - Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics - by Leïla Choukroune - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016 - p 77

⁽⁴⁾Claudia Reith - Investor-State Arbitration: A Tale of Endless Obstacles? - Flexibility in Modern Business Law A Comparative Assessment - Springer Japan 2016 - p123 " Investment treaties play a crucial role in attracting foreign investments, which are necessary to boost the steadily weak economies of many states. These treaties protect foreign investors and grant them – besides broad substantive protection..– the right to bring claims against the host state before an arbitral tribunal. Due to the fact that investor-state arbitration insulates the foreign investor from domestic courts, which may be inefficient or hostile towards claims against the host state, it has

باحتراب ٦٩٦ عملية تحكيم للاستثمار تأسيسا على معاهدات استثمارية تستند إلى المعاهدات في جميع أنحاء العالم. ووفقا للأونكتاد، حسمت هذه المنازعات بنسبة ٣٦.٥ % لصالح البلدان المضيفة، و٢٦.٤% لصالح المستثمرين، و٢٥.٧% تم تسويتها باتفاق ما بين الأطراف المتنازعة، و ٩.٧% تم وقفها. أما بقية القضايا فقد قررت لصالح الطرفين حيث أسندت المسؤولية ولم يتحقق أي ضرر. (١) وإذا نظرنا إلى عام ٢٠١٥ نجد مجموعة من خبراء الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان بقيادة السيد " ألفريد دي زياس" الخبير المستقل المعني بالنهوض بنظام دولي ديمقراطي ومنصف بإصدار بيانٍ أعبوا فيه عن القلق بشأن قانون الاستثمار الدولي:

" هناك قلق مشروع من أن معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف قد تؤدي إلى تفاقم مشكلة الفقر المدقع ، وتعرض للخطر إعادة التفاوض بشأن الديون الخارجية بطريقة عادلة وفعالة، وتؤثر على حقوق السكان الأصليين والأقليات والأشخاص ذوي الإعاقة والمسنين وغيرهم من الأشخاص الذين يغادرون البلاد في حالات الضعف؛ إن فصول تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة في معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقيات التجارة الحرة هي أيضا إشكالية متزايدة بالنظر إلى تجربة التحكيم المتصل بالعقود التي جرت قبل محاكم تسوية منازعات الاستثمار. وتبين التجربة أن الوظيفة التنظيمية للعديد من الدول وقدرتها على التشريع لأجل المصلحة العامة قد تعرضت للخطر. ونعتقد أن المشكلة قد تفاقت بسبب "الأثر البارد" الذي أحدثته أحكام محاكم تسوية منازعات الاستثمار المتطفلة ، عندما تمت معاقبة الدول لاعتمادها لوائح لحماية البيئة والأمن الغذائي والوصول إلى الأدوية الضرورية والحد من التدخين ، كما هو مطلوب بموجب

become the generally recognized method for resolving disputes between foreign investors and states."

(¹)Bajar Scharaw - Ibid - p 106 - 107

اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ ورفع الحد الأدنى للأجور.⁽¹⁾

هذا الانتقاد الشائع الذي يتم طرحه اليوم ضد معاهدات الاستثمار وتحكيم الاستثمار. لا يشير خبراء الأمم المتحدة إلى دليل عليه. وتؤكد على ذلك الأستاذة الدكتورة **Karamanian**⁽²⁾ بأنها غير مقتنعة بهذا النقد وترى أنه "من المفترض أن تكون اتفاقات الاستثمار الدولية والنظام الذي تنشأ في إطاره المنازعات التي تنشأ في ظلها لا مجال للقول بأنها ستضر بأهداف التنمية المستدامة وتشير أولاً إلى أن بعض اتفاقات الاستثمار الدولية الحديثة تنص على أن تدابير حماية الاستثمار يمكن أن ينظر فيها في ضوء أهداف اجتماعية مهمة أخرى. وبالنسبة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة، يمكن للمحاكم الرجوع إلى قواعد القانون الدولي غير الاستثمارية، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لتفسيرها بحيث تؤخذ في الحسبان الاعتبارات المتعلقة بالتنمية المستدامة. وفي هذا السياق ليس بالضرورة أن يكون المستثمرون هم من يقومون بأعمال ضارة بالتنمية المستدامة ولكن في الغالب الدول المضيفة هي التي قد تتخذ أعمالاً ضارة بالتنمية المستدامة. عندئذ ، فإن الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة أو الالتزام بحماية التوقعات المشروعة للمستثمر يلعبان دوراً مهماً في حماية المستثمرين وبالتالي تعزيز التنمية المستدامة.⁽³⁾ وتؤكد أيضاً **Karamanian** على كيفية تطبيق خيار نزع الملكية وفقاً لمبادئ التنمية المستدامة وتوضح أنه من المفترض أن تتخذ المحاكم ثلاث خطوات:

(1)Shotaro Hamamoto - Comment to "International Energy Trade and Investor-State Arbitration" - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016 - p 378

(2)Associate Dean for International and Comparative Legal Studies, George Washington

University Law School, Washington, DC, USA

(3)Shotaro Hamamoto - Ibid - p 378

أولاً: ينبغي عليهم النظر في نص المعاهدة المعمول به لمعرفة ما إذا كان يسمح باستثناءات تستند إلى أهداف مشروعة بما في ذلك التنمية المستدامة؛
ثانياً: يجب أن يفعلوا الشيء نفسه لمعرفة ما إذا كان يحتوي على حكم خاص للدفاع عن إجراءات الدولة؛
ثالثاً: ينبغي أن ينظروا فيما إذا كانت القواعد الدولية العرفية بشأن الضرورة قابلة للتطبيق أم لا.^(١)

ثانياً: أشكال موافقة الدولة على التحكيم بين المستثمرين والدول

يجب على الأطراف في التحكيم بين المستثمرين والدول أن يوافقوا على التحكيم في المنازعات الاستثمارية باعتبارها الشرط الأساسي لإنشاء ولاية قضائية تحكيمية لا تنفد بتسوية المنازعات في المحاكم الوطنية المختصة الأخرى. حيث يفضل المستثمرون الأجانب عادة التحكيم الدولي في منازعاتهم مع الدولة عن التقاضي أمام محاكمها لأسباب مختلفة. وهذا يعني أن البلد المضيف يجب أن يكون قد وافق على التحكيم في المنازعات بين المستثمرين والدول مما يستبعد أي ولاية قضائية لمحاكمها الوطنية المختصة. وتتفق الدول على التحكيم بين المستثمرين والدول بثلاثة طرق مختلفة:

- ١- الموافقة من خلال بنود تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية.
- ٢- الموافقة من خلال شروط تسوية النزاعات في قوانين الاستثمار المحلي.
- ٣- الموافقة من خلال بنود التحكيم في العقود بين المستثمرين والدول.^(٢)

ثالثاً: أهمية التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول

بغض النظر عما إذا كان ذلك يستند إلى موافقة الدولة في معاهدات الاستثمار الدولية، أو قوانين الاستثمار المحلية، أو عقود الاستثمار، فإن التحكيم بين

^(١)Shotaro Hamamoto - Ibid - p 378

^(٢)Bajar Scharaw - Ibid - p 107

المستثمرين والدول يقدم أساسا نفس الخصائص العامة للتحكيم التجاري.^(١) فلا يزال التحكيم الدولي يستخدم لتأمين السرية، ويسمح بتكوين هيئة تسوية المنازعات، ويضمن البت في النزاع من قبل المحكمين ذوي الخبرة القانونية الخاصة. ويسمح التحكيم للمستثمرين الأجانب باختيار طريقة لتسوية النزاع مستقلة عن الدولة المضيفة للاستثمار.^(٢) وإذا كان من المقبول تنفيذ أحكام المحاكم الوطنية داخل الدولة لمضيفة للاستثمار، فإن هيئات التحكيم المنشأة بموجب معاهدات الاستثمار الدولية أو قوانين الاستثمار المحلي، أو العقود بين المستثمرين والدول يمكن أن تصدر أحكامها النهائية مدعومة بقابليتها للتنفيذ الدولي، وذلك بفضل الاعتماد الواسع النطاق اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها والتي تعرف باتفاقية نيويورك واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمعروفة بـ "إكسيد" اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار.^(٣)

رابعاً: ملامح شروط تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية

معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة تتضمن بانتظام شرط تسوية المنازعات وفقاً للتحكيم حيث يمكن للمستثمرين الأجانب والدولة المضيفة أن تقدم المنازعة إلى التحكيم الدولي بصفة عامة أو إلى تحكيم مخصص بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم؛ فعلى سبيل المثال، يسمح اتفاق الشراكة الاقتصادية بين اليابان ومنغوليا لعام ٢٠١٥ للمستثمرين الأجانب من أي طرف من الأطراف المتعاقدة باختيار:

أ- التحكيم وفقاً لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، طالما كانت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار سارية بين الطرفين؛

(١)Richard H Kreindler & Thomas Kopp - International Commercial Arbitration - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 - p 1-18

(٢)Bajar Scharaw - Ibid - p 109.

(٣)Bajar Scharaw - Ibid - p 110; Susan D. Franck & Lindsey E. Wylie - Predicting outcomes in investment treaty arbitration - Duke law journal - Vol. 65:459 - 2015 - p 459 - 526

ب- التحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، شريطة أن يكون أي من الطرفين، وليس كليهما، طرفا في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار؛ "إكسيد"

(ج) التحكيم بموجب قواعد التحكيم الأونسيترال؛ وإذا تم الاتفاق أي تحكيم وفقا لقواعد التحكيم الأخرى. وتختلف شروط تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية اختلافا كبيرا في نطاق التطبيق. فضلا عن أنها تحدد بانتظام شروطا إجرائية سابقة تحتاج الى الوفاء بها قبل الشروع في التحكيم بين المستثمرين والدول.

خامسا: نطاق التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمر والدولة

إذا ما أمكن "عرض منازعات معاهدة الاستثمار" على التحكيم بين المستثمر والدولة بأنه " يمكن اعتبار مستوى الحماية العام لمعاهدة الاستثمار أعلى أو أقل. وبصفة عامة، يمكن للمرء أن يميز بين شروط "واسعة" و "ضيقة" لتسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية. حيث تشمل العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية بنود تسوية المنازعات على نطاق واسع، والتي تخول المستثمرين تقديم "أي" نزاع قانوني مع البلد المضيف فيما يتعلق بالاستثمار الذي تشمله معاهدة الاستثمار للتحكيم القائم على المعاهدات بين المستثمرين والدول. وعلى نقيض ذلك، فإن شروط تسوية المنازعات الضيقة في معاهدات الاستثمار تتضمن قيودا موضوعية. وبعض هذه البنود الضيقة تقيد طريقة التحكيم في معاهدة الاستثمار لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الناشئة بموجب أحكام معاهدة الاستثمار. فعلى سبيل المثال نجد معاهدة الاستثمار الثنائية في منغوليا والمملكة المتحدة تحدد التحكيم بين المستثمرين والدول للمنازعات الناشئة بين شركة وطنية أو شركة تابعة لطرف متعاقد واحد والطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق بالتزام بموجب هذا الاتفاق".⁽¹⁾

(1) Bajar Scharaw - Ibid - p 110-111

الفرع الثاني

الشروط المسبقة للتحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول

١ - شرط الانتظار لمدة زمنية

كثيرا ما تنص معاهدات الاستثمار الدولية على شروط يتعين الوفاء بها قبل الشروع في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. ومن الشائع جدا اشتراط محاولة حل نزاع بين المستثمرين والدول وديا من خلال المفاوضات في الدولة المضيفة لفترة محددة من الزمن تسمى فترة التهدئة. فوفقا لإتفاق الشراكة الاقتصادية بين اليابان ومنغوليا يجوز تسوية النزاع الاستثماري، قدر المستطاع، وديا من خلال المشاورات بين الأطراف المتنازعة فقط؛ وإذا لم يكن هناك تسوية ودية في غضون ١٢٠ يوما، يجوز للمستثمر أن يبدأ تحكيما بين المستثمرين والدول؛ وتتطلب "بنود الانتظار" الأخرى في معاهدات الاستثمار من المستثمرين الأجانب متابعة سبل الانتصاف المحلية في الدولة المضيفة لفترة زمنية معينة قبل الشروع في التحكيم الاستثماري. إذا لم يتم التوصل إلى تسوية أو قرار في المحاكم الوطنية المختصة في غضون الفترة المحددة، يمكن تقديم النزاع بين المستثمرين والدول إلى التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار.

٢ - شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء للتحكيم الدولي

وفقا للقانون الدولي التقليدي، تتطلب دعاوى الدولة الأم بالنيابة عن مواطنيها استنفاد سبل الانتصاف المحلية من قبل المحاكم الوطنية أولا. وعلى النقيض من ذلك، كثيرا ما يقترح عدم وجود شرط من هذا القبيل لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما توافق الدول على التحكيم بين المستثمرين والدول في معاهدات الاستثمار. ويقال إن الحق المباشر في رفع دعوى قضائية، على النحو الممنوح للمستثمرين الأجانب في معاهدات الاستثمار الثنائية حالياً يتغلب على القيود الإجرائية بموجب مفهوم القانون الدولي التقليدي للحماية الدبلوماسية. ولكن بعض محاكم الاستثمار

الناشئة عن معاهدات دولية قد قضت صراحة بأن مبدأ استفاد سبل الانتصاف المحلية مستبعد أو على الأقل يمكن الاستغناء عنه في ضوء عرض معاهدة الاستثمار للتحكيم في المنازعات مع المستثمرين الأجانب. ولزيادة اليقين، فإن معاهدات الاستثمار الثنائية تنص على أن كل طرف في معاهدة الاستثمار "يعطي هذه الموافقة غير المشروطة على تقديم نزاع إلى التحكيم الدولي".^(١)

٣- شرط الاختيار بين البدائل في التحكيم

إن بعض معاهدات الاستثمار الدولية تدرج "شروط الاختيار بين البدائل"، والتي يجب على المستثمرين أن يختاروا فيها بين القضاء المحلي والتحكيم الدولي، في حين أن ما سيختارونه سيكون نهائياً لا يجوز العدول عنه إلى غيره. بحيث إذا أحيل موضوع معين إلى المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، فقد لا يحال بعد ذلك إلى التحكيم القائم على المعاهدات بين المستثمرين والدول. ومدى قابلية تطبيق شروط الاختيار بين البدائل يمكن أن يكون من الصعب تحديده. وقد طبقت محاكم معاهدات الاستثمار، بما في ذلك المحكمة في قضية موارد خان ضد منغوليا، "اختبار الهوية الثلاثية". ولكي يحتج بشرط "الاختيار بين البدائل" دون النظر في الدعوى التي تنتظر فيها المحكمة، يتعين على المحكمة أن تنتظر فيما إذا كانت الدعوى نفسها قد سلكت "بديلاً مختلفاً"، أي أن هناك دعوى لها نفس المضمون والأطراف وسبب الدعوى، قد عرضت بالفعل على منصة قضائية أخرى من عدمه.^(٢)

الفرع الثالث

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

كأداة جديدة لحماية الاستثمار

أولاً: لجوء المستثمر للمركز الدولي مباشرة

قد حدث تطور آخر في مجال حماية الاستثمار الدولي في عام ١٩٦٥. وفي إطار قانون الاستثمار الدولي وفر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار آلية

(١)Bajar Scharaw - Ibid - p 112-113

(٢)Bajar Scharaw - Ibid - p 114

جديدة لتسوية المنازعات، حيث يستطيع المستثمرون التقاضي مباشرة ضد الدولة المضيفة. ويعزى إنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار أيضا إلى تزايد عدد المنازعات الاستثمارية والحاجة إلى تحكيم مؤسسي. وفي هذا الصدد، نقل القانون العرفي الدولي المتعلق بالاستثمار الدولي إلى قانون قائم على المعاهدات، من خلال النص على شروط معينة في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. ويعد - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - مؤسسة دولية مستقلة بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، المعروفة أيضا باسم اتفاقية واشنطن). حيث وضع المديرون التنفيذيون للبنك الدولي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، التي فتح باب التوقيع عليها في عام ١٩٦٥. لذا يعد " إكسيد " هو جزء من ما يسمى مجموعة البنك الدولي. إلا أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليس محكمة لأنه لا يقدم سوى منتدى لتحكيم الاستثمار. وتوفر اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إجراء شاملا لتحكيم الاستثمار وبالتالي يستبعد تطبيق لوائح التحكيم الوطنية. واليوم، تتعامل محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع أكثر من نصف جميع المنازعات الاستثمارية في جميع أنحاء العالم. وعلى الرغم من أن المقر الرئيسي في واشنطن العاصمة، فإن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو مؤسسة تحكيم دولية. ويتمثل أحد المقاصد الرئيسية لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في تحقيق التوازن بين الطرفين، لأن المستثمر (الخاص) يواجه دولة. والأهم من ذلك أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار تفرض التزاما دوليا على الدول المضيفة بالامتثال^(١).

ثانياً: حظر استخدام الحماية الدبلوماسية

تحظر المادة ٢٧ (١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صراحة على الدولة المستثمرة للمستثمرين استخدام الحماية الدبلوماسية إذا وافقت

(١)Robert Gommel - Ibid - p 53-54

الدولة المضيفة على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. (١) ومن الضروري استعراض اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار فيما يتعلق بلوائح التحكيم. وتشمل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار ثلاثة أنواع مختلفة من الإجراءات، وهي إجراءات التحكيم، وإجراءات التوفيق، ومرفق الإجراءات الإضافية. الأول هو إجراء "يشبه المحكمة" مما يؤدي إلى حكم ملزم، والثاني هو إجراء يقوده وسيط يحاول التوصل إلى تخفيف توافقي للخلافات. أما الثالث يصل إلى حكم ملزم. ووفقا للمادة ٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بشأن اختصاص المركز. يقتصر اختصاص المركز في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار على " أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار ". ووفقا للمادة ٤١ (١) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، يجب على المحكمة المختصة أن تبت في اختصاصها في تناولها لكل حالة على حدة. ومع ذلك، فإن الاختصاص ليس بسيطا كما قد يبدو. ففيما يتعلق بالاستثمارات، هناك الكثير من العقود المختلفة المعنية. وأبرزها معاهدة الاستثمار الثنائية وعقد الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة. والذي يعرف بعقد الدولة. وفيما يتعلق باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن معاهدة الاستثمار الثنائية هي الأداة الرئيسية التي تسمح بالتحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وإذا استبعدت معاهدة الاستثمار الثنائية هذه الإمكانية، يصعب الحصول عليها في إطار اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. حيث يمكن أن تخضع انتهاكات معاهدة الاستثمار الثنائية (المطالبات التعاهدية) لمحاكم المركز الدولي

(١) ICSID Convention - Art 27 " (1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

لتسوية منازعات الاستثمار. وتعطي معاهدات الاستثمار الثنائية الحقوق التعاقدية للمستثمر ضد الدولة المضيفة، على الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة. (1)

ثالثاً: دعاوى المعاهدات والعقود

الفكرة الرئيسية لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار هي أن العقود " تخلق الحقوق في نظام قانوني محلي بينما تخلق المعاهدات حقوقاً منفصلة في النظام القانوني الدولي ". ولا يشكل انتهاك قانون العقود خرقاً للقانون الدولي تلقائياً. والتمييز بين الدعاوى المتعلقة بالعقود والدعاوى المتعلقة بالمعاهدات يتعلق أيضاً بالتمييز بين مجرد الأعمال التجارية وتدخل الدولة (مثلاً في حالة تدخل الدولة بسبب السياسة العامة). وهناك أيضاً تعريف لكل من المصطلحين، حيث: أن دعاوى المعاهدات هي تلك التي تقوم على اتفاق دولي لانتهاك الالتزامات الدولية الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية وتعتمد دعاوى العقود على الحقوق التي تنشأ بموجب اتفاق من اتفاقات الامتياز. ولذلك يوجد فرق بين خرق الالتزامات التعاقدية وخرق معاهدة الاستثمار الثنائية. وتختلف دعاوى المعاهدات والعقود عن بعضها البعض. ولا يستبعد هذا احتمال أن يكون خرق العقد أيضاً خرقاً لمعاهدة الاستثمار الثنائية.

وكثيراً ما تتحقق المحاكم من "الأساس الأساسي للدعوى". ومع ذلك، ليس هناك اتساق فيما يتعلق بنطاق التقييم للدعاوى، حيث أن بعض المحاكم تذكر فقط أن قضيتهم لا بد أن تستوفي جميع المتطلبات. وليس كافياً أن يدعي أحد الأطراف أن هناك مطالبة بموجب معاهدة. واختتمت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأن هناك شاغلين رئيسيين يتعين معالجتهما وهما: أولاً: ضمان عدم إغراق المحاكم والهيئات القضائية بالدعاوى التي ليس لديها فرصة للنجاح، أو قد تكون ذات طبيعة مسببة؛ وثانياً: عند النظر في مسائل الاختصاص، فإن المحاكم والهيئات القضائية لا تدخل في مزايا القضايا دون مناقشة سابقة كافية. فمحاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لديها فرصة للتحقق من اختصاصها؛ كما

(1) Robert Gommel - Ibid - p 82- 83

أن المحكمة لديها إمكانية النظر وراء الأساس الواقعي للدعوات ، ويجب على صاحب الدعوى أن يقدم بعض الأدلة على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. ويجب أن تثبت هذه الأدلة عادة أن الادعاء المزعوم يقع ضمن اختصاص المركز. وإذا كان المستثمر يقوم ادعاءه على أساس الدعوى فقط عن خرق عقد الاستثمار وليس معاهدة الاستثمار الثنائية، فإن أحكام تسوية المنازعات الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية لن تطبق. ويجب على المستثمر أن يستند في إدعاءه حينها على مخالفة لوائح معاهدة الاستثمار الثنائية للاستفادة من خيارات تسوية المنازعات الثنائية.⁽¹⁾

رابعا: التنازل عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

هناك مشكلتان شائعتان تتعلقان بمسألة اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. الأولى تتناول مسألة التنازلات الصريحة. حيث يجوز للمستثمر أن يتنازل صراحة عن حقه في الاختصاص القضائي، في عقد الامتياز. ويمكن أن يؤدي ذلك إلى رفض اختصاص المركز. ومن مصلحة العديد من الحكومات أن يتنازل المستثمر عن حقه في اختصاص المركز. أما المسألة الثانية فتتناول مشكلة التنازلات الضمنية. خاصة، أن هناك عدة عقود بين الدولة والمستثمر (وليس معاهدة الاستثمار الثنائية)، التي قد تشمل نماذج مختلفة من شروط التسوية ، وفي كلتا الحالتين، لا يتمكن المستثمر من استخدام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ومع ذلك، خلصت بعض محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى ذلك أن شرط اختيار المحكمة لا يمثل تنازل عن حق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وقد ذكرت محاكم أخرى أن شرط اختيار المحكمة يتنازل فقط عن الحقوق المتعلقة بالدعاوى الناشئة عن العقود، وليس الدعاوى الناشئة عن المعاهدات. وكما ذكرت محاكم أخرى في المركز، أن ذلك الأمر يعد خيارا

(1) Robert Gommel - Ibid - p 84-85

للتنازل عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حتى في حالة الدعاوى الناشئة عن المعاهدات. ويجب أن يصاغ التنازل بطريقة صريحة ويجب على محكمة تسوية منازعات الاستثمار أن تعالج التنازل ونتائجه في القضية المعنية. وعلاوة على ذلك، ذكرت محكمة واحدة من مركز تسوية منازعات الاستثمار أنه من المهم تنفيذ أي خيار صحيح لشرط اختيار المحكمة في العقد".⁽¹⁾

المطلب الثاني

القضاء الدولي

أولاً: محكمة الاستثمار الدائمة أم اللجوء إلى التحكيم الدولي

يعد النفاذ إلى منصة القضاء حق من حقوق الإنسان بصفة عامة وحق من حقوق المستثمر بصفة خاصة⁽²⁾ فنجد أكبر قدر من الحماية للمستثمر واستثماراته إدراج شرط اللجوء للتحكيم مسبقاً بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار في اتفاق الاستثمار⁽³⁾ فعلى سبيل المثال قد وجدت هذه الحماية المهمة للمستثمرين الأجانب حتى الآن في معظم اتفاقات التجارة الحرة الثنائية والإقليمية⁽⁴⁾ واتفاقات الاستثمار

⁽¹⁾Robert Gommel - Ibid - p 85- 86

⁽²⁾Francesco Francioni - Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009 - p732

⁽³⁾Catharine Titi - Institutional Developments in Investor-State Dispute Settlement and Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes - European Yearbook of International Economic Law 2015 - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015 - p 317 "One of the seminal characteristics of most modern-day international investment agreements (IIAs) is the provision for access to investor-State dispute settlement (ISDS), through which an investor alleging a violation of the agreement may directly claim against its host State in international arbitration. Protection standards offered to investors through these international law instruments, such as fair and equitable treatment, full protection and security, and a guarantee of 'prompt, adequate and effective'"

⁽⁴⁾Arjan Lejour & Maria Salfi - The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment - CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis - CPB Discussion paper 298 - 2015 - p 8

الثنائية.^(١) لذا يردد البعض أن إصلاح نظام القانون الدولي للاستثمار يأتي أولاً من خلال إصلاح آلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.^(٢)

وإذا نظرنا إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين المستثمر والدولة المضيفة نجد بعض معاهدات الاستثمار الثنائية الأولى كمعاهدة الاستثمار الثنائية بين أستراليا والصين في ١١ يولييه ١٩٨٨ تليها معاهدة بين أستراليا وفيتنام في ١١ سبتمبر ١٩٩١. وما تلاها من معاهدات الاستثمار الأسترالية مع الدول الآسيوية تنص على التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر، مما يسمح للمستثمرين الأجانب بتقديم دعاوى مباشرة أمام المحاكم الدولية إذا خرقت الدول المضيفة الالتزامات الجوهرية التي تم التعهد بها في الاتفاقات، بدلاً من الاضطرار إلى الاحتماء بدولهم الأصلية لتقديم الدعاوى ضد الدولة المضيفة، كما هو ضروري بموجب نظام منظمة التجارة العالمية. وباعتراف الجميع، لا تسمح معاهدة الاستثمار الثنائية في أستراليا مع الصين إلا بدعاوى التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر المتعلقة بنزع ملكية أصول المستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة. ومع ذلك، ومع ظهور الصين كمصدر رئيسي لرأس المال، وليس مجرد مستورد له، فإن المعاهدات التي أبرمتها الصين قد نصت على تدابير تحكيم واسعة النطاق بين الدولة المضيفة والمستثمر منذ التسعينيات. كما أن الدول الأعضاء في رابطة دول جنوب شرق آسيا "الاسيان" قد وضعت أحكاماً واسعة النطاق فيما يخص التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر. ومن الأمثلة الأخيرة على ذلك اتفاق الاستثمار الشامل لرابطة أمم جنوب شرق آسيا، الموقع في عام ٢٠٠٩، والذي بدأ نفاذه في مارس ٢٠١٢. ومع ذلك، فإن بيان سياسة التجارة الحكومية الصادر في أبريل ٢٠١١ تخلى عن شرط إمكانية التحكيم

(^١) Luke Nottage and Simon Butt - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector/An Australian Perspective - Recent International Commercial Arbitration and Investor -State Arbitration Developments Impacting on Australia's Investments in the Resources Sector - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p 159

(^٢) Catharine Titi - Ibid - p 317

بين الدولة المضيفة والمستثمر في معاهدات الاستثمار في أستراليا في المستقبل.^(١) وتتجلى شعبية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في مضاعفة الدعاوى التي ترفع كل عام.^(٢) ففي عام ٢٠١٣ ، تم تسجيل ما لا يقل عن ٥٧ دعوى جديدة من المستثمرين والدول ، مما رفع إجمالي الدعاوى المرتبطة بمعاهدة الاستثمار إلى ٥٦٨ دعوى بحلول نهاية ذلك العام. وتم رفع نسبة عالية نسبيا من هذه الدعاوى ضد الدول المتقدمة ، وبشكل ملحوظ ضد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وهذا في حد ذاته تطور جدير بالملاحظة ، بالنظر إلى أن الدول الصناعية ، وخاصة الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، كانت محمية بشكل عام من دعاوى الاستثمار. حيث كانت المعاهدات التي أبرمتها الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تحمي بقوة مصالح المستثمرين، وتقوم أساسا على حماية المستثمرين الأوروبيين في مشاريعهم

^(١)Luke Nottage and Simon Butt - Ibid - p 159

^(٢)Cedric Dupont & Thomas Schultz and Merih Angin - Political risk and investment arbitration: an empirical study - Journal of International Dispute Settlement - King's College London Dickson Poon School of Law - Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2016-03 - <http://ssrn.com/abstract=2703798> - last visit 1/5/2018 - p2 " Since the mid-nineties, international investment arbitration has become a regular tool used by investors to settle disputes with host countries. Whereas its use remained almost absent from the radar from the first case in 1972 to 1995, it has since then quickly risen to an average of more 30 cases a year in the 2000s. It has even reached record numbers in 2012 and 2013 with respectively 60 and 69 new cases. According to our own account, we have now more than 775 cases of investment arbitration. Furthermore, the number of countries that have been targeted by arbitration is on the rise, both in the developing and developed worlds, to reach more than 100 countries."; Robin F. Hansen - Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties - The Modern law review - Volume 73 July 2010 No 4 - p 524 " The first known such arbitration, Asian Agricultural Products v Sri Lanka, was initiated in 1987. Arbitrations between investors and host states prior to this award were held pursuant to (1) state contracts between investors and host states, (2) domestic investment laws or (3) specific treaty instruments establishing a highly discrete jurisdictional scope for arbitrations."

في العالم النامي فضلا عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة المضيفة لهم دون توقع دعاوى ("متبادلة") ضد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ومن المثير للاهتمام أن بعض معاهدات الاستثمار الثنائية القديمة قد أبرمت على أساس غير تبادلي بشكل واضح. أحد الأمثلة على ذلك هو معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٧٢ المبرمة بين فرنسا وتونس ، والتي شجعت بشكل واضح على "تطوير الاستثمارات الفرنسية في تونس". وعلى الرغم من أن الوصف أعلاه ينتمي الآن إلى تاريخ معاهدات الاستثمار ، وهو يشهد على المصلحة الأحادية الجانب للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في حماية مستثمريها. تمشيا مع هذا التقليد القديم العهد المتمثل في إبرام المعاهدات مع البلدان ذات الاستثمار الأدنى في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ، لقد بدأ مستثمرو الاتحاد الأوروبي عموماً رفع دعاوى الاستثمار ضد دول ثالثة. على سبيل المثال ، في عام ٢٠١٢ كان مستثمرو الاتحاد الأوروبي يشتركون بنسبة ٦٠ ٪ من النزاعات الجديدة.^(١)

ثانياً: الاتحاد الأوروبي ونظام محكمة الاستثمار الدائمة

يسعى الاتحاد الأوروبي في مقترح نظام محكمة الاستثمار الدائمة للتقاضي على درجتين وهو نظام "محكمة الاستثمار" الجديد من مستويين ؛ وتتمثل الحداثة في اقتراح المفوضية فكرة إنشاء محكمة ابتدائية ومحكمة استئناف للنظر في دعاوى الاستثمار المقدمة بموجب اتفاق الاستثمار وهذه المحاكم هي في واقع الأمر مختلطة بين المحاكم وهيئات التحكيم. وهي تتألف من "قضاة" معينين يعملون لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد، ولكنها تصدر "أحكام" قابلة للإنفاذ بموجب قواعد اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار أو بموجب اتفاقية نيويورك.^(٢) وبالنظر إلى الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل والذي يعد صفقة تجارية واستثمارية طموحة بين كندا والاتحاد الأوروبي تهدف إلى "زيادة التجارة الثنائية وتدفقات الاستثمارات والمساهمة في النمو

^(١)Catharine Titi - Ibid - p 319

^(٢)August Reinisch - Ibid - p 288

في أوقات عدم اليقين الاقتصادي" نجد كل من كندا والاتحاد الأوروبي يعطون أهمية كبيرة لهذا الاتفاق حيث يرددون دائما خلال اللقاءات والمفاوضات أن حماية المستثمرين الأجانب هي على مقدار أهمية التجارة الحرة وتعادلها. وتعتبر أحكام الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بمثابة آلية أقوى لحماية الاستثمار من معاهدات الاستثمار الثنائية السابقة للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وكانت المفوضية الأوروبية واثقة من أن "الاتحاد الأوروبي أدخل ضمانات إضافية قوية للتأكد من أن أحكام حماية الاستثمار تحافظ تماما على حق الحكومات في تنظيم وتنفيذ أهداف السياسة العامة وتجنب أي إساءة استخدام لهذه القواعد".^(١)

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن إدراج شرط التحكيم الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر مباشرة دون تدخل دولة الأخير أمر تواترت عليه معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة؛ ويعد ذلك من أهم الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي المباشر. ونطاق التحكيم بين المستثمر والدولة يتحدد بإرادتهم فقد يشمل كافة بنود المعاهدة وجميع المخاطر، وقد يقتصر على بعض منها فقط. وأن هناك شروط مسبقة للتحكيم تفترض قبل الولوج للتحكيم؛ إما الانتظار لمدة زمنية أو سلوك

(¹)Amalie Giødesen Thystrup and Gunes Unuvar - International Economic Law Contemporary Issues - A Waiver for Europe? CETA's Trade in Services, and Investment Protection Provisions and Their Legal-Political Implications on Regulatory Competence - Springer International Publishing Switzerland and G. Giappichelli Editore 2017 - p 42 - 43 "The negotiations had lasted 5 years between 2009 and 2014. On 29 February 2016 the legal review of CETA was completed, and the same day the parties released the final text of the treaty. In their joint statement, the European Commissioner for Trade and Canada's Minister of International Trade declared that Once finalized, we will focus on the swift ratification of CETA so that individuals and

businesses, both large and small, are able to benefit from the opportunities offered by this gold-standard agreement. We are confident that CETA will be signed in 2016 and will enter into force in 2017"

سبل الانتصاف المحلية أولاً، أو الاختيار بين عدة بدائل منها التحكيم. وتبلغ أهمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في أنه يوفر آلية التحكيم المؤسسي الذي ألفت كثير من معاهدات الاستثمار على الاحتكام إليه. وهناك دولا ومنظمات تسعى بجهد كبير إلى إيجاد محكمة استثمار دائمة بدلا من اللجوء إلى التحكيم المخصوص، ويفضل أن يحذو المشرع المصري ذلك الحذو.

المبحث الثالث

الحماية الدبلوماسية

تمهيد وتقسيم

إذا ما تعرض المستثمر لخطر من المخاطر السياسية، ووجد أنه لن يستطيع الدخول في النزاع مع الدولة المضيفة للاستثمار بمفرده، فسريعا ما يسعى للحماية الدبلوماسية؛ فما المقصود بها؟ وما هي شروط ممارستها؟ وما هي العوائق التي من الممكن أن تعترض الحماية الدبلوماسية؟ وهل هناك علاقة بين التأميم والسعي للحماية الدبلوماسية؟ وما هو مدى الالتزام بشرط الجنسية في نطاق الحماية الدبلوماسية؟ وما هو مستقبل الحماية الدبلوماسية في ظل انتشار التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار؟ نعرض لهذه التساؤلات في نطاق المبحث الثالث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالحماية الدبلوماسية وشروط ممارستها.

المطلب الثاني: عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية.

المطلب الثالث: الجنسية والحماية الدبلوماسية.

المطلب الأول

المقصود بالحماية الدبلوماسية وشروط ممارستها

أولاً: الحماية الدبلوماسية قديما وحديثا.

كانت الدول فقط في القانون الدولي التقليدي الوحيدة التي لديها القدرة على رفع دعوى دولية بسبب انتهاك دولة أخرى للقانون الدولي. وعلى النقيض من ذلك

لا يمكن للأفراد الاحتجاج مباشرة على سلوك غير مشروع دولياً من جانب دولة أجنبية ولكنهم مطالبون بالحصول على حماية دبلوماسية من جانب دولتهم الأصلية.^(١) وهذه الحماية الدبلوماسية^(٢) تعني أن الدولة الأم تستحضر حقها الخاص في حماية مواطنيها في الخارج، ولقد اعتمد قانون الاستثمار الدولي على الحماية الدبلوماسية قديماً؛ إذ أصبح من المستقر حديثاً في قلب كل معاهدة دولية للاستثمار وجود بند لتسوية النزاع يؤهل المستثمرين المشمولين بمعاهدة الاستثمار بالاحتجاج بانتهاك قواعد المعاهدة أمام محكمة دولية والمطالبة بتعويض من الدولة المضيفة المخالفة؛ لذا يتم التأكيد على أن معاهدات الاستثمار الدولية وضعت حماية الاستثمار في إطار من القانون الدولي وبعدت بها عن تسييس تسوية نزاعات المستثمرين.^(٣) فالفكرة الأساسية وراء الحماية الدبلوماسية هي أن الدولة تستطيع المطالبة بالتعويض بدلاً من مواطنيها، لأنه تم منع الفرد من القيام بذلك بسبب قيود القانون الدولي العام. وقد تطورت الحماية الدبلوماسية لتكون أكثر من ذلك بكثير؛ فالآن تعتبر بمثابة حق للدولة.^(٤) هذه الفكرة صاغها لأول مرة الدبلوماسي

(١) هناك اتجاهان في الفقه للاعتراف للفرد بأحقية في شخصية قانونية دولية محدودة؛ الاتجاه الأول ينطلق متمسكاً بالمبدأ التقليدي في القانون الدولي، وهو عدم الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية الدولية، وينتهي هذا الرأي إلى عدم أحقية الفرد في اللجوء إلى المحاكم الدولية مباشرة، وأن نظام الحماية الدبلوماسية يكفي لتحقيق مصالحه. وهناك اتجاه آخر يرى أن مقتضيات التطور الاقتصادي الدولي وحركة رؤوس الأموال الأجنبية والاستثمار تتطلب أن يسند للفرد الحق في اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية من أجل حماية حقوقه ومصالحه ضد الأضرار التي قد تلحقها من تصرفات تصدر عن دول أجنبية. انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري) - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ٥٣ - ٥٤

(٢) وصف هذا النظام بالحماية الدبلوماسية نسبة إلى أن أول طريق يتم التماسه لتبني مطالب الفرد هو الطريق الدبلوماسي أي عبر القنوات الدبلوماسية بين الأشخاص الدولية المعنية بهدف الوصول لتسوية النزاع واستعادة حقوق هذا الفرد أو التعويض عنها. انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٥

(٣) Bajar Scharaw- Ibid - p 12

(٤) Luis Toma's Montilla Ferná'ndez - Ibid - p 83,146 - "Early on, states used diplomatic protection mechanisms to solve investment conflicts. Nevertheless, these mechanisms eventually became obsolete and opened the door to new, more omprehensive and stimulating mechanisms. These mechanisms are often bilaterally or regionally signed in the framework of

السويسري "دي فاتيل" في القرن الثامن عشر. ووفقاً له كل إصابة لمواطن تصيب الدولة بشكل غير مباشر، وهو ما يجب أن يوفر حماية للمواطن؛ حيث تتأسس الحماية الدبلوماسية على أن ما يصيب الفرد من أضرار بمصالحه أو حقوقه المشروعة ، إنما ينطوي في الوقت ذاته على ضرر بمصالح الدولة التي يحمل جنسيتها، وحق المنظمة الدولية في مباشرة الحماية الوظيفية الدبلوماسية على موظفيها أو ممثليها إنما تتأسس على ضرورة كفالة قيام المنظمة بأعمالها وتحقيق أهدافها؛ وينبغي حماية هؤلاء سواء تجاه أحد الدول الأعضاء بالمنظمة أو تجاه دولة ليست عضواً بالمنظمة.^(١) واشتركت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية في وقت لاحق في هذا الرأي.^(٢)

ثانياً: من يتمتع باستخدام حق الحماية الدبلوماسية؟

إذا وصف تصرف الدولة المضيفة للاستثمار بأنه إخلال بأحكام القانون الدولي العرفية أو الاتفاقية يكون من حق دولة المستثمر بغير شك التدخل لحمايته عن طريق المفاوضة ثم التقاضي، إن وجدت محكمة دولية مختصة، ذلك بشرط أن يكون المستثمر نفسه قد استنفذ أولاً سبل الطعن في ذلك التصرف أمام الجهات

IIAs. Diplomatic protection is an inter-state measure through which the home state can make a claim against the host state if the latter has violated IL and adversely affected investors from the home state. Naturally investors cannot directly partake in this mechanism of protection, and they automatically delegate bargaining power to politicians. Thus, it can be said that the protection IL offers to investors contains real limitations because the locus standi of investors is limited, their legal personality is not broadly recognised and diplomatic protection is more akin to a political mechanism than a legal one. Under this system aliens depend more on political decisions than judicial ones."

(١) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٦ - ٥٧

(٢) Sebastian tho Pesch - The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law - The Influence of Human Rights on International Law edited by Norman Weiß • Jean-Marc Thouvenin - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p56

الإدارية والقضائية المتاح له اللجوء إليها في الدولة المضيفة.^(١) فإذا ما أردنا بحث مدى اتفاق قانون جديد للاستثمار مع القانون الدولي؟ لابد من البحث عن عدة أمور.

- ١- مدى انطواء القانون الجديد على تمييز غير شرعي بين المستثمرين الأجانب.
- ٢- مدى مشروعية إجراءات التأميم ونزع الملكية التي يبيحها القانون.
- ٣- مدى كفاية وسائل تسوية المنازعات التي يتيحها القانون.
- ٤- القيمة الدولية للاعفاءات المقررة في القانون بالنسبة للمستثمرين الأجانب خاصة فيما يتعلق بقوانين الضرائب والتأميم التي تصدر في المستقبل.^(٢) وهنا يمكن التمييز بين نوعين من الحقوق التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي : النوع الأول :- هي الحقوق الموضوعية مثل شرط المعاملة الوطنية، وشرط الدولة الأولى بالرعاية^(٣)، أما النوع الثاني فهو حقه في إحالة النزاع الذي يثور بينه وبين الدولة المضيفة للتحكيم التجاري الدولي.

ثالثاً: حق الدولة المضيفة للاستثمار في التشريع

إذا كان من حق الدولة أن تصدر تشريعات تضمن بها حق المستثمر في استثماراته ، فلها أيضاً أن تعدل أو تلغي تلك التشريعات اعتماداً على ممارستها لحقها السيادي، والرأي السائد في الفقه الدولي أن التشريعات الداخلية تهدف إلى ضمان الاستثمار وأن يد الدولة المضيفة تبقى مطلقة في اتخاذ الإجراءات التي تتلاءم وتحقق المنفعة العامة بشرط ألا يكون هناك تمييز في المعاملة بين المستثمرين أو

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٩٩

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٠٠

(٣) انظر في المقصود بشرط الدولة الأولى بالرعاية. ماهر بو خوات - مرجع سابق - ص ٦٢ " ويقصد بشرط الدولة الأكثر بالرعاية ذلك الحكم الذي يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تكن أقل من تلك التي تمنحها لدول أخرى أو لدولة ثالثة، وقد يرد هذا الشرط بصفة عامة بحيث يشمل كافة الحقوق والضمانات التي تتمتع بها الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة، كما يتم تقييده بنص صريح في الاتفاقية بحيث يقتصر على بعض الحقوق والضمانات التي تقرها الدولة للاستثمارات الواردة إليها من دول ترتبط معها بروابط ذات طبيعة خاصة."

اتخذت بالمخالفة لتعهدات مسبقة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار وإلا التزمت الدول بالتعويض عن الأضرار التي تتعرض لها الاستثمارات. ويحمي القانون الدولي العام المستثمر بإقرار التعويض بشروط معينة عند نزع الملكية أو إنكار العدالة، حيث يعترف القانون الدولي العام بحق الدولة كاملة السيادة في اتخاذ إجراءات التأميم ونزع الملكية طبقاً للقواعد والإقرارات الدولية الصادرة في هذا الشأن مما يجعله عملاً مشروعاً طبقاً لأحكام القانون الدولي ، وأهمها ضرورة مراعاة مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الاستثمارات المضيفة^(١)

رابعاً : الحماية الدبلوماسية جزء من القانون الدولي العرفي

نجد أن القواعد والشروط الأساسية للحماية الدبلوماسية وضعت في مشروع مواد لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٦ حول الحماية الدبلوماسية وهذه اللجنة قد تأسست في عام ١٩٤٧ من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد أقرت أنه لا يوجد التزام بموجب القانون الدولي على الدولة بأن تبسط الحماية الدبلوماسية لمواطنيها. وعلاوة على ذلك ، فإن استخدام الحماية الدبلوماسية "يحول" دعوى أحد المستثمرين إلى دعوى دولة، لذا فإن استخدام الحماية الدبلوماسية أمر صعب ، وبالتالي لا يكون مرغوباً فيه بالنسبة للمستثمرين لأنه لا يوجد ضمان بأن الدولة ستتحرك لإنصاف المستثمر؛ لذا أضحت شرط التحكيم من أهم شروط معاهدات الاستثمار حالياً؛ فالحماية الدبلوماسية ليست جذابة بشكل خاص من منظور المستثمر، فهي أمر تقديري يمكن للدولة التي يحمل جنسيتها أن ترفضه ويمكن أن تشرع فيه ثم تتخلى عنه إذا ما وجدت مصلحتها في ذلك؛ وعلاوة على ذلك المستثمر بتسليم قضيته إلى الدولة يفقد السيطرة تماماً على القضية^(٢)، وهذا ما يؤكد حقيقة أن الدولة المستثمر

(١) انظر هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٣٠٥-٣٠٨ .

(٢) Christoph Schreuer - Panel V: Privatization of the Settlement of International Disputes - International Dispute Settlement: Room for Innovations?- by Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg with springer - 2013- p339

الأم التي يحمل المستثمر جنسيتها ليس لديها أي التزام (باستثناء الالتزام الأخلاقي) بدفع تعويضات للمستثمر المعني. فضلاً عن أن محكمة العدل الدولية أشارت إلى أنه لن يتم ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا بعد استنفاد جميع الحلول المحلية المحتملة مسبقاً.^(١)

خامساً: شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية

١- رابطة قانونية أو سياسية بين الفرد والدولة التي تتبنى دعواه.

هذه الرابطة هي رابطة الجنسية، وهي التي تعطي للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية إذا ما أصيب أحد رعاياها بضرر تسببت فيه دولة أجنبية، أما بالنسبة للشخص المعنوي؛ فإنه يكتسب جنسية دولة معينة، وهذه الدولة هي التي تباشر حمايته دبلوماسياً. وفي حال اختلاف جنسية المساهمين عن جنسية الشركة ذاتها؛ إذا كان مصدر الضرر الذي أصاب الشركة هو الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها كنزع الملكية، فيعترف هنا للدولة أو للدول بحق حماية رعاياها المساهمين في شركة أجنبية؛ أما إذا كان مصدر الضرر دولة أخرى غير التي تحمل الشركة جنسيتها فالدول التي تحمل الشركة جنسيتها هي التي لها الحق في مباشرة حماية الشركة

(¹)Robert gommel - Ibid - p 53, August Reinisch - Ibid - p279 " one should not forget that one of the initial purposes of ISA was exactly to have access to a more neutral international forum instead of the local courts of the host State that is a party to the dispute and, of course, to serve as an alternative to diplomatic protection. Traditional rules of diplomatic protection in fact required the exhaustion of local remedies before international dispute settlement options could be accessed. While this requirement is expressly dispensed with in the ICSID Convention in general, also most other investment tribunals have permitted investors to sue without requiring them to exhaust local remedies. Some IIAs expressly address the issue of parallel litigation and try to design rules to avoid such duplication, which range from fork-in-the-road to exhaustion of local remedies clauses."

دبلوماسية في مواجهة هذه الدولة، وليس للدولة أو الدول التي ينتمي إليها المساهمون هذا الحق، وهنا يحق للمساهمين فقط مقاضاة الشركة وتوجيه مطالبهم إليها.^(١)

وهنا الوقت الذي يلزم فيه توافر رابطة الجنسية هو الوقت الذي نشأت فيه واقعة النزاع " أي تاريخ حدوث الضرر " ويقصد بتاريخ الضرر الوقت الذي أصيب فيه الفرد بخسارة أو ضرر يجعله محلاً لمطالبة دولية. ولا بد من توافر هذه الرابطة في التاريخ الذي تباشر فيه الدولة تقديم دعوى الفرد دولياً؛ ويقصد بتاريخ التقديم ذلك التاريخ الذي تودع فيه الدعوى لدى الدولة المسئولة أو أمام محكمة دولية.^(٢)

(^١)Kirsten Schmalenbach - Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) -Max Planck Encyclopedia of Public International Law - August 2010 - <http://opil.ouplaw.com> - Oxford University Press,2015 -p 6 "Regarding the nationality of a corporation, the ICJ stayed in line with its landmark decision in the Barcelona Traction Case: a corporation's nationality does not derive from the nationality of the majority of shareholders. According to the Barcelona Traction Case, the State in which the corporation was established as a legal person and in which it has its seat of corporate management is eligible to protect the corporation on the international plane,..... the Court implicitly decided on the matter by clarifying that the independent corporate personality is to be determined on the basis of the domestic laws of the State of incorporation. Only the State of incorporation being the State of nationality has the right to defend the corporation's rights flowing from this personality. An exception to this rule is provided for in the second sentence of Draft Art.9, requiring a culmination of four factors in order to allow diplomatic protection to be exercised by another State than the State of incorporation: substantive business activities, seat of management , and financial control must be located in that State and the corporation is controlled by its nationals. The ILC bases this exception on consideration of policy and fairness rather than State practice."; Peter T Muchlinski - Corporations in International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2014 - p 3 "Protection of Corporate Rights"

(^٢) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٧-٥٨

والمدقق في تطور القانون الدولي يلحظ التطور الكبير لحقوق حملة الأسهم

في القانون الدولي عندما ينظر المرء في قضية شركة **Barcelona Traction**⁽¹⁾ التي قررتها محكمة العدل الدولية في عام ١٩٧٠؛ وفي هذه الحالة ، كان السؤال المطروح هو ما إذا كان المساهمون البلجيكيون في شركة **Barcelona Traction**، وهي شركة تأسست في كندا، يمكن أن تتبنى بلجيكا مطالبتهم ضد إسبانيا بسبب الضرر الذي لحق بالشركة. ورأت المحكمة أن تحديد هوية شركة ما يحددها مكان تأسيسها وأين يقع مكتبها المسجل. وبالتالي، لم تستطع بلجيكا تبني مطالبة المساهمين البلجيكين ضد إسبانيا. فيما يتعلق بحقوق المساهمين بموجب القانون الدولي العرفي؛ وقد صرحت المحكمة بما يلي:

على الرغم من الشخصية المؤسسية المنفصلة، غالباً ما يتسبب الخطأ في الشركة في المساس بمساهميها. ولكن مجرد حقيقة أن الضرر يتكبده كل من الشركة والمساهمين لا يعني أن كلاهما يحق له المطالبة بالتعويض. . . . في مثل هذه الحالات لا شك تتأثر مصالح المتضررين، ولكن ليس حقوقهم.

وبالتالي ، كلما تضررت مصالح المساهمين بسبب فعل تم تجاه الشركة، يجب على الأخيرة أن تبحث عن اتخاذ الإجراءات المناسبة؛ وعلى الرغم من أن الكيانيين منفصلين ربما يكونان قد تعرضا لنفس الخطأ، إلا أن كيان واحد فقط انتهكت حقوقه. وتقتصر المحكمة أن المساهمين الأجانب لا يحق لهم الحصول على أي حماية دولية مستقلة عن تلك القائمة بالنسبة لشركة متضررة من فعل غير مشروع ترتكبه دولة ما. كما أوضح أحد الكتاب ذلك قائلاً أن الحكم " يفرض حاجزاً لا يمكن تجاوزه أمام المساهمين الأجانب الذين يأملون في حماية استثماراتهم على المبادئ العامة للقانون الدولي ". وقد صدر بيان المحكمة في سياق الحماية الدبلوماسية، دون إشراك

(1)Stephan Wittich - Barcelona Traction Case - Max planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2007 - p 1-10

أي معاهدة لحماية الاستثمار. وفي الواقع أوضحت المحكمة على وجه التحديد أنه يمكن لحاملي الأسهم الحصول على تعويض في القانون الدولي عندما يكون هناك خرق لأحكام معاهدة الاستثمار.^(١)

٢- استنفاد طرق الرجوع الداخلية

إن أساس هذا الشرط هو أن المسؤولية الدولية لدولة معينة لا يمكن إثارتها إذا وجد في النظام القانوني الداخلي سبباً تسمح بجبر الضرر الذي أصاب الفرد، وأن هذه الطرق لم يتم استنفادها بعد، ويهدف هذا الشرط إلى إتاحة الفرصة للدولة المتسببة في الضرر لإصلاحه أو لتعويض المتضرر من خلال طرق الرجوع التي يتيحها نظامها الداخلي قبل رفع النزاع إلى مستوى الدول. ويستبعد أعمال هذا الشرط في ثلاث حالات:

* وجود نص صريح في معاهدة دولية سارية يستبعد الانتصاف وفقاً للسبل الداخلية للدولة مرتكبة الضرر.

* إذا لم توجد طرق رجوع داخلية لنظر النزاع أو وجدت ولكن كانت غير ذي جدوى.

* إذا كانت الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها أو المنظمة التي ينتمي إليها الموظف قد أصابها من جراء نفس العمل الذي أضر بالفرد أو الموظف المحمي دبلوماسياً ضرراً مستقلاً فهنا الوصف يعد دفاعاً عن النفس وليس حماية لأحد الرعايا.

(^١)Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of

Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes - Volume 26, Number 1, Spring 2011 - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID REVIEW Foreign Investment Law Journal - <http://ssrn.com/abstract=2404034> - last visit 1/5/2018 - p35,36

٣- ألا يتسبب الفرد في الضرر الذي أصابه

يعد شرط "اليد النظيفة" من أهم الشروط التي استقر عليها الفقه الدولي، والتي مفادها ألا يصدر عن الفرد خطأ يؤدي أو يساهم في حدوث الضرر الذي أصابه، وذلك مثل:

* الإهمال أو التبصر والاحتياط كعدم تقديم الدعوى في موعدها أو ممارسة أوجه النشاط في أماكن محظورة.

* مخالفة القوانين الداخلية الأجنبية التي يقيم فيها؛ كأن يشارك في تمرد أو ثورة أو انقلاب ضد حكومتها أو قيامه بأعمال تجسس ضدها.

* مخالفة قواعد القانون الدولي، كعدم احترام حياد الدولة الأجنبية المقيم فيها أو قيامه بالاتجار في البشر، أو ممارسة أعمال إرهابية أو الاعتداء على مقار البعثات الدبلوماسية.^(١)

المطلب الثاني

عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية

أولاً: عقبات تعترض ممارسة الحماية الدبلوماسية

يعد إدراج شرط كالفو وهو الشرط الذي بمقتضاه يتنازل الفرد المضرور عن حمايته الدبلوماسية أمام الدولة المسؤولة خاصة في عقود الامتياز من أهم عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية؛ إلا أن غالبية أحكام القضاء الدولي تتجه إلى إنكار كل أثر لهذا الشرط؛ لأن الدولة حين تتولى مطالبات الفرد تأسيساً على الحماية الدبلوماسية فهي تمارسه حقاً دولياً لها وليس تمارس حقاً للفرد نيابة عنه ، ومن ثم لا يملك الفرد حرية التنازل عنه.

وتعد حالات إزدواج وانعدام الجنسية وشرط استنفاد الطرق الداخلية للتقاضي من عوائق الشروع في طلب الحماية الدبلوماسية والشروع فيها. لذا يرى البعض أن النظام الحالي للضمانات الخاصة للمستثمرين الأجانب غير فعال وغير كافٍ. ولا

(١) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٦٢

ينبغي أن تحدد ضمانات الاستثمار القانوني بوجود جنسية للمستثمر ويجب أن تكون موحدة لجميع هؤلاء المستثمرين حتى ولو زالت عنهم الجنسية.^(١)

ويعتبر ارتكاز نظام الحماية الدبلوماسية على مبدأ أساسي هو حرية الدولة في مباشرة الحماية الدبلوماسية عن رعيها عائقاً من عوائق ممارستها؛ حيث أن للدولة السلطة التقديرية في مباشرة الدعوى من عدمه، وبأي طريقة تناسبها وفق مصالحها؛ ومن ثم فعدم وجود دور للفرد في ممارسة الحماية الدبلوماسية عن طريق دولته يهدد مصالح الفرد المتضرر حيث قد تتدخل الاعتبارات السياسية وتؤدي للتصالح بين دولة الفرد والدولة المسؤولة، وقد تهمل الدولة في متابعة القضية وتدعيمها بما يؤثر على مصلحة الفرد، وفي النهاية للدولة الحامية الحرية في توزيع مبلغ التعويض الذي قد يتفق عليه أو يحكم به بالطريقة التي تراها مناسبة بغض النظر عما يحقق مصالح الفرد الذي سعت لحمايته دبلوماسياً.^(٢)

ثانياً: تأمين الموارد والحماية الدبلوماسية

إذا ما نظرنا إلى استثمارات الطاقة والموارد نجدها تتعرض بشكل دوري لما نسميه الآن "بتأمين الموارد". وهذا المصطلح يدل على سياسات أو تدابير تعتمد عليها الحكومات لغرض تأكيد السيطرة على الموارد الطبيعية لأسباب استراتيجية أو سياسية أو اقتصادية. فقديمًا عندما قامت الحكومات المضيفة بتأمين استثمارات وصادرات الشركات العاملة في مجال الموارد الطبيعية اتجه المستثمرون لحكوماتهم

(^١) Nilov, Konstantin N - Legal guarantees for international investment according to the legislation of the Russian Federation - Baltic Region (2011), 3 - International cooperation: legal aspects - <http://dx.doi.org/10.5922/2079-8555-2011-3-1> - last visit 1/5/2018 - p10, Seline Trevisanut - Nationality Cases before International Courts and Tribunals - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2011 - p 1 "The general rule is that diplomatic protection can only be extended to nationals; a State cannot espouse the claim of non-nationals and of stateless persons"

(^٢) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٦٣-٦٥

للحصول على المساعدة. ولم تكن هذه الممارسة المعروفة باسم "الحماية الدبلوماسية" دائماً متاحة.^(١)

فالتجربة الأولى من تأمين الموارد الطبيعية وقعت في المكسيك بعد الثورة المكسيكية في عام ١٩١٧، حيث بدأت الحكومة المكسيكية في اتخاذ خطوات للحد من مشاركة الشركات الأجنبية في قطاع الموارد الطبيعية لديها. وفي عام ١٩٣٨ استولى الرئيس " لازارو كارديناس" رداً على الخلافات حول قوانين العمل والضرائب ، على جميع شركات النفط المملوكة لأجانب في المكسيك. وأدى ذلك إلى إنشاء كيان تسيطر عليه الدولة يدعى "بيميكس" ، والتي كانت حتى وقت قريب الشركة الوحيدة المسموح لها بإنتاج النفط في المكسيك. بالإضافة إلى ذلك، تم إضافة مادة إلى الدستور المكسيكي تمنح المكسيك "ملكية حصرية لجميع موارد باطن الأرض". وتماشياً مع الممارسة في ذلك الوقت، سعى المستثمرون الأجانب المتضررين للحصول على الحماية الدبلوماسية، وهذا هو علاجهم الوحيد بخلاف الدعاوى التي رفعت أمام المحاكم المكسيكية. وطلبت حكومة الولايات المتحدة التعويض عن الاستيلاء على الممتلكات المملوكة للشركات الأمريكية؛ وتم تبادل المراسلات الدبلوماسية لعدد من السنوات حتى تم التوصل إلى اتفاق في النهاية في عام ١٩٤٢؛ حيث وافقت بموجبه المكسيك على دفع ٢٤ مليون دولار كتعويض (وهي نتيجة غير مرضية بالنسبة للولايات المتحدة حيث أنها كانت تعتبر أن المكسيك تواجه مطالبات أمريكية يبلغ مجموعها ٢٦٠ مليون دولار). واتخذت الحكومتان البريطانية والهولندية خطوات مماثلة نيابة عن رعاياهم في عام ١٩٤٦ حيث وافقت الحكومة المكسيكية على دفع ٨١.٥ مليون دولار لتسوية المطالبات البريطانية والهولندية. والملاحظ هنا أن التأمين المكسيكي مفيد لسببين. أولاً: أظهر

(^١)Sam Luttrell - Resource Nationalism: Old Problem, New Solutions - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector An Australian Perspective - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p 197 - 198

لنا كيف يمكن أن تكون قرار تأميم الموارد له تأثيرات دائمة؛ فمنذ عام ١٩٣٨ احتكرت شركة "بيميكس" إنتاج النفط والغاز في المكسيك، ولم تعلن الحكومة المكسيكية إلا مؤخراً على أنها تدرس إعادة فتح قطاع الهيدروكربونات لديها أمام الاستثمار الأجنبي. وثانياً: تظهر دراسة الحالة المكسيكية أن الحماية الدبلوماسية تعمل وإن كان بدرجات متفاوتة.^(١)

ووقعت التجربة الثانية في إيران حيث تتمتع شركة النفط الأنجلوإيرانية بمركز متميز على نحو غير عادي، فبين مارس ومايو عام ١٩٥١، تم تمرير قانونين في إيران: أحدهما يتعلق بتأميم صناعة النفط والآخر يتعلق بإنفاذ قانون التأميم. هذه القوانين أثرت فقط على شركة النفط الأنجلوإيرانية، والتي كانت في عام ١٩٣٣ قد مُنحت اتفاقية امتياز أعطتها السيطرة على صناعة النفط الإيرانية بأكملها. وكان من المفترض أن يظل هذا الامتياز ساري المفعول حتى عام ١٩٩٣. وأراد رئيس الوزراء الإيراني آنذاك، "محمد مصدق" حصة أكبر وعزز إقدامه على هذه الخطوة ما حدث في المملكة العربية السعودية وفنزويلا، حيث تم تطبيق ٥٠/٥٠ فرق ربح (بين الدولة والمستثمر الأجنبي). وبعبارة قومية لافتة للنظر، أعلن مصدق أن قانون التأميم كان يهدف إلى "القضاء على التأثير والوكلاء الأجانب في إيران وبالتالي تحمل المسؤولية عن خطوة التأميم وضمان الاستقلال السياسي للبلاد، وتحسين الظروف الاقتصادية بشكل عام. وبعد ذلك دخلت حكومة المملكة المتحدة في مفاوضات مع الحكومة الإيرانية بشأن مسألة التعويض، وما إذا كان هناك أي إمكانية للحفاظ على مكان لشركة النفط الأنجلو إيرانية داخل صناعة النفط الإيرانية. وبمجرد أن اتضح أن الحكومة الإيرانية تعتزم التنفيذ الكامل لقانون التأميم، وأنها لن تلتزم بموافقتها على التحكيم في النزاع طبقاً لعقد الامتياز الممنوح للشركة؛ شرعت على الفور حكومة المملكة المتحدة في استخدام حقها في مد الحماية الدبلوماسية لشركة النفط الأنجلو إيرانية. وشملت الإجراءات التي اتخذتها حكومة المملكة المتحدة نقل

(١) Sam Luttrell - Ibid - p 202 - 203

سرب من فرقاطات البحرية الملكية البريطانية إلى خليج عدن في محاولة واضحة لتخويف الحكومة الإيرانية. وقد استكمل الحصار بالتقاضي في محاكم الأراضي البريطانية المحيطة. وعلى سبيل المثال في يوليو ١٩٥٢ اعترضت السفن الحربية البريطانية ناقلة نفط إيطالية (روز ماري) والتي كانت تحمل النفط الإيراني والتي تم شحنها من قبل شركة النفط الوطنية الإيرانية المنشأة حديثاً وأجبرتها على الدخول إلى ميناء عدن ثم إلى محمية بريطانية. وفي دعوى قضائية أمام محكمة عدن حول احتجاز البضائع بصورة غير مشروعة إحتجت الشركة الأنجلو إيرانية بنجاح بأنها كانت تمتلك شحنة السفينة روز ماري استنادا إلى عقد الامتياز الممنوح لها. كما بدأت المملكة المتحدة إجراءات ضد إيران أمام محكمة العدل الدولية. ومع ذلك ، قررت محكمة العدل الدولية في قرارها المشهور أنها تفتقر إلى الاختصاص، ورفضت سماع المطالبات الجوهرية للمملكة المتحدة. بالإضافة إلى ذلك، شرعت شركة النفط الأنجلو إيرانية في عدد من الإجراءات القضائية ضد إيران وشركة النفط الوطنية الإيرانية في جميع أنحاء العالم. وفي نهاية المطاف ، تم التوصل إلى تسوية عندما تم إبرام اتفاقية اتحاد بين المملكة المتحدة وإيران و عدة شركات نفطية أمريكية وهولندية وبريطانية في عام ١٩٥٤. حيث وضع اتفاق الاتحاد قواعد لإعادة المشاركة الأجنبية في صناعة النفط الإيرانية وينص على دفع تعويضات عن نزع الملكية التي نفذت بموجب قوانين التأميم لعام ١٩٥١، وفي هذه التسوية، حصلت شركة النفط الأنجلو إيرانية على مبلغ ٢٥ مليون جنيه إسترليني كتعويض عن مصادرة أصولها المادية وحوالي ٢١٤ مليون جنيه إسترليني كتعويض عن خسارة الأرباح المتوقعة.^(١)

(١)Sam Luttrell - Ibid - p 203-204

المطلب الثالث

الجنسية والحماية الدبلوماسية

أولاً: حسن النية أساس عمل الحماية الدبلوماسية

يحتوي تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٦ على التعليق التالي على المواد النهائية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية المقدمة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة "احتفاظ الشخص المتضرر بسوء نية بجنسية الدولة المطالبة حتى تاريخ تقديم الدعوى ويعدها سعى لاكتساب جنسية دولة ثالثة ، فإن الإنصاف يتطلب إنهاء المطالبة".^(١) ففي حكم صدر في ١٥ يناير ٢٠٠٨ من هيئة تحكيم خاصة تم إنشاؤها وفقاً للمادة ١٠ من الاتفاق الثنائي لعام ١٩٩٣ بشأن تعزيز وحماية الاستثمارات بين إيطاليا وكوبا ، اختتمت دعوى طويلة بين الدولتين تتطوي على تبني الحكومة الإيطالية لعدد من الدعاوى الخاصة المرتبطة بـ ١٦ مستثمر إيطالي في كوبا. وكان الخيار الوحيد للحكومة الإيطالية استخدام الحماية الدبلوماسية نيابة عن مستثمريها بدلاً من الخيار المعياري للمستثمرين وهو استخدام شرط التحكيم. وقد أوضح هذا الحكم مسائل قانونية عديدة : كمفهوم الاستثمار الذي اعتمده المحكمة ، والقاعدة المتعلقة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية ، ومسألة إسناد المسؤولية لسلوك الدولة الكويتية تأسيساً على الشركات المملوكة لها واستبعاد انطباق الاختصاص الشخصي من معاهدات الاستثمار الثنائية للمستثمرين الإيطاليين النشطين في السوق الكويتية من خلال شركات السيارات المدرجة في بلدان ثالثة.^(٢)

(^١)Bernard H. Oxman - Homage to Judge Tullio Treves - International Courts and the Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors - springer 2013 - p 7, For the text of the 2006 ILC report on diplomatic protection submitted to the United Nations General Assembly see Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

(^٢)Enrico Milano - The 2008 Investment Arbitration Between Italy and Cuba: The Application of the Rules of Attribution and the 1993 BIT's Scope Ratione Personae Under Scrutiny - International Courts and the

ومن خلال مطالعة الإجراءات التحكيمية للقضية نجد أن في ١٦ مايو ٢٠٠٣، أبلغت الحكومة الإيطالية الحكومة الكويتية بأنها تعترم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد جمهورية كوبا على أساس المادة ١٠ من معاهدة التعاون الاقتصادي بين إيطاليا وكوبا لعام ١٩٩٣.^(١) وقد تبع طلب إيطاليا تعيينها لـ "أتيلا تانزي" وتعيين كوبا لـ "أولغا ميراندا برافو" كمحكمين وعلى التوالي اتفق الاثنان على تعيين "إيف ديرينز" من فرنسا رئيساً للمحكمة. وكانت إيطاليا قد اشتكت عن طريق الحماية الدبلوماسية الممنوحة إلى ١٦ مستثمراً، من سلسلة الانتهاكات لمعاهدات الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ التي أجرتها السلطات والكيانات الكويتية، على وجه الخصوص للمادة ٢.١ (الالتزام بتشجيع وتشجيع الاستثمارات) والمادة ٢.٢ (الالتزام بضمان معاملة عادلة ومنصفة للمستثمرين وتجنب الممارسات الظالمة والتمييزية)، والمادة ٣.٢ (الالتزام بمنح المستثمر الإيطالي نفس المعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنيين)، المادة ٥.١ (الالتزام بضمان الحماية الكاملة والأمن للمستثمرين) و ٥.٢ (الالتزام بعدم الاستيلاء إما بشكل مباشر أو غير مباشر)، المادة ٦ (الالتزام بضمان إعادة رأس المال للمستثمر) والبروتوكول الإضافي، النقطة ١.ب (الالتزام بتسوية المسائل المتعلقة بدخول وإقامة المستثمرين الإيطاليين في كوبا بالطريقة الأكثر ملاءمة للمستثمر).

وقد سعت إيطاليا لطلب دفع يورو واحد عن الانتهاكات المباشرة لحقوقها وعدة ملايين من الدولارات الأمريكية للتعويض عن الضرر الذي عاني منه مستثمريها كدعوى فرعية للإثراء غير المشروع الناجم عن خروقات كوبا التعاقدية.

Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors 2013 - springer - p 739

(^١) Enrico Milano - Ibid - p 740 "Article 10 is a dispute settlement clause, which provides that in case of disputes on the interpretation and application of the treaty, the Parties will endeavour to reach an amicable solution through diplomatic means; if a settlement is not reached within three months from the notification of a written request to that effect, either Party may institute ad hoc arbitral proceedings."

وأصدرت المحكمة بالأغلبية حكما أوليا في ١٥ مارس ٢٠٠٥ وفي الحكم، رفضت المحكمة عددا من الاعتراضات الأولية التي أثارها كوبا: على وجه الخصوص، اعترفت المحكمة بحق إيطاليا في العمل بالحماية الدبلوماسية، بغض النظر عن شرط الاختصاص القضائي بالمنازعات الناشئة بين المستثمر والدولة بموجب المادة ٩؛ فقد أثبتت المحكمة أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية السابقة تنطبق على دعاوى الحماية الدبلوماسية فقط (وليس على دعاوى إيطاليا "في حد ذاتها") وأنه سيتم فحص هذا الاعتراض في مرحلة الموضوع؛ ومن ناحية أولية لم تؤيد المحكمة اعتراضات كوبا المتعلقة بادعاءات إيطاليا بشأن المستثمرين الإيطاليين بخلاف شركات كاريبي و فيجوريللا و فينيميد، وعلى الرغم من حقيقة أنها لم تكن مدرجة في الطلب المبدئي الصادر في ١٦ مايو ٢٠٠٣ فقد احتفظت المحكمة بقرار نهائي في مرحلة الموضوع. والأمر البالغ الأهمية هنا أن المحكمة قد اعتمدت تعريف للاستثمار لغرض معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣، وقررت أنه يقصد به " أي عملية اقتصادية يقوم بها شخص طبيعي أو اعتباري من أي طرف يتسم بمساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة بمدة معينة ومشاركة المستثمر في المخاطر الناجمة عنه." وقد ثبت أن هذا التعريف ينبغي تطبيقه في مرحلة الموضوع ، ودعت مقدم الطلب إلى عدم تقديم أي مطالبة تتعلق بالعمليات الاقتصادية في المرحلة اللاحقة من الإجراءات التي لم تستوف الشروط المذكورة أعلاه. وبعد اعتماد المحكمة لتعريف الاستثمار المذكور أعلاه ، تخلت إيطاليا عن موقفها بأنها ستتصرف بحماية دبلوماسية فيما يتعلق بعشر حالات. كما أسقطت إيطاليا مطالباتها في الحماية الدبلوماسية بخصوص **Menarini Società Farmaceutica** نتيجة للتسوية غير القضائية التي توصل إليها الأطراف (ولكن لم تسحب مطالباتها بشأن الخرق المباشر لحقوقها التعاقدية). ومن ناحية أخرى ، رفعت كوبا دعوى مضادة طالبة فيها من إيطاليا الاعتذار العلني عن الضرر المعنوي الناجم عن

الإجراءات. وقد أصدرت المحكمة قرارها النهائي في ١٥ يناير ٢٠٠٨. ورفضت جميع مطالبات إيطاليا ومطالبة كوبا المضادة.

ووجدت المحكمة أن العمليات الاقتصادية التي بدأت في عام ١٩٩٨ وأضفت الطابع الرسمي على عقدين أبرما من قبل شركتي "كاريبي" و "فيجوريل" مع فندق كوبا **Habana Libre Trip** والذي ينتمي إلى **Grupo Hotelero** المملوك للدولة لاستئجار المعدات وتوفير الخدمات بهدف تشغيل مركز تجميل داخل الفندق يستوفي متطلبات تعريف الاستثمار المنصوص عليها في الحكم الأولي. ووفقاً للمحكمة ، لم يكن هناك أي دليل يشير إلى أن الضرر الذي عانت منه "كاريبي" و "فيجوريل" نتيجة عمل غير مشروع دولياً ارتكبته كوبا. وقد نشأ الخلاف بين **Grupo Hotelero** و "كاريبي" و "فيجوريل" بسبب سحب وزارة التجارة الداخلية الكوبية للرخصة الممنوحة للفندق لتشغيل مركز التجميل كما أدركت السلطات الكوبية أنه تم توفير خدمة الوشم من قبل "كاريبي" و "فيجوريل" ، والتي لم تكن مصرح بها في الترخيص.^(١) وقد تمت إعادة الترخيص بعد ٢٠ يوماً على أن يتم تعليق أنشطة الوشم. ووفقاً للمحكمة كان قرار السلطات الكوبية مجحفاً. لكنه لم يكن يشكل انتهاكاً لاتفاق ١٩٩٣. وعلاوة على ذلك ، وفقاً للمحكمة ، أن سهو الفندق عن تقديم المعلومات المتعلقة بإعادة الترخيص ، وتفكيك المعدات وإعادتها متأخراً إلى "كاريبي" و "فيجوريل" قد يشكل انتهاكات تعاقدية ودليلاً على الرغبة في إنهاء الاستثمار الإيطالي خلافاً لاتفاق ١٩٩٣ ، ولا يمكن أن تعزى أعمال **Grupo Hotelero** إلى كوبا، حيث كان الفندق يتمتع بوضع قانوني منفصل بموجب القانون الكوبي والأهم من ذلك ، كانت أنشطته التجارية تعمل مقابل النشاط الحكومي. وأخيراً استبعدت المحكمة فرضية إقامة العدل في الدولة الكوبية ، حيث نظرت المحاكم الكوبية في عدد من الدعاوى المدنية التي رفعتها كاريبي وفيجوريل ووجدت أنها غير مقبول نتيجة للإجراءات السلمية التي يحددها القانون؛ وعلاوة على

(١) Enrico Milano - Ibid - p741- 742

ذلك قد فشلت "كاريبي" و "فيجوريل" في استخدام شرط التحكيم في العقد. ومن ثم كان عدم استفاد سبل الانتصاف المحلية بمثابة عائق أمام ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب إيطاليا.^(١)

أما بشأن النزاع الخاص بقضية شركة "فينميد". نشأت من المحاولة الفاشلة من قبل الشركة الإيطالية الأخيرة، التي تشكلت في إيطاليا من قبل "سمركندا" ومن خلال "كلينيك سانتا كيارا". بمبادرة من رئيس الشركة الكوبية المختلطة "نادي ميدي"، السيد "فيلبي"، لتحل محل الشركة الأيرلندية "فينميد" في نادي ميدي ، التي تم تأسيسها في عام ١٩٩٦ للسماح لشركة "سمركندا" و "كلينيك سانتا كيارا" ، من خلال "فينميد". و "كبانكان" الكوبية ، لبناء منتج سياحي. وتمت الموافقة على الاستبدال من قبل جمعية "نادي ميدي" في عام ١٩٩٨ ، ولكن لم يتم إتباعه بإذن حكومي وفقا للقانون الكوبي.^(٢) ووفقا لإيطاليا تم عرقلة هذا الاستبدال من قبل السلطات الكوبية و "كبانكان" الكوبية مما كان له دور فعال في تفضيل المساهمين الإيطاليين الجدد داخل "فينميد". لا سيما السيد "رامبينيني"، والسماح لل "كبانكان" الكوبية للسيطرة على الاستثمار الأصلي. ووجدت المحكمة أن "فينميد" والسيد "فيلبي" قد استنفذا جميع سبل الانتصاف المحلية المتاحة عن طريق اللجوء إلى الإجراءات الإدارية والمحاكم المدنية وتوجيه الاتهامات أمام المدعي العام لجمهورية كوبا. وقررت المحكمة أنه ومع ذلك، لا يمكن أن تعزى الإصابات الاقتصادية التي تعاني منها "فينميد" إلى أفعال أو "كبانكان" الكوبية ، ولكنه كان نتيجة للتقاضي الداخلي داخل شركة "فينميد" بين شركاء جدد وأصليين فيما يتعلق بالسيطرة على الاستثمار. وفقا للمحكمة ، فإن قرار "كبانكان" الكوبية بقبول الوثيقة التي تعترف بمدير جديد في شركة "فينميد" السيد "رامبينيني"، وهذا هو الوضع الظاهر لكنه لم يكن السبب في الأضرار التي لحقت بشركة "فينميد" والذي كان راجعا إلى "عدم قدرة السيد فيلبي والسيدة سيسكاتو على

(١) Enrico Milano - Ibid - p 742

(٢) Enrico Milano - Ibid - p 742 - 743

تبرير سلطة التصرف نيابة عن شركة "فينميد" . وبالتالي ، وفقا للمحكمة فإن مطالبة إيطاليا في الحماية الدبلوماسية بشأن "فينميد" كان لا بد من رفضه. ووجدت المحكمة أن ادعاءات إيطاليا في الحماية الدبلوماسية بخصوص شركة "أيسم المحدودة" و شركة "مينارينى" للأدوية، على التوالي غير مقبولة بسبب الافتقار إلى المنافسة الموضوعية: وفي كلتا الحالتين ، أبرمت الشركات الإيطالية عقودًا مع الشركات الكوبية لبيع السلع والتي تنظمها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١١ أبريل ١٩٨٠)؛ لذا فالعمليات الاقتصادية الناتجة عنها لم تصل إلى مفهوم الاستثمارات وفقا للتعريف الوارد في الحكم الأولي ، بسبب عدم المساهمة مع مرور الوقت والمخاطر التي ينطوي عليها تنفيذ العقد.^(١) كما رفضت المطالبات المتعلقة بالحماية الدبلوماسية بشأن "كريستال فيترو"، "باستاس واي" على أساس عدم الاختصاص الشخصي: حيث تم تأسيس كلتا الشركتين في دول ثالثة، بنما وكوستاريكا على التوالي، ولا يمكن أن تقع ضمن اختصاص المادة ١/١ من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ ، والتي تمتد إلى الاستثمارات المحققة "من قبل شخص مادي أو اعتباري لطرف متعاقد في إقليم الطرف الآخر". فوفقا للمحكمة ، على أساس تفسير النصوص والسياق والغائية للنص المذكور لم يكن من الممكن اعتبار كلتا الشركتين أشخاصًا قانونيين؛ وبالتالي لا يمكن لإيطاليا التصرف في الحماية الدبلوماسية على أساس معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣. وعلاوة على ذلك ، وبشكل رئيسي على أساس النتائج التي تم التوصل إليها في تحليل المطالبات في الحماية الدبلوماسية، رفضت المحكمة ادعاءات إيطاليا في حد ذاتها فيما يتعلق بانتهاك عدة أحكام من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ كما رفضت المحكمة مطالبة كوبا المضادة لأن طلب إيطاليا كان ممارسة لحق منحت بموجب المادة ١٠

(١) Enrico Milano - Ibid - p 743

من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ ولا يمكن أن يكون قد سبب أي ضرر لكوبا يتطلب اعتذاراً علنياً.^(١)

تم تبني الحكم بأغلبية الأصوات ، أما المحكم "تانزي" فقد علق برأي مخالف. نقاط المعارضة كانت معالجة المحكمة لمسألة إسناد أعمال الفندق إلى الدولة الكوبية في حالة كاريبي و فيجوريل اللتين كان ينبغي وفقاً لتانزي الرد عليها بشكل إيجابي؛ وانتهاكات معاهدة الاستثمار الثنائية في ١٩٩٣ في كاريبي وفيجوريل و فينيميد الناتجة عن أعمال كوبا وإغفالاتها ، بما في ذلك إنكار العدالة في الحالة الأخيرة ؛ وكذلك تفسير المادة ١/١ من معاهدة الاستثمار الثنائية ١٩٩٣ لغرض الحماية الدبلوماسية لإيطاليا في قضيتي "كريستال فيترو" و "باستاس واي".^(٢)

ولكن في رأينا أن كان ينبغي أن يكون أهم بند في حكم التحكيم هو المادة ٩ من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي وافقت عليها لجنة القانون الدولي في عام ٢٠٠٦ ، والتي تعكس القانون الدولي العرفي كما برزت على مدار القرن العشرين والأعوام الأولى من القرن الحالي. ووفقاً لنصها " لأغراض الحماية الدبلوماسية لشركة ما ، تعني دولة الجنسية الدولة التي تأسست الشركة بموجب قانونها. ومع ذلك ، عندما يسيطر على الشركة مواطني دولة أو دول أخرى وليس لها أنشطة تجارية كبيرة في دولة التأسيس ، ويقع مقر الإدارة والرقابة المالية للمؤسسة في دولة أخرى ، وتعتبر تلك الدولة دولة الجنسية."^(٣) وقد اقترحت لجنة

(١) Enrico Milano - Ibid - p 743

(٢) Enrico Milano - Ibid - p 744

(٣) Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries UN Doc. A/61/10 (2006), pp. 52-55. " For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality."

القانون الدولي أن يتم التنازل عن متطلبات قاعدة الاستمرارية للجنسية في مثل هذه الحالة حيث تنص المادة ٣/١٠ من مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية على ما يلي: " ولا يزال يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة كانت مواطناً في تاريخ وقوع الضرر والتي ، نتيجة للضرر ، لم تعد موجودة وفقاً لقانون دولة التأسيس."

الخلاصة

إن دور الحماية الدبلوماسية قد "تلاشى بعض الشيء" اليوم فيما يتعلق بالشركات مثل حماية الشركات وحقوق مساهميها ، وتسوية النزاعات المرتبطة بها ، حيث يحكم إلى حد كبير من خلال الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المصممة لحماية الاستثمارات الأجنبية وتتخلى هذه المعاهدات عن القواعد المتعلقة بشرط الجنسية أو استنفاد سبل الانتصاف المحلية. لذا فالمعاهدة الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تنص على أن التاريخ المناسب لتحديد الجنسية هو التي وافق عليها الطرفان تقديم النزاع إلى التوفيق أو التحكيم.^(١) ونرى أنه عما قريب ستغيب الحماية الدبلوماسية عن المشهد، وسيبرز وبقوة نجم التحكيم الدولي المباشر بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

المبحث الرابع

التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي

تمهيد وتقسيم

لم يتم صياغة اتفاقيات الاستثمار قديماً باستخدام استثناءات واسعة لصالح المستثمر الأجنبي؛ حيث كانت الاتفاقيات المعروفة باسم "المعيار الذهبي" التي

(^١)John Dugard - Continuous Nationality - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - Oxford University Press - 2008 - p4

أبرمتها الدول الأوروبية في الفترة من ١٩٦٠ حتى التسعينيات عبارة عن بيانات مبدئية قصيرة نسبياً، تحدد الحماية الأساسية المتعلقة بنزع الملكية، فمعظمها ينص على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة كضمان للاستثمارات الأجنبية وللمستثمرين وإلزام للدولة المضيفة بالذهاب للتحكيم في المطالبات الخاصة بالخسائر الاقتصادية الناتجة عن الانتهاكات المزعومة لمعاهدة الاستثمار بخصوص هذه المبادئ.^(١)

وقد مرت معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر بثلاثة مراحل أولها مرحلة التشجيع المتحفظ ١٩٥٢ - ١٩٥٦، وثانيها مرحلة محاربة الاستثمار الأجنبي القائم بالتصدير والتأميم مع عدم الترحيب بصفة عامة بالاستثمار الأجنبي الجديد ١٩٥٧ - ١٩٦٥، وثالثها مرحلة العودة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية مع معاملة تفضيلية خاصة للاستثمارات العربية (تفعيل مبدأ التفضيل المنصوص عليه في اتفاقية تيسير انتقال رؤوس الأموال المعقودة في ظل جامعة الدول العربية ١٩٥٣) ١٩٦٦ - ١٩٧١ وإلى الآن.^(٢) وتعد قواعد معاملة الأجانب أحد أهم ركائز حماية الاستثمار الدولي. وقد أبرز القاضي "ريد" أنه في الوقت الذي يسمح فيه للأجنبي بالدخول إلى الدولة المضيفة، فإن هذه الدولة لديها بعض الحقوق والمسؤوليات المتعلقة بالدولة التي يحمل جنسيتها هذا المستثمر الأجنبي. وليس على الدولة التزام بقبول جميع الاستثمارات الممكنة وبالتالي تقييد سيادتها. وبمجرد أن تسمح الدولة بالاستثمار، فإنها تخضع لمعايير دنيا لحماية الاستثمار. فهناك نهجان تجاه مستوى الحماية، وهما مبدأ المعاملة الوطنية والمعيار الدولي الأدنى. حيث تؤيد البلدان النامية أساساً النهج الأول، وتتص على معاملة جميع الأجانب كمواطنين، في حين أن النهج الثاني (الذي تتادي به البلدان المتقدمة) يشمل معياراً أدنى للأجانب، حتى لو كان أعلى من

(١) Armand de Mestral and Lukas Vanhonnaecker - Exception Clauses in Mega-Regionals (International Investment Protection and Trade Agreements) - Thilo Rensmann - Ibid - p 81

(٢) إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية - ١٩٧٢ - ص ٢٣

المعيار الوطني. ففي عام ١٨٦٨، قدم الفقيه الأرجنتيني "كارلوس كالفو" فكرة (فقه كالفو) ^(١) بأن "ينبغي أن يفهم الحكم الدولي بأنه يسمح للدولة المضيفة بتقليل حماية الممتلكات الأجنبية عند تخفيض الضمانات للممتلكات التي يحتفظ بها المواطنون". وفي عام ١٩٣٨ ذكر وزير الخارجية الأمريكي "كورديل هال" في نزاع بين الولايات المتحدة والمكسيك أن "القانون الدولي يسمح بنزع ملكية الممتلكات الأجنبية، ولكنه يتطلب تعويض فوري وكاف وفعال". وقد أدى كلا الفقهين إلى إيجاد الحد الأدنى من المعايير الدولية. ومع سقوط الاتحاد السوفيتي في ١٩٩٠، كان النزاع بين "هال" و "كالفو" قد انتهى، وتم الاتفاق على مجموعة واضحة من المعايير الدنيا كقانون دولي عرفي. فحماية الاستثمار كانت دائما تتنازع بين السيادة (ومن قبيل ذلك السيادة على الموارد الطبيعية) وحماية الاستثمار (ومثالها مسؤولية الدولة عن الإضرار بالأجانب). ^(٢) لذا نعرض في هذا المبحث المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مبدأ المعاملة الوطنية

المطلب الثاني: مبدأ المعاملة التفضيلية

المطلب الأول

مبدأ المعاملة الوطنية

أولاً: المعاملة المشروطة

يقصد بقواعد المعاملة المشروطة قواعد السلوك التي تقررها الاتفاقية في معاملة المستثمر، والتي يحظى بها المستثمر في الدولة المضيفة للاستثمار" حيث يجب معاملة المستثمر الأجنبي بنفس معاملة المستثمر الوطني، وهذا ما يعرف

(^١)Patrick Juillard - Calvo Doctrine/Calvo Clause - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2007 - p1-10, Catharine Titi - International investment law and the protection of foreign investment in brazil - Transnational Dispute Management 2, 2016 Special Issue on Latin America vol. 1 - <http://ssrn.com/abstract=2786967> - last visit 1/5/2018. - p 3

(^٢)Robert Gommel - Ibid - p 50 - 52

بمعيار المعاملة الوطنية، ومنها أيضا شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي يكثر استخدامه في اتفاقيات الاستثمار، وحيث يتضمن الاتفاق نص تلتزم به دولتين أو أكثر وبمقتضاه تتمتع إحدى الدولتين المتعاقبتين بالمزايا التي تنص عليها اتفاقية أخرى مع دولة ثالثة أبرمت مع الطرفين أو أحدهما تتناول ذات الموضوع فيما يعرف بشرط الدولة الأولى بالرعاية.^(١)

ثانياً: المقصود بمبدأ المعاملة الوطنية

يقصد به "تمتع هذا النمط من الاستثمار بالحقوق والضمانات والمزايا التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدولة المضيئة للاستثمار بالشروط نفسها".^(٢) ويقصد بها في نطاق اتفاق الخدمات أن تساوي الدولة العضو بين موردي الخدمات الأجانب وموردي الخدمات الوطنيين فيما يتعلق بالإجراءات والتدابير والضوابط التي تؤثر في حرية تجارة الخدمات.^(٣) فما هو النطاق أو المدى الذي يعد غير منقوصاً فيه حقوق الأجانب؟

ثالثاً: نطاق الحقوق الأساسية للأجانب

(أ) معيار الحد الأدنى

يفرض العرف الدولي على الدول التزاماً بأن تكفل للأجانب الموجودين على إقليمها التمتع بحد أدنى من الحقوق، ولا يجوز النزول عنه، وإذا كانت الدولة ملتزمة بالألا تحرم الأجانب من الحد الأدنى للحقوق المقررة لهم بمقتضى العرف الدولي وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية، فإن الدولة حرة في أن توسع من نطاق الحقوق التي تقررها للأجانب إذا ما كان ذلك في مصلحة اقتصادها القومي، ويتم رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب عن طريق تشريع داخلي أو اتفاقيات ثنائية أو جماعية. وتعد البنود المظلية من الحدود الدنيا لمعاملة الأجانب؛ فهي بنود اتفاقية منصوص عليها في

(١) ماهر بوخوات - مرجع سابق - ص ٥٨

(٢) ماهر بوخوات - مرجع سابق - ص ٥٨

(٣) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - الحماية الدولية لاتفاق التجارة في الخدمات وفقاً لاتفاقيات منظمة

التجارة الدولية - ٢٠١٥ - ص ١٨٩

اتفاقية الاستثمار وتلتزم بموجبها الدول المضيفة إزاء الدولة الطرف الأخرى باحترام الالتزامات التعاقدية التي قدرتها لصالح المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المصدرة للاستثمار، وتتغير طبيعة الخرق الذي كان في البداية في شكله التعاقدية فقط ليصبح على أساس البنود المظلية خرقاً دولياً ويعطي بالتالي للمحكم صلاحيات للنظر فيه. ويعد العامل المشترك بين شروط المظلة هو استخدام اللغة الإلزامية؛ فعلى سبيل المثال، تنص المادة ٢/٨ من النموذج الألماني لمعاهدات الاستثمار الثنائية على ما يلي: "على كل طرف متعاقد مراعاة أي التزام قد اتخذه فيما يتعلق بالاستثمارات التي قامت على أرضيه من قبل مواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر"، وتوجد صياغة صلبة في المادة ١٠ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين أستراليا ونيوزلندا لعام ١٩٩١ والتي صيغت بعبارة أقل قوة: "على الطرف المتعاقد، مع مراعاة قانونه، أن يبذل كل ما في وسعه لضمان احترام الالتزام الخطي الصادر من جانب سلطة مختصة تجاه مواطن من مواطني الطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق بالاستثمار".^(١)

ب) معيار المساواة بين الوطنيين وبين الأجانب

أي المساواة بين الوطنيين وبين الأجانب في الحقوق والالتزامات بوجه عام فيما عدا الحقوق والالتزامات التي لا تتفق وطبيعة صفة الأجنبي على اعتبار أنها حقوق مؤسسة على رابطة الولاء بين المواطن وبين دولته كالحقوق السياسية والالتزام بأداء الخدمة العسكرية ويترتب على هذا المبدأ أن الحقوق المقررة للأجانب في القانون الدولي لا يمكن أن تزيد على حقوق الوطنيين.^(٢) ويعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو المعيار الأكثر استخداماً في اتفاقيات الاستثمار سواء على

(١) Katia Yannaca-Small - "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements" - OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. Available at <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578-p9> (last visit 29-3-2018)

(٢) حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ٢٢٧-٢٢٨

المستوى الثنائي أو الإقليمي أو الدولي. فالتزام الدولة المضيفة بضمان بيئة مستقرة للاستثمار دائما ما ينطوي على المعيار الحمائي "للمعاملة العادلة والمنصفة"، ومن المحتمل أن يكون الركيزة الأساسية للمدعين بالضمان. وتكمن الأسباب الرئيسية لجاذبية الاحتكام لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين في مرونته وإتساعه وهذا يجعل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الأكثر استدعاءً بنجاح في الدعاوى ولكن أيضا يجعله محل انتقاد بشدة في تحكيم الاستثمار. ولزيادة اليقين القانوني، من الضروري في البداية تحديد النطاق الذي يعمل فيه مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وهو الاستقرار وحماية التوقعات المشروعة للمستثمر؛ والامتثال للالتزامات التعاقدية؛ ومرونة الإجراءات ومراعاة الأصول القانونية؛ وحسن النية والتحرر من الإكراه وتعهد الإضرار.⁽¹⁾

إن التعريف النمطي لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هو أن " تمنح استثمارات أي من الطرفين المتعاقدين في جميع الأوقات معاملة عادلة ومنصفة في إقليم الطرف المتعاقد الآخر"، ومع ذلك فقد كشفت عشرات من هيئات التحكيم عن التعقيد الكامن وراء هذا الالتزام الذي يبدو سهلاً في صياغته. ولكن لا توجد أمثلة للسلوك الذي ينتهك هذا المبدأ؛ فعلى سبيل المثال، هيئة التحكيم في التحكيم بين " إدارة النفايات ضد ميكسيكوهيلد" قررت أن سلوك انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على النحو التالي:

" فراغ جائر أو ظالم أو غريب وهو أمر تمييزي يعرض المدعي للأذى الجزئي أو العنصري، أو ينطوي على عدم اتباع الإجراءات القانونية الواجبة، مما يؤدي إلى انتهاك حيادية القضاء، كما قد يكون الحال مع فشل واضح في العدالة الطبيعية في

(1) Thomas Dromgool and Daniel Ybarra Enguix - The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs / Foreign Renewable Energy Investments in Crisis/Struck Spain - Legal Aspects of Sustainable Development Horizontal and Sectorial Policy Issues by Volker Mauerhofer -Springer International Publishing Switzerland 2016 -p389

الإجراءات القضائية أو عدم الشفافية والصرامة الكاملة في عملية إدارية. وفي تطبيق هذا المعيار من المهم أن يكون العلاج لمثل هذه الخروقات من قبل الدولة المضيفة كان يعتمد عليها بشكل معقول من قبل المدعي.⁽¹⁾

وبالمثل، أشارت هيئة تحكيم أخرى في هذا الشأن إلى أن انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يتطلب سلوكاً "لا يمكن دعمه بعقلانية عن طريق الاستناد إلى هدف سياسة عامة مشروعة وغير تمييزية". وعلاوة على ذلك، وجدت المحاكم أنه من أجل تلبية متطلبات المعاملة العادلة والمنصفة، يجب تطبيق المعيار بطريقة توازن بين الحق المشروع لحكومة الدولة المضيفة في ممارسة سلطاتها في المصلحة العامة وبين "التوقعات المشروعة" للمستثمر الأجنبي. ففي معظم الحالات، تم النظر إلى التوقعات المشروعة على أنها تتعلق بالنسبية في العدالة والاستقرار وشفافية النظام القانوني المحلي على عكس التصريحات الواضحة أو الوعود التي قدمتها الدولة المضيفة. حيث اتضح في جميع دعاوى الملكية الفكرية والدعاوى المرتبطة بالصحة التي تم تقديمها مؤخراً للتحكيم، يربط صاحب الشكوى شكواه بانتهاك لالتزام بموجب اتفاقية دولية أخرى باعتباره انتهاكاً لمتطلبات التوقعات المشروعة بموجب المعاملة العادلة والمنصفة.⁽²⁾ ومع ذلك، فإن معظم اتفاقات الاستثمار الدولية

(¹)Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30 Apr 2004), para. 98. For analysis of fair and equitable treatment, Bryan Mercurio - Safeguarding Public Welfare? Intellectual Property Rights, Health and the Evolution of Treaty Drafting in International Investment Agreements - Thilo Rensmann - Ibid - p 255

(²)Bryan Mercurio - Ibid - p 256, Reingard Zimmer - Implications of CETA and TTIP on Social Standards - Labour Standards in International Economic Law BY Henner Gott - Springer International Publishing AG 2018 - P 216-217, Fulvio Maria Palombino - Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles - T.M.C. ASSER PRESS and the author 2018 - p 86 "The manifold expressions and concretizations of the principle of legitimate expectations as one of the FET major components have been accurately identified by arbitral tribunals. Three main types of State conduct would be susceptible to generate a legitimate expectation: (i) contractual commitment;

تتص ببساطة على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة دون أي مؤهل أو نقطة مرجعية أو معيار يمكن من خلاله تحديد محتوى المعيار وهذا يوفر مجالاً واسعاً لهيئة التحكيم لفرض وجهة نظرها. ومن ناحية أخرى فإن اتفاقات الاستثمار الدولية التي تضيف الوضوح والتعريف إلى المعيار الذي يوجه تفسير هذا الحكم يكون لها سيطرة أكبر على نطاق البند وتتص على زيادة القدرة على التنبؤ لكل من المستثمر والدولة. والحجج الرئيسية في جميع النزاعات الكبرى المتعلقة بحماية الاستثمار والمستندة إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هي ثلاثة حجج: عدم وجود عدالة وتناسبية في التدبير؛ وإهدار التوقعات المشروعة للمستثمر والتناقضات مع الإطار الدولي ذي الصلة.^(١)

وقد أورد القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري التزاماً على الحكومة المصرية مفاده تمتع جميع الاستثمارات المقامة في جمهورية مصر العربية بالمعاملة العادلة والمنصفة، وتكفل الدولة للمستثمر الأجنبي معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها للمستثمر الوطني، ويجوز استثناء بقرار من مجلس الوزراء تقرير معاملة تفضيلية للمستثمرين الأجانب تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، ولا تخضع

(ii) unilateral promise, and (iii) legislation. The first form of legitimate expectations occurs when the breach of a contract by the host State is combined with a reference to other elements, as in the case where the State changes the course of conduct in the fulfilment of its contractual commitments. Expectations by promise demand safeguarding, under the requirement that promise be given intentionally by an administrative authority, and one which is entitled to do so. Finally, expectations by legislation postulates the occurrence of a qualified conduct of the legislator, that is to say a normative act specifically aimed to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment (the so-called expectation by 'induction'). Arguably, legitimate expectations as an FET element have gone so far as to embody a general principle specific to international investment law. "

(¹) Bryan Mercurio - Ibid - p 256

الأموال المستثمرة لأي إجراءات تعسفية أو قرارات تتسم بالتمييز.^(١) فالأصل في المعاملة أن تكون عادلة ومنصفة لكل المستثمرين الأجانب، والاستثناء هو المعاملة التفضيلية للمستثمر الأجنبي عن المستثمر الوطني بشرط " صدور قرار من مجلس الوزراء ، وأن يكون ذلك في حدود المعاملة بالمثل " .

رابعاً: الظروف التي بموجبها يعد توقع المستثمر مشروعاً

قبل التحقيق في تصرفات الدولة التي قد تؤدي إلى توقعات المستثمرين، ينبغي علينا أن نسأل متى يعتبر توقع المستثمر غير مشروع؛ ومن ثم يمكن تقييم مدى معقولية التوقعات من حيث الموضوعية والذاتية. فمن حيث الشق الموضوعي يتعين على الهيئات القضائية أن تنظر فيما إذا كان التوقع المزعوم يتعلق بمستثمر مثابر أو متعقل ، أي أن المستثمر يأخذ في الاعتبار "جميع الظروف ، بما في ذلك ليس فقط الحقائق المحيطة بالاستثمار، بل أيضاً والظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتاريخية السائدة في الدولة المضيفة". وبعبارة أخرى هل الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة للمستثمر يعد من قبيل الخطر في مفهوم الاستثمار أم لا؟ وهذا يفسر سبب رفض محكمة *Parkerings - Compagniet* دعوى انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة تأسيساً على تغيير النظام القانوني الموجود في وقت الاستثمار؛ ففي ذلك الوقت في عام ١٩٩٨ ، كانت البيئة السياسية في ليتوانيا مميزة لبلد يمر بمرحلة انتقالية من ماضيه كونه جزء من الاتحاد السوفيتي للمرشح لعضوية الاتحاد الأوروبي. وبالتالي ، فإن التغييرات التشريعية ، بعيدة كل البعد عن كونها غير قابلة للتنبؤ بها ، ومن ثم تعتبر في الواقع أمراً مرجحاً وقوعه. بالإضافة إلى ذلك ، يجب أن تتأثر توقعات المستثمر في الأجزاء الأساسية. وقد ينشأ هذا المستوى الهام من الاهتمام من الثقة التي كان يتمتع بها المستثمر في الوعود والتعهدات التي قدمتها الدولة المضيفة أو بالنيابة عنها دعماً للاستثمار وترقيته.

(١) انظر المادة ٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٨

ف عندما يدرك ممثلو الدولة المضيفة أو يدركوا أن بعض الالتزامات أو الضمانات المحددة كانت حاسمة بالنسبة لقرار المستثمر للمضي قدما في الاستثمار ، فإن تجاهل أو انتهاك هذه التعهدات يعتبر بمثابة مسؤولية الدولة بموجب معيار المعاملة العادلة والمنصفة. وفي الشق الذاتي سيكون التوقع غير معقول إذا تعارض هذا التوقع مع المعارف الأخرى التي لدى المستثمر بشأن القانون و و الإقرارات التي قدمتها الدولة المضيفة. لذا لا يجوز للمستثمر أن يجادل بأن استثماره يخفق فقط بسبب القوانين أو السياسات أو الممارسات التي كانت سارية في وقت الاستثمار والتي كانت أو كان من المفترض أن تكون معروفة له قبل القيام بالاستثمار. فالبيئة الاجتماعية والاقتصادية الفعلية للدولة المضيفة، تعد جزءاً من التوقعات التي يجب على المستثمر الإقرار بها عند اتخاذ قراره بالاستثمار في البلد المضيف.⁽¹⁾

المطلب الثاني

مبدأ المعاملة التفضيلية

أولاً : مبدأ الدولة الأكثر رعاية

يعد هذا المبدأ هو الشرط الأهم في الالتزامات العامة التي جاء بها اتفاق التجارة في الخدمات⁽²⁾، ويقصد به (أية ميزة تجارية يقوم بمنحها عضو في الاتفاق

⁽¹⁾Fulvio Maria Palombino - Ibid - p 91 - 92

⁽²⁾Julian Davis Mortenson - Snowflakes in a Blizzard Treaty Interpretation in International Investment Law - Michigan Law - University of Michigan - public law and legal theory research paper series paper no. 504 January 2016 - <http://ssrn.com/abstract=2757690> - last visit 1/5/2018 - p5" Most favored nation clauses are well known throughout international law, perhaps especially in the trade context. A typical clause might guarantee that 'investments made by investors of one contracting party in the territory of the other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State', or—with more specificity—that 'each Party shall accord to an investor of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of an investment in its territory'."

لدولة أخرى سواء كانت عضو في الاتفاق أم لا تسري على كل أعضاء اتفاق الخدمات فوراً وبدون شروط أو إجراءات أو طلب من الأعضاء.) ويمكن فهم معنى شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي بمثال بسيط ، إذا افترضنا وجود ثلاث دول: أ (الدولة المانحة) ، ب (الدولة المستفيدة) و ج (الدولة الثالثة). ونفترض أن الدولتين أ، ب قد دخلتا في معاهدة تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية. فإذا قدمت الدولة أ فوائد معينة إلى الدولة ج ، يمكن للدولة ب أن تحتج بشرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة لضمان امتلاك الدولة "أ" لنفس المزايا بالنسبة لها، فإن المنافع الممنوحة للدولة ج تدرج في نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة بين "أ" و "ب". وتهدف معاملة الدولة الأولى بالرعاية في قانون الاستثمار الدولي إلى إنشاء فرص متكافئة لجميع المستثمرين الأجانب من خلال منع الدولة المضيفة من التمييز بين المستثمرين من مختلف البلدان. ففي سياق معاهدات الاستثمار الثنائية ، قيل إن أحد الأدوار الرئيسية التي تلعبها شروط الدولة الأولى بالرعاية هو "استيراد شروط أكثر ملاءمة من معاهدات الاستثمار الثنائية التي يقوم بها البلد الثالث". وبعبارة أخرى ، فإن المسألة المركزية التي واجهت العديد من محاكم التحكيم فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية هي ما إذا كان بإمكان المستثمر الأجنبي استخدام حكم الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة لتفسيره في معاهدته مع الدولة المضيفة لاقتراض حكم مفيد في معاهدة استثمار ثنائية أخرى موقعة من قبل البلد المضيف معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة والدولة الثالثة.⁽¹⁾

(1)Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform- Indian Journal of International Law - The Indian Society of International Law - springer - 2015 - p 45 - 48 " Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party, treatment which shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own or investments of investors of any third State. This provision exists in combination with the national treatment provision and is not subject to any exceptions except, as given in Article 4(3),

ومن التفسيرات التي صاحبت تفسير أكثر البنود قبولاً في معاهدات الاستثمار الدولية وهو بند الدولة الأولى بالرعاية^(١)، وهي عبارة عن عملية تعدد تكتسب بامتياز وتسمح للمستثمرين بالحصول على حماية أي معاهدة استثمار ثنائية أخرى من قبل الدولة المضيفة مع دولة أخرى إذا كانت أكثر ملاءمة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة و دولة جنسية المستثمر. في حين كان من المفترض في الأساس أن تنطبق شروط الدولة الأكثر رعاية على القضايا الجوهرية، قررت محكمة **ICSID** في **Maffezini v. Spain**^(٢) أن شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق أيضاً على الأحكام الإجرائية.^(٣)

which do not obligate the extension of 'benefit of any treatment, preference or privilege resulting from (a) any existing or future customs unions or similar international agreement to which it is or may become a party, or (b) any matter pertaining wholly or mainly to taxation "

^(١)Yannick Radi - The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse" - The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4 - 2007 - p 758 " The most-favoured-nation clause has been included in international agreements since the twelfth century. Originally it was used mainly with the aim of preventing discrimination in international trade. It was then extended to the area of international investments, first of all through the friendship, commerce and navigation treaties, and later, with their successors, the bilateral investment treaties, which aim at the promotion and protection of investments. The MFN clause has become such a typical clause in treaties that the International Law Commission has drawn up Draft Articles on Most-Favoured-Nation clauses ", Andreas R. Ziegler - European Yearbook of International Economic Law 2010 - The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs) - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010 -p77

^(٢)Emilio Maffezini v.Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, decision on jurisdiction (25 January 2000).

^(٣)Anne van Aaken - Perils of Success? The Case of International Investment Protection - European Business Organization Law Review - T.M.C.ASSER PRESS - 2008 - p 21

وقد استمر مبدأ الدولة الأكثر رعاية في اتفاقيات الجات للتجارة والتعريفات عام ١٩٤٧ حيث كان من ضمن المبادئ التي قام عليها الجات لتنظيم التجارة الدولية، ووقعت عليه الدول الأعضاء عام ١٩٤٧؛ حيث نصت المادة ١١١ على مبدأ المعاملة العامة للدولة الأولى بالرعاية " أن كل ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة تعطي بواسطة طرف متعاقد لمنتج مستورد أو مصدر إلى أي بلد آخر سوف تمتد فوراً وبدون شروط إلى كل منتج مشابه أصلي أو متجه إلى إقليم أي من الدول المتعاقدة الأخرى. وفي الاتفاق العام للتجارة في الخدمات : جاءت المادة ١/٢ على النحو التالي" فيما يتعلق بالإجراءات التي يشملها هذا الاتفاق يجب على كل عضو أن يمنح للخدمات وموردي الخدمات من أي عضواً آخر فوراً ودون شروط معاملة لا تقل رعاية من تلك التي يمنحها لما يماثلها من الخدمات وموردي الخدمات من أي بلد آخر.^(١)

ثانياً : مزايا وجود مبدأ الدولة الأكثر رعاية في اتفاق التجارة في الخدمات

يسمح المبدأ بزيادة التبادل التجاري بين الدول في مجال الخدمات مما يساعد على نمو التجارة الدولية في قطاعات الخدمات بأكملها؛ ويسمح المبدأ بوصول تجارة الخدمات للدول الأعضاء في الاتفاق عن طريق فتح الأسواق لموردي الخدمات الأجانب وللخدمات ذاتها؛ ويحظر المبدأ على الدول اتخاذ إجراءات قسرية تحد من مساواة موردي الخدمات الأجانب بالموردين الوطنيين، مما يشجع موردي الخدمات الأجانب على زيادة استثماراتهم في الدول الأعضاء في اتفاق التجارة في الخدمات، ويمتد المبدأ ليشمل المزايا الممنوحة في أية اتفاقات أخرى ثنائية أو متعددة خارج إطار الاتفاق العام للتجارة في الخدمات، مما يساهم في استفادة الدول الأعضاء في الاتفاق من أي مزايا تمنحها دولة عضو في اتفاق خارج منظمة التجارة العالمية.^(٢)

الخلاصة

(١) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - مرجع سابق - ص ١١٥

(٢) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - مرجع سابق - ص ١٢١

نخلص مما سبق إلى أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب هو ما يتمتع به
الوطنيين من معاملة ولا يجوز للدولة أن تنزل بمعاملة الأجانب بحجة أنها نزلت
بمعاملة الوطنيين؛ إذ أن ذلك يخالف التوقعات المشروعة للمستثمر، وهذا الحد
الأدنى يتقيد بمبدأ الثبات التشريعي، ولكن يجوز أن يلقي المستثمر معاملة تفضيلية
في حدود مبدأي الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ المعاملة بالمثل؛ ولكن كيف يتم
احترام حقوق المستثمر، وما هي ضمانات ذلك الاحترام؟ هذا ما نتعرض له في ظل
صدور قانون الاستثمار المصري الحديث في المبحث الأخير من هذا البحث.

المبحث الخامس

احترام حقوق المستثمر

تمهيد وتقسيم

ما هي الحقوق الأصلية التي يجب أن يتمتع بها المستثمر في القانون
المصري الصادر حديثاً؛ فهل يحق له التوسع في المشروع الذي أقامه؟، وهل يحق
له تصفية المشروع في أي وقت؟، وما هي حدود الاستيراد والتصدير والاستقدام
العمالة الأجنبية للمشروع الاستثماري؟ وهل من الممكن إطلاع المستثمر على سبب
قرار الدولة المضيقة بشأن مشروعه الاستثماري؟ وإذا لم يعجبه السبب هل له أن
ينظم منه، وكيف يقوم بذلك؟ وإذا تطور الأمر هل يحق له اللجوء لتسوية
المنازعات. هذا ما أتناوله في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: حق المستثمر في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته

المطلب الثاني: حق المستثمر في الاستيراد والتصدير واستخدام العمالة الأجنبية

المطلب الثالث: حق المستثمر في تسبب قرارات الاستثمار والتنظم منها

المطلب الرابع: حق المستثمر في تسوية المنازعات

المطلب الأول

حق المستثمر في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته

ينطوي الاستثمار الأجنبي المباشر على فكرة التملك الجزئي أو المطلق للطرف الأجنبي لمشروع الاستثمار مقرونا بالسيطرة والتحكم في قدرات المشروع، وأن ذلك التملك وتلك السيطرة هما مجرد وسيلة لضمان تحقيق الأرباح التي هي الغاية المبتغاة للاستثمار. فالمستثمر الأجنبي ينظر إلى ما يتوافر في الاقتصاديات المتلقية (المضيفة) للاستثمار الأجنبي المباشر من مناخ يؤمن تملكه وسيطرته على المشروع الاستثماري خاصة الجوانب القانونية والإدارية التي تيسر إدارته للمشروع الاستثماري.^(١) وقد ذكر المشرع المصري في قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢/٢٠١٧ في مادته السادسة النص الآتي في فقرتها الأولى " للمستثمر الحق في إنشاء وإقامة المشروع الاستثماري وتوسيعه، وتمويله من الخارج دون قيود وبالعملة الأجنبية، كما يكون من حقه تملكه، وإدارته، واستخدامه، والتصرف فيه، وجني أرباحه وتحويلها إلى الخارج، وتصفية المشروع، وتحويل ناتج هذه التصفية كله أو بعضه إلى الخارج، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير. وتسمح الدولة بإتاحة جميع عمليات التحويل النقدي المتصل بالاستثمار الأجنبي بحرية ودون إبطاء إلى أراضيها وإلى خارجها، بعملة قابلة للتحويل الحر كما تسمح الدولة بتحويل العملة المحلية إلى عملة قابلة للاستخدام بحرية دون تأخير."^(٢)

(١) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٢٤

(٢) انظر المادة ١/٦-٢ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠؛ وقد أوضحت المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ أن عمليات التحويلات النقدية المتصلة بالاستثمار الأجنبي الآتي: (أ) النقد الأجنبي الحر، المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي، الذي يستخدم في إنشاء أو إقامة أو التوسع في أي من المشروعات التي تزاوُل أيا من الأنشطة المنصوص عليها في قانون الاستثمار أو هذه اللائحة. (ب) النقد الأجنبي الحر، المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي، الذي يستخدم في الاكتتاب في الأوراق المالية المصرية أو في شرائها من أسواق الأوراق المالية في مصر، وذلك طبقاً للقواعد التي يقرها مجلس إدارة الهيئة. (ج) النقد المصري الذي يتم الوفاء به بموافقة الجهات المعنية مقابل تسوية التزامات مستحقة الأداء بنقد أجنبي حر، وذلك إذا استخدم في إنشاء أحد المشروعات أو التوسع فيها. (د) الآلات والمعدات والمواد الأولية والمستلزمات السلعية ووسائل النقل الواردة من الخارج لإنشاء أو إقامة المشروعات أو التوسع فيها.

وألزم المشرع المصري في الفقرة الثالثة من المادة السادسة سالفة الذكر؛ أنه في حالة التصفية للمشروع الاستثماري تلتزم الجهات الإدارية المختصة بإخطار الهيئة والشركة تحت التصفية ببيان ما عليها من التزامات خلال مدة أقصاها ١٢٠ يوم تبدأ من تاريخ تقديم المصفي طلبا بذلك مرفقا به المستندات اللازمة. وأعطى المشرع قرينة براءة الذمة للشركة تحت التصفية إذا مرت هذه المدة دون بيان الالتزامات عليها؛ مع تحميل المسؤولية الجنائية والتأديبية للمسئول عن إصدار بيان على خلاف الواقع أو من تسبب في فوات الميعاد المشار إليه دون الرد على الطلب.^(١)

المطلب الثاني

حق المستثمر في الاستيراد والتصدير واستخدام العملة الأجنبية

أولاً: حق المستثمر في الاستيراد والتصدير

أطلق المشرع المصري قاعدة عامة في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري في مادته السابعة؛ مفادها أن حق المستثمر في

(هـ) حقوق الملكية الفكرية والحقوق المعنوية المملوكة للمقيمين في الخارج التي تستخدم في إنشاء أو إقامة المشروعات أو التوسع فيها كبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المسجلة في دولة من دول المنظمة العالمية للملكية الفكرية أو وفقا لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية النافذة في هذا الشأن. (و) لأرباح القابلة للتحويل للخارج التي يحققها المشروع إذا استكمل أو زيد بها رأسماله أو استثمرت في مشروع آخر. ويكون تقويم المال المستثمر المشار إليه في البندين (د،هـ) طبقا للقواعد والإجراءات وفقا لمعايير المحاسبة المصرية.

(١) انظر المادة ٣/٦ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١؛ وقد أوضحت المادة ٣٩/ثانيا من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري رقم ٢٣١٠ لعام ٢٠١٧ : كيفية إتمام عملية التصفية - ص ٤١ " يقدم المصفي للهيئة محضر اجتماع جماعة الشركاء أو محضر الجمعية العامة العادية المتضمن موافقة الشركاء أو المساهمين بالأغلبية المنصوص عليها في عقد الشركة أو في نظامها الأساسي على التقرير الذي أعده بنتيجة أعمال التصفية مرفقا به ما يأتي: ١- الحساب النهائي للتصفية معتمدا من المصفي وفقا لقواعد ومعايير المحاسبة المصرية المتعارف عليها في إعداد القوائم المالية. ٢- إقرار من المصفي بأنه قد تم أعمال التصفية وأنه أوفى ما على الشركة من التزامات وقام بتوزيع باقي ناتج التصفية - حال وجوده - على الشركاء أو المساهمين. ٣- ما يفيد إجراء النشر. ٤- إقرار من المصفي ومن الشركاء أو المساهمين بمسئوليتهم عن أعمال التصفية. وتسلم الهيئة للمصفي خطابا على مسؤوليته بالموافقة على تصفية الشركة موجهة إلى السجل التجاري المختص لمحو قيد الشركة من هذا السجل بناء على طلب المصفي وموافقة جماعة الشركاء أو الجمعية العامة العادية على ذلك. ويقوم السجل التجاري المختص بمحو قيد الشركة بمجرد تسلمه خطاب الهيئة بالموافقة على التصفية."

الاستيراد يدور في فلك أحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد؛ فأورد النص الآتي: "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد....." ثم أجاز للمستثمر الحق في الاستيراد سواء بنفسه أو بغيره ما يحتاج إليه مشروعه الاستثماري في إنشائه أو التوسع فيه أو تشغيله من المواد الخام ومستلزمات الإنتاج والآلات وقطع الغيار ووسائل النقل المناسبة لطبيعة نشاطها دون حاجة لقيدها في سجل المستوردين. كما أعى في الفقرة الثانية من المادة السابقة سائلة الذكر تلك المشروعات إذا ما أرادت أن تصدر منتجاتها بنفسها أو عن طريق غيرها من الترخيص أو القيد في سجل المصدرين. ولكن أرفد في نهاية هذه المادة شرطا على المشروعات الاستثمارية يمثل التزاما في حد ذاته سواء من حيث الاستيراد أو التصدير أيا كان الطريق سواء بنفسها أو بغيرها " بإخطار " الهيئة بتقرير ربع سنوي عن الكميات والأنواع المستوردة أو المصدرة. (1)

ويعيب هذا النص أنه اكتفى بالإخطار دونما انتظار رد من الهيئة على المستثمر تفيد إقرارها بما صدره أو استورده من عدمه، ومدى ارتباطه بالمشروع الاستثماري مما يوحي بوجود سلطة مطلقة للمستثمر كي يقرر هذا الارتباط وهذا الأمر محل تدقيق.

ثانيا: حق المستثمر في استخدام عمالة أجنبية

أقر المشرع المصري في قانون ٢٠١٧/٧٢ أن للمشروع الاستثماري الحق في استخدام عمالة أجنبية في حدود ١٠% من إجمالي عدد العاملين بالمشروع؛ وأجاز المشرع زيادة هذه النسبة من العمالة من ١٠% إلى ٢٠% إذا لم توجد عمالة وطنية تملك هذه المؤهلات اللازمة^(٢)، وأعطى تقديرا لهذه الحالة أوضحتها اللائحة لتنفيذية على النحو التالي: حيث قررت اللائحة في المادة ٢/٦ " تشكل بقرار من الرئيس التنفيذي للهيئة لجنة تضم في عضويتها عناصر فنية وقانونية وممثلين عن

(1) انظر المادة ٧ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١

(2) انظر المادة ١/٨ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١

الجهات المختصة، تختص بالبت في طلبات زيادة النسبة المقررة لاستخدام العمالة الأجنبية، وتعتمد قراراتها من الرئيس التنفيذي للهيئة، وتراعي اللجنة عند بحث الطلبات المقدمة القواعد الآتية:

١- دراسة المؤهلات والخبرات العلمية الحاصل عليها العامل الأجنبي، ومدى تناسبها مع المهن المرخص له بالعمل فيها.

٢- رأي الجهة المعنية بالإشراف على النشاط الاقتصادي الذي تمارسه الشركة أو المنشأة، وكذا رأي الجهات الأمنية مراعاة لمقتضيات الأمن القومي.

٣- مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في الدولة التي يحمل الأجنبي جنسيتها إن وجد.

٤- حاجة ومصصلحة البلاد الاقتصادية للخبرة الأجنبية.

٥- احتياجات الشركة أو المنشأة لإخصائيين أو مستشارين وظروف العمل بها، وأثر الموافقة أو الرفض على الإنتاج أو الاستثمار.

٦- مدى إمكانية توفير الشركة أو المنشأة فرص عمل للعمالة المصرية.

٧- مدى جدية الشركة أو المنشأة في الوفاء بتعهداتها السابقة ومدى التزامها بأحكام القانون.

٨- أن تكون الأفضلية للأجنبي المولود والمقيم بصفة دائمة في البلاد في حالة وجود أكثر من عامل أجنبي بذات التخصص.

٩- التزام الشركة أو المنشأة التي يصرح لها باستخدام خبراء أو فنيين أجانب بتكليف العاملين المصريين ممن تتناسب مؤهلاتهم مع مؤهلات الخبراء والفنيين الأجانب للعمل كمساعدين لهم، على أن يلتزم الأجنبي بتدريبهم وإعداد تقارير دورية عن مدى تقدمهم. (١) وأجاز المشرع الخروج عن نسبة الـ ٢٠ % بشروط:

(١) انظر المادة ٢/٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الأول : تنظيم إقامة المستثمرين غير المصريين واستخدام العاملين الأجانب / المادة ٢/٦ - ص ٢٠

- ١- أن يكون المشروع من ضمن المشروعات الاستثمارية الاستراتيجية ذات الأهمية الخاصة، وتلك المشروعات يصدر بتحديدتها قرار من المجلس الأعلى للاستثمار.
- ٢- أن يراعى المشروع شرط آخر مفاده تدريب العمالة الوطنية.^(١)
- وأعطى المشرع حق تحويل المستحقات المالية لتلك العمالة الأجنبية كاملة كلها أو بعضها للخارج لهؤلاء العمال الأجانب تحفيزاً لهم على الدخول لهذه المشروعات الاستثمارية.^(٢)

المطلب الثالث

حق المستثمر في تسبب قرارات الاستثمار والتظلم منها

في مجال تطبيق أحكام قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ تكون جميع القرارات المتعلقة بشئون المشروع الاستثماري مسببة ويخطر بها ذوو الشأن^(٣) وسواء كانت هذه القرارات صادرة عن الهيئة أو غيرها من الجهات فلا بد أن تكون مسببة، ويشترط هنا أن يخطر بها ذوو الشأن فور صدورهم بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول أو عن طريق الوسائل الأخرى التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر عند تقديم طلب الحصول على الخدمة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس وفقاً للنموذج المعد لهذا الغرض.^(٤)

وقد أقر المشرع المصري أيضاً في المادة الخامسة من قانون رقم ٢٠١٧/٧٢ أنه " لا يجوز للجهات الإدارية إلغاء التراخيص الصادرة للمشروع

(١) انظر المادة ٢/٨ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٢

(٢) انظر المادة ٣/٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الأول : تنظيم إقامة المستثمرين غير المصريين واستخدام العاملين الأجانب / المادة ٢/٦ - ص ٢٠

(٣) انظر المادة ٣/٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٩

(٤) انظر المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثاني : الضمانات / المادة ٧ - ص ٢١

الاستثماري أو وقفها أو سحب العقارات التي تم تخصيصها للمشروع إلا بعد إنذار المستثمر بالمخالفات المنسوبة إليه، وسماع وجهة نظره، وإعطائه مهلة مناسبة لإزالة المخالفة".^(١) وتعد هذه المادة من قبيل الإجراءات التي لا بد أن تسبق صدور قرارات الاستثمار، وأوضح المشرع في المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار أن المهلة لا تتجاوز ٦٠ يوماً من تاريخ إنذاره لإزالتها، فإذا انقضت هذه المهلة دون قيام المستثمر بإزالتها، وجب على الجهات الإدارية المختصة قبل إصدار قرارها في هذا الشأن أخذ رأي الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بموجب كتاب يتضمن كافة الإجراءات القانونية التي اتخذت قبل المستثمر، ويتعين على الهيئة إيداء رأيها خلال ٧ أيام من تاريخ وروده. وللمستثمر التظلم من قرار إلغاء التراخيص أو وقفها أو سحب العقارات أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة ٨٣ من قانون الاستثمار^(٢)

وقد نصت الأخيرة على "تنشأ بالهيئة لجنة أو أكثر لنظر التظلمات من القرارات الصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون من الهيئة أو الجهات المختصة بمنح الموافقات والتصاريح والتراخيص، وتشكل اللجنة برئاسة مستشار من إحدى الجهات القضائية تحدده المجالس الخاصة بتلك الجهات وعضوية ممثل عن الهيئة وأحد ذوي الخبرة، ويصدر بتشكيل اللجنة ونظام عملها وأمانتها الفنية قرار من الوزير المختص".^(٣) وقد أوضحت الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية والذي يحمل عنوان التظلمات في المواد ١٢٩-١٣٠-١٣١-١٣٢-١٣٣ طريقة عمل هذه اللجنة بالتفصيل.

(١) انظر المادة ١/٥ من قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠

(٢) انظر المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثاني: الضمانات / المادة ٨ - ص ٢١

(٣) انظر المادة ٨٣ من قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - لجنة التظلمات - ص ٥٧

ففي المادة ١٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ أُلزم المشرع الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بإعداد سجل لقيد الخبراء في المجالات المختلفة بحيث يعين من بينهم عضو من ذوي الخبرة بلجنة التظلمات ، واشترط المشرع أن يكون الخبير متخصصا في المجال محل التظلم. (١)

* إجراءات التظلم أمام لجنة التظلمات من قرارات الاستثمار

١- يكون التظلم أمام اللجنة خلال ١٥ يوم من تاريخ الإخطار أو العلم بالقرار المتظلم منه.

٢- تعقد اللجنة جلساتها بمقر الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة كل ١٥ يوم على الأقل، وفي حالة اعتذار عضو ذوي الخبرة يصدر قرار من الرئيس التنفيذي للهيئة بتعيين خبير آخر ممن يليه بالسجل المعد لذلك.

٣- يحق للجنة التظلمات الاتصال بذوي الشأن والجهات الإدارية المعنية، ولها أن تطلب الإيضاحات والاستفسارات والمستندات التي تراها لازمة للبت في التظلم، ولها أن تستعين بالخبرات والتخصصات المختلفة بالهيئة وغيرها من الجهات الإدارية.

٤- تبت اللجنة في التظلم خلال ٣٠ يوما من تاريخ إنتهاء سماع الأطراف وتقديم وجهات نظرهم.

٥- لا بد أن يتضمن قرار اللجنة الأسباب التي استندت عليه في إصداره.

٦- قرار اللجنة نهائي وملزم للهيئة وللجهات الإدارية المختصة.

(١) انظر المادة ١٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثالث : التظلمات - المادة ١٢٩ - ص ٨٨ " ويصدر بتحديد الضوابط والشروط اللازمة لقيد هؤلاء الخبراء قرار من مجلس إدارة الهيئة، ويصدر بتشكيل اللجنة ونظام عملها قرار من الوزير المختص."

٧- تلتزم الأمانة الفنية للجنة بإخطار ذوي الشأن بقرار اللجنة بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويعتبر مضي مدة ٣٠ يوم دونما البت في التظلم بمثابة رفض له. (١)

المطلب الرابع

حق المستثمر في تسوية المنازعات

استثنى المشرع المصري في قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ المنازعات الناشئة عن تطبيقه من الخضوع لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والخاص بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها، وأحال التظلمات والطلبات المنظورة أمام لجنتي فض

(١) انظر المادة ١٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧ - ص ٨٩-٩٠؛ وتنص المادة ١٣١ على أن " تكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها قرار من الوزير المختص من عدد كاف من العاملين المختصين والمتفرغين لأعمالها، ويجوز الندب للأمانة الفنية. وتتولى الأمانة الفنية تلقي التظلمات على النموذج المعد لذلك، وقيدتها بالسجل المخصص لهذا الغرض في تاريخ ورودها، ومنح المتظلم إيصالا بذلك مثبتا به رقم القيد وتاريخه، كما يكون لها على الأخص ما يلي: ١- إعداد ملف التظلم وعرضه على رئيس اللجنة فور وروده لتحديد جلسة لنظره. ٢- إخطار المتظلم بجلسة نظر التظلم بأي من طرق الإخطار المنصوص عليها بالمادة ٧ من هذه اللائحة قبل موعد الجلسة بوقت كاف للحضور أمام اللجنة بنفسه أو من يمثله قانونا. ٣- القيام بأعمال أمانة سر اللجنة وتحرير محاضر جلساتها. ٤- القيام بكافة الأعمال الإدارية المتعلقة بعمل اللجنة وإعداد قاعدة بيانات بكافة التظلمات المعروضة عليها والقرارات الصادرة فيها. ٥- إخطار صاحب الشأن بصورة معتمدة من قرار اللجنة بالبت في التظلم والأسباب التي بني عليها. ٦- أي مهام أخرى تكلفها بها اللجنة." ونصت المادة ١٣٢ على بيانات التظلم فوجب أن يكون التظلم مشتملا على "١- اسم المتظلم وصفته وعنوانه. ٢- تحديد للقرار المتظلم منه وتاريخ صدوره وتاريخ الإخطار أو العلم به. ٣- مذكرة شارحة لموضوع التظلم، موضحا بها الأسباب التي بني عليها. ٤- المستندات المؤيدة للتظلم. ٥- الإيصال الدال على سداد مقابل خدمات اللجنة الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة." ومن قبيل الحوكمة والشفافية قررت المادة ١٣٣ النص الآتي: " تلتزم الهيئة بتوفير جدول الكتروني لقيود التظلمات، على أن يشتمل هذا الجدول على بيان بتاريخ التظلم وموضوعه والقرار المتظلم منه واسم المتظلم وصفته وتاريخ جلسة نظر التظلم وتأجيلاتها، ويتم ربط هذا الجدول بالموقع الرسمي للهيئة على شبكة المعلومات."

منازعات الاستثمار وتسوية منازعات عقود الاستثمار القائمتين للجنة المنصوص عليهما في المادتين ٨٥ - ٨٨^(١) من قانون ٢٠١٧/٧٢ والتي استحدثتهما الأخير^(٢).

ولقد اختار المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم ٧٢ لعام ٢٠١٧ الاعتراف للمستثمر بحقه في مقاضاة أي جهة حكومية تابعة للدولة المصرية؛ ففي المادة ٨٢ ورد النص الآتي " مع عدم الإخلال بالحق في التقاضي، تجوز تسوية أي نزاع ينشأ بين المستثمر وأي جهة أو أكثر من الجهات الحكومية يتعلق برأس المال المستثمر أو بتفسير أحكام هذا القانون أو تطبيقه وديا ودون تأخير من خلال المفاوضات بين الأطراف المتنازعة."^(٣)

وأجاز تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر أو وفقا لأحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لعام

(١) انظر ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٥٧ ، ٥٩ حيث تنص المادة ٨٥ على "تنشأ لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار"، تختص بالنظر فيما يقدم أو يحال إليها من طلبات أو شكاوى أو منازعات قد تنشأ بين المستثمرين والدولة أو تكون إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها ، ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويشارك في عضويتها أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة ، وتعتمد قراراتها من مجلس الوزراء، ويجوز للوزراء من أعضاء اللجنة في حالة الضرورة إنابة من يمثلهم لحضور اجتماع اللجنة والتصويت على قراراتها فيه. ويكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها ونظام عملها قرار من الوزير المختص"، وتنص المادة ٨٨ على " تنشأ بمجلس الوزراء لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار " تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها، وتشكل هذه اللجنة بقرار من رئيس مجلس الوزراء، ويشارك في عضويتها أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة، وتعتمد قراراتها من مجلس الوزراء، ولا تجوز الإنابة في حضور جلساتها، ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور رئيسها ونصف عدد أعضائها، وتصدر اللجنة قراراتها بأغلبية الآراء وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس. ويكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها ونظام عملها قرار من رئيس مجلس الوزراء."

(٢) انظر المادة ٥ و٦- ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية -

العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٣

(٣) انظر المادة ٨٢ من ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية -

العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٥٦

١٩٩٤؛ وأجاز أيضا لطرفي النزاع في أي وقت من الأوقات خلال النزاع الاتفاق على التماس سبل التسوية بمختلف أنواعها طبقا للقواعد المعمول بها لتسوية المنازعات، بما في ذلك اللجوء إلى التحكيم غير المؤسسي (الحر)، أو التحكيم المؤسسي.^(١) ولقد أنشأ المشرع مركز مستقل للتحكيم والوساطة يسمى (المركز المصري للتحكيم والوساطة) تكون له الشخصية الاعتبارية لممارسة التحكيم المؤسسي فيما يرفع له من منازعات بين المستثمر وأي جهة حكومية.^(٢)

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن للمستثمر أن يطلب تسبب قرارات الاستثمار، وله الحق في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته وقتما يشاء ، وله أيضا حق استقدام عمالة أجنبية في حدود معينة، وله حق الاستيراد والتصدير دونما عقبات، وأخيرا له أن يسعى لتسوية النزاع بعد التظلم من الإجراء أمام الجهة المختصة عن طريق المفاوضات أو التحكيم.

(١) انظر المادة ٩٠ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - الفصل الرابع - الوسائل الودية لتسوية المنازعات ومركز التحكيم والوساطة - ص ٦٠

(٢) انظر المادة ٩١ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٦٠ " ويتخذ المركز من محافظة القاهرة مقرا له. ويتولى المركز تسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمرين، أو بينهم وبين الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها عامة أو خاصة، وإذا ما اتفقوا في أي مرحلة على تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو الوساطة أمام هذا المركز وذلك كله مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات، ويتولى إدارة المركز مجلس إدارة يتكون من خمسة أعضاء من ذوي الخبرة والتخصص والكفاءة والسمعة الطيبة يصدر بتعيينهم قرار من رئيس مجلس الوزراء."

خاتمة البحث

تمكنت في هذا البحث من التحقق من معنى ضمان الاستثمار، وكيف آلت الأمور بخصوصه على المستوى الدولي والإقليمي والمحلي، وتوصلت إلى أن مخاطر الاستثمار عديدة حدها الأدنى نزع الملكية، وعدم تحويل العملات والأرباح، وخرق العقد، وأقصاها عدم الثبات التشريعي، والهجمات الإرهابية؛ ولهذه المخاطر سبل تقييم عديدة ألفت عليها المؤسسات الدولية يجب على الدول التي تسعى إلى جذب الاستثمار أن تلتزم بمعايير هذه المؤسسات حتى تضمن مستوى أمثل من تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر، وإذا ما أراد المستثمر تفعيل ضمان الاستثمار يجب عليه أن يحدو سبل التسوية الودية وأولها إعادة التوازن الاقتصادي لاتفاق الاستثمار من خلال المفاوضات الدولية؛ فإن استجابات الدولة المضيفة للاستثمار فهذا ما يصبو إليه المستثمر، وإذا امتنعت فسيلجأ المستثمر إلى التحكيم والقضاء الدولي؛ ونادرا ما يلجأ إلى الحماية الدبلوماسية، وقد أوضحت الحد الأدنى لحقوق المستثمر وكيفية معاملته مختتما بحثي بعدة نتائج وتوصيات:-

- ينبغي وضع حد فاصل بين الاستثمار والاستعمار، وهذا الحد يحكمه سلطان الإرادة توازن فيه الدولة المضيفة للاستثمار بين حقوقها وواجباتها تجاه المستثمر، ويحكمه أيضا التزاماتها بالمعايير الدولية لضمان الاستثمار.

- يجب أثناء صياغة اتفاق أو معاهدة الاستثمار أن تراعى كلا الأطراف المعايير التي وضعتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في عام ١٩٧٤ وما حدده من معايير لضمان الاستثمار والحفاظ على حقوق الدولة المضيفة للاستثمار.

- يلزم لتحويل أرباح المشروع الاستثماري للخارج قيد الأموال الواردة من الخارج لنفس المشروع عند البدء فيه بالبنك المركزي المصري؛ لمعرفة كم الأرباح الممكن تحويلها للخارج بالنسبة لأصل المشروع واستثماراته، ولكي يكون أمر التحويل

مضمون يجب بأي حال من الأحوال ألا تتجاوز التحويلات قيمة رأس المال الذي بدء به المشروع مضافا إليه ما انتهى إليه من أرباح.

- نوصي المشرع المصري بتعديل حكم مادة نزع الملكية وفقا لقانون الاستثمار الصادر حديثاً ٢٠١٧/٧٢ ليكون بحكم بات، وليس بحكم نهائي أو أمر قضائي؛ لأنه إذا تمكن المستثمر من الحصول على حقه بحكم بات لأضحى ذلك عبثاً بتدفقات الاستثمار وسيصيب باقي المستثمرين بالخوف على استثماراتهم مما يضعف مناخ الاستثمار.

- تتجه معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلى إعطاء دور كبير للتحكيم المؤسسي أو التحكيم الحر، والبعد تماما عن شرط الحماية الدبلوماسية؛ وقد أضحي خرق العقد بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر يمثل أكبر المؤثرات على مناخ الاستثمار وسمة كلا من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

- إذا تعارضت حقوق المستثمر مع حقوق الإنسان في الدولة المضيفة للاستثمار؛ فالغلبة تكون للأخيرة حتى ولو نص على غير ذلك في اتفاق الاستثمار؛ إذ أنه بذلك يضحى شرطاً مخالفاً للنظام العام الدولي والقواعد القانونية الدولية الآمرة باحترام حقوق الإنسان.

- نوصي المشرع المصري بإضافة الضمان ضد خطر الاضطرابات والأعمال الإرهابية في قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ لأن ذلك كبير الأثر في ضمان جذب الأموال من الخارج للاستثمار في مصر بشرط ألا يكون المستثمر شريكا في هذه الأعمال الإرهابية بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

- يعد الثبات التشريعي حق للمستثمر وللدولة المضيفة للاستثمار؛ فهو حق للأخيرة تجاهه طالما تمسك به المستثمر، وإذا أراد أن يتمسك بقانون جديد هو أصلح له؛ فلا يحق له بعد المطالبة بتطبيق القانون الجديد أن يتمسك بالثبات التشريعي للقانون القديم، حتى ولو كان ذلك في مصلحته؛ لأن ذلك يحول الاستثمار إلى استعمار.

- نوصي وزارة الاستثمار المصرية بضرورة تتبع ومقارنة التقييمات الصادرة عن المؤسسات الدولية المحايدة لمناخ الاستثمار ومخاطره، والتي تسعى بشكل حيادي إلى تقييم مناخ الاستثمار المصري لكي نعالج السلبيات الواردة في هذه التقييمات.

- تعد المفاوضات الدولية حول إعادة التوازن الاقتصادي لاتفاق الاستثمار من أفضل سبل معالجة مخاطر الاستثمار والتعويض عن أضرارها، والدول التي تلجأ وترضى بدفع التعويض في سبيل منفعة محققة من ما تتخذه من إجراءات ستخسر الكثير في مناخ الاستثمار وسمعتها وسط الدول الجاذبة للاستثمارات؛ لذا نوصي بضرورة إلزام الجهة الإدارية القائمة على شئون الاستثمار إذا ما دب خلاف بينها وبين المستثمر بتوجيه الدعوة إليه للتفاوض، ويحبذ أن يكون التفاوض علنياً؛ لأن ذلك كما يؤثر على الدولة المضيفة للاستثمار بالسلب؛ فإن معدل ومؤشر الشفافية يؤثر عليها بالإيجاب.

- نوصي المفاوضات المصري بوضع بند في نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية المصرية بضرورة عرض أي نزاع على محكمة تحكيم دائمة مقرها مصر، وأحد أعضائها يعينه المستثمر ويعرض النزاع عليها قبل الذهاب إلى التحكيم الدولي خارج مصر.

- يجب على الحكومة المصرية التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي ، ومبدأ المعاملة الوطنية، والمعاملة غير التفضيلية، وضرورة احترام حقوق المستثمر الواردة في قانون الاستثمار

قائمة المراجع

١- المراجع العربية

أ- المؤلفات العامة

- إبراهيم شحاتة معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية -
١٩٧٢-١٩٧١
- إبراهيم محمد العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري)
- الطبعة الثانية / دار النهضة العربية
- حازم حسن جمعة - الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة - دراسة تحليلية
- للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي - ١٩٨١
- صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية -
٢٠٠٧
- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في
السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي - جامعة القاهرة - كلية الحقوق
بالخرطوم - ١٩٩٠
- فؤاد محمد محمد أبو طالب - التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية
وفقاً لأحكام القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية
- ٢٠٠٧
- ماهر بو خوات - حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام -
دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤
- منى محمود مصطفى - الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم
في تسوية منازعات الاستثمار - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية
- هالة علي منصور - الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين
التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية) - رسالة دكتوراة - ٢٠١٥ - كلية
الحقوق - جامعة أسيوط

- هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - الحماية الدولية لاتفاق التجارة في الخدمات وفقا لاتفاقات منظمة التجارة الدولية - ٢٠١٥

ب- المقالات المتخصصة

- حازم صلاح الدين عبدالله حسن - الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي - مجلة الحقوق - فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - العدد ٣ - السنة ٤١ - المحرم ١٤٣٩ هـ - سبتمبر-٢٠١٧

- مجدي محمود شهاب - الاستثمار الأجنبي المباشر - دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ١٤ - السنة الرابعة - ٢٠١٦

٢- المراجع الإنكليزية

(أ) المؤلفات

- Amalie Giødesen Thystrup and Gunes Unuvar - International Economic Law Contemporary Issues - A Waiver for Europe? CETA's Trade in Services, and Investment Protection Provisions and Their Legal-Political Implications on Regulatory Competence - Springer International Publishing Switzerland and G. Giappichelli Editore 2017

- An CHEN - The Voice from China An CHEN on International Economic Law - springer -2013

- Andreas R. Ziegler - European Yearbook of International Economic Law 2010 - The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs) - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010

- Arjan Lejour & Maria Salfi - The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment -

- CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis - CPB Discussion paper 298 - 2015
- August Reinisch - European Yearbook of International Economic Law -The EU and Investor-State Dispute Settlement: WTO Litigators Going “Investor-State Arbitration” and Back to a Permanent “Investment Court” - springer - 2017
 - Bajar Scharaw- The Protection of Foreign Investments in Mongolia Treaties, Domestic Law, and Contracts on Investments in International Comparison and Arbitral Practice - 2018
 - Bernard H. Oxman - Homage to Judge Tullio Treves - International Courts and the Development of International Law/Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors - springer 2013
 - Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013
 - Carsten Nowak & others - International Investment Law and EU Law - Legal Arrangements for the Promotion and Protection of Foreign Investments Within the Framework of the EU Association Policy and European Neighbourhood Policy - springer - 2011
 - Catharine Titi - Institutional Developments in Investor-State Dispute Settlement and Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes - European Yearbook of International Economic Law 2015 - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015
 - Catherine Yannaca
 - Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - ch3- International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International

- Investment Perspectives - 2005 - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs
- Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements-ch1 - International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - 2008
 - Changhong Pei & Wen Zheng - China's Outbound Foreign Direct Investment Promotion System - springer - 2015
 - Christian Berger-Vachon & others - Complex Systems: Solutions and Challenges in Economics, Management and Engineering - Dedicated to Professor Jaime Gil Aluja - springer - 2018
 - Christoph Herrmann & others - European Yearbook of International Economic Law 2014 - springer - 2013
 - Christoph Schreuer - Panel V: Privatization of the Settlement of International Disputes - International Dispute Settlement: Room for Innovations?- by Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg with springer - 2013
 - Claudia Reith - Investor-State Arbitration: A Tale of Endless Obstacles? - Flexibility in Modern Business Law A Comparative Assessment - Springer Japan 2016
 - Cyril K. Daddieh - Historical Dictionary of Cote D' Ivoire (The Ivory Coast) - Third Edition - Rowman & Littlefield - 2016
 - Daniel Wagner & Dante Disparte - Global Risk Agility and Decision Making Organizational Resilience in the Era of Man-Made Risk - Palgrave Macmillan -2016
 - David Hallinan - The EU–China Bilateral Investment Treaty: a challenging first test of the EU's evolving BIT model - China-EU Law J (2016) - springer

- Emma Aisbett & Matthias Busse & Peter Nunnenkamp - Bilateral investment treaties as deterrents of hostcountry discretion: the impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries - springer - Kiel Institute 2017
- Enrico Milano - The 2008 Investment Arbitration Between Italy and Cuba: The Application of the Rules of Attribution and the 1993 BIT's Scope Ratione Personae Under Scrutiny - International Courts and the Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors 2013 - springer
- Felix I. Lessambo - International Financial Institutions and Their Challenges / A Global Guide for Future Methods - Palgrave Macmillan - 2015
- Francesco Costamagna - Services of General Interest Beyond the Single Market : External and International Law Dimensions - Regulating Public Services and International Investment Law - asser press and the authors- 2015
- Frank Jefkins - International Dictionary of Marketing and Communication - Blackie and Son Ltd - 1987
- Fulvio Maria Palombino - Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles - T.M.C. ASSER PRESS and the author 2018
- Giuseppe Schiavone - International Organizations A dictionary and directory - Seventh edition - palgrave macmillan - 2008
- Hanna Hollwitz and Shuxng Yang - Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union- Land Resources Law - Springer International Publishing AG 2018
- Howard P. Lehman - Indebted Development Strategic Bargaining and Economic Adjustment in the Third World - Palgrave Macmillan UK - 1993

- Ibrahim F.I. Shihata - legal treatment of foreign investment: "The world Bank Guidelines " - Martinus Nijhoff Publishers - 1993
- Investment climate advisory services of the world bank group - Investment Law Reform a handbook for Development Practitioners - June 2010
- Jan Hoffman French - Brazil's Profit Remittance Law: Reconciling Goals in Foreign Investments - Law and Policy in International Business 14, no. 2 (1982)
- Jan Peter Sasse - An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties - Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011
- Janette Rutterford - Introduction to stock exchange investment - Second Edition - The Macmillan press LTD - 1993
- Jean Beuve & others - The Economics of Public-Private Partnerships Theoretical and Empirical Developments - An Economic Analysis of Public-Private Partnerships - Springer International Publishing AG 2018
- Jeffery R. Ray - Illusory Control of State Controlled Resources Through Stabilisation Clauses: Renegotiation Clauses May Save the Contract - OGEL - Vol. 11 - issue 5 - October 2013
- Jerry Haar & John Price - Can Latin America Compete? Confronting the Challenges of Globalization - Palgrave Macmillan - 2008
- Jeswald W. Salacuse - The Law of Investment treaties - second edition - Oxford - 2015 - ch 10 " Monetary transfers and treatment "
- John N. Kallianiotis - International Financial Transactions and Exchange Rates .Trade, Investment, and Parities - Palgrave & Macmillan - 2013

- Jorge E. Viñuales - Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play - in Kate Miles (ed.), Research Handbook on Environment and Investment Law (Cheltenham: Edward Elgar, forthcoming 2016), chapter 2-
<http://ssrn.com/abstract=2661970>
- Julien Chaisse & others - Asia's Changing International Investment Regime, Sustainability, Regionalization, and Arbitration - Springer - 2017
- Julien Chaisse and Dini Sejko - Investor-State Arbitration Distorted When the Claimant Is a State - Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics - by Leïla Choukroune - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016
- Jun Xiao - The ASEAN-China investment agreement: A regionalization of China's BITs - Higher Education Press and Springer - Verlag 2011
- Karen B. Brown & David V. Snyder - General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law - Springer Science+Business Media B.V. 2012
- Kathryn Gordon - Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development - OECD Investment Policy Perspectives - 2008
- Katja Gehne & Romulo Brillo - Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment - Institute of Economic Law / Transnational Economic Law Research Center (TELC) School of Law - Martin Luther University Halle-Wittenberg - HEFT 143 - Marz 2017
- Kumar V. Pratap & Rajesh Chakrabarti - Public-Private Partnerships in Infrastructure Managing the Challenges - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017

- Kyla Tienhaara - Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana - Int Environ Agreements - Springer Science+Business Media B.V. 2006
- Leigh P. Hollywood - MIGA: Long Term Political Risk Insurance for Investments in Developing Countries - The Geneva Papers on Risk and Insurance, 17 (No. 63, April 1992)
- Leïla Choukroune - Judging the State in International Trade and Investment Law - Sovereignty Modern, the Law and the Economics - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016
- Luis Toma's Montilla FernándeZ - Large-Scale Land Investments in Least Developed Countries Legal Conflicts Between Investment and Human Rights Protection - springer - 2017
- Luke Nottage and Simon Butt - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector/An Australian Perspective - Recent International Commercial Arbitration and Investor -State Arbitration Developments Impacting on Australia's Investments in the Resources Sector - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Marc Bungenberg & others - European Yearbook of International Economic Law 2016 - springer - 2016
- Marc Bungenberg & others - International Investment Law and EU Law - The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics - springer - 2011
- Marc Bungenberg & Stephan Hobe - Permanent Sovereignty over Natural Resources - springer - 2015
- Marc Jacob - International Investment Agreements and Human Rights - INEF Research Paper Series Human Rights, Corporate Responsibility And Sustainable Development 03/2010

- Mario Arturo Ruiz Estrada and others - How does terrorism affect the international trade of Muslims countries?- Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2017
- Markus Krajewski - European Yearbook of International Economic Law- The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012
- Mehmet Huseyin Bilgin & others - Financial Environment and Business Development - Proceedings of the 16th Eurasia Business and Economics Society Conference - springer - 2017
- Mikkel Rasmussen- Quantitative Portfolio Optimisation, Asset Allocation and Risk Management - Investment objectives and benchmark selection - palgrave macmillan - 2003
- Mohamed A. Ramady - Political, Economic and Financial Country Risk - Analysis of the Gulf Cooperation Council - Springer International Publishing Switzerland 2014
- Munir maniruzzaman - Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today? - [2007] I.E.L.T.R. Issue 11&12 -Sweet & Maxwell Limited [And Contributions]
- Nadia C.S. Lambek & others - Rethinking Food Systems - Structural Challenges, New Strategies and the Law - Springer Science+Business Media Dordrecht 2014
- Neil Andrews - Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives - Springer - 2016
- Nicole Bastian Johnson - Divisional performance measurement and transfer pricing for intangible assets - Springer Science+Business Media, LLC 2006
- Philip Molyneux - Bank Funding, Financial Instruments and Decision-Making in the Banking Industry - Palgrave Macmillan - 2016

- Philipp Harms - International investment, political risk, and growth - Springer Science+Business Media New York - 2000
- Priya Bala-Miller- Has the Mainstreaming of Responsible Investment Eroded Ethics? Insights from Investor Advocacy on Human Rights in Conflict Zones - Springer International Publishing AG 2018
- Qingjiang Kong - The“state-led-economy”issue in the BIT negotiations and its policy implications for China - China-EU Law J (2016) - springer
- Reingard Zimmer - Implications of CETA and TTIP on Social Standards - Labour Standards in International Economic Law BY Henner Gott - Springer International Publishing AG 2018
- Ricardo Ferreira Reis & Joaquim Miranda Sarmento - “Cutting costs to the bone”: the Portuguese experience in renegotiating public private partnerships highways during the financial crisis - Springer Science+Business Media, LLC 2017
- Richard W. Roeder - Foreign Mining Investment Law - The Cases of Australia, South Africa and Colombia - springer - 2016
- Robert Gommel - Investing into North African Solar Power - A Legal Framework for Risk Management and Prospects for Arbitration - springer - 2015
- Roberto Echandi - The new generation of international investment agreements: recent developments in the Asia–Pacific region - Springer - 2008
- Roger Farrell - The Impact of Trade Policy on Japanese Trade and Investment - from The Political Economy of Japanese Trade Policy by Aurelia George Mulgan & Masayoshi Honma - Palgrave macmillan - 2015
- Roos van Os & Roeline Knottnerus - Investment Protection Agreements, Human Rights and Sustainable Development:

An Uneasy Mix - Society for International Development -
springer -2017

- Roshen Hendrickson - Promoting US Investment in Sub-Saharan Africa - Palgrave Macmillan - 2014
- Rudolef Dolzer - The impact of international investment treaties on domestic administrative law - International law and politics - Institute of international law and Justice - New York University - Vol. 37:953 - 2005-
- Sam Luttrell - Resource Nationalism: Old Problem, New Solutions - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector An Australian Perspective - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Sebastian tho Pesch - The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law - The Influence of Human Rights on International Law edited by Norman Weiß • Jean-Marc Thouvenin - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Shotaro Hamamoto - Comment to "International Energy Trade and Investor-State Arbitration" - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016
- Shoushuang Li - The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007
- Stephan W. Schill - International Judicial Lawmaking On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance - System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking - springer - 2012]
- Stephan W. Schill and Heather L. Bray - The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-

- Regionals - Mega-Regional Trade Agreements by Thilo Rensmann - springer - 2017
- Steve Chan - Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy - Macmillan Press Ltd - 1995
 - Susan L. Karamanian - International Energy Trade and InvestorState Arbitration: What Role for Sustainable Development? - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016
 - Syed Jawad Hussain Shahzad and others - Relationship Between FDI, Terrorism and Economic Growth in Pakistan: Pre and Post 9/11 Analysis -Springer Science+Business Media Dordrecht 2015
 - Thomas Dromgool and Daniel Ybarra Enguix - The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs / Foreign Renewable Energy Investments in Crisis/Struck Spain - Legal Aspects of Sustainable Development Horizontal and Sectorial Policy Issues by Volker Mauerhofer -Springer International Publishing Switzerland 2016
 - Yi Jin - Zhixiong Zeng - Expropriation and foreign direct investment in a positive economic theory of foreign aid - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2016
 - Zbigniew Zimny - Foreign direct investment and transnational corporations in tourism in developing countries - The study has been used in UNCTAD's publication FDI in Tourism: The Development Dimension, UNCTAD Current Studies on FDI and Development, No. 4 (New York and Geneva: United Nations, 2005
- <http://ssrn.com/abstract=2435668>

(ب) المقالات

- Alice Ruzza - Expropriation and Nationalization - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- Andrey V. Kuznetsov - The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the sakhalin-2 PSA : Mandatory law, The Umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard - The Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution - Vol. 22:223 - 2015
- Anne van Aaken - Perils of Success? The Case of International Investment Protection - European Business Organization Law Review - T.M.C.ASSER PRESS - 2008
- Bhagirath Ashiya - The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the Salini test and India's Model BIT - Jindal Global Law Review - 2016 - springer
- Catharine Titi - International investment law and the protection of foreign investment in brazil - Transnational Dispute Management 2, 2016 Special Issue on Latin America vol. 1 - <http://ssrn.com/abstract=2786967>
- Cedric Dupont & Thomas Schultz and Merih Angin - Political risk and investment arbitration: an empirical study - Journal of International Dispute Settlement - King's Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes - Volume 26, Number 1, Spring 2011 - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID REVIEW Foreign Investment Law Journal - <http://ssrn.com/abstract=2404034>
- Christian Walter - Debt Crisis- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Christoph Schreuer - International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- Christoph Schreuer - Investment Disputes - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013
- Christoph Schreuer-Investments,International Protection - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- College London Dickson Poon School of Law - Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2016-03 - <http://ssrn.com/abstract=2703798>
- Elina Pradkhan - Impact of domestic investor protection on foreign investment decisions: Evidence from bond markets - International Journal of Finance & Economics - International Journal of Financial & Economics .21: (2016) - John Wiley & Sons, Ltd
- Elvira Pushkareva - Environmentally Sound Economic Activity, International Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - 2014 - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
- Eric De Brabandere - Host states due diligence obligations in international investment law - Syracuse Journal of International Law and Commerce - Spring - 2015
- Francesco Francioni - Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009
- Gus Van Harten and Martin Loughlin - Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law - The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 - 2006
- Heba Hazzaa & Silke N. Kumpf - Egypt's Ban on Public Interest Litigation in Government Contracts: A Case

Study of "Judicial Chill" - 2015 - <https://ssrn.com/abstract=2578819> - stanford Journal of international law

- Heri Bezić & others - The impact of terrorism on the FDI of the EU and EEA Countries - Rijeka Faculty of Economics: Journal of Economics and Business . • 2016 • vol. 34 • no. 2

- James J. Nedumpara & Rodrigo Polanco Lazo - Does India need a model BIT? - Jindal Global Law Review (2016) 7(2)

- Jason webb Yackee - Political risk and international investment law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 24:477 - 2014

- Jernej Letnar Černič - Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses - German Law Journal - 2010 - Vol. 11 No. 02

- John Dugard - Continuous Nationality - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>

- Jonathan Klett - National Interest vs. Foreign Investment Protecting Parties through ISDS - Tulane Journal of international & comparative law - Vol. 25 - 2016

- José E. Alvarez - Is Investor-State Arbitration 'Public'? - IILJ Working Paper 2016/6 Global Administrative Law Series - <http://ssrn.com/abstract=2820325>

- Julian Davis Mortenson - Snowflakes in a Blizzard Treaty Interpretation in International Investment Law - Michigan Law - University of michigan - public law and legal theory research paper series paper no. 504 January 2016 - <http://ssrn.com/abstract=2757690>

- Julien Cantegreil - The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 2-2011-Oxford University press

- Jürgen Kurtz - The Use and Abuse of WTO Law in Investor – State Arbitration: Competition and its Discontents - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009
- Katia Yannaca-Small - “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements” - OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. Available at <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>
- Lena U. Serhan - Arbitration Unbound: How the Yukos Oil Decision Yields Uncertainty for International - Investment Arbitration- Texas Law Review - Vol. 95:101 - 2016
- Manuel Monteagudo - The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection - SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series -2013/6 - <http://ssrn.com/abstract=2613890>
- Marcin Kaldunski - The Element of Risk in International Investment Arbitration - International Community Law Review 13 (2011)
- Markus wagner - Regulatory space in international trade law and international investment law - the University of Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 36:1 - 2014 - <http://ssrn.com/abstract=2403959>
- Martins Paparinskis - Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility - The European Journal of International Law Vol. 24 no. 2 - Oxford University Press - 2013
- Matthias Herdegen – International Economic Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
- Michael Polkinghorne - Stabilization clauses and periodic review outline - Speaking notes (to be shared) - White&case
- Michael R Czinkota & others - Terrorism and international business: A research agenda - Terrorism and Political Risk -

Journal of International Business Studies (2010) - Academy of International Business

- Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Terrorism and foreign direct investment: An empirical analysis of saarc countries - City University Research Journal - Volume 05 Number 02 July 2015

- Nicolas Angelet - Fair and Equitable Treatment - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>

- Nicolette Butle & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation? - Neth Int Law Rev (2017) - springer

- Nicolette Butler & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?- springer - Neth Int Law Rev (2017)

- Nilov, Konstantin N - Legal guarantees for international investment according to the legislation of the Russian Federation - Baltic Region (2011), 3 - International cooperation: legal aspects - <http://dx.doi.org/10.5922/2079-8555-2011-3-1>

- Ole Kristian Fauchald - The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis - The European Journal of International Law Vol. 19 no. 2 - 2008

- Patrick Juillard - Calvo Doctrine/Calvo Clause - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007

- Peter T Muchlinski - Corporations in International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform -

Indian Journal of International Law (2015) 55 - The Indian Society of International Law 2015

- Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform- Indian Journal of International Law - The Indian Society of International Law - springer - 2015

- Ramin Dadasov & Carsten Hefeker & Oliver Lorz -Natural resource extraction, corruption, and expropriation - springer - Kiel Institute - Rev World Econ (2017)

- Richard H Kreindler & Thomas Kopp - International Commercial Arbitration - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/ 2018 - 2013

- Robin F. Hansen - Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties - The Modern law review - Volume 73 July 2010 No 4

- Roger P. Alford - The Convergence of International Trade and Investment Arbitration - Santa clara Journal of international law 35 (2013) - <http://ssrn.com/abstract=2411753>

- Scott J. Shackelford & others - Using BITs to Protect Bytes: Promoting Cyber Peace by Safeguarding Trade Secrets Through Bilateral Investment Treaties - American Business Law Journal - Volume 52, Issue 1, 1–74, Spring 2015

- Seline Trevisanut - Nationality Cases before International Courts and Tribunals - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2011

- Srikar Mysore & Aditya Vora -Tussle for policy space in international investment norm setting: The search for a middle path? - Jindal Global Law Review - 2016 - springer

- Stephan W Schill - Multilateral Investment Guarantee Agency - Max Planck Encyclopedia of Public International

Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Stephan W. Schill - W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law - The Changing Face of International Investment Law: From InterState to Investor-State - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 3 - 2011

- Susan D. Franck & Lindsey E. Wylie - Predicting outcomes in investment treaty arbitration - Duke law journal - Vol. 65:459 - 2015

- Tamar Meshel - Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond -Journal of International Dispute Settlement - vol. 6, no. 2 - 2015 - Published by Oxford University Press

- Thomas Schultz & Cédric Dupont - Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study - The European Journal of International Law Vol. 25 no. 4 - Oxford University Press - 2015

- Ursula Kriebaum, August Reinisch - Property, Right to, International Protection- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2009

- Valeriy Lisitsa - Stability – What an Investor Needs - Law Journal (Moscow, Russia), 2001

- Yannick Radi - The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse' - The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4 - 2007

٤ - الاتفاقيات والوثائق الدولية

- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - متاحة على الموقع الإلكتروني

للمؤسسة

<http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement/>

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣-١٧د - السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية

http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf

- القرار رقم ٢٨١ د - ٢٩ ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/735/65/IMG/NR073565.pdf?OpenElement>

- BIT between Egypt & china - Date of signature : 21/04/1994 - Date of entry into force: 01/04/1996,
- Convention Establishing the arab investment and export credit guarantee corporation -
- Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>
- Department of State: 2014 Investment Climate Statement - June 2014 Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries UN Doc. A/61/10 (2006),
- Draft convention on the protection of foreign property - Organisation for Economic Co-operation and Development (1967)
- <http://dhaman.net/en/wp-content/uploads/sites/3/2016/02/convention-en.Pdf>
- ICSID convention, regulations and rules
- Investment Guarantee Guide - Multilateral investment Guarantee Agency - World Bank Group - MIGA: Bringing Clients Unique Strengths - 2009 OECD Reports - FDI IN FIGURES - October 2017

- The Charter of economic rights and duties of states - GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess.
- The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries - UNCTAD Series on International Investment Policies for Development - UNITED NATIONS New York and Geneva, 2009
- The text of the 2006 ILC report on diplomatic protection submitted to the United Nations General Assembly Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).
- United Nations charter
- World Investment report 2017 - Investment and digital economy - United Nations conference on trade and development - UNCTAD

٥- التشريعات

- قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢/٢٠١٧ - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر(ج) في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧.
- قانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.
- قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠
- قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٧ بالموافقة على اتفاق المظلة بين جمهورية مصر العربية والوكالة الفرنسية للتنمية والاتحاد الأوروبي وبنك الاستثمار الأوروبي وبنك التعمير الألماني " الشركاء الأوروبيون في التنمية " بشأن مشروع مزرعة الرياح بخليج السويس، والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٦ - الجريدة الرسمية - العدد ٤١ في ١٢ أكتوبر سنة ٢٠١٧
- قرار وزير الخارجية رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٧

- اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧.

- المرسوم الملكي السعودي رقم ١/م و تاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ

٦- أحكام قضائية

- جلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٧ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ قضائية

- جلسة ٢٣ يناير ٢٠٠٠ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٥٨٠٩ لسنة ٦٢ قضائية

- جلسة ٢٧ يناير ٢٠٠٢ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ قضائية

- قضاء محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ١٧٩٧٧ لسنة ٨٠ ق - الدائرة المدنية - الأثنين (ج) - ٢٠١٥/٥/١٨

- قضاء محكمة النقض - الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٨٣ ق، ١٩٤٢٠ لسنة ٨٤ ق - ٢٠١٦/١/٢٣ - الدائرة المدنية - السبت (أ)

- Case concerning the factory at chorzow - claim for indemnity, Jurisdiction - Publications of the permanent court of international justice. - series A. - No. 9 - July 26th, 1927

- Emilio Maffezzini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, decision on jurisdiction (25 January 2000).

Impregilo v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011

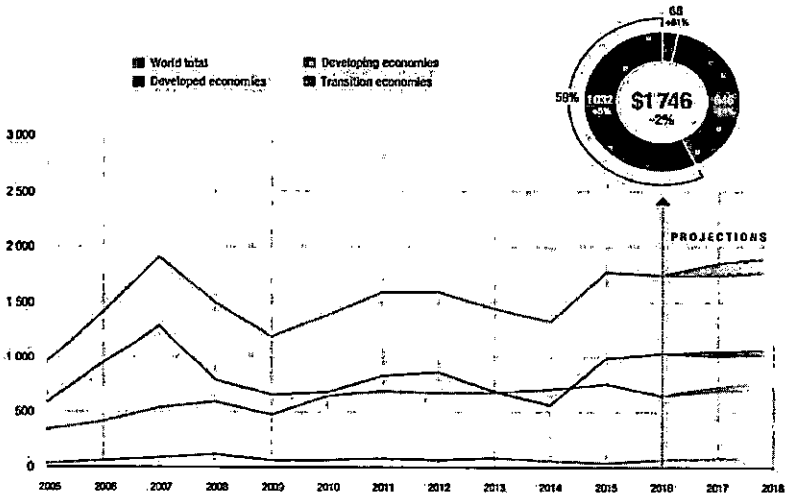
- Irmgard Marboe - AAPL v Sri Lanka Case - Max Planck Encyclopedia of public International Law - January 2007- Oxford University Press - <http://opil.ouplaw.com>

- Kirsten Schmalenbach - Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) -Max Planck Encyclopedia of Public International Law - August 2010- <http://opil.ouplaw.com> - Oxford University Press, 2015
- Plama v Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008
- Stephan Wittich - Barcelona Traction Case - Max planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007
- Ursula Kriebaum - Wena v.Egypt Case - Max Planck Encyclopedia of Public International Law- Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30 Apr 2004)

٧- المواقع الالكترونية

- الموقع الالكتروني للصليب الأحمر الدولي - بروتوكول الشارة لعام ٢٠٠٥
<https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/protocoliii.pdf>
- موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف
<https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>
- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
موسوعة القانون الدولي العام - ماكس بلانك - أكسفورد للقانون الدولي العام
- " social science research network " <https://ssrn.com/en/>
شبكة أبحاث العلوم الاجتماعية

Figure 1.1. FDI inflows, global and by group of economies, 2005–2016, and projections, 2017–2018
 (Billions of dollars and per cent)



Source: UNCTAD, FDIANE database (www.unctad.org/fdistatistics).

**القيود الواردة على سلطان إرادة الدول
في إقامة السدود على الأنهار الدولية
دراسة تطبيقية على سد النهضة الأثيوبي**

الدكتور

سامي محمد عبد العال

مدرس القانون الدولي العام

كلية الحقوق - جامعة طنطا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَكِتَابٍ مُّسْتَوِيمٍ ﴿٢﴾ فِي مِرْقٍ مُّشْوَمٍ﴾

«سورة الطور الآيتان ٢، ٣»

﴿وَكُلِّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَشْوُومًا ﴿١٤﴾﴾

﴿اقْرَأْ كِتَابَكَ كَفَىٰ

نَفْسِكَ الْيَوْمَ عَلَيْكَ حَسِيبًا﴾

.....صدق الله العظيم

«سورة الإسراء الآيتان ١٣، ١٤»

مقدمة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الرئيسية التي تدور حولها القاعدة القانونية بصفة عامة، والقاعدة القانونية الدولية بصفة خاصة، والمجال الطبيعي لمبدأ سلطان الإرادة ينصب في دائرة الالتزامات^(١). بمعنى أن كل دولة تتمتع - في الأصل - بحق طبيعي ومطلق في الحرية، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية بأى قيد، إلا إذا كان نابعًا من رضاء الدولة نفسها. فالإرادة هي التي تضع القانون الذي تخضع له، وهي التي تخلق الالتزام في ذمتها، وفقًا لسلطانها ومشيتها^(٢).

ومن المنفق عليه أن الوقت قد حان للوقوف مليًا أمام التحديات الحقيقية التي خلفتها ظاهرة شح المياه العذبة، وتناقص نصيب الفرد من الموارد المائية، خاصة تلك الدول التي تعاني من فقر وتناقص مواردها المائية بشكل عام، في الوقت الذي يتزايد فيه عدد السكان بمعدلات كبيرة، الأمر الذي ينبئ بأن هذه الدول مقدمه - لا محالة - على كوارث مائية، قد تؤثر على السلم والأمن الدوليين، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن الصراعات المتزايدة بين الدول المتشاطئة على نهر واحد، تستوجب من كافة الدول التعاون بشأن الانتفاع بالأنهار المشتركة، فغياب التعاون سيدفع بالأمر إلى النزاع والشقاق المهدد للأمن داخل أقاليم هذه الدول، الأمر الذي ينعكس بطبيعة الحال على البشرية بأسرها.

وفي الواقع لم يكتمل هذا التعاون إلا في وجود مبادئ قانونية تتعاهد هذه الدول على السير وفق ما ترسمه من أسس، تعمل على تحقيق الانتفاع المشترك بصورة مثلى. إن احترام الدول التي تتوى إقامة السدود على الأنهار الدولية لهذه المبادئ - وإن كانت في نفس الوقت من وجهة نظري التزامات - سوف يساعد بشكل كبير في

(١) د. صوفي حسن أبو طالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣.

(٢) د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدى، النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٥.

الحد من تصاعد حدة الخلافات أو المنازعات بين الدول المتشاركة في أى حوض مائي دولي^(١).

ولما كانت المياه تلعب دوراً كبيراً في حياة الإنسان، حتى أن الباحثين أطلقوا على القرن الحالى قرن المياه، لما ستلعبه المياه من أدوار محورية في حياة الإنسان مستقبلاً، حيث أثبتت العديد من الدراسات ندرة المياه، وأيضاً مدى الصراع عليها^(٢).

وإزاء هذا الأمر استغلت دولة أثيوبيا، الأوضاع السياسية في مصر عقب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، والتحول الديمقراطي الصحيح عقب ثورة ٣٠ يونيو ٢٠١٣، وهو ما ينافي مقتضيات مبدأ حسن الجوار وحسن النية في إنفاذ الالتزامات الدولية، والذي يقضى بعدم استغلال الاضطرابات الداخلية في الدول للإضرار بحقوقها ومكتسباتها القانونية، فقد أعلنت أثيوبيا رسمياً في أبريل ٢٠١١ عن مشروع سد النهضة الأثيوبي العظيم^(٣).

إزاء ذلك فإن الأمم المتحدة تعمل في سعيها لتطبيق هدفها في حفظ السلم والأمن الدوليين بتنظيم كل ما من شأنه أن يكون مجالاً لعلاقات بين الدول بعضها

(١) د. أحمد المفتى: دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجارى المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، بحث منشور في مؤلف بعنوان (قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية)، تحت إشراف الدكتور صلاح الدين عامر، ٢٠٠١، ص ١٨.

(٢) للمزيد راجع:

Miriam Lowi: Rivers of conflict and rivers of Peace, Journal of International Affaires, 1995, vol. 49, no. 1, p. 123-124.

Pamela Leroy: Troubled waters: Population and water scarcity, Colorado Journal of International Environmental law, 1995, pp. 206-311.

John Cooley: The war over water, foreign policy, vol. 54 spring 1984, p. 3 and nn.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن سد النهضة ضمن حوض النيل الأزرق، حيث يعرف النيل الأزرق في أثيوبيا بنهر الأنهار، ويبلغ إجمالي طوله (١٤٣٠ كم) منهم (٨٠٠ كم) داخل الحدود الإثيوبية، وداخل الأراضي السودانية لمسافة (٦٣٠ كم)، ويمثل حوض النيل الأزرق بكل المعايير أهم الأحواض النهرية في أثيوبيا. للمزيد راجع الدكتور عباس محمد شارقى: سد النهضة الأثيوبي، اعتبارات التنمية والسياسة، المجلة المصرية لدراسات حوض النيل، مركز البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، المجلد الأول، العدد الأول، يوليو ٢٠١٣، ص ١٠.

البعض، وخاصة الشائكة منها، والتي قد ينتج عن تركها بدون تنظيم العديد من النزاعات بين الدول. ومجال استخدام المياه المشتركة من المجالات التي إن تركت بدون تنظيم سيؤدي ذلك إلى خرق السلم والأمن الدوليين، وبالتالي هدم الأساس الذي يقوم عليه التنظيم الدولي.

وقد جاء قرار الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة للدعوة للتفاوض بشأن اتفاقية استخدام المجارى المائية الدولية فى غير الأغراض الملاحية لعام ١٩٩٧، وإعلانها عن اقتناعها بأن « النجاح فى تقنين وتطوير قواعد القانون الدولى التى تحكم الاستخدامات غير الملاحية لمجارى المياه الدولية، سوف يساعد فى تعزيز وتنفيذ الأهداف والمبادئ المنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية من ميثاق منظمة الأمم المتحدة^(١) .

وبناء على ما تقدم فسوف نقسم هذه الدراسة إلى أربع فصول:

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة على الصعيد الدولي.

الفصل الثانى: التكييف القانونى لسلطان إرادة الدول على الأنهار الدولية.

الفصل الثالث: القيود الواردة على سلطان إرادة الدول فى مجال الأنهار الدولية.

الفصل الرابع: سد النهضة الأثيوبى فى منظور القانون الدولى للأنهار.

(١) د. منصور العادلى: قانون المياه – اتفاقية الأمم المتحدة سنة ١٩٩٧، بشأن قانون استخدام المجارى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٩٠، ٩١.

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة على الصعيد الدولي

إذا كانت ركيزة القانون الدولي الأساسية تتمثل في احترام سيادات الدول وحرّياتها في التصرف، فإن هذا القانون يستند في ذات الوقت إلى قاعدة أساسية قوامها « المساواة في السيادة » بين الدول، الأمر الذي يستتبع أن تمارس كل دولة حقوقها على إقليمها بحرية كاملة، شريطة أن تحترم حقوق الدول الأخرى على أقاليمها^(١).

هذا وقد اختلف فقه القانون الدولي حول دور الإرادة على إنتاج قانونية في نطاق النظام القانوني الدولي. وغنى عن البيان أن النظام القانوني الذي نقصده هو مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة والعرفية التي تفرض على الأشخاص الخاضعين لهذا النظام^(٢).

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة وتطوره القانوني.

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

المبحث الثالث: مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(١) د. محمد شوقي عبد العال: الانتفاع المنصف بمياه الأنهار الدولية مع إشارة خاصة لحالة نهر النيل، منتدى القانون الدولي، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٩.

(٢) حيث ذهب Georges Scelle إلى القول:

"Un système de droit ou order juridique est un ensemble de normes au de règles qui s'imposent aux individus – Particuliers agents ou gouvernants, membres d'une collectivité sociale déterminée".

راجع مؤلفه بعنوان:

Droit international public: Manuel Élémentaire avec les texts essentiels, la édition Domat-Montcherastien, 1944, p. 11.

المبحث الأول

ماهية مبدأ سلطان الإرادة وتطوره القانونى

تجدر الإشارة بداية أن مبدأ سلطان الإرادة فى الأنظمة القانونية الداخلية، قد شهد تطوراً عميقاً فى مدلوله وحدوده، نتيجة للأفكار الفلسفية والمفاهيم القانونية السائدة فى كل حقبة تاريخية^(١).

ولم يظهر هذا المبدأ إلا فى وقت متأخر نسبياً، حيث لم يأخذ القانون الرومانى بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الاستثناء فى مختلف عصور تطوره، فالإرادة لا تكفى بذاتها لإنشاء تصرف قانونى، وهى أيضاً عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره، فالتصرف القانونى لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة طبقاً للشكل أو الصورة التى حددها القانون، وآثار التصرف القانونى يحددها القانون ولا تستطيع الإرادة تعديلها^(٢). وفى العصور الوسطى قوى سلطان الكنيسة، وازدهرت المبادئ الدينية، والتى تدعو إلى الوفاء بالعهد، ولو لم يتم صوغه فى شكل معين^(٣)، أى أن مبدأ سلطان الإرادة قد صادف خطأً من الانتشار لم يصادفه من قبل، بل اكتسب مضموناً جعله يتعالى على سائر المصادر المألوفة للالتزام^(٤).

ولم يحظ مبدأ سلطان الإرادة باهتمام فقه القانون الدولى. صحيح أنه قد عولجت بعض صور التصرفات القانونية الدولية التى تثار بشأنها مبدأ سلطان

(١) للمزيد حول هذا التطور راجع:

د. عبد الرحمن عياد: أسس الالتزام العقدى، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها.
د. عبد الرزاق أحمد السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٤١ وما بعدها.
د. أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة ١٩٦٢، ص ٣٧.

(٢) د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٤٠ وما بعدها.

(٣) د. حلمى بهجت بدوى: أصول الالتزامات، الكتاب الأول (نظرية العقد)، مطبعة نووى، القاهرة ١٩٤٣، ص ٦٢ وما بعدها.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده: عقود الإذعان فى القانون المصرى، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٤٦، ص ١ وما بعدها.

الإرادة، مثل تنازل دولة عن بعض حقوقها أو إقامة دولة لسد على نهر دولي تتشارك فيه مجموعة من الدول^(١).

المطلب الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

حتى يمكن وضع مفهوم محدد ودقيق لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي يستكمل مدلوله العام، فلا بد من توافر عنصران: الأول: كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني. والثاني: قدرة الإرادة على تعيين آثار التصرف القانوني. العنصر الأول: كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني:

بمعنى كفاية الإرادة وحدها لنشأة الالتزام دون حاجة لاستلزام توافر أوضاع شكلية، فالتعبير عن الإرادة على أي نحو يكفي لإنشاء التصرف القانوني^(٢). ومن المتفق عليه عمومًا - عند جمهور الفقهاء - أن التصرف القانوني نوع من أنواع الوقائع القانونية يتميز عن غيره من الوقائع التي يعتد بها في مجال القانون، بارتباطه في نشأته بإرادة تتجه - عامدة - إلى خلقه كواقع ملموس وإخراجه من مجال النوايا غير الملموسة إلى مجال الحقائق الواقعية المنتجة للآثار. وبناء على ذلك فإن كل أمر يكون منتميًا في وقوعه إلى عالم المحسوسات هو حدث، وأن الحدث إما أن يكون بمعزل - في وجوده وآثاره - عن عالم القانون، وإما أن يكون حدثًا له منه الآثار القانونية ما يبرر انتمائه إلى عالم القانون. وهذا النوع الأخير من الأحداث هو الذي يطلق عليه - فقهاء - اصطلاح الوقائع القانونية. ومن بين الوقائع القانونية، يرتبط التصرف القانوني بصدوره عن إرادة واعية تستهدف إنشاءه، مدركة لما يترتب على هذه النشأة من آثار تبررها في ذهن من اتجهت إرادته إلى التصرف نفسه. فالتصرف - وفقًا لهذا المعنى - واقعة قانونية من

(١) Fernand de Visscher: La renonciation du gouvernement britannique au droit de représailles sur les biens de particuliers allemands, Revue du droit international et de législation comparée, 1920, vol. 47, p. 406.

(٢) د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ٣٩.

نوع خاص. ولكن من الغنى عن البيان أن الواقعة القانونية لا يشترط بالضرورة أن تتصف بوصف التصرف القانوني^(١).

وبناء على ذلك فإن الإرادة إذا كانت كافية لإنشاء التصرف القانوني، فهي كذلك ضرورية لنشوئه، فلا قيام له بدونها، ولهذا صح اعتبارها السبب المنشئ له^(٢).

العنصر الثاني: قدرة الإرادة على تعيين آثار التصرف القانوني:

من المتفق عليه فقهاً أن معيار اتصاف الحدث بوصف الواقعة القانونية هو ترتيب القانون ثمة آثار على واقعة وقوع الحدث، وأن الواقعة القانونية - كحدث يهتم به القانون - لا تتصف بوصف التصرف ما لم تقترن في نشأتها بإرادة واقعية تدرك ما سوف يترتب عليها من آثار قانونية، مستهدفة - عن عمد - لإحداث هذه الآثار^(٣).

وبناء على ذلك فإن التعديل التلقائي الذي يحدثه مجرى النهر في الحدود بين دولتين يدخل في عداد الوقائع القانونية، بمعنى أن القانون الدولي يرتب عليه آثاراً قانونية لمجرد وقوعها^(٤).

ومن الجدير بالذكر أن القانون الدولي لا يحفل بالإرادة في ذاتها وإن حفل بالواقعة المترتبة عليها. بمعنى أن الشخص الدولي وإن اتجهت إرادته إلى وقوع

(١) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: النظرية العامة للتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، مطبعة جامعة طنطا، بدون تاريخ نشر، ص ٩، ١٠.

وإذا كانت بعض التشريعات الداخلية - رغم تبنيتها لمبدأ سلطان الإرادة - لا زالت تشترط الشكلية في بعض العقود، كالرهن والهيبة، فإن هذه الشكلية تهدف إلى حماية الإرادة من اندفاعها وراء انفعالات عارضة دون تأمل وتدبير، فغاية الشكلية المشترطة فيها هو ضمان سلامة الإرادة في حريتها. لذلك تعتبر هذه الشكلية تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة لا استثناء منه. للمزيد راجع:

Jean-Flavien Lative: Contract entre Etats et personnes privées, RCADI, 1983/III, tome. 181, p. 201.

(٢) Alfred Rieg: Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, LGDJ, 1961, p. 15-167.

(٣) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: النظرية العامة للتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٠.

(٤) Morelli G: Course général de droit international public, RCADI, 1956/I, tome. 89, p. 585.

التصرف، إلا أنها لم تتجه إلى ترتيب الآثار القانونية التي رتبها القانون الدولي على وقوعه. ومن أبرز الصور لمثل هذا النوع من الوقائع القانونية الأفعال الإرادية غير المشروعة المرتبة للمسئولية التقصيرية^(١). فالإرادة إذن هي العنصر الأساسي لوجود التصرف القانوني^(٢).

ويؤكد أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد أنه لا ينبغي أن نخلط بين الإرادة في ذاتها وبين التعبير عنها. فمن الملاحظ أن جمهور فقهاء القانون الدولي قد اتجهوا - في مجال تحديدهم لماهية التصرف القانوني الدولي - إلى القول بأنه التعبير عن الإرادة، وهو تعبير يشوبه الابتعاد عن الدقة. فإذا كان من المؤكد أن الإرادة لا يحفل بها القانون إلا إذا صدر التعبير عنها، فإن هذا لا يعنى - في رأينا - أن القانون إنما يعتد بالتعبير ذاته، مغفلاً الإرادة نفسها، بل الصحيح أنه يأخذ هذا التعبير كمظهر لإرادة موجودة وصحيحة، وأنه إنما يعتد بالإرادة المعبر عنها لا بالتعبير في ذاته^(٣). كما يرى الدكتور محمد السعيد الدقاق أن التصرف القانوني تعبير عن إرادة ترمى إلى إحداث أثر قانوني^(٤).

(١) حيث يقرر Jules Basdevant:

"Le droit international ne régit pas seulement des actes juridiques mais le fait matériel illicite selon le droit international entraîne la responsabilité internationale de l'Etat auquel il est imputable, bien entendu, ce fait matériel n'est pas accomplie en vue de produire le consequences que le droit international Y attaché".

راجع مقاله بعنوان:

Règles générales du droit de la paix , RCADI, 1936/II, tome. 48, p. 638.

(٢) حيث يؤكد Cahrlés- Albert Morand:

"Le Premier élément, met l'accent sur la rôle que le droit conféré à la volonté dans la production de normes juridique".

راجع مقاله بعنوان:

La législation dans les communautés Européennes, Paris, Librairie général de droit et de Jurisprudence, 1968, p. 33.

(٣) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: النظرية العامة للتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) د. محمد السعيد الدقاق: النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية، ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١٥٩.

المطلب الثانى

التطور القانونى لمبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أهم القواعد الضرورية للمجتمع الإنسانى، ولقد أدى تطور العلاقات الدولية وزيادة عدد المعاهدات الدولية إلى ازدياد أهمية هذا المبدأ. الأمر الذى نحا بجانب فقهى إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة يعد أصلاً من الأصول القانونية التى تُبنى عليها القواعد القانونية^(١) سواء داخلية أو دولية.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة مرتبط بنشأة الفكر الإنسانى، وهو من أحد المفاهيم الأخلاقية التى تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع على مر العصور.

ومن الحقائق التاريخية أن الشعوب القديمة كانت تتسلط عليها فكرة الشكالية الرمزية تسلطاً شمل معظم مظاهر الحياة فى العالم القديم، نظراً لعدم قدرة الإنسان البدائى الإحاطة بموضوع غير مادى، فاستعان بالشكالية كأداة لإظهار المعنويات فى صورة مادية مجسمة.

وفى مجال العلاقات القانونية، لم يكن مجرد توافق إرادتى المتعاقدين كافياً لنشأة الرابطة العقدية الملزمة وترتيب آثار قانونية فى ذمة كل من طرفيها، بل لابد من إفراغ رضاء المتعاقدين فى قالب شكلى معين، وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة أن مجرد الاتفاق لا يولد التزاماً^(٢).

حيث نجد فى عهد الفراعنة، أن الآلهة كانت تلعب دوراً فى تكوين العقود، ومن ثم كانت الضامنة لتنفيذها، وبالتالي فإن إجراءات العقد كانت تتم فى صيغة دينية^(٣).

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر: مبدأ الرضائية فى الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد (٢٥)، أبريل ١٩٩٩، ص ٨٣.

(٢) د. محمود أبو عافية: التصرف القانونى المجرد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٨، ص ٦ وما بعدها.

(٣) De Toubé Baron Michel: L'inviolabilité des traités, RCADI, 1930/II, tome. 32, p. 299.

ولقد كان الشعور القانوني للرومان يجعلهم يعترفون بأن التجارة المنظمة بدقة، يمكن أن توجد فقط، إذا تمت المحافظة على العقود، واعتبرت العقود كما في العصور القديمة، أنها تتم تحت حماية الآلهة، وكان هذا الأساس النفساني ضروري للانتظام القانوني للعلاقات الدولية التعاقدية^(١).

وفي القرن التاسع عشر كان للفقهاء الألمان ولفكرتهم أن القانون الدولي يقوم على فكرة الإرادة أثر كبير في إيضاح الأساس القانوني للالتزام بقواعد القانون الدولي^(٢).

وأوضح البعض^(٣) ضرورة احترام الدولة لعقودها، وإلا لن يكون هناك أمن أو تجارة بين الأمم. ولقد كرر أكثر من مرة ما أسماه الثقة في المعاهدات التي يعنى بها أكثر من مجرد قدسية المعاهدات بين الأطراف المتعاقدة.

والحقيقة أن القانون الروماني لم يعترف في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً. بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة. أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقدًا ولا يولد التزامًا. فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكونه التزامه صحيحًا حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم

(١) حيث يقرر Hans Wehberg:

"The prince ought, if he could, to follow the paths of goodness, but he was justified in doing wrong in cases of necessity".

راجع مقاله بعنوان:

Pacta Sunt servanda, AJIL, 1959, vol. 53, no. 4, p. 775.

(٢) راجع استاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فواد: النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

(٣) حيث يقرر Emer De Vattel:

"There would be no longer any security among men, nor any intercourse possible, if they did not consider themselves bound to keep faith with one another and to stand by their word".

راجع مؤلفه بعنوان:

Les droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, tome.I, Paris, 1963, p. 162-163.

يتحقق، أو كان غير مشروع، أو كان مخالفًا للأداب. فالعقد الشكلي كان عقدًا مجردًا، صحته تستمد من شكله لا من موضوعه. ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعدت سبل الحياة. فكان من ذلك توزيع العمل، والحاجة إلى كثرة التبادل، ووجوب السرعة في المعاملات. واقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطًا من الأثر القانوني. ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجودًا بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سببًا قانونيًا للالتزام قد توجد أسباب غيره. ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة. وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية. وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطانية والعقود الشرعية. ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحلها، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفًا بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات^(١).

وكان أول عقد شكلي ظهر عند الرومان هو عقد القرض، وأساس القوة الملزمة لهذا العقد يرجع إلى ركنه المادي وهو تسليم الشيء، وهذا الركن الذي يجعل من عقد القرض عقدًا عينيًا لا يعدو أن يكون نوعًا من الشكل.

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجًا. وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر. ثم أخذت تتطور، وكانت متجهة إلى التناقص. وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئًا فشيئًا، وساعد على هذا التطور عوامل أربعة:

١ - تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة: فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها. بل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص ١٤٢.

كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية. وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدنى، حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية.

٢- إحياء القانون الرومانى والتأثر به: ونحن نعلم أن القانون الرومانى كان قد وصل فى تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقود الملزمة وتوسعوا فى تفسير تلك الروح، وفهموا خطأ أن القانون الرومانى يقرر مبدأ سلطان الإرادة. فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ. وأصبحت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم. هى ما كان استثناء فى القانون الرومانى.

٣- العوامل الاقتصادية: بعد أن زاد النشاط التجارى وقويت حركة التعامل، اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال. فكانت المحاكم التجارية الإيطالية فى القرن الرابع عشر تقضى طبقاً لقواعد العدالة. والعدالة لا تميز بين العقد الشكلى ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام.

٤- العوامل السياسية: وكان ذلك بطريق التدرج فى بسط نفوذ الدولة، وتدخلها شيئاً فشيئاً فى الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ فى حماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق. وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً فى الفطرية والسذاجة^(١).

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررًا، وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية، وقد بلغت أوجها فى القرن الثامن عشر، وهى تشيد بوجود قانون طبيعى مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته. وتسير هذه الإرادة لكل ما فى الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية، وقد قام الفيزيوقراطيون ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً فى نشاطهم الاقتصادى، وفتحت أبواب المنافسة بينهم، فلا تلبث الأمور أن تستقر،

(١) د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٣.

وتتحدد الأسعار عن طريق المنافسة والعرض والطلب، لا من طريق تحكّم يملّيه المشرع. ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين. وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها "روسوفي" في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر. وقد تلقّت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها، وعهدت بها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته^(١).

أما في العصر الحديث فقد اختلف الفقه حول مدى قدرة سلطان الإرادة على إنتاج آثار قانونية. حيث ذهب جانب من الفقه الدولي إلى إنكار قدرة الإرادة على ترتيب أثر قانوني معين، منادياً بوجوب مساندة القانون دوماً للإرادة في هذا المجال، ليصل بذلك إلى القول بأن القانون - والحال كذلك - يعتبر المصدر المرتب للأثر القانوني^(٢).

غير أن هذا الرأي فيما يتراءى لنا يخلط بين المصدر والأساس. ومقام الحال يقتضى الرد في شأن تلك التفرقة بأن التصرف القانوني يعتبر المصدر الخلاق لآثاره القانونية المترتبة عليه، غير أن هذه الآثار - من زاوية أخرى - لا بد وأن تتفق تماماً مع النظام القانوني التابعة له. فهذا النظام هو أساس وجودها. ولكن ليس الخالق المباشر لها.

فالقانون هو المصدر غير المباشر لأي من الالتزامات الأخرى. أما المصدر المباشر لها فهو التصرف ذاته. والقول بغير هذا - أي بما يقول به الرأي سالف الذكر - يجعل القانون هو المصدر الوحيد لكافة التصرفات والقواعد، وهذا ما لم يقل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٢) د. سليمان عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الأمرة في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٣٧.

به أحد. وهكذا نخلص إلى أن التصرفات القانونية في ذاتها وبنوعها (ثنائية أو جماعية ومنفردة) لها القدرة على إحداث آثار قانونية.

وجدير بالذكر أن هذه الآثار المترتبة على التصرف لا تقف - من وجهة نظرنا - عند مجرد إنشاء حق أو التزام^(١). ومن ثم فإن أثر التصرف إنما يتحدد وفقاً لمضمون التعبير ذاته^(٢).

ولا نعدم في الفقه الدولي سنداً على ما تقدم، إذ يرى البعض أن القاعدة القانونية تشكل هرمًا من التصرفات القانونية سواء العامة المجردة أو الفردية^(٣). هذا وقد خلط البعض بين القاعدة القانونية والالتزام الدولي^(٤).

يجب التنويه بداية أن تواجه القاعدة القانونية - سواء داخلية أو دولية - واقعة معينة، وترتب عليها - متى وقعت - أثرًا قانونيًا محددًا، وبناء على ذلك فإن القاعدة القانونية هي التي تعين أوصاف الواقعة القانونية وشرائط وقوعها، وفي هذه الحالة يقال أننا أمام «الفرض»، ثم تقوم القاعدة القانونية بوضع تقييم لهذا الفرض، وفي هذه الحالة يقال أننا أمام «الحكم». أي أن القاعدة القانونية الدولية تتركب من عنصرين: أولهما: الفرض. وثانيهما: الحكم، وحدوث العنصر الأول يؤدي إلى حدوث العنصر الثاني، فلا يترتب الحكم ما لم يقع الفرض^(٥).

(١) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٣) حيث يقرر Alfred Verdross:

"Le règles de droit forment une pyramide d'actes Juridique soit abstraits ou généraux, soit concertés ou individuels".

راجع مؤلفه بعنوان:

Règles générales du droit international de la paix, RCADI, 1929/III, tome. 30, p. 290.

(٤) د. محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي، ج ٢، القاعدة الدولية، ط ٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٧٠.

(٥) د. أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤، ص ٥٨ وما بعدها.

حيث يذهب إلى القول بأن « الفرض واقعة من الوقائع التي تجرى في المجتمع حسب سنة الحياة، سواء كانت إرادية أم غير إرادية، أما الحكم فهو واقعة يرتب القانون حدوثها على حدوث الفرض ».

ولا يخفى أنه رغم ما استقر ووقر في ضمير المجتمع الدولي من تصور لإمكانية قيام المسؤولية المترتبة على الإخلال بقواعد القانون الدولي، باعتباره مبدأ لا غنى عنه لأي نظام قانوني^(١). إلا أن الثابت أن القواعد السائدة حتى الآن تتحرك ببطئ شديد، فلم تخرج في مجملها عن إمكان الالتزام بتعويض الأضرار المترتبة، ولم ترق إلى اعتراف المجتمع الدولي بأسره بما يقابل المسؤولية الجنائية في القانون الداخلي.

والقاعدة أن المسؤولية تتحقق بتوافر ثلاث عناصر، تتبلور في وجود فعل غير مشروع مع نسبة هذا الفعل شخص من أشخاص القانون الدولي، وأ، يترتب عليه ضرر بشخص آخر من أشخاص القانون الدولي.

كما يؤكد البعض أن مبدأ سلطان الإرادة يختلف مداه بحسب نوع القاعدة القانونية. راجع: د. نعمان جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٦٣. د. عبد المنعم البدرأوى: مبادئ القانون، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٢، ص ٩٣. د. محمد السعيد الدقاق: سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص ٣٠.

(١) يؤكد الأستاذ الدكتور حامد سلطان أنه في حالة الإخلال بالالتزام دولي، تنشأ رابطة قانونية جديدة بين الشخص القانوني الدولي الذي أخل بالتزامه أو امتنع عن الوفاء به والشخص القانوني الذي حدث الإخلال في مواجهته. ويترتب على نشر هذه الرابطة الجديدة أن يلتزم الشخص الذي أخل بالتزامه أو امتنع عن الوفاء به بإزالة ما ترتب على إخلاله من النتائج. كما يحق للشخص القانوني الذي حدث الإخلال أو عدم الوفاء في مواجهته أن يطالب الشخص القانوني الأول بالتعويض. =

= وهذا الرابطة القانونية- بين من أخل بالالتزام ومن حدث الإخلال في مواجهته - هي الأثر الوحيد الذي يترتب على الإخلال بالالتزام في دائرة القانون الدولي. والأمر على خلاف ذلك في دائرة القانون الداخلي، ذلك أن الإخلال بالالتزام في دائرته قد يترتب عليه في بعض الأحيان نشوء رابطتين. الأولى: بين من أخل بالالتزام أو امتنع عن الوفاء به ومن حصل الإخلال أو عدم الوفاء في حقه، وبمقتضاها يتحمل الأول المسؤولية المدنية.. ويحق للثاني المطالبة بتعويض الضرر. والثانية: بين من أخل بالالتزام وبين الجمع الإنساني المتمثل في الدولة وبمقتضاها يتحمل الأول المسؤولية الجنائية ويحق للدولة أن تطالب بإزالة العقوبة عليه عند الاقتضاء. أما القانون الدولي فيرتب الأثر الأول وحده. وذلك لاختلاف الأوضاع في دائرته عن الأوضاع التي تسود دائرة القانون الداخلي.»

راجع مؤلفه بعنوان: القانون الدولي العام وقت السلم، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٣٠٠ - ٣٠١. ويؤكد Garcia Amador على أن الوضع في القانون الدولي العام، يؤدي إلى نشوء رابطة المسؤولية الجنائية، كما هو الحال في القانون الداخلي.

راجع مقاله بعنوان:

State responsibility, Some New Problems, RCADI, 1958/II, tome. 94, p. 392.

وبإجماع هذه العناصر الثلاثة تغدو الأهمية الفائقة للمسئولية الدولية، بما تعكس قواعدها تحضر الشعوب، وتخليها عن انتهاك القواعد الأساسية للقانون الدولي العام^(١).

إزاء ذلك يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الإرادة في ذاتها هي تعمد الفعل المادى أو تركه، أما الإدراك وحرية الاختيار فهما شرطان لقيام المسئولية. أى يجب أن نفرق بين الإرادة بمعنى المشيئة، والإرادة بمعنى المسئولية، فالإرادة بمعنى المشيئة هو المعنى المستمد من مبدأ سلطان الإرادة. إلا أن هذا المعنى يسقط إذا فهمنا الإرادة بمعنى المسئولية، أى وجود الإرادة المسئولة التى أعطاها القانون مكنة التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات^(٢).

وبناء على ذلك فإن الدولة - بما لها من شخصية قانونية دولية - تستطيع أن تحترم كافة ارتباطاتها الدولية، مما يولد لدى غيرها من الأشخاص الدولية الأخرى الثقة المطلوبة فيها. ومن ثم تبنت فكرة الإرادة المسئولية التى تكتسب ثقة الدول الأخرى، كما يعتمد عليها فى احترام الدولة لالتزاماتها دون ما تتصل منها إلا لسبب مشروع، وطالما كانت غير مخالفة للشروط الواجب توافرها لصحة تصرفها^(٣).

هذا ولا يشترط أن تكون الإرادة التى تعبر عن التصرف الصادر عن الدولة هي الإرادة المختصة بها، أى الإرادة الممثلة لها والتى تملك سلطة التعبير عنها فى المحافل الدولية، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية سنة ١٩٧٤ بمناسبة تعرضها لقضية

(١) Graefrath B.: Responsibility and damages caused: Relationship between Responsibility and damages, RCADI, 1984/II, tome. 185, p.19.

Paul Reuter: Principles de droit international Public, RCADI, 1961/II, tome. 103, p. 583.

وللمزيد راجع المؤلف القيم لأستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: أصول القانون لدولى العام، النظام القانونى الدولى، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٠٤ وما بعدها.

د. عبد الرحمن عياد: المرجع السابق، ص ٢٥٧-٢٥٨. (٢)

(٣) Gerald Fitzmaurice: The law and procedure of international court of justice, BYBIL, 1957, vol. 33, p. 95.

راجع كذلك مقاله بعنوان:

Law of treaties, BYIL, 1958, vol. 2, p. 32-34.

التجارب النووية، حيث لم تتشدد في إسناد التصرف لجهاز مختص بالدولة، طالما أن التصرف ينسب في نهاية الأمر إلى إرادة الدولة المصدرة له^(١).

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية

من المتفق عليه أن الشخصية القانونية الدولية تعنى القدرة على اكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، فضلاً عن مكنة تولى التصرفات القانونية، ورفع دعاوى أمام القضاء^(٢).

ويرى البعض أن المقصود بالشخصية الدولية ليس فقط الاعتراف بالذمة المالية للشخص، بل تمتع الشخص الدولي ببعض الحقوق التي هي نوع من السيادة^(٣).

(١) حيث قررت المحكمة:

"Parmi les déclarations du gouvernement Français en possession des quelles la cour se trouve, il est Claire que plus importantes sont celles du president de la république. Etant donné ses fonctions, il n'est pas douteux que les communications ou déclarations publiques, verbales ou écrites, qui émanent de lui en tant que chef de l'Etat, représentent dans le domaine des relations internationales des actes de l'Etat Française, ses déclarations et celles des membres du gouvernement français agissant sous son autorité, jusques et y compris la dernière déclaration du ministre de la défense, en date du 11 octobre 1974, doivnt être envisagées comme un tout".

CIJ, Recueil des arrêts. Avis consultatifs et ordonnances, Affaire edes Essais Nucléaires (Australie-France), Arrêt du 20 décembre 1974, para. 49, p. 269.

للمزيد راجع:

Hubert Thierry: Les arrêts du 20 decembre 1974 relatifs aux Essais nucléaires Français et les relations de la france avec la cour international du justice, AFDI, 1974, vol. 20, pp. 286-298.

(٢) Hans Kelsen: The law of the united Nations, Slevens, sons limited, London, 1964, p. 329.

(٣) حيث يقرر Richard Young:

"La Nation de personnalité international implique non seulement la reconnaissance d'un patrimoine, mais encore l'existence de certains droit de puissance publique, voire une sort de souveraineté".

راجع مؤلفه بعنوان:

وبناء على ذلك فإن الدولة تملك بموجب هذا الوصف أن تمارس طائفة من الاختصاصات ذات الطابع الدولي، والتي منها بطبيعة الحال ما يتعلق بإدارة وتنظيم علاقاتها الدولية كحق الدولة في التعاقد^(١).

غير أن حق الدولة في التعاقد يتردد بين الإطلاق والتقييد بحسب طبيعة النظرية إلى السيادة، بحسبانها أحد أهم المفاهيم الأساسية المؤثرة في النظام القانوني الدولي^(٢). أى أن حرية الدولة في التعاقد تتحدد وفقاً لمذلولين. أحدهما موسع أو مطلق. والآخر ضيق أو مقيد، وذلك على النحو التالي:

أولاً : المذلول المطلق والحرية الدولية في التعاقد :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن سيادة الدولة مطلق فلا قيد عليها، وبالتالي فإن الدولة تتمتع - بما لها من سيادة مطلقة - بحرية مطلقة في التصرف في شئونها الداخلية والخارجية^(٣)، وتعد المعاهدات نموذجاً شائعاً للتصرفات القانونية الدولية^(٤)، وخصوصاً المتعلقة باستخدام الأنهار الدولية للدول المتشاطئة، بمعنى أن

Le droit des institutions spécialisés de organization Nations Unies, université de Paris II, 1974, p. 35.

(٢) Simone Dreyfus: Droit des relations internationales, Paris, CUJAS, 1978, p. 71.

راجع كذلك الدكتور محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٢، ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٣) مما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقه يفرق بين اصطلاحى سيادة الدولة، والسيادة في الدولة. حيث يفيد الاصطلاح الأول أن الدولة لها السلطة القانونية الأمر، بينما يرمز الاصطلاح الثانى إلى من يمارس هذه السلطة داخل الدولة. راجع:

Georges Vedel: Cours de droit constitutionnel et d'intitutions politiques, Paris, 1961, p. 20 et ss.

وإن كان البعض يرى أن اصطلاح سيادة الدولة مرادفاً للسيادة الخارجية، بينما اصطلاح السيادة في الدولة مرادفاً للسيادة الداخلية. راجع:

Jean Roche: Précis du droit public, préface de J. Poly coll, 2ed, Paris, 1965, p.3.

(٤) د. محمد السعيد الدقاق: سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد (دراسة لأحكام اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٩)، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧، ص ١، ٢.

(٤) حيث يقرر Paul Guggenheim :

"Le droit international admet en conséquence qu'un traité peut avoir n'importe quell contenu, sans limitations ni restrictions d'aucune sorte, et que toute matière peut faire l'objet d'un traité".

للدولة الحق في إبرام كافة التصرفات القانونية استنادًا إلى ما تتمتع به من أهلية مطلقة^(١).

ويؤكد البعض^(٢) على أن تمتع الدولة بحرية مطلقة في إبرام ما تشاء من تصرفات قانونية، يستند إلى الطبيعة الرضائية للقانون الدولي، فالدولة تملك أن تضع لعلاقتها ما تشاء من الضوابط، فالمبادئ العامة للقانون المعترف بها من جانب الأمم المتمدنية، هي بدورها تترد إلى أصل رضائي، يتمثل في نص المادة (٣٨) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، وما الميثاق إلا اتفاق دولي تراضت عليه الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة^(٣).

راجع مقاله بعنوان:

Les principes de droit international public, RCADI, 1952/I, tome. 80, p. 74.

(١) حيث يعرف Jacqué Jean-Paut الأهلية المطلقة للدولة في إبرام كافة التصرفات القانونية بقوله: "La capacité illimitée de l'Etat, la capacité pour un Etat de s'engager librement à exécuter toutes les obligations qu'il désire. Il s'agira généralement de la capacité de conclure des traités".

راجع مؤلفه بعنوان:

Elément pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, Paris, LGDJ, 1972, p. 73.

للمزيد راجع:

Alfred Verdross: Jus dispositivum and jus cogens in international law, AJIL, 1966, vol. 60, no1, p. 56 and nn.

وللمزيد حول التطور التاريخي لفكرة السيادة راجع:

Van Kleffens: Sovereignty in international law, RCADI, 1953/I, tome. 82, p. 13-83.

Marek Stanilaw Korowicz: Some present aspects of sovereignty in international law, RCADI, 1961/I, tome. 102, p. 7-11.

(٢) حيث يؤكد Georg Schwarzenberger على أن:

"Each subject of international law is free to limit as it sees fit the exercise of its own sovereignty in favour of another sovereign state or an international institution or to extinguish its own sovereignty in favour of another".

راجع مقاله بعنوان:

A manual of international law, New York, Frederick A. Praeger publishers, 5th edition, 1967, p. 67.

(٣) ويقرر Georg Schwarzenberger أن:

ويتضح مما سبق - من وجهة نظرنا - أن هذا الاتجاه يوسع في نظرتة إلى سيادة الدولة، وبالتالي إطلاق سلطان إرادتها إلى أوسع مدى، حتى يكاد سلطان الإرادة أن يطغى، فيقضى على سلطان القانون، وهذه النتيجة لا يستقيم لها أساس، فقد رفضها غالبية الفقه الدولي^(١)، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية أن حرية الدولة المطلقة في التعاقد يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الحاكمة لإنشاء المشروعات وإقامة السدود على الأنهار الدولية، كمبدأ عدم الإضرار، ومبدأ الإخطار المسبق، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ الاستخدام المنصف والعادل، ومبدأ حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية.

ومن ناحية ثالثة أن القول بالحرية المطلقة في التعاقد يدخلنا في دوامة من الصراعات بين الدول المتشاطئة، تنتهي باستخدام القوة واللجوء إلى الحرب، ومخالفة الحظر الوارد في المادة (٤/٢) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة.

ومن ناحية رابعة يتوقف مدى تنظيم الحرية التعاقدية على مدى تنظيم المجتمع الذى تمارس فيه. ففي مجتمع منظم كالقانون الداخلى، تمارس السلطة فيه بواسطة ثلاث سلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، مزودة بوسائل القهر والقوة، ويغلب فيه سلطان القانون على سلطان الإرادة، بمعنى أن المجتمع المنظم يعرف قدرًا أكبر من القيود على ممارسة الحرية التعاقدية، سعيًا إلى تنظيمها تنظيمًا فعالًا ومؤثرًا، أما المجتمع الدولي فلم يبلغ بعد هذه الدرجة من التنظيم، ومن ثم فإن ضعف مستواه التنظيمى استتبع ضعف التنظيم الذى يحيط بالحرية التعاقدية.

"This very origin of the general principles of law recognized by civilized nations explains why, at the most, They can constitute international jus congés only between subjects of international law which, on a consensual basis, have given them this character".

راجع مؤلفه بعنوان:

International law and order, London, Stevens & sons, 1971, p. 205.

- (١) Rolando Quadri: Le Fondement du caractère obligatoire du droit international public, RCADI, 1952/I, tome. 80, pp. 621-625.

ومن ناحيةٍ خامسةٍ أن الحرية المطلقة للدولة في التعاقد مستمد من نظرية المدارس الإرادية للقانون الدولي، حيث أن أساس وضعية القانون الدولي إنما يكمن في إرادة الدولة ذاتها، إذ تتولى كل دولة تقييد إرادتها ذاتيًا والالتزام بقواعد القانون الدولي، دون أن توجد إرادة أعلى منها تجبرها على الالتزام بأحكام القانون الدولي.

ثانيًا: المدلول الضيق لحرية الدولة في التعاقد:

يذهب فقه هذا الاتجاه إلى القول بأن النظام القانوني الدولي وردت فيه مجموعة من الحقائق التي تدل - وبحق - على أن سيادة الدولة لا تعنى التحلل من الخضوع في علاقاتها للضوابط التي يرسمها القانون الدولي العام^(١)، وأن حرية الدول في التعاقد نسبية غير مطلقة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الفوضى الدولية^(٢). كما يؤكد البعض أنه ما من قانون وطنيًا كان أو دوليًا، يمكنه أن يبيح اللا أخلاقية^(٣).

(١) حيث تقرر الدكتورة Aisha Ratib:

"L'Etat est souverain dans les limites de la légalité la souveraineté de nos jours n'est vraiment pas absolue".

راجع رسالتها بعنوان:

L'individu et le droit international public, Thèse Pour le doctorat présentée à la faculté de droit de l'université du caire fevrier 1955, Imprimerie de l'universite du caire 1959, p. 24.

(٢) حيث يذهب Lord McNair إلى القول:

"It is difficult to imagine any society, whether of individuals or or states, whose law sets no limit whatever to freedom of contract. In every civilised community there are some rules of law and some principles of morality which individuals are not permitted by law to ignore or to modify by their agreement".

راجع مؤلفه بعنوان:

The law of treaties, oxford, the clarendon press, 1961, p. 213.

(٣) حيث يؤكد Nguyen Quoc Dinh على ذلك بقوله:

"Aucun droit, au'il soit national ou international, ne peut tolérer l'immoralité".

راجع مؤلفه بعنوان:

Droiti international public, paris, LGDJ, 1975, p. 199.

ويذهب البعض إلى القول بأن مبدأ السيادة لم يعد يعبر في العرف الدولي عن السلطة المطلقة في التقرير والحرية الكاملة في العمل، بل أصبح يعبر عن السيادة المقيدة، أي السيادة في الحدود القانونية المشروعة^(١).

هذا ويؤكد البعض^(٢) على أنه فيما يتعلق بالعلاقة بين الدولة والقانون الدولي، فيتعين أن تكون سيادة الدولة مقيدة في ممارستها بسيادة القانون الدولي، إذ لا تعارض بينها وبين الخضوع للقانون الدولي^(٣).

ويرد البعض هذا الخضوع من جانب الدولة لأحكام وقواعد القانون الدولي إلى أسباب قانونية وأخرى طبيعية. ومن بين القواعد التي لا يتصور الاتفاق قانوناً على مخالفتها، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تجعل المتعاقد مقيداً بالتزامه^(٤). ومن بين المبادئ التي لا يسوغ الاتفاق على نقيضها لأسباب طبيعية، مبدأ لا التزام بمستحيل،

(١) د. عائشة راتب : التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) حيث يؤكد Harodo valladão على أن:

"Le droit deviant Une valeur independanté et jamais un instrument entre les mains".

راجع مؤلفه بعنوان:

Démocratisation et socialization du droit international, Paris, Sirey, 1962, p. 95.

(٣) Hans Kelsen: The Principle of sovereign equality of states as a basis for international organization, Yale Law Journal, 1944, vol. 53, no.2, march, p. 208.

للمزيد راجع:

Hersch Lauterpacht: The Function of law in the international community, Oxford University Press, 2011, p. 418.

(٤) H.W.A. Thirlway: International customary law and codification, Leiden, Netherlands, 1972, p. 37.

راجع كذلك:

Mark W.J. and Carolyn E: Religion and international law, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1999, p. 164.

Reinhard Zimmermann: The law of obligations Roman Foundations of the civilian tradition, oxford university press, 1996, p. 576.

Yusuf Cliskan: The development of international investment law, Boca Ration, Florida, USA, 2008, p. 23.

Frank Engelen: Interpretation of tax treaties under international law, Amsterdam, 2004, p. 125.

كالادعاء بالتنازل عن حصة في نهر دولي دون أن تكون من الدول المتشاطئة على النهر، فهذا التزام لا معنى له^(١).

ويتضح مما سبق أن سلطان إرادة الدول المتشاطئة في إقامة السدود أو إنشاء المشروعات على النهر الدولي يظل مقيدًا بأحكام وقواعد القانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدولي للأنهار بصفة خاصة، باعتبار أنها قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك لسببين:

السبب الأول: أن القانون الدولي للأنهار يتعلق بحماية مصالح تتعدى المصالح الفردية للدول، لتضمن حماية المصالح العليا للمجتمع الدولي، والتي يجب احترامها وعدم الاعتداء عليها، كالقواعد المتعلقة بعدم الإضرار، واحترام الحقوق المكتسبة، والاستخدام العادل والمعقول، وحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية.

السبب الثاني: أن تقييد سلطان إرادة الدول المتشاطئة يقصد به حماية الدولة من تدخل القوة المسيطرة في المجتمع الدولي، وبالتالي تضمن القاعدة الدولية الاستقلال السياسي والاقتصادي للدول، وبخاصة الصغيرة منها، وتعمل على منع السيطرة عليها واستغلالها.

المبحث الثالث

مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

تُعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من الأهمية بمكان في القانون الدولي^(٢)، بل هي أساس إلزام القانون الدولي كله^(٣)، كما تُعد مبدأ عالميًا لا غنى عنه^(٤)، باعتبار

(١) Govert Hartogh: Mutual Expectations: A conventionalist theory of law, Kluwer law international the Hague, London, 2002, p. 118.

(٢) John Boardman Whitton: La règle "Pacta sunt servanda", RCADI, 1934/III, tome. 49, p. 151.

(٣) Gaetano Morelli: Cours général de droit international public, RCADI, 1956/I, tome. 89, p. 448.

(٤) Furet, Marie, Françoise: L'application des concepts du droit privé en droit international public, RGDIP, 1964, vol. 68, no.4, p. 898.

أنها إحدى الدعائم التي ينهض عليها السلم والأمن الدوليين^(١)، وشرطاً لازماً لاستمرار مسيرة المجتمع الدولي^(٢)، وبدونها يفنى النظام القانون الدولي، ويستحيل قيام علاقات ودية بين أشخاصه^(٣).

ويؤكد البعض على أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تُعد تعبيراً عن مبدأ حسن النية، الذي ينبغى أن يسود العلاقات الدولية، وأن هذه القاعدة لا تتعلق فقط بالواجب القانوني، وإنما تهم المجتمع الدولي بأكمله^(٤).

ويذهب البعض إلى القول بأن العقد شريعة المتعاقدين يعنى نظام قانوني يتم طبقاً للقانون الدولي، ووفقاً لإجراءات خاصة - إجراءات عقد المعاهدة - لإنشاء مبادئ دولية، وأن هذه المبادئ يجب أن تكون مشروعة، ويجب أن يبقى طالما أنه لا يوجد مبدأ يلغيه أو يبطله على النحو المنصوص عليه في القانون الدولي^(٥).

(١) John Boardman Whitton: La règle "Pacta sunt servanda", op, cit, p. 162.

حيث يقرر:

"En Etat que guide, idéal et but, la règle pacta sunt servanda est d'une importance toute vitale. De sa réalisation, le droit international, la securite et même la paix elle même dépendant".

(٢) Hans Wehleng: Pacta sunt servanda, AJIL, 1959, vol. 53, no.4, October, p. 786.

(٣) د. عصام صادق رمضان: المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٨، ص ٥٩.
راجع كذلك:

V.D. Degan: Sources of international law, Martmus Nijhoff Publishers, London, 1997, p. 258.

(٤) د. صباح لطيف الكربولي: المعاهدات الدولية: إلزامية تنفيذها في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، ط١، دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠١١، ص ٩٧.

د. محمد حافظ غانم: الأصول الجديدة للقانون الدولي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤، ص ٣٣٧.
د. محمد مصطفى يونس: حسن النية في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (٥١)، ١٩٩٥، ص ١٥٩، ١٦١.

د. عبد العزيز سرحان: قواعد القانون الدولي العام في أحكام الحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧٣، ص ٢٥.

(٥) حيث يذهب Kunz J.L. إلى القول:

"Pacta sunt servanda means the institution by general international law of a special procedure - The treaty procedure - for the creation of international norms. Norms, Thus created, are valid and must be kept,

* مبدأ التغيير الجوهرى فى الظروف وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

يقصد بهذا المبدأ أن حدوث تغيير أساسى فى الظروف الفعلية التى عقدت فيها

المعاهدة، قد يؤدى إلى إلغائها أو التأثير على قوتها الإلزامية^(١).

ويذهب الفقه الراجح إلى القول بأن تغيير الظروف لا يؤدى إلى إنهاء المعاهدة،

وإنما يسمح للأطراف بتوفيق أحكامها مع تغيير الظروف على نحو يتلائم مع الهدف

الذى وضعت المعاهدة من أجله^(٢)، وبالتالي لا يجوز فسخ المعاهدة أو نقضها من

جانب واحد^(٣).

as long as no norm abolishing fact, as laid down by means of international law".

راجع مقاله بعنوان:

The meaning and the range of the nerm pacta sunt servanda, AJIL, 1945, vol. 39, no.1, p. 197.

(١) حيث يقرر Charles Rousseau :

"On désigne sous le nom de doctrine rébus sic stantibus une théorie d'après laquelle un changement essentiel dans les circonstances de fait en vue ou en consideration desquelles un traité a été conclu peut entraîner la conductité de ce traité ou tout au moins affecter sa force obligatoire".

راجع مؤلفه بعنوان:

Droit international public, onzième édition, Dalloz, Paris, 1987, p.74.

(٢) وهذا ما حدث سنة ١٩٥٩، عندما اتفقت كل من مصر والسودان على تعديل اتفاقية عام ١٩٢٩، تبعاً للظروف التى جرت خلال فترة الخمسينات، وذلك نتيجة رغبة مصر فى إقامة مشروع السد العالى، وأن الدولتين قد توصلتا لهذا الاتفاق عبر المفاوضات ويكامل إرادتهما.

راجع د. إبراهيم على حسن النحاس: النظام القانونى لنهر النيل المقرر بمعاهدة دولية، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد والتشريع السياسى، عدد (٤٩٨)، أبريل ٢٠١٠، ص ١٩٧. راجع كذلك د. جعفر عبد السلام: شرط بقاء الشئ على حاله أو نظرية تغيير الظروف فى القانون الدولى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٣٦٩ وما بعدها.

(٣) وإن كان Rousseau يقرر أن الواقع الدولى سجل عدة حوادث لمعاهدات نقضت من جانب واحد بوسائل قسرية استناداً إلى نظرية تغيير الظروف، حيث نقضت مصر سنة ١٩٥٧ المعاهدة البريطانية - المصرية المعقودة فى سنة ١٩٥٤ والمتعلقة بقتاة السويس.

راجع مؤلفه بعنوان:

Droit international public, op. cit., p. 75.

هذا وقد ذهب البعض إلى القول بأنه على الرغم من أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تُعد من قواعد القانون الدولي غير المتنازع عليها، إلا أن تغيير الظروف هو الاستثناء المقابل لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١).

هذا وقد درجت أثيريا في الأعوام الأخيرة على إثارة قاعدة تغيير الظروف، وتؤكد أن المعاهدة تيرم بصفة عامة تحت شرط ضمنى هو بقاء الظروف على حالها، فإذا تغيرت الظروف كان للدولة أن تطالب الطرف الآخر بإنهاء المعاهدة أو تعديلها، ويكون طلبها هذا متفقاً وقواعد القانون الدولي.

إلا أن المادة (٦٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩ نصت على أنه: «١- لا يجوز الاستناد إلى التغيير الجوهرى غير المتوقع فى الظروف التى كانت سائدة عند إبرام المعاهدة كسبب لإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا إذا توافر الشرطان التاليان:

• إذا كان وجود هذه الظروف قد يكون أساساً هاماً لإرضاء الأطراف بالالتزام بالمعاهدة.

• إذا ترتب على التغيير تبديل جذرى فى نطاق الالتزامات التى يجب أن تنفذ مستقبلاً طبقاً للمعاهدة.

٢- لا يجوز الاستناد إلى التغيير الجوهرى فى الظروف كسبب لإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها فى الأحوال الآتية:

- إذا كانت المعاهدة منشئة للحدود.
- إذا كان التغيير الجوهرى نتيجة إخلال الطرف بالالتزام طبقاً للمعاهدة أو بأى التزام دولى لأى طرف آخر فى المعاهدة.

(١) Philip Caryl Jessup: A modern law of Nations, New York, 1968, p. 150.

٣- إذا جاز لطرف أن يستند إلى التغيير الجوهرى فى الظروف وفقاً للفقرات السابقة لإنهاء المعاهدة، أو الانسحاب منها، فإنه يجوز - أيضاً - الاستناد إلى السبب نفسه لإيقاف العمل بالمعاهدة».

ويتضح من نص المادة (٦٢) أنه لا يترتب على أى تغيير فى الظروف السماح للدول الأطراف من إنهاء المعاهدة والتصل من آثارها القانونية، وإنما حددت مجموعة من الشروط المحددة يمكن الاستناد إليها.

وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية فى حكمها الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٧٣، بشأن النزاع بين بريطانيا وأيسلندا والمعروف بقضية المصايد الأيسلندية، وذلك بقولها «أن التغيير الممكن الاستناد إليه هنا يجب أن يكون جوهرياً أو حيويًا، وحتى يعتبر التغيير كذلك يجب أن يكون مهددًا بالخطر وجود أحد الأطراف أو مصلحة من مصالحه الحيوية»^(١).

ثم عادت وأكدت المحكمة على أن التغيير المرتبط بالظروف الجديدة يجب أن يكون جذرياً فى إطار الالتزامات التى لم يتم تنفيذها بعد، على نحو يجعل ذلك التنفيذ ثقيل الوطأة على نحو مغاير لما كان عليه فى البداية^(٢).

(١) حيث أكدت المحكمة على ذلك بقولها:

"The changes of circumstances, as an indication by Iceland of the reason why it regards as fundamental the changes which in its view have taken place in previously existence fishing techniques. This interpretation would correspond to the traditional view that the changes of circumstances which must be regarded as fundamental or vital are those which imperil the existence or vital development of one of the parties" CIJ, fisheries jurisdiction (united Kingdom v. Iceland), judgment, Jurisdiction, 2 February 1973, par.38, p.20.

(٢) حيث أكدت المحكمة على أن:

"Moreover, in order that a change of circumstances may give rise to a ground for invoking the termination of a treaty it is also necessary that it should have resulted in a radical transformation of the extent of the obligations still to be performed. The change must have increased the burden of the obligations to be executed to the extent of rendering the performance something essentially different from that originally undertaken". CIJ, Fisheries jurisdiction, op. cit, par. 43, p. 21.

كما تعرضت محكمة العدل الدولية لمبدأ تغيير الظروف مرة أخرى سنة ١٩٩٧ في حكمها المتعلق بالنزاع بين المجر وسلوفاكيا، وذلك حينما حاولت المجر الاستناد إليه للتصل من معاهدة ١٩٧٧ محل النزاع في الأصل، وذلك على أساس تغيير الظروف السياسية في أوروبا في الفترة ما بين ١٩٧٧ و١٩٨٩، ولكن المحكمة رفضت ذلك الادعاء مقررة أن استقرار العلاقات الاتفاقية يقتضى عدم اللجوء إلى مبدأ تغيير الظروف إلا في حالات استثنائية، وذكرت بالحكم السابق في قضية المصايد وأكدت على الشروط التي بينها من حيث وجوب كون التغيير جذرياً في نطاق الالتزامات التي لم يتم تنفيذها بعد في المشروع، وأن تكون الظروف التي كانت موجودة بالفعل وقت إبرام المعاهدة هي أحد الأسس الرئيسية لرضا الأطراف بالالتزام بالمعاهدة^(١).

(١) حيث ذهبت المحكمة إلى القول:

"The changed circumstances advanced by Hungary are, in the Court's view, not of such a nature, either individually or collectively, that their effect would radically transform the extent of the obligations still to be performed in order to accomplish the project.
=

= A fundamental change of circumstances must have been unforeseen; the existence of the circumstances at the time of the Treaty's conclusion must have constituted an essential basis of the consent of the parties to bound by the Treaty. The negative and conditional wording of Article 62 the Vienna Convention on the law of treaties is a clear indication moreover that the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases".

CIJ, Reports of judgments. Advisory opinions and orders, case concerning the Gabcikovo – Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia) Judgment of 25 September 1997, n. 692, par. 104, p. 62.

الفصل الثاني التكليف القانوني لسلطان إرادة الدول على الأنهار الدولية

يجب التنويه بداية أن أحكام القانون الدولي بشأن استعمال مياه الأنهار الدولية والانتفاع بها تعد حديثة نسبيًا، إذا ظلت مشكلة الأنهار الدولية فترة طويلة مقصورة على موضوع الملاحة^(١).

هذا وقد اصطلح الفقه الدولي قديمًا على إطلاق وصف النهر الدولي على الأنهار الممتدة بين إقليمين دولتين أو أكثر. غير أن ثمة اصطلاحًا جديدًا حل محل وصف النهر الدولي وهو اصطلاح نظام المياه الدولية. ويقصد بالاصطلاح الجديد تلك المياه التي تتصل فيما بينها في حوض طبيعي متى امتد أى جزء من هذه المياه داخل إقليم دولتين أو أكثر^(٢).

وقد استقر الفقه الدولي على أنه يجب أن يحدد حوض النهر تحديدًا من شأنه أن يشمل الحوض وتلك الوحدة الجغرافية والطبيعية التي تكون مجرى مياهه، والتي لها أثرها في تحديد هذه المياه من حيث الكم والكيف، ومن حيث التحكم في جريان مياهه، وفي طبيعة نظامها، وذلك بغض النظر عن إحجام هذه المياه أو قربها أو بعدها عن الحدود الدولية المرسومة.

(١) فلقد أقر مؤتمر فيينا سنة ١٨١٥ مبدأ حرية الملاحة لجميع الدول على الأنهار الدولية، وقد طبق هذا المبدأ على نهر الدانوب سنة ١٨٥٦. كما طبق على نهري الأمازون والبلانا في أمريكا الجنوبية سنة ١٨٦٦، وعلى نهري الكونجو والنيجر في أفريقيا سنة ١٨٨٥. راجع: د. عزيزة مراد فهمي: الأنهار الدولية والوضع القانوني الدولي لنهر النيل، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد (٣٧)، ١٩٨١، ص ١٤١.

(٢) ونظام المياه الدولية يشمل المجرى الرئيسى للمياه، كما يشمل روافد هذا المجرى، سواء أكانت هذه الروافد من الروافد الإنمائية للمياه، أو من الروافد الموزعة لها. راجع: د. حامد سلطان: الأنهار الدولية فى العالم العربى، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٢٢)، ١٩٦٦، ص ١.

كما استقر الفقه - أيضاً - على تحديد مراكز الدول التي تجرى فيها نظم المياه الدولية تحديداً دقيقاً من حيث حقوقها في الانتفاع بها، ومن حيث التزاماتها تجاه بعضها البعض^(١).

ومن أجل ذلك ذهب البعض إلى القول بأن النهر الدولي وحده مائية قائمة بذاتها، ورأس مال مشترك بين الدول التي يمر النهر في أقاليمها، يقع عليها واجب استغلاله على أساس مبادئ القانون المتعارف عليها في هذا الشأن^(٢).

ويؤكد البعض على أنه يحسن النظر إلى زاوية الانتفاع بمياه النهر في غير شئون الملاحة. أما زاوية حرية الملاحة في مثل هذه الأنهار الدولية فهي تخرج عن نطاق هذا البحث لأن الأنهار الدولية في العالم العربي ليست قابلة للملاحة الدولية^(٣).

والواقع أنه لا تتور مشكلة إزاء الانتفاع بمياه الأنهار الدولية، إذا كانت منظمة بمقتضى اتفاقات دولية تحدد الحقوق والواجبات فيما بين الدول المتشاركة في النهر الدولي، حيث تعمل هذه الاتفاقات على إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المختلفة والمتعارضة أحياناً.

غير أنه عندما تعدى الانتفاع بمياه الأنهار نطاق الشرب والرى والصرف، وتطور إلى الانتفاع بمياه الأنهار في توليد القوى والطاقات وفي تمويل مختلف الصناعات تضاربت المصالح بين الدول المتشاركة في النهر الدولي، وتعدر - في كثير من الأحيان - عقد الاتفاقات والمعاهدات بينها لإيجاد التوازن بين المصالح^(٤).

(١) د. حامد سلطان: الأنهار الدولية في العالم العربي، مرجع سابق، ص ١.
(٢) د. أحمد موسى: مركز مصر في مسألة مياه النيل، المجلة المصرية للقانون الدولية، المجلد (١٤)، ١٩٥٨، ص ٤٤.

(٣) د. حامد سلطان: القانون الدولي العام وقت السلم، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٩، ص ٥٣٥.

(٤) F.J. Berber: Rivers in international law, London: Stevens & Sons limited, 1959, p.7.

وفى الحالة التى لا يوجد فيها اتفاقيات بين الدول التى يمتد النهر الدولى فى أقاليمها، فقد اختلف الفقه الدولى حول الأحكام القانونية التى تنظم الانتفاع بمياه الأنهار الدولية فى غير شئون الملاحة كالصناعة وتوليد الكهرباء والطاقة، إلى ثلاث نظريات وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول

نظرية السيادة الإقليمية المطلقة

تجدر الإشارة بداية إلى أن للسيادة سواء فى نطاق اللغة أو فى نطاق القانون، جلال اللفظ وعمق الصدى، وهى ترسم صورة ذهنية تشمل قيام الدول الكبرى وسقوطها، ونشوء الجمهوريات والملوكيات وزوالها عبر مراحل تاريخ الإنسانية الطويل، نتيجة للصراع بين الجماعات على السلطة وعلى القوة. وموضوع السيادة موضوع إنسانى عميق، وهو - بوصفه نتاجاً إنسانياً - لا يرقى إلى الكمال أبداً. بل هو - فى المراحل المختلفة لتاريخه - يصور عرضاً مستمراً للصراع الإنسانى بين قوى الشر، وبين المثل العليا والشهوات والأطماع. مما يجعل منه مأساة إنسانية تشبه إلى حد كبير المأساة فى الأدب الإغريقى^(١).

أولاً: فقه هذه النظرية:

يذهب أنصار نظرية السيادة الإقليمية المطلقة إلى القول بأن لكل دولة من الدول المتشاركة فى النهر الدولى الحق الكامل فى أن تمارس السيادة المطلقة على الجزء النهري الذى يمر بإقليمها، وذلك بلا قيد ولا شرط. فوفقاً لهذه النظرية يكون للدولة الحق المطلق فى أن تقيم ما يتراءى لها من مشروعات للانتفاع بالمياه التى تمر بإقليمها فى جزء النهر الدولى الذى يقع داخل حدودها^(٢).

(١) د. حامد سلطان: القانون الدولى فى وقت السلم، مرجع سابق، ص ٥٣٦.
ويؤكد البعض على أن السيادة شهدت تطوراً كبيراً على مر العصور، فالأمم القديمة لم تعرف نظرية السيادة فى كيان الدولة والعلاقات الدولية بالمعنى المعروف الآن فى القانون الدولى. راجع: Kleffens Van N. E. N: Sovereignty in international law, RCADI, 1953/I, tome. 82, p. 13.

(٢) M. A. Fitzmaurice: International protection of the environment, RCADI, 2001, tome. 293, p. 432.

وتذهب هذه النظرية فى غلوائها إلى حد الادعاء أن للدولة الحق فى إحداء ما يترأى لها إحداءه من تغييرات فى مجرى النهر ذاته، بما فيها إقامة السدود، سواء كانت هذه التغييرات تحويلاً كلياً أم جزئياً للمجرى الطبيعى للنهر الدولى، وذلك دون أن يكون للدول الأخرى المشاركة فى النهر الدولى أى حق قانونى فى الاعتراض^(١).

وأول من نادى بهذه النظرية المدعى العام الأمريكى هارمون بمناسبة النزاع الأمريكى المكسيكى بشأن مياه نهر «ريوجراند» فى أواخر القرن التاسع عشر ولذلك فهى تعرف بمبدأ هارمون^(٢). حيث حولت الولايات المتحدة الأمريكية المجرى الطبيعى لمياه نهر «الريوجراند» تحويلاً أدى إلى نقص كمية مياه النهر بالنسبة للمكسيك بدرجة ملحوظة^(٣).

وبناء على ذلك قدم وزير المكسيك المعتمد لدى الولايات المتحدة الأمريكية مذكرة احتجاج فى أكتوبر سنة ١٨٩٥ إلى وزير الخارجية الأمريكى ادعى فيها عدم شرعية المشروعات الأمريكية لتحويل النهر المذكور. وأضاف إلى أن لسكان المكسيك حقاً تاريخية على مياه النهر. إذ أنهم أسبق فى استعمال مياه النهر بمئات السنين من سكان الولايات المتحدة الأمريكية الذين يعيشون أعلى المجرى، وأضاف أن القانون الدولى يحمى حقوق هؤلاء السكان المكسيكيين^(٤).

(١) Dante A. Caponera: Principles of water law and administration national and international, A.A. Balkema, Rotterdam, Brookfield, 1992, p. 213.

(٢) Owen M and Tadesse D: Sovereignty and international water law, London, 2015, p. 215.

(٣) Ines Dombrowsky: Conflict, cooperation and institutions in international in international water management an economic analysis, Cheltenham, 2007, p. 60.

وللمزيد راجع:

Charles G. Fenwick: International law, the century political science series, Appleton0 century-crofts, 1948, p. 391.

(٤) للمزيد حول النزاع بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية، راجع: Jacob Austin: Canadian – United States practice and theory respecting the international law of international rivers: A study of history and

وبناء على هذه المذكرة، فقد طلب وزير الخارجية الأمريكي من المدعى العام هرمون (Harmon) بإعداد فتوى قانونية حول ما إذا كان القانون الدولي يوجب على الولايات المتحدة الأمريكية أن تتحمل بتعويضات لصالح دولة المكسيك عن الأضرار التي لحقت بسكانها نتيجة تحويل مياه نهر «ريوجراند». فقد أجاب المدعى العام على هذا الطلب برفض الاعتراف للمكسيك بأية تعويضات عن تحويل المجرى فى الأراضى الأمريكية. وذكر فى حيثيات الفتوى ما يلى:

- إن مبدأ السيادة يعد حجر الزاوية فى القانون الدولى. وبناء على ذلك فإن التسليم بادعاءات المكسيك، يجعل البلد الذى يقع فى أسفل النهر مسيطراً على الانتفاع به، ويعرض البلد الذى يقع أعلى المجرى لخطر توقف خطط التنمية فيه، ويحرم سكانه من استخدام مورد حبتهم الطبيعية إياه، ويقع تماماً داخل أراضى دولتهم»^(١).

influence of Harmon doctrine, Canadian Bar Review, 1959, Vol. 37, p. 405 and n n.

(١) Wells A. Hutchins: Water rights laws in the nineteen western states, 2004, p. 119.

The schooner exchange v. وهذا ما أكدته المحكمة العليا للولايات المتحدة فى قضية McFadden بقولها:

"The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptibility no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving from and external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction. All exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other legitimate".

راجع:

Ernest K. Banks: The state immunity controversy in international law, private suits against sovereign states in domestic courts, Springer, united states, 2005, p. 14.

راجع أيضاً:

Mahmoud Cherif Bassiouni: International extradition: United states law and practice, Sixth edition, oxford, university press, 2014, p. 365.

- المبدأ الأساسى فى القانون الدولى هو السيادة المطلقة لكل دولة داخل إقليمها فى مواجهة جميع الدول الأخرى، ولا يجوز أن تكون محلاً لأى قيد. وأى تقييد لهذه الولاية يستمد من مصدر خارجى، يستتبعه بالضرورة نقصان فى سيادتها بمقدار هذا القيد^(١).

- إن مبادئ القانون الدولى وقواعده لا تفرض أى تبعية أو التزام على الولايات المتحدة الأمريكية، فضلاً عن أن ما قامت به أمريكا لا يخل باعتبارات السياسة الخارجية، ولا أصول المجاملات الدولية^(٢).
ثانياً: النقد الموجه لهذه النظرية:

ولكن يعاب على هذه النظرية أنها تساوى بين العنصر الأرضى من الإقليم - وهو عنصر ثابت - وعنصر المياه - وهو عنصر متقل متحرك - فتخضع العنصرين على اختلاف طبيعتهما إلى حكم قانونى واحد يقوم على مبدأ السيادة الإقليمية المطلقة هذا من ناحية.

كما أنها من ناحية ثانية لا تقيم أى وزن لحقوق الدول الأخرى فى مياه النهر الدولى، ولا تأخذ فى الاعتبار بالمبدأ العام فى القانون الدولى الذى يمنع الإضرار بحقوق الدول الأخرى، والذى يرتب المسؤولية الدولية على الأعمال غير المشروعة^(٣).

ومن ناحية ثالثة أن القول بضرورة التعويل على حجج الحكومات، سواء التى تعرب عنها عن طريق محاميهما أو وزراء خارجيتها، بدلاً من التعويل على تصرفاتها، قول مشكوك فيه تماماً^(٤).

(١) Janes Simsarian: The digestion of waters affecting the united states and Canada, AJIL, 1918, vol. 32, no 2, p. 489.

(٢) Francis W. and John B. M: A digest of international law, united states president, 1906, vol. 1, no. 551, p. 564.

(٣) د. حامد سلطان: القانون الدولى العام فى وقت السلم، مرجع سابق، ص ٥٣٨.

(٤) Anthony A. D'Amato: The concept of custom international law, Cornell university press. 1971, p. 134.

المبحث الثاني

نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة

أولاً: فقه هذه النظرية:

يذهب فقه هذه النظرية إلى أن كل دولة يجرى على إقليمها النهر الدولي الحق الكامل في أن يظل جريان مياه النهر على حالة في إقليمها من حيث الكم والكيف. فالنهر - من وجهة نظر أنصار هذه النظرية - وحدة إقليمية لا تقسم عراها الحدود السياسية، ولا تستطيع الدولة أن تمارس على جزء النهر الذي يمر بإقليمها سيادة مطلقة، بل أن السيادة التي تستطيع أن تمارسها على هذا الجزء سيادة مقيدة بوجود عدم التصدي للمجرى الطبيعي للنهر.

ويعنى آخر لكل دولة الحق في الانتفاع بمياه النهر الذي يمر بإقليمها بكل وسائل الانتفاع، بشرط عدم الإضرار بحقوق الدول الأخرى التي يمر النهر في أقاليمها^(١).

ويؤسس الفقه موقفه في تبرير نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة هذه استناداً إلى نظريات مستمدة من القانون الخاص، مثل حقوق الارتفاق، ومبدأ عدم جواز إساءة استعمال الحق، وفكرة الملكية المشتركة الشائعة، لتبرير أو تفسير القيود التي ترد على حق الدولة النهرية في استخدام مياه النهر المارة بإقليمها لصالح باقى دول

(١) ويذهب Oppenheim إلى القول:

"A state, in spite of its territorial supremacy, is not allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of natural conditions of the territory of a neighboring state - for instance, to stop or to divert the flow of a river which runs from its own into neighboring territory".

راجع مؤلفه بعنوان:

International law, vol. I, 8th, Lauterpacht, New York, 1955, p.475.

ومن أنصار هذه النظرية Von Bar راجع مقاله بعنوان:

L'exploitation industrielle des cours d'eau internationalux ao point de vue droit international, RGDI, 1910, vol. 17, p. 281 et ss.

الحوض الأخرى. وتحظى هذه النظرية بتأييد جانب كبير من الفقه لما لها من وجهة لا يمكن التجاوز عنها^(١).

ثانياً: النقد الموجه لهذه النظرية:

والواقع، أنه على الرغم من أن نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة للنهر الدولي جاءت أكثر واقعية من سابقتها، إلا أنه أخذ عليها أنها تغل يد الدولة النهرية عن القيام بأى عمل أو مشروع على الجزء من النهر الدولي الذى يمر بإقليمها، دون الرجوع إلى باقى الدول النهرية الأخرى، حتى ولو كان مثل هذا العمل أو المشروع لا يرتب أى ضرر لهذه الدول الأخرى، هذا من ناحية.

كما أخذ عليها من ناحية أخرى أنها لم تشر إلى ضرورة التعاون بين الدول النهرية التى يمر على حدودها أو عبر أقاليمها نهر دولى واحد لضمان تحقيق الانتفاع الأمثل بمياه هذا النهر وحماية بيئته المحيطة^(٢).

ثالثاً: موقف القضاء الدولى والداخلى من هذه النظرية:

ولقد رفض القضاء سواء الدولى أو الداخلى فى بعض الدول الاتحادية نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة. وأشهر الأحكام الصادرة فى هذا الخصوص على الصعيد الدولى، حكم التحكيم الصادر سنة ١٩٥٧ بخصوص بحيرة لانو Lac Lanoux بين أسبانيا وفرنسا. ويعود سبب النزاع إلى قيام فرنسا بتحويل بحيرة لانو لاستخدامها فى توليد الطاقة الكهربائية اللازمة لإنارة جنوب شرق وغرب فرنسا،

(١) Herbert Smith: Diversion of international waters, BYBIL, 1930, vol. 11, p. 195.

راجع أيضاً:

Ludwik A. Teclaff: The river basin in history and law, Martin us Nijhoff/ The Hague, Netherlan, 1967, p. 28.

(٢) د. حامد سلطان: الأنهار الدولية فى العالم العربى، مرجع سابق، ص ٦. للمزيد راجع:

Dante A. Caponera: Principles of water law and administration National and International, A. A. Balkema, Rotterdam, Brookfield, 1992, p. 213.

M. A. Fitzmaurice: International protection of the environment, op. cit., p. 433.

على الرغم من أنه لن يضر بها، لأن فرنسا عرضت شق نفق أرضى على نفقتها
تعيد به المياه إلى نهر كارول قبل دخول الأراضي الإسبانية، بما لا يؤثر على
نصيب إسبانيا الذي اعتادت الحصول عليه. غير أن إسبانيا رفضت كل ما سبق
بحجة أن المياه المعادة إليها لن تكون بنفس الجودة بعد استخدامها في توليد الطاقة
الكهربائية. بيد أن المحكمة رفضت الحجج التي ساقتها إسبانيا في اعتراضها على
المشروع الفرنسي، وأيدت وجهة نظر فرنسا، ولم تعتبرها خرقاً لأى التزام دولي^(١).
أما على الصعيد الداخلى فى بعض الدول الفيدرالية، فنذكر الحكم الصادر من
المحكمة العليا الألمانية فى قضية بادن (Baden) عام ١٩٢٧ الذى اعتبره البعض
- دون وجه حق - مدعماً لنظرية الوحدة الإقليمية المطلقة، حيث يركز الحكم أساساً
على مبدأ الاستخدام العادل والمعقول ونظرية السيادة الإقليمية المقيدة ويعرف النزاع
باسم La perte du Danube^(٢).

(١) Affaire du lac Lanoux, 16 novembre 1957, RGDI, 1958, no.1, p. 79 et ss.

(٢) حيث قررت المحكمة العليا الألمانية:

"The exercise of sovereign rights by every state in regard to international rivers traversing its territory is limited by =
= the duty not to injure the interests of the international community ... no state may substantially impair the natural use of the flow of such a river by its neighbor The application of this principle is governed by the circumstances of each particular case. The interests of the states in question must be weighed in an equitable manner against one another. One must not consider only the absolute injury caused to the neighboring state, but also the relation of the advantage gained by one to the injury caused to the other".

ويذهب الأستاذ Lipper بمناسبة تعليقه على هذا الحكم إلى القول:

"Thus, the court while appearing to rely upon the territorial integrity theory, in fact, rested its decision upon the theory of limited sovereignty under the former, there in no equitable division or weighing of interests, both of which are fundamental to the latter. The court, without attempting to reconcile, or even showing awareness of its apparently conflicting statements, went on to ground its decision on the principle of equitable utilization. Therefore, its language about natural flow, cannot be accepted as the law of the case, as the decision does not support the territorial

وعلى صعيد العمل الدولي فقد تمسكت مصر بنظرية الوحدة الإقليمية المطلقة في تقريرها المقدم للجنة نهر النيل عام ١٩٢٥، وذلك قبل عقد اتفاقية سنة ١٩٢٩ بين مصر والسودان، بيد أن اللجنة لم تتبن وجهة النظر المصرية^(١).

كما تمسكت الهند في نزاعها مع باكستان بخصوص نهر الهندوس بنظرية السيادة الإقليمية المطلقة، وفي المقابل تمسكت باكستان بنظرية الوحدة الإقليمية المطلقة لتدعيم موقفها في مواجهة الهند. وقد انتهى ذلك النزاع بعقد اتفاقية نهر الهندوس سنة ١٩٦٠، ولم يظهر فيها أي تبين لنظرية الوحدة الإقليمية المطلقة^(٢).

المبحث الثالث

نظرية السيادة الإقليمية المقيدة

ظهرت نظرية السيادة الإقليمية المقيدة^(٣) كبديل لنظرية السيادة الإقليمية المطلقة. وتهدف هذه النظرية إلى تقييد السيادة الإقليمية إلى المدى الضروري لضمان استعماله استعمالاً معقولاً لمياه النهر بواسطة كل دولة متشاركة. أولاً: منطق هذه النظرية:

ترى هذه النظرية أن لكل دولة في إقليمها النهر الدولي الحق الكامل في أن يظل جريان مياه النهر في إقليمها على حاله من حيث كم المياه ونوعيتها. ذلك أن

integrity theory". Lipper Jerome: "Equitable utilization", in international drainage basins, Dobbs. Ferry, New York., 1967, p. 19.

(١) Caffish Lucius: Règles générale du droit des cours d'eau internationaux, RCADI, 1989/II, tome. 219, p. 51.

(٢) Godana Bonaya Adhi" Africa's shared water resources: Legal and institutional aspects of the Nile Niger and Senegal river systems, London, Pinter, 1985, p. 39.

(٣) ويذكر أن أول دولة أخذت بنظرية السيادة الإقليمية المقيدة كانت عام ١٨٦٢ في خطاب وجهته حكومة هولندا إلى الوزيرين الهولنديين في كل من باريس ولندن فيما يتعلق باستخدام مياه نهر ميوز «Meuse River» بواسطة بلجيكا وهولندا جاء فيه:

«يعتبر نهر meuse نهراً مشتركاً بين هولندا وبلجيكا، ولكل من الطرفين حق الاستعمال الطبيعي للنهر، بشرط ألا يترتب على الاستعمال ضرراً للطرف الآخر. بمعنى أنه لا يجوز لأى منهما التعديل في المجرى لخدمة مصالحه الشخصية سواء لغرض الملاحة أو لأى غرض آخر». راجع:

Herbert Arthur Smith: The economic uses of international rivers, London, P.S. King, 1931, p. 217.

النهر كله من مصب يكون وحدة إقليمية واحدة لا تغطيها الحدود السياسية، ولا تستطيع الدولة أن تمارس على الجزء المار منه بإقليمها سيادة مطلقة، وإنما مقيدة بوجود عدم التصدي للمجرى الطبيعي للنهر أو تعديله. فالدولة النهرية لا يجوز لها أن تحول مجرى النهر المار بإقليمها، أو أن توقف جريان مياهه، ولا يجوز لها أن تزيد من جريان المياه أو تقلل منه بوسائل صناعية. بعبارة أخرى، فإن للدولة أن تنتفع بمياه النهر في الجزء الذي يمر في إقليمها بكل وسائل الانتفاع، شريطة عدم الإضرار بالدول الأخرى التي يمر النهر في إقليمها أو المساس بحقوقها فيه^(١).

ثانياً: موقف المعاهدات والقضاء الدولي من هذه النظرية:

ولقد شهد العمل الدولي شيوعاً بالأخذ بهذه النظرية في العديد من المعاهدات وأحكام القضاء الدولي، كما أخذ بها جانب من الفقه الدولي.

فبالنسبة للمعاهدات الدولية نذكر على سبيل المثال المادة الخامسة من الاتفاق المبرم في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ بين بلجيكا والمملكة المتحدة بشأن الحقوق المتعلقة بالمياه على الحدود بين تتجانيقا ورواندا، حيث نصت على «حق كل من الطرفين في سحب ما يصل إلى نصف حجم المياه»^(٢).

أما في مجال الأنهار الدولية المتتابعة، فإن المادة (٢) من الاتفاقية المبرمة بين دول حوض النيجر التسع (تشاد - داهومي - ساحل العاج - غنيا - فولتا العليا - الكامبيرون - مالي - النيجر - نيجيريا) في ٢٦ أكتوبر ١٩٦٣ والمعروفة بإسم القانون الخاص بالملاحة والتعاون الاقتصادي بين دول حوض النيجر، تنص على أن «استخدام نهر النيجر، وروافده الفرعية مباح لكل دولة مشاطئة فيما يتعلق بذلك

(١) د. محمد سالم طايح: مصر وأزمة مياه النيل، آفاق الصراع والتعاون، ط١، دار الشروق، القاهرة ٢٠١٢، ص ١٤٩.

(٢) كما نصت المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين الأرجنتين وأورجواي بشأن استخدام منحدرات نهر أورجواي على أن «تستخدم المياه بالاشتراك على أساس المساواة. راجع:

Year book of international law. Commission, vol. 2, no.2, 1974, p. 87. Paragraph. 258.

الجزء من حوض نهر النيجر الواقع في إقليمها ودون المساس بالحقوق السيادية لأي منها».

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقية العامة الوحيدة التي تبنت السيادة الإقليمية المقيدة هي اتفاقية جنيف المبرمة في ٩ ديسمبر ١٩٢٣ والخاصة بتطوير القوى الهيدروليكية الذي يؤثر على أكثر من دولة واحدة، حيث نصت المادة (٤) منها على أنه « إذا أرادت إحدى الدول الأطراف أن تقوم بتنفيذ عمليات لتطوير الطاقة المائية على نحو قد يسبب أضراراً لأي دولة أخرى طرف في الاتفاقية، فعليها أن تدخل في مفاوضات للتوصل إلى اتفاق يسمح بتنفيذ تلك العمليات»^(١).

كما أخذ القضاء الدولي بهذه النظرية، ففي قضية التحكيم الخاصة ببحيرة لانو سنة ١٩٥٧ بين فرنسا وإسبانيا، قضت المحكمة أن القانون الدولي لا يحمي فقط حقوق الدولة المجاورة، ولكنه يوجب أن تؤخذ في الحسبان كافة المصالح - أيًا كانت طبيعتها - التي يمكن أن تتأثر بالأعمال التي تجرى، حتى ولو لم تكن لصيقة الصلة بالحق.

وأكدت المحكمة على ضرورة مراعاة التفاوض بين الأطراف بحسن نية نحو إبرام معاهدة لتوزيع منافع المجرى المائي الدولي، إذا كان ذلك التوزيع سوف يؤثر على مصالح دولة أخرى مشاطئة، وأن أي تعديل في مجرى النهر الدولي يجب أن يكون طبقاً للعرف الدولي^(٢).

كذلك فإن محكمة التحكيم بشأن قضية مصنع تريبل بين كندا الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٣٥ قضت بأنه «لا يجوز لأية دولة أن تستخدم أراضيها أو تسمح باستخدام هذه الأراضي بطريقة تسبب أضراراً بسبب الأدخنة المتصاعدة، سواء لأراضي دولة أخرى أو لممتلكات الأشخاص الموجودين في أراضي دولة أخرى،

(١) د. مصطفى سيد عبد الرحمن: قانون استخدام الأنهار الدولية في الشؤون غير الملاحية وتطبيقه على نهر النيل، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١، ص ١١٩.

(٢) William L. Griffin: The uses of waters of international drainage basins under customary international law, AJIL, 1959, vol. 53, no. 1, January, p.61.

عندما تكون الحالة ذات عواقب خطيرة، ويكون الضرر محققاً بدليل واضح وأكيد»^(١).

ومن وجهة نظرنا أنه يمكن تطبيق هذا الحكم على حالة استخدام دولة لجزء نهر دولي معين يجرى على أراضيها بطريقة تسبب أضراراً لدولة أخرى، فمثلاً لو كانت الأضرار التي حدثت للولايات المتحدة الأمريكية ناتجة عن سبب آخر غير الأدخنة المشار إليها، كأن تكون كندا قد قامت بتحويل مجرى نهر دولي تشترك فيه الدولتان بطريقة نتج عنها قلة المياه المتدفقة إلى أراضي الولايات المتحدة الأمريكية، مما أدى إلى بوار مساحات من الأراضي المنزرعة أو استخدمت مياه مثل هذا النهر بطريقة أدت إلى تلويثه وحرمان سكان الدولة الأخرى من استعمال مياهه أو إقامة مشروعات على النهر سبب حدوث فيضانات مدمرة للممتلكات مثلاً. لكانت المحكمة سوف تنتهي إلى نفس النتيجة^(٢).

ثالثاً: موقف الفقه الدولي من هذه النظرية:

ذهب جانب من الفقه لتأييد نظرية السيادة الإقليمية المقيدة نتيجة النفور من نظرية السيادة الإقليمية المطلقة. حيث ذهب البعض إلى أن هذه النظرية تعد البديل المناسب لمبدأ هارمون، حيث يعد مبدأ فوضوياً، كما أنها تتضمن التطبيق الصحيح لمبدأ المساواة في السيادة بين الدول المشاطئة لأى نهر دولي^(٣).

(١) حيث قررت المحكمة :

"No state has the right to use of permit the use of its territory in such manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons there in when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence".

Trail setter Arbitration, 11 mars. 1961, AJIL, 1951, vol.35, no.3, p. 684.

(٢) Lipper Jerome: "Equitable utilization", in international drainage basins, op. cit., p. 3.

(٣) Herbert Smith: The economic uses of international rivers, London, 1931, p. 150.

Brierly J.A: The law of nations, New York and Oxford, Oxford university press, 6th ed, 1963, p. 321.

ويؤكد البعض^(١) إلى أن هناك شبه إجماع بين شراح القانون الدولي المعاصر على أنه «لا يجوز لدولة ما أن تغير الوضع الطبيعي لإقليمها تغييراً من شأنه المساس بالوضع الطبيعي لإقليم دولة مجاورة لها. ويترتب على ذلك أنه ليست للدولة أن توقف أو تغير مجرى النهر الدولي. كما يمتنع على الدولة أن تستعمل مياه النهر على نحو يهدد احتياجات دولة نهريّة أخرى أو يحول دون استغلالها لمياه النهر على النحو الملائم.

رابعاً: النقد الموجه لهذه النظرية:

وعلى الرغم من أن نظرية السيادة الإقليمية تقضى بخضوع الدولة العليا المشاطئة لقانون الأنهار الدولية الذى يوجب عليها عدم إدخال أى تغييرات على مجرى النهر الدولي أو إقامة أى سدود بصورة تسبب أضراراً للدول الأخرى المشاطئة، إلا أنها لا تكفى لحكم كافة أوجه الانتفاع العادل والمنصف بالأنهار الدولية فى غير شئون الملاحة.

كما يذهب البعض^(٢) إلى أن الأفعال غير الهامة التى تحدث من دولة يجب أن تتحملها، طالما صدرت عن استخدام مشروع لممتلكاتها، ولم تمس مصالح أساسية لدولة أخرى.

(١) د. عزيزة مراد فهمي: مرجع سابق، ص ١٤٢. ولقد بدأ معهد القانون الدولي سنة ١٩١٠ دراسة موضوع تقنين استغلال مياه الأنهار الدولية بالنسبة للزراعة والصناعة وغيرها من الأغراض فيما عدا أغراض الملاحة وذلك فى إعلان مدريد، فجاء بالبند (٣/٢) من ذلك الإعلان على أنه «حينما يعبر مجرى مائى أراضى دولتين أو أكثر بالتتابع فإنه لا يجوز أن تقام مشروعات للتحكم فى التدفق أو تسحب كميات كبيرة من المياه بطريقة تؤثر على الكمية التى تصل إلى أسفل المجرى». راجع:

Lipper Jerome: "Equitable utilization", in international drainage basins, op. cit., p. 37.

(٢) حيث يذهب Wolform Marc إلى القول:

"des actes sans importance, ayant leur origine ou delà des frontières, doivent être s'ils résultent d'une utilisation légale de la propriété et s'ils ne touchent pas à des intérêts essentiels du voisin".

كما يقرر:

"En réalité, il n'y a pas de règle absolue et précise pour déterminer ce qui est compatible avec le droit de bon voisinage. Le droit est un art autant que science. C'est par une appréciation objective des faits qu'il

فقد قيل بأن هذه النظرية لم تبين كيفية الانتفاع الأمثل بمياه الأنهار الدولية، ولا تعالج مشكلات التعارض في الانتفاع بين الدول المشاطئة. كما لا تشير إلى كيفية معالجة ومكافحة بعض الظواهر التي تهدد الانتفاع بمياه الأنهار الدولية على مستوى شبكة المياه جميعها مثل مشكلة التلوث.

ومن ناحية ثانية فقد قيل وبحق، أن هذه النظرية لم توضح كيفية التنسيق بين الدول المشاطئة في حالة تعدد مشروعات الانتفاع بالمياه في المجالات الزراعية والصناعية وغيرها مع عدم توافر المياه اللازمة لكفاية كل هذه المشروعات^(١).

ومن ناحية ثالثة أن هذه النظرية لم تشير إلى كيفية وضرة وجود إدارة مشتركة للسود التي يمكن أن تنشأ على الأنهار الدولية لضمان عدم حدوث أضرار لبعض الدول المشاطئة للنهر الدولي بسبب إقامة هذه السدود. فليس لدولة من دول الحوض أو المجرى المائي أن تنفرد بإقامة المشروعات أو السدود على نحو يؤدي إلى إلحاق الضرر بباقي دول المجرى، أو تغيير مجرى النهر أو تحويله. بمعنى ضرورة مراعاة الحقوق والمصالح المشتركة للدول الأخرى. فضلاً عن ضرورة

sera possible de découvrir la juste mesure en laquelle les divers Etats riverains doivent avoir égard à leurs intérêts réciproques".

كما يرى :

" La pratique des Etats qui se manifeste dans les litiges surges en cette matière semblent maintenant reconnaitre que chaque Etat intéressé a droit à la consideration dans son ensemble du cours d'eau et à la mise en blanc de ses propres intérêts avec ceux d'autres Etates; et aucun Etat ne peut pretender faire un usage des eaux tel qu'il cause un dommage matériel à l'intérêt d'un autre ou s'opposer à leur, usage par un autre Etat à moins qu'il n'en resulte prejudice pour lui meme".

راجع مؤلفه بعنوان:

L'utilisation à des fins autres que le navigation des eaux et des fleuves lacs et canaux internationaux, A. Pedoine, Paris, 1964, p. 37-39.

(١) د. مصطفى سيد عبد الرحمن: قانون استخدام الأنهار الدولية في الشؤون غير الملاحية، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

تبادل المعلومات بين دول المجرى الواحد^(١). بالإضافة إلى ضرورة وجود إدارة مشتركة لمياه النهر سواء كانت لجان أو هيئات أو غيرها على المستويين الثنائي أو الجماعي^(٢).

الفصل الثالث

القيود الواردة على سلطان الإرادة

في مجال الأنهار الدولية

يجب التقويه بداية إلى أن البعض ذهب إلى القول بأنه لا يوجد في القانون الدولي أية قيود على مبدأ سلطان الإرادة^(٣)، حيث لا يوجد ما يجبرها على القيام بالتصرف أو عدم القيام به^(٤). إلا أننا لا نتفق مع هذا المفهوم الفضيض لمبدأ سلطان الإرادة على أساس أن إرادة الدول لا تكون حرة تمامًا، بل تظل مقيدة ببعض القيود سواء ما تعلق منها بالمبادئ العامة للقانون الداخلي، أو المبادئ العامة للقانون الدولي للأنهار، أو ما تعلق منها بالنظام العام الدولي.

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة والنظام العام الدولي.

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة ومبادئ القانون الدولي للأنهار.

(١) Kaya Ibrahim: "Equitable utilization": The law of the non-navigational uses of international watercourses. Ashgate publishing limited, United States of America, 2003, p. 127-129.

(٢) Claude-Albert Colliard: Évolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux. RCADI, 1968/III, tome. 85, p. 419-439.

(٣) Krystyna Marek: Contribution à l'étude du jus cogens en droit international, Recueil d'études de droit international en hommage a paul Guggenheim, Geneva, 1968, p. 439.

(٤) د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، ط ١١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٥٣.

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة والنظام العام الدولي

إذا كان الأصل هو الحرية التعاقدية، إلا أنه في المجال الواقعي قد اتسعت دائرة القواعد الأمرة، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث حصرت هذه الحرية في حدود ضيقة.

ومن الجدير بالذكر أن وجود نظام عام دولي يعد ثورة حقيقية لحقت بالقانون الدولي، ذلك لأنه حصر ما تتمتع به إرادة الدول من سلطان في أضيق نطاق ممكن، حيث يترتب على مخالفة الدول لقواعد النظام العام الدولي بطلان تصرفاتها^(١).

إن القانون الدولي الوضعي يشتمل على طائفة من القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث يؤكد جانب فقهي على أن قواعد القانون الدولي منها الأمر، ومنها المكمل أو المفسر، مثلها في هذا مثل قواعد القانون الداخلي لمختلف الدول^(٢).

(١) وإن كان البعض يرى أن بطلان تصرفات الدول عند مخالفتها لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي يقتصر فقط على التصرفات الاتفاقية، أما التصرفات غير الاتفاقية - أي تلك التي تصدر بالإرادة المنفردة - لا يترتب على مخالفتها للنظام العام بطلانها، بل يكفي أن تكون مخالفة لالتزام سابق. راجع

:
Jean - Paul Jaqué: Element pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, L.G.D.J., paris, 1972, p. 155.

كما يؤكد الفقيه Mircea Djuvara على بطلان الاتفاقيات المخالفة للنظام العام الدولي بمدلولاته الثلاث: العدالة والأخلاق والأمن العام، راجع مقاله بعنوان:

Le Fondement de l'ordre juridique positif en droit international, RCADI, 1938/II, tome. 64, p. 612.

ويؤكد Alfred verdross على أن حكم القضاء ببطلان التصرفات الاتفاقية (المعاهدات) ليس منشأ للبطلان بل كاشفاً له فحسب. راجع مقاله بعنوان:

Forbidden treaties in international law, AJIL, 1937, vol. 31, n.3, p. 571 and nn.

(٢) د. محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٥٦.
وإن كان البعض يؤكد على أن ظهور بعض عناصر الخضوع في النظام القانوني الدولي لا يعني أنه صار من جنس القانون الداخلي، إذ لا تزال تفصل بينهما فوارق هامة.

Joseph L. Kunz: Supra-National organs, AJIL, 1952, vol. 45, no.4, p. 695.

حيث يؤكد :

كما يرى البعض أن علاقة قواعد النظام العام الدولي بغيرها من القواعد تقابل إلى حد كبير علاقة القواعد الدستورية بغيرها من القواعد فى القانون الداخلى^(١). وقواعد النظام العام الدولي هى تلك القواعد التى لا تجوز مخالفة أحكامها، ولو بالاتفاق فيما بين الأطراف، ويقع الاتفاق المخالف لها باطلاً لا أثر له. أولاً : مفهوم النظام العام الدولي:

من الجدير بالتنويه أن مصطلح النظام العام الدولي من المصطلحات التى يكتنفها الغموض، إزاء ذلك فقد اختلف الفقه حول وضع معيار مانع جامع لهذا المصطلح.

والسبب فى ذلك يرجع، من وجهة نظرنا - وكما ذهب البعض^(٢) - أن المجتمع الدولي قد افتقد لفترة طويلة إلى القواعد الآمرة، وغلب عليها القواعد التى تعلق من سلطان الإرادة، بحيث لها الأولوية فى تسيير علاقات الدول.

وبناء على ذلك فقد عرفه البعض بأنه « مجموعة من المبادئ والمفاهيم المتعلقة بالأخلاق والعادات المتأصلة فى المجتمع، والتى تسعى إلى تحقيق العدالة، وأن تلك القواعد الدولية المشتركة تنشأ من اللحظة التى يعتبر فيها مجموعة من الدول أحد المبادئ متعلقاً بالنظام العام، أيًا كان مصدر هذه القواعد»^(٣).

"International law is not only a primitive law, it also has certain peculiarities which distinguish it from municipal law- peculiarities which would remain even if it were less primitive".

(١) د. محمد طلعت الغنيمى: أحكام المعاهدات فى الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٥١. وللمزيد راجع:

Manfred Lachs: Le développement et les fonctions des traités multilatéraux, RCADI, 1957/II, tome. 92, p. 523.

د. عبد العزيز سرحان: تطور وظيفة معاهدات الصلح، دراسات فى القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث، ١٩٧١، ص ١٢٢.

(٢) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: القانون الدولي العام، ج ٢، النظام القانونى الدولي، جامعة طنطا، ٢٠١٨، ص ٢٧٣.

(٣) د. محمد طلعت الغنيمى: بعض الاتجاهات الحديثة فى القانون الدولي العام، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٢ وما بعدها.

ويؤكد الدكتور الغنيمى على أن فكرة النظام العام استثناء من مبدأ الملتمزم عبد التزامه، كما يؤكد على عدم الخلط بين قواعد النظام العام وبين القواعد الأصولية التى تقضى بأن اللاحق من القواعد القانونية

هذا وقد عرفت اتفاقية فيينا للمعاهدات عام ١٩٦٩ قواعد النظام العام الدولي بقولها «... القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها، والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع».

وواقع أن فكرة النظام العام تدرج في عداد الأفكار الغامضة نسبياً، والتي يصعب تحديدها تحديداً دقيقاً^(١)، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن البعض يرى بأن القواعد الآمرة لا تتساوى مع القواعد الملزمة^(٢).

الأمر الذي نحا بلجنة القانون الدولي إلى التسليم بصعوبة وضع تعريف محدد ودقيق لمعنى القواعد الآمرة أو قواعد النظام العام، مكتفية بضرب الأمثلة لها، كالقواعد الخاصة بحظر الاستخدام غير المشروع للقوة، وتلك الخاصة بحظر استخدام العبيد أو الاتجار فيه، والقاعدة التي تحرم إيذاء الجنس البشري^(٣).

ينسخ السابق، كما أن الخاص يخصص العام، وذلك أن تلك القواعد الأصولية إنما تنظم العلاقة بين القواعد القانونية التي هي في درجة واحدة من الإلتزام، أما قواعد النظام العام فتحكم العلاقة بين قواعد من درجات تختلف من حيث الإلتزام، راجع مؤلفه بعنوان: الغنيمي الوسيط في قانون السلام، القانون الدولي العام أو قانون الأمم زمن السلم، مرجع سابق، ص ٧٧.

(١) حيث يذهب Monaco R. إلى القول:

"Le problème le plus difficile a résoudre n'est pas toutefois, celui de la définition du jus cogens. Même si une définition exacte est impossible, comme nous l'avons constaté, on doit de tout façon arriver à établir le contenu de cette catégorie normative.

راجع مؤلفه بعنوان:

Cour général de droit international public, ACADI, 1968/III, tome 207, p. 2-9.

(٢) حيث يرى Michel Virally :

"Norme imperative "n'est pas synonyme de norme obligatoire " Toutes les norms du droit international, en effete, sont en principe obligatoires pour les Etats, ce qui signifie que la violation dont elles pourraient faire l'object constituerait un acte illicite avec toutes les conséquences juridiques que en découlent".

راجع مؤلفه بعنوان:

Réflexions sur le "Jus cogens", AFDI, 1966, vol. 12, p. 8.

(٣) استاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فواد: القانون الدولي العام، ج ٢، النظام القانوني الدولي، مرجع

سابق، ص ٣١٢.

ثانياً : الأساس القانوني للنظام العام الدولي:

من الجدير بالذكر أن النظام القانوني لأي مجتمع يتضمن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص المكونين للمجتمع المعنى بما تفرضه عليهم من التزامات، وما تقرره لهم من حقوق. ويرتهن تطور المجتمع وتقدمه بجملة القواعد المسماة بالقواعد الآمرة. وتمثل تلك القواعد نظام المجتمع بصفة عامة، والمجتمع الدولي بصفة خاصة^(١).

وإزاء ذلك فقد اختلف الفقه الدولي حول الأساس القانوني للقواعد الآمرة في القانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدولي للأنتهار بصفة خاصة، وذلك على النحو التالي:

المعيار الأول: المصلحة العليا للمجتمع الدولي:

يذهب فقه هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الدولي عام التطبيق، وبالتالي فإنه يتضمن مجموعة من القواعد التي تعبر عن المصلحة العليا للمجتمع الدولي، وتتميز هذه القواعد بأنها مطلقة، وبالتالي فكل اتفاق يخالف هذه القواعد يقع باطلاً^(٢).

ويؤكد أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد على أن «المنطق والعقل يقضيان بضرورة وضع القيود على سلطان الإرادة حتى يسمو المجتمع الدولي بأخلاق وقيم تحرص على احترام الإنسان لكونه هدف المجتمع الدولي الداخلي على السواء»^(٣).

هذا وقد ساءرت اتفاقية فيينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩ هذا المنطق، حيث نصت في مادتها (٥٣) على أن « تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي».

(١) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: القانون الدولي العام، ج٢، النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

(٢) Alfred Erdeoss: Jus disposilivum and Jus cogeeas in international law, AJUIL, 1966, vol. 60, No. 1, 58 and nn.

(٣) أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى فؤاد: القانون الدولي العام، ج٢، النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

كما نصت المادة (٦٤) على أنه «إذا ظهرت قاعدة أمرية جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي، فإن أية معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتتقضى».

المعيار الثانى: المعيار الموضوعى المثالى:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن أساس القواعد الدولية الأمرية إنما يكمن فى فكرة القانون الطبيعى. أى أن أنصار هذا الاتجاه ربط بين فكرة القانون الطبيعى وفكرة القواعد الدولية الأمرية، واعتبر أن الأولى مصدر للثانية^(١).

هذا وقد ذهب البعض إلى القول بأن القانون الطبيعى والقانون الدولى وخصوصاً القواعد الدولية الأمرية مترادفان^(٢). كما يؤكد البعض على أن إلزامية القواعد الدولية الأمرية ترجع إلى مطابقة مضمونها لمبادئ القانون الطبيعى^(٣).

والحقيقة أننا لا نتفق مع هذا المعيار لسببين: السبب الأول: أن القول بأن القانون الطبيعى والقواعد الدولية الأمرية مترادفان يؤدي إلى إنكار وضعية القواعد القانونية الدولية الأمرية، وإدراجها فى مصاف الأفكار المثالية. السبب الثانى: أن مصطلح القانون الطبيعى لا يصدق عليه وصف القانون بمعناه الدقيق، الأمر الذى لا

(١) ويعبر Emer De Vattel عن القانون الطبيعى بالقانون الدولى الضرورى أو قانون الشعوب الضرورى، حيث يذهب إلى القول:

"Puis donc que le droit des gens nécessaire consiste dans l'application, que l'on fait aux Etats, du droit naturel. Lequel est immuable Il s'en suit que le droit des gens nécessaire est immuable Dès la que ce droit est immuable, et l'obligation qu'il impose nécessaire et indispensable, les Nations ne peuvent y apporter aucun changement par leurs conventions ni s'en dispenser elles-mêmes, on réciproquement l'une l'autre". =

= راجع مؤلفه بعنوان:

Le droit des gens au principes du la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, op, cit, p. 7.

(٢) Jess S. Beeves: La communauté internationale, RCADI, 1924/II, tome. 3, p. 25.

- Paul Guggenheim: Contribution à L'histoire des sources du droit des gens, RCADI, 1958/II, tome.94, p. 26.

(٣) Krystyna Marek: Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la Mer du Nord, Revue belge de droit international, 1970, vol. VI, no. 1, p. 445.

يستقيم معه النظر إليه على أنه أساس إلزام القانون الوضعي، فضلاً عن أنه يؤدي إلى إعاقة تطور القواعد القانونية الدولية وفقاً للاحتياجات الاجتماعية المتغيرة^(١). وعلى الرغم من ذلك فإن جانب من الفقه لا زال يرى أنه لا يمكن فصل القواعد الدولية الآمرة عن العدل الذي هو جوهر القانون الطبيعي^(٢).

المعيار الثالث: المعيار الاجتماعي:

يؤكد فقه هذا الاتجاه على أن القانون الدولي يشتمل على قواعد أمرة تتكون بمعزل عن الإرادة وتلزم كافة الدول. ومن بين هذه القواعد، تلك التي تحمي الحقوق والحريات الفردية، كالحق في المرور والتجارة، وحقوق الشعوب في تقرير مصيرها، والحق في الحياة^(٣)، الأمر الذي نحا بجانب فقهي إلى القول بأن فكرة القواعد الآمرة ترسم حدود المشروعية الدولية العليا^(٤).

كما يذهب جانب فقهي إلى القول أن أساس القواعد القانونية الدولية الآمرة يكمن في المجتمع ذاته، سواء كان داخلياً أم دولياً. وأن المجتمع مضطر إلى وجود

(١) للمزيد راجع:

Charles Rousseau: *Principes généraux du droit international public*, op. cit., p. 30.

د. محمد حافظ غانم: *الوجيز في القانون الدولي العام*، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) Antoine Favre: *Principes du droit les gens*, paris, 1974, p. 180.

حيث يقرر:

"Le fondement de l'obligation dans le domaine du droit des gens c'est la conscience des sujets d'être moralement tenus de se conformer à la règle de conduite, conforme à la justice, répondant au bien commun international. Ainsi le droit naturel constitue le fondement et la mesure de l'obligation de se conformer à la règle de droit".

(٣) Léon Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, tome. I, 3^{ème} édition, 1927, p. 119.

(٤) Georges Scelle: *Précis de droit des gens: Principes et systématique*, vol. II, Paris, 1934, p. 15.

مبادئ عامة تنظم الحياة فيه، وأن الوجود الاجتماعي ذاته هو أساس الوجود القانوني^(١).

هذا ويؤكد البعض على أن المعيار الاجتماعي أدق التفسيرات للواقع الدولي، لأنه يقرر حقيقة مقتضاها أن الحياة الإنسانية أوجدت مجتمعاً دولياً يربط بين الشعوب على اختلاف أجناسها وأديانها وعقائدها السياسية^(٢).

ولكن يعاب على هذا المعيار أنه لا يضع أساساً ثابتاً لوضعية القواعد القانونية الدولية الأمرة، فضلاً عن أنه غير مجد باعتباره منهجاً تجريبياً، فقد أنكر بعض الظواهر الملموسة، وتغافل عن بعضها الآخر، ومثال ما أنكره؛ شخصية الدولة، ومثال ما تغافل عنه؛ شعور أشخاص المجتمع بالتنافس. كما أنها لم تقدم دليلاً مادياً على أن أساس القواعد الأمرة اجتماعياً.

رأينا:

ونحن من جانبنا نرى أن معيار المصلحة الدولية هو أساس وضعية القواعد الأمرة في القانون الدولي. والمصلحة تعنى تلك المزايا المالية أو الأدبية التي يحصل عليها الشخص لدى استعماله لحق أو عند أدائه لعمل، أو بمعنى أعم، ذلك التعبير عن حاجة البشر وحاجة الحياة^(٣)، أى أن الشخص الدولي عند استخدامه لحقوق ينبغي عليه أن يتغيا غاية محددة؛ ألا وهي المصلحة. فالمصلحة - من وجهة نظرنا - هي التي تفسر وتبرر مدى رسوخ هذه العلاقات واحترامها من جانب الدول المعنية، وتوضح - أيضاً - التطور الذي يلحق بها وعملية الموائمة التي قد تتم استجابة لتغير الظروف التي تصاحب فكرة المصلحة^(٤).

(١) د. يحيى الجمل: الاعتراف في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٣، ص ٤٥٥.

(٢) د. محمد حافظ غانم: الوجيز في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٣) د. ثروت الأسيوطي: المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، السنة (٦٠) أبريل ١٩٦٩، عدد (٣٣٦)، ص ٤٥٤.

(٤) للمزيد راجع:

- Charles Rousseau: Droit international public, op. cit., p. 245.

كما أن القضاء الدولي قد أخذ بمعيار المصلحة الدولية في العديد من أحكامه. ومن ذلك حكم محكمة العدل الدولية سنة ١٩٥١ في شأن النزاع الأنجلو-نرويجي الخاص بقضية الصيد بينهما، حيث قررت المحكمة أنه «على الرغم من أن تحديد المناطق البحرية هو تصرف فردي يعتمد على الدول الساحلية، إلا أنه يجب أن يخضع لأحكام وقواعد القانون الدولي»^(١).

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الإرادة ومبادئ القانون

الدولي للأمن

إن فكرة التصرفات القانونية الصادرة عن الإرادة المنفردة تجمع من حيث طبيعة آثارها بين كونها مصدرًا للالتزامات الدولية، ومصدرًا للقاعدة القانونية، إلا أننا نرى أن القاعدة القانونية الملزمة هي تلك التي تتصف بالعمومية والتجريد، أما الالتزام القانوني فهو الروابط الدولية الملزمة التي تفتقر إلى عنصرى العمومية والتجريد^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن ندرة المياه وتزايد الاحتياج لها، تعد من أهم الأسباب التي جعلت الفقه الدولي يُعنى بوضع مبادئ وقواعد ومعايير لاستخدام مياه الأنهار الدولية، بما يكفل تحقيق المساواة في الانتفاع بين جميع الدول المشتركة في النهر. وقد اعتمد القانون الدولي للأنهار العديد من تلك المبادئ، واستقرت في عُرف الدول

- John Colombos: The international law of the sea, Sixth edition, Longmans, London, 1967, p. 401.

(١) I.C.J., The Anglo-Norwegian fisheries case, recueil, 1951, p.166.

حيث تقرر المحكمة:

"The delimitation of sea areas always has an international aspect, it cannot depend merely upon that will of the coastal state as expressed in its municipal law. Although it is true that the act of delimitation is competent to undertake it the validity of the delimitation with regard to other states depends upon international law".

(٢) د. محمد سامى عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، ج٢، القاعدة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

وممارستها سواء فيما اتخذته من تصرفات لمواجهة مواقف معينة، أو فيما أبرمته من اتفاقات بينها في ذات الخصوص، كما أكدت هذه المبادئ الأحكام القضائية سواء كانت داخلية أو دولية.

أولاً : الإخطار المسبق ومبدأ سلطان الإرادة:

تجدر الإشارة بداية أن هذا المبدأ نشأ نتيجة رد فعل لما أظهرته بعض تطبيقات مذهب سلطان الإرادة من مجافاة العدالة، وما استتبع ذلك من الإضرار بسير المعاملات^(١).

ويتمثل الهدف الرئيسي من تطبيق هذا المبدأ في إقامة التوازن بين المصالح المختلفة للدول المشاركة في مجرى مائي دولي^(٢). فالإرادة هي واقعة داخلية خفية، تحتاج إلى علامات خارجية حتى يمكن التعرف عليها، وهذه العلامة التي تُظهر الإرادة هي الإخطار^(٣).

(١) د. عبد الرحيم عياد: أساس الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ٨٤.
(٢) د. محمد سامح عمرو: الإخطار المسبق والتشاور كشرط مسبق لإقامة المشروعات على المجارى المائية الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٦٧)، ٢٠١١، ص ١٦١.
(٣) من الجدير بالذكر أن جانب فقهي اتجه إلى التفرقة بين ثلاث أنواع من الإخطارات:
الأول: خاص بقيام الدولة الراغبة في إقامة السدود والمشروعات على النهر الدولي المشترك.
الثاني: الإخطار الموجه من دولة أو أكثر من الدول المشاركة في مجرى مائي دولي، والذي يتعلق بالمعلومات التي تتوافر لهذه الدولة أو الدول فيما يتعلق بالأوضاع التي تخص ذلك الجزء من المجرى المائي الذي يمر بأراضيها، والتي يمكن أن يترتب أضراراً جوهرياً لباقي الدول المشاطئة في ذات المجرى.
الثالث: الإخطار الموجه من أي من الدول المشاطئة للمجرى المائي الدولي لتحذير الدول الأخرى المشاطئة في ذات المجرى من أن تصرفاتهم يمكن أن تؤثر على حقوقهم الحالية أو المستقبلية أو المصالح المتعلقة بالمجرى المائي. راجع د. صلاح الدين عامر: النظام القانوني للأنهار الدولية، بحث منشور في مؤلف « قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية »، إشراف الأستاذ الدكتور صلاح لدين عامر، ٢٠٠١، ص ٣٤.

ومن الفقه الغربي راجع:

Charles Bourne B.: The international law association contribution to international water resources law, Natural resources Journal, 1996, vol. 36, p. 155.

راجع أيضاً كذلك:

International water law, Kluwer Law International London, 1997, p. 83.

وترجع أهمية الالتزام بالإخطار المسبق بين دول المجرى المائى الواحد إلى كون الأخير هو مورد طبيعى مشترك، مما يقتضى الترفع عن جميع الخلافات بينها، سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، أو غيرها. والنجاح فى الوصول إلى أفضل صيغة ممكنة للتعاون بينها من أجل تحقيق الاستخدام الأمثل لذلك المجرى^(١). ويحظى مبدأ الإخطار المسبق بتأييد كبير فى العمل الدولى منذ فترة طويلة سواء فى معاهدات أو أعمال فقهية صادرة عن هيئات عالمية أو غيرها. حيث تبنت اتفاقية الأمم المتحدة للاستخدامات غير الملاحية لمياه الأنهار الدولية لعام ١٩٩٧، مبدأ الإخطار المسبق، فى المادة (١٢) حيث نصت على أن « أية دولة من دول المجرى عليها قبل أن تنفذ أو تسمح بتنفيذ أية مشروعات ترغب فى القيام بها - التى من المحتمل أن تؤثر تأثيراً هاماً أو خطراً على باقى دول المجرى - أن تخطرهم بها قبلها بوقت كاف، وأن يتضمن الإخطار كافة البيانات والدراسات الفنية المتاحة بما فى ذلك نتائج دراسة الأثر البيئى لتلك الأعمال التى تسمح للدول الموجه

(١) وقد أكدت محكمة العدل الدولية فى حكمها المتعلق بنهر الدانوب سنة ١٩٩٧، على ضرورة التعاون باعتبار أن هذا النص شكل دوماً دوراً حيوياً فى التنمية التجارية والاقتصادية للدول المشاطنة، وذلك بقولها:

"The Danube has always played a vital part in the commercial and economic development of its riparian states, and has underlined and reinforced their interdependence, making international cooperation essential. Improvements to the navigation channel have enabled the Danube, now linked by canal to the Main and thence to the Rhine, to become an important navigational artery connecting the North sea to the Black sea. In the stretch of river to which the case relates, flood protection measures have been constructed over the centuries, farming and forestry practiced, and, more recently, there has been an increase in population and industrial activity in the area.

The cumulative effects on the river and on the environment of various human activities over the years have not all been favorable, particularly for the water regime. Only by international Co-operation could action be taken to alleviate these problems".

Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary /Slovakia), international court of Justice. Of 25 September 1997, Parasraphe. 17, p. 23.

لها الإخطار من دراسة الآثار المحتملة لتلك الأعمال». وتعطى المادة (١٣) مدة ستة أشهر لدراسة وتقييم تلك الآثار، ومن ثم الإبلاغ عن وجهة نظرها فى ذلك الشأن^(١). كما يعد مبدأ الإخطار المسبق أكثر المبادئ الإجرائية ظهوراً فى اتفاقيات نهل النيل. حيث نصت المادة (٣) من معاهدة ١٥ مايو ١٩٠٢ على «تعهد ملك أثيوبيا بعدم إقامة أو السماح بإقامة أية أشغال على النيل الأزرق وبحيرة تانا ونهر السوبات، يمكن أن توقف تدفق مياهها فى النيل، ما لم تتفق على ذلك مع الحكومتين السودانية والبريطانية. وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح على «التشاور والأخطار المسبقين»، إلا أن نص المادة بصياغته المشار إليها، يفيد الالتزام بهما، وذلك لأنه حتى تستطيع أثيوبيا القيام أو السماح بالقيام بالأعمال المذكورة يتعين عليها الاتفاق مع بريطانيا والسودان، وبمعنى آخر أن توافقا عليه. والاتفاق بينهما على تلك الأعمال يفترض بداهة قيام أثيوبيا بإخطارهما بها.

كما ورد فى اتفاق ٧ مايو ١٩٢٩ بين الحكومتين البريطانية والمصرية، النص فى المذكرة التى بعث بها رئيس الوزراء المصرى إلى المندوب السامى البريطانى على أن مصر تطلب ألا تقام أية أعمال رى أو توليد قوى، ولا تتخذ أية إجراءات على النيل وفروعه، ولا على البحيرات التى ينبع منها سواء فى السودان أو فى البلاد الواقعة تحت الإدارة البريطانية يكون من شأنها إنقاص مقدار المياه الذى يصل إلى مصر أو يعدل تاريخ وصوله أو يخفض منسوبه على نحو يلحق ضرراً بمصالح مصر، دون الاتفاق المسبق على ذلك مع الحكومة المصرية^(٢).

كذلك ورد فى المذكرات المتبادلة بين بريطانيا ومصر بخصوص إنشاء محطة توليد كهرباء من مياه مساقط أوين بأوغندا فيما بين ١٩ يناير ١٩٤٩ و ٥ يناير ١٩٥٣ أنه تم الاتفاق بين الدولتين فى مذكرة ١٩ يناير على أن يجرى تقسيم الخزان

(١) د. أحمد المفتى: دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجارى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، بحث منشور تحت عنوان «قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ٢٠٠١، ص ٧٨.

(٢) مصر والنيل، الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٥٢.

لتكون سعته التركيبية ١٥٠.٠٠٠ كيلو وات، وأنها لن تزداد دون التشاور المسبق بين الدولتين طبقاً لما ينص عليه اتفاق ١٩٢٩. ويلاحظ هنا أن التشاور المسبق كان محدداً فقط في حالة الرغبة في زيادة سعة الخزان التركيبية عما هو متفق عليه ابتداءً في المذكرة^(١).

كما نصت المادة (١٣) من اتفاقية الأمم المتحدة ١٩٩٧ على أن تمهل أى دولة فترة ستة أشهر للرد على الإخطار المسبق، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويتضح من ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة كافٍ لإنشاء التصرف القانوني، كما ينفرد بتحديد ما يرتبه التصرف من آثار. إزاء ذلك فإن البعض يؤكد على أن الصورة المثلى لمبدأ سلطان الإرادة هو الحرية التعاقدية. وأن الحرية التعاقدية تعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وأن الحرية التعاقدية تتضمن أمرين: الأول: الحرية في الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه. والثاني: الحرية في تحديد مضمون العقد أو الاتفاق^(٢).

وبناء على ذلك فإن الفقه الدولي يجمع على أن للدول أهلية إبرام المعاهدات^(٣) وأن ذلك يُعد مظهرًا من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة. الأمر الذي يوجب القول بأنها تستطيع - تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة - الإقدام أو الامتناع عن إبرام المعاهدة، وفي حالة إبرام المعاهدة فإن الإرادة هي التي تحدد - بحرية - مضمونها. ثانيًا: مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول ومبدأ سلطان الإرادة:

-
- (١) مصر والنيل، الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٧٨.
- (٢) Marek Krystyna: Contribution à l'étude du jus cogens en droit international, op, cit, p. 427.
- (٣) Paul Guggenheim: Les Principes de droit international public, op, cit, p. 73.

حيث يذهب إلى القول:

"Elle a pour fondement le principe de l'autonomie de la volonté des sujet de droit qui créent eux-mêmes les droits et le devoirs contenus dans le traité. Ceux-ci ne sont pas imposés aux.

يُعد هذا المبدأ حجر الأساس في قانون استخدام مجارى المياه الدولية للأغراض غير الملاحية^(١).

كما يُعد من أهم المبادئ القانونية التي يستند إليها القضاء للفصل في النزاعات الدولية، عند تعارض الاستخدامات للنهر الدولي، وذلك في ضوء قواعد وأحكام القانون الدولي^(٢).

ويقصد بمبدأ الاستخدام المنصف والمعقول الحصول على أقصى حد ممكن من المنافع لجميع الدول المشاركة في النهر الدولي، والوفاء بأكبر قدر ممكن من احتياجاتها، مع تخفيف الضرر والاحتياجات التي لم يتم الوفاء بها لهذه الدول إلى أدنى حد ممكن. مع الأخذ بعين الاعتبار أن النصيب العادل والمنصف هذا لا يعنى بالضرورة المساواة الحسابية بين كل الدول المشتركة في النهر الدولي، فلكل دولة من دول المجرى الحق في حصة معقولة تتحدد وفقاً لاحتياجاتها، في ضوء الظروف التاريخية والجغرافية والاقتصادية^(٣).

وإن كان هناك جانب فقهي يرى أن المقصود بهذا المبدأ هو المساواة الكاملة بين الدول فيما يتعلق بتوزيع الحصص، فإن غالبية الفقه الدولي الحديث يرى أن كل دولة من دول مجرى النهر لا تستحق إلا نصيباً من المياه يتفق واحتياجاتها التي يتم تحديدها على أسس ثابتة مثل مساحة الإقليم المزروعة أو القابلة للزراع أو تعداد السكان^(٤).

وقد تبني الدكتور محمد طلعت الغنيمي هذا المبدأ، حيث ذهب إلى القول « أن الدول الواقعة على النهر يحق لها أن تسهم في استخدام النهر والاستفادة به على

(١) Richard Paisey: Adversaries into partners: International water law and the equitable sharing of downstream benefits, Melbourne Journal of international law, 2002, vol. 3, p. 283.

(٢) د. على إبراهيم : قانون الأنهار والمجاري المائية الدولية، مرجع سابق، ص ٥٣٨ وما بعدها.

(٣) د. محمد شوقي عبد العال: الانتفاع المنصف بمياه الأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ١٧، ١٨.

(٤) راجع الدكتور إبراهيم العنانى: النظام القانوني للمجاري المائية الدولية غير المستخدم في الملاحة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٨، ص ٨ وما بعدها.

أساس عادل ومعقول. وفي تقدير ما هو عادل ومعقول نأخذ في الاعتبار الحقوق التي تقيمها الاتفاقات والأحكام القضائية والاستخدام المستقر وتطورات المستقبل المحتملة»^(١).

كما أن هناك العديد من التطبيقات القضائية لمبدأ الاستخدام المنصف والمعقول لمياه المجارى الدولية بكافة صورته، مثال ذلك: حكم محكمة العدل الدولية بشأن النزاع بين دولتي المجر وتشيكوسلوفاكيا المعروف بنزاع Gabcikovo-Nagymaros سبتمبر ١٩٩٧، ويتلخص هذا النزاع في الخلاف الذي نشب بينهما حول إنشاء قنطرتين بصفة مشتركة على نهر الدانوب، بموجب معاهدة أبرمت بينهما سنة ١٩٧٧، إلا أن المجر اعترضت على المشروع عند البدء في أعمال التشييد، بسبب بعض المخاوف البيئية، مما ترتب عليه إيقاف المشروع سنة ١٩٨٩. ورغم تمسك كل طرف بموقف، إلا أن سلوفاكيا قررت المضي قدماً في تنفيذ المشروع من جانب واحد، وذلك فيما يتعلق بالجزء الذي يمر داخل حدودها الإقليمية، وهو ما يعنى تحويل حوالي ٨٠% من المياه المشتركة في أراضي تشيكوسلوفاكيا، واستندت في ذلك إلى معاهدة ١٩٧٧^(٢).

وقد صدر حكم المحكمة في ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧ بعد دراستها وفحصها لطلبات وأسناد الدولتين، حيث قضت بأن المجر لم يكن من حقها التوقف والتخلي عن الأعمال المتعلقة بمشروع Nagymaros وكذلك ما ورد بشأنها في معاهدة ١٩٧٧ من أعمال مرتبطة بمشروع Gabcikovo وأن تشيكوسلوفاكيا كان من حقها أن تبدأ في تنفيذ Variante سنة ١٩٩١، غير أنه لم يكن لها الحق في أن

(١) د. محمد طلعت الغنيمي: الغنيمي الوسيط في قانون السلام، القانون الدولي العام أو قانون الأمن زمن السلم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٦٨٧.
ومن أنصار هذا المبدأ:

Jurai Andrassy: L'utilisation des eaux des bassins fluviaux international, REDI, 1960, vol. 16, p. 34.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: التعليق الثالث، القضية الخاصة بمشروع جابتشيكوفو - ناجمارو بين المجر وسلوفاكيا، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد (٥٤)، ١٩٩٨، ص ٢٢١.

تقوم بتشغيله في أكتوبر سنة ١٩٩٢، ورأت المحكمة أن إعلان المجر في ١٩ مايو ١٩٩٢ لإنهاء معاهدة ١٩٧٧ بسبب له أثر قانوني في إنهاؤها.

وانتهت المحكمة إلى أن معاهدة ١٩٧٧ جاءت متسقة مع الأحكام الواردة باتفاقية فيينا لعام ١٩٧٨ والمعنية بالتوارث الدولي، باعتبارها منشئة لنظام إقليمي، حيث أن معاهدة ١٩٧٧ لم تنته بعد ولا تزال منتجة لآثارها القانونية، وأنها تظل تحكم العلاقة بين دولتي المجر وسلوفاكيا باعتبارها وأثرة لتشيكوسلوفاكيا فيما يعنى مشروع Gabcikovo-Nagymaros وتأسيساً على ذلك قررت المحكمة أنه على طرفي النزاع الاتفاق على الوسائل التي يتم بها تنفيذ حقوق والتزامات في ضوء اقتراح الدولتين لتصرفات خاطئة تخالف المبادئ القانونية^(١). ومن أهم مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول باعتباره من المبادئ الجوهرية في مجال القانون الدولي للأمن، ووجوب تسوية المنازعات المائية وفقاً لمضمون هذا المبدأ^(٢)

(١) حيث قررت المحكمة:

"Comme la cour a déjà eu l'occasion de le souligner, le traité de 1977 ne prévoyait pas seulement un plan d'investissement conjoint pour la production d'énergie, mais servait également d'autres objectifs: L'amélioration de la navigation sur le Danube, la maîtrise des crues, la régulation de glaces et la protection de l'environnement naturel. Aucun des ces objectifs ne s'est vu accorder de priorité absolue par rapport aux autres, bien que la traité mette l'accent sur la construction d'un système d'écluses en vue de la production d'énergie. Aucun d'entre eux n'a perdu de son importance. Pour les atteindre, les parties ont accepté d'assumer des obligations de comportement, des obligations de faire et des obligations de résultat". ICJ, Affaire Relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) Arrêt du 25 septembre 1997, p. 73-74, Para, 135.

(٢) حيث ذهبت المحكمة إلى القول:

"Ce que la règle pacta sunt servanda, telle que reflétée à l'article 26 de la convention de vienne de 1969 sur le droit des traités, exige en l'espèce des parties, c'est de trouver d'un commun accord une solution dans le cadre coopération que prévoit le traité. L'article 26 associe deux éléments, qui sont d'égale importance. Il dispose que: "Tout traité en vigueur lie parties et doit être exécuté par elles de bonne foi". De l'avis de la cour, ce dernier élément implique qu'au cas particulier c'est le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, qui

كما أكدت المحكمة على أن الخلاف بين دول الحوض الواحد لا يمكن أن يساعد في التنمية وإقرار التعاون البناء بينهم^(١).

كما يُعد مبدأ الاستخدام العادل والمعقول أحد أهم الأعمدة التي يقوم عليها قانون الأنهار الدولية المعاصر، نظراً لكونه أهم معايير تقاسم المياه بين الدول المشتركة في نهر واحد. والمقصود من ذلك المبدأ - كما سبق الذكر تفصيلاً - أن تحصل كل دولة من دول النهر الواحد على نصيب عادل ومعقول من موارده المائية المتاحة، على نحو يؤدي إلى تمكين جميع الدول من الوفاء بأكبر قدر ممكن من احتياجاتها ومصالحها، وأقل ضرر يمكن أن ينتج عن عدم الوفاء ببعضها.

وما نود التأكيد عليه، أن النصيب العادل والمعقول لا يعنى المساواة التامة في الأنصبة بين الدول، فقد تحصل إحداها أو بعضها على نصيب أكبر من الباقين، ويتحقق رغم ذلك مبدأ الاستخدام العادل والمعقول، لأن ما حصلت - أو ما تحدد فعلاً - لكل دولة هو بالفعل نصيبها العادل من الموارد المائية للنهر. فضلاً عن ذلك فإن الاشتراك العادل لا يشترط أن يكون في صورة حصص ثابتة فقط من المياه، وإنما قد يكون اشتراكاً في المنافع التي يمكن تحقيقها من المياه ذاتها، أي اشتراك في المنافع التي يمكن أن تحققها المياه وليس اشتراكاً في كمياتها ذاتها.

وبالرجوع إلى نص المادتين الخامسة والسادسة من اتفاقية الأمم المتحدة ١٩٩٧ المتعلقة بمبدأ الاستخدام العادل والمعقول وعوامل تحديده، نجد أن مبدأ

doivent prévaloir sur son application littéral. Le principe de bonne foi oblige les parties à l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint". ICJ, Affaire Relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), op. cit., p. 78-79, para. 142.

(١) حيث أكدت المحكمة على ذلك بقولها:

"De plus, dans la pratique, la mise en service de la variante C a conduit la tchécoslovaquie à s'approprier, essentiellement pour son usage et à son profit, entre quatrevingts et quatre-vingt-dix pour cent des eaux du Danube est non seulement un cours d'eau international partagé mais aussi un fleuve frontière". ICJ, Affaire Relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), op. cit., p. 51, para. 78.

الاستخدام العادل والمعقول، يشق طريقه بقوة ووضوح في دروب اتفاقيات نهر النيل، ومن ذلك:

ما ورد في المعاهدة المبرمة بين بريطانيا العظمى وأثيوبيا في ١٥ مايو ١٩٠٢، في مادتها الثالثة، تعهد إمبراطور أثيوبيا منليك الثاني بعدم إقامة أو السماح بإقامة أية أشغال على النيل الأزرق وبحيرة تانا ونهر السوبات يمكن أن توقف تدفق مياهها إلى نهر النيل، ما لم يتفق مع الحكومتين المصرية والسودانية على عكس ذلك، وفي ذلك تأكيد على صيانة الإقتسام السابق لمياه النيل.

كذلك نص البند (٤/ب) من اتفاقية مياه النيل سنة ١٩٢٩ « ألا تقام بغير اتفاق سابق مع الحكومة المصرية أعمال رى أو توليد قوى، ولا تتخذ إجراءات على النيل وفروعه أو على البحيرات التى ينبغ منها سواء في السودان أو في البلاد الواقعة تحت الإدارة البريطانية يكون من شأنها إنقاص مقدار المياه الذى يصل إلى مصر أو تعديل تاريخ وصوله أو تخفيض منسوبه على أى وجه يلحق ضرراً بمصالح مصر»^(١).

وتؤكد اتفاقية ١٩٥٩ بين الجمهورية العربية وجمهورية السودان على مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول، وذلك فى مادتها الأولى، والتي تنص على: «١- يكون ما تستخدمه الجمهورية العربية المتحدة من مياه النيل حتى توقيع هذا الاتفاق هو الحق المكتسب لها قبل الحصول على الفوائد التى ستحققها مشروعات ضبط النهر وزيادة إيراده المنوه عنها فى هذا الاتفاق ومقدار هذا الحق ٤٨ ملياراً من الأمتار المكعبة مقدرة عند أسوان سنوياً.

(١) كما أكد البند الرابع من رد المندوب السامى البريطانى (سير لويد) على كتاب حضرة صاحب الدولة (محمد باشا محمود) رئيس مجلس الوزراء المصرى فى ٧ مايو سنة ١٩٢٩، حيث نص « وفى الختام أذكر دولتكم أن حكومة جلالة الملك سبق لها الاعتراف بحق مصر الطبيعي والتاريخى فى مياه النيل. وأقرر أن حكومة جلالة الملك تعتبر المحافظة على هذه الحقوق مبدأ أساسياً من مبادئ السياسة البريطانية. كما أؤكد لدولتكم بطريقة قاطعة أن هذا المبدأ وتصيلات الاتفاق ستنفذ فى كل وقت أيا كانت الظروف التى قد تطرأ فيما بعد». مصر والنيل: الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٨٢.

٢- يكون ما تستخدمه جمهورية السودان في الوقت الحاضر هو حقها المكتسب قبل الحصول على فائدة المشروعات المشار إليها، ومقدار هذا الحق أربعة مليارات من الأمتار المكعبة مقدرة عند أسوان سنويًا»^(١).

وأخيرًا، تنص المادة الخامسة من الإطار العام للتعاون بين مصر وأثيوبيا بتاريخ يوليو عام ١٩٩٣ على امتناع كل من الطرفين عن القيام بأى نشاط متعلق بمياه النيل، يمكن أن يضر على نحو محسوس بمصالح الطرف الآخر، أى أن الاتفاق يؤكد حماية الاستخدامات السابقة لكل من مصر وأثيوبيا، والحرص على عدم الإضرار بها على نحو ملموس.

ويتضح مما سبق أن مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول للنهر الدولي يمثل قيدًا في غاية الأهمية على سلطان إرادة الدول، وحثتنا في ذلك أنه لا ينبغي أن يفهم مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدولي للأنتهار بصفة خاصة على إطلاقه، نظرًا للتكوين الخاص للمجتمع الدولي، الذى يتضمن - بما يتضمنه - وحدات سياسية متساوية في السيادة^(٢).

ومن ناحية ثانية أن القانون الدولي يفرض قيوداً حقيقية على سلطان إرادة الدول فى اللجوء إلى الحروب لحل المشكلات الدولية^(٣).

(١) مصر والنيل: الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٩٥.

(٢) Paul Guggenheim: *Traité de droit international public*, op, cit, p. 57.

راجع أيضاً:

Louis Cavaré: *Le droit international Public positif*, Tome.I, Paris, 1967, pp. 7-8.

راجع كذلك:

Heinrich Triepel: *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI, 1923/I, tome.I, p. 82.

(٣) Hans Kelsen: *Collective security and collective self-defense under the charter of the united Nations*. AJIL, 1948, vol.42, no.4, p.783.

راجع كذلك:

Joseph L. Kunz: *Bellum Justum and Bellum Legale*, AJIL, 1951, vol. 45, n. 3, p. 528.

ثالثاً: الالتزام بعدم الإضرار ومبدأ سلطان الإرادة:

من الجدير بالذكر أن مبدأ الالتزام بعدم الإضرار يرجع إلى قاعدة قديمة استقرت في القانون الرومانى تفيد « استعمل ما هو مملوك لك دون الإضرار بالآخرين ». بمعنى امتناع أى دولة مشتركة فى نهر دولى عن استخدام الجزء الذى يجرى فى إقليمها بما يلحق خسائر بدولة أخرى مشتركة فى ذات النهر^(١).

والحقيقة أن قاعدة عدم الإضرار بالغير تركز على مبدأ حسن الجوار السائد فى العلاقات الدولية. كما يعكس المساواة فى السيادة بين الدول النهرية، فلكل منها حقوق فى المياه على قدم المساواة مع حقوق الدول الأخرى^(٢). أى أنه يمكن القول أن مبدأ عدم الإضرار ارتبط من الناحية التاريخية بفكرة السيادة^(٣).
أولاً: مفهوم الضرر المقصود:

يقصد بالضرر بصفة عامة بأنه «انتهاك لحق قانونى معين»، كما يعرف بأنه «مساس بحق أو مصلحة مشروعة لأحد أشخاص القانون الدولى»^(٤).
أما الضرر المقصود هنا فيقصد به «التغييرات التى تحدث فى مكان ما والناجمة عن استخدام المياه فى مكان آخر». أو هو الضرر الذى يترتب عليه إنقاص

(١) Caflisch Lucius: Règles générales du droit des cours d'eau internationaux, RCADI, 1989/II, tome. 219, p. 136.

حيث يقرر:

"Dans le domaine concert du droit des cours d'eau internationaux, le principe prend la forme d'une interdiction de modifier l'écoulement naturel de cours d'eaux, ou plus précisément grave substantiel sérieux ou significatif".

(٢) J. O. M. B. and Erickson S. A: Survey of the international law of rivers, Denver journal of Internatikonal law and Policy, 1987, vol. 16, no.1, p.146.

(٣) د. أحمد فوزى عبد المنعم: الالتزام بعدم التسبب فى ضرر جوهري فى ضوء اتفاقية قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجارى المائية لعام ١٩٩٧، دراسة تحليلية وتطبيقية على نهر النيل، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٦٨)، ٢٠١٢، ص ١٤٠.

(٤) د. جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٢٤٥.

لتصيب الدولة المتشاطئة أو التغيير في طبيعة المياه مثل إقامة السدود على النهر الدولي^(١).

هذا وقد ذهب البعض وبحق إلى القول بأنه يشترط في الضرر أن يكون جسيماً، أما الاستخدامات التي لا تلحق بالدول النهرية إلا الأضرار التي لا تتجاوز الإزعاج العادي الممكن حدوثه بين الجيران، كل ذلك يمكن التسامح فيه^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن تقييد الضرر تماماً، أمر مستحيل في الواقع العملي، وإنما يجب أن يكون إثباته ممكناً بأدلة موضوعية، ويقتضى ذلك ألا يكون الضرر تافهاً إلى درجة يصعب معها اكتشافه بوضوح، أو لا يشكل أية خطورة على استغلال مياه النهر. وقد استخدمت عدة تعبيرات للدلالة على درجة الأهمية التي يجب أن يبلغها الضرر مثل كبير وهام ومحسوس وأخيراً ملموس، وهذا التعبير الأخير هو الذي اعتمده اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بقانون استخدام المجارى المائية الدولية في المادة السابعة^(٣). تلك التعبيرات وإن اختلفت إلا أنها تتفق في وجوب توافر شرط هام في الضرر وهو بلوغه درجة من الجسامه والأهمية، يسهل اكتشافه بأدلة

(١) د. صلاح عبد البديع شلبي: مشكلة المياه العذبة والاتفاقية الدولية الجديدة، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٣٧)، السنة (٣٥)، يوليو ١٩٩٩، ص ٣٧.

د. على إبراهيم: قانون الأنهار والمجاري المائية الدولية في ضوء أحدث التطورات ومشروع لجنة القانون الدولي النهائي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٥٧٢.

(٢) Paul Fauchille: Traité de droit international public, vol. I, Paris, 1926, p. 61.

حيث عبر عن ذلك بقوله:

"Le riverain d'un cours d'eau aura le droit de faire tous les actes qui ne presentent pour ses coriverains que les inconvéniens ou les incommodités inseparables du voisinage, mais il devra s'abstenir de tous ceux qui excéderont ces inconvéniens ou ces incommodités".

(٣) د. على إبراهيم: قانون الأنهار والمجاري المائية الدولية، مرجع سابق، ص ٥٧١ وما بعدها.
د. منصور العادلي: موارد المياه في الشرق الأوسط، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.
د. صلاح الدين عامر: نهر النيل، النظام القانوني الذي يحكم الانتفاع بمياهه في قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١، ص ٢٥ وما بعدها.
راجع كذلك:

Andrassy Juraj: L'utélisation des eaux des bassins fluviaux internationalux, op, cit, p. 36.

موضوعية تتعذر معه معيشة السكان على ضفاف النهر لانخفاضه من كمية مياهه أو تلويثها. ومن الملاحظ أن الوصول إلى الاستخدام الأمثل لنهر دولي يقتضى عدم التوسع في تحديد مفهوم الضرر حتى لا يضيق نطاق استخدام النهر^(١).

وبناء على ذلك فإن إقامة السدود والمشروعات على ضفاف نهر النيل من قبل دول المنبع أحد أهم صور الضرر الجوهرى التى يمكن أن تؤثر تأثيراً مباشراً وخطيراً على دول المصب، لاسيما فى ظل سعى دول المنبع بشكل دائم إلى امتلاك القدرات الفنية لتوليد الكهرباء وضمان تخزين المياه وتوافرها بشكل دائم طوال العام^(٢).

ثانياً: المعيار القانونى لمبدأ عدم إحداث الضرر:

غنى عن البيان أن المسؤولية الدولية لا تنثار ما لم يتوافر عنصر الإضرار بالغير، فالضرر عنصر جوهرى من عناصر المسؤولية، ومن شأن توافره اكتمال عناصره^(٣)

(١) حيث يقرر Charles B. Bourne :

"Toutefois, L'interdiction de léser les intérêts d'un autre Etat ne peut pas être Fondée sur une formule aussi générale. En Poursuivant ses Propres intérêts légitimes, L'Etat se trouve souvent dans la situation de léser volontairement ou involontairement les intérêts d'un autre Etat. Une règle très ancienne constate. "qui jure sur utitur meminim laedit. " Un auteur observe à juste titre "il n'ya que la lesion contraire au droit qui est interdite. D'après le droit international aussi, un Etat peut causer de prejudice à un au l'intérêt lese soit lui meme protégé par le droit international".

راجع مؤلفه بعنوان:

International water law, Kluwer law international, London, 1997, p. 28.

(٢) د. أحمد فوزى عبد المنعم: الالتزام بعدم التسبب فى ضرر جوهرى، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٣) حيث يؤكد Attila Tanzi:

"The element of damage in state responsibility may well be considered as one of the most important issues on which current international law concentrates its attention".

راجع مؤلفه بعنوان:

Is damage a distinct condition for the existence of an international wrongful act? Oceana publications, New York, 1987, p.2.

وإن كان البعض يرى:

ولكن يثار التساؤل هل كل مساس بمصلحة مادية لأى دولة مشاطئة نتيجة
لفعل غير مشروع ترتكبه دولة أخرى مشاطئة أو نتيجة تعسف هذه الدولة الأخرى
فى استخدام حقوقها على النهر الدولى المشترك بين هاتين الدولتين، يعد ضرراً
موجباً للمسئولية؟

وبمعنى آخر ما هو معيار الضرر الذى يمكن الاستناد إليه حتى يمكن ترتيب
المسئولية الدولية للدولة المشاطئة؟. لقد اختلف فقه القانون الدولى حول إيجاد معيار
موحد للضرر، وذلك على النحو التالى:
الاتجاه الأول : المعيار المطلق للضرر :

يذهب فقه هذا الاتجاه إلى القول بأن الدولة المشاطئة يقع عليها واجب يتمثل
فى عدم الإضرار بغيرها من الدول، وأن تقدير الضرر فى حالة وقوعه يترك
للظروف العملية. فوفقاً لأنصار هذا الاتجاه أن وقوع الضرر من الدولة المشاطئة
يرتب مسئوليتها بغض النظر عما إذا كان جسيم أم غير جسيم^(١).

وقد وجد أنصار هذا الاتجاه ضالته المنشودة لتأكيد وجهة نظرهم فى أحكام
القضاء والاتفاقيات والإعلانات الدولية. حيث استند فقه هذا الاتجاه إلى الحكم
الصادر من المحكمة الفيدرالية الألمانية سنة ١٩٢٧ بشأن نهر الدانوب، حيث قررت
المحكمة «أن كل دولة مقيدة فى استخدامها لمياهه بقيود تفرضها عليها المبادئ

"Contrary to former opinions, in contemporary international law, damage is no longer considered to be a constituent element of an internationally wrongful act entailing state responsibility. The violation of an international obligation that can be attributed to a state is sufficient to establish its international responsibility".

راجع :

Graefrath B: Responsibility and damages caused, RCADI, 1984/II, tome. 185, p. 34.

(١) Caffisch Iucius: Règles générales du droit des cours d'eau internatioanux, op. cit., p. 137.

العامة للقانون الدولي، والتي تمنعها من إيذاء حقوق عضو آخر في الجماعة الدولية»^(١).

وخلاصة القول: لدى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يشترط في الضرر درجة معينة من الجسامة، فمجرد تحويل مجرى النهر كلياً أو جزئياً أو تغيير موضع وموقع دخوله أرض الدولة المجاورة يرتب مسؤولية الدولة، حتى ولو كان الضرر بسيطاً أو عادياً^(٢).

الاتجاه الثاني : المعيار المقيد للضرر :

يذهب فقه هذا الاتجاه إلى القول بأنه يشترط في الضرر أن يتوافر فيه صفات معينة، إلا أنهم اختلفوا حول هذه الصفات وذلك على النحو التالي:

حيث ذهب جانب من أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يشترط في الضرر أن يكون محسوس وملمس، واستند إلى اتفاقية الحدود المبرمة سنة ١٩٣٣ بين البرازيل وأورجواي في المادة (٢٠) تعبير «تغيير ملموس ودائم»^(٣). ويستوى في الضرر المحسوس أو الملموس أن يقع من الدولة أو من رعاياها من الأفراد العاديين أو من الأشخاص المعنوية^(٤).

(١) حيث قررت المحكمة:

"Tout Etat, dans l'utilisation sur son territoire d'un cours d'eau possède en commun avec d'autres Etats, est soumis à des restrictions qui découlent des principes généraux du droit international et qui s'opposent à ce qu'il porte atteinte aux droits d'un autre member de la communauté internationale". =

= راجع:

Marc Wolform: L'utilisation à des fins autres que la navigation des eaux et des fleuves lacts et canaux internationaux. A. Pedone, Paris, 1964, p. 55.

- (١) Andrassy Juraj: Les relations internationales de voisinage, RCADI, 1951/II, tome. 79, p. 77 et ss.
- (٢) Schwebel S. M: Droit relative aux utilisations des voies d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Deuxième rapport, ACDI, 1982-II, p. 172.
- (٣) Magraw D. B: Transboundary harm: The international law commission study of international liability, AJIL, 1986, vol. 80, no. 2, p. 305.

بينما ذهب جانب آخر من أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه يشترط في الضرر أن يكون كبيراً. فقواعد هلسنكي سنة ١٩٦٦^(١) تستخدم وصف «كبير» فيما يتعلق بالتلوث، حيث تنص المادة (١/١٠) منها على أنه «انسجاماً مع مبدأ الاستخدام العادل لمياه أحواض الصرف الدولية، فإن الدولة: ١- يجب أن تمنع أية صورة جديدة من صور تلوث المياه أو أية زيادة في درجة التلوث الموجود في مياه حوض صرف دولي، والتي من شأنها أن تسبب ضرراً كبيراً في إقليم دولة مشتركة في الحوض».

ثالثاً : الالتزام بعدم الإضرار في ظل اتفاقيات نهر النيل :

يُعد مبدأ عدم الإضرار من أول وأبرز ما ظهر من مبادئ في اتفاقيات نهر النيل حتى القديمة العهد منها. ولذلك نجد أن مبدأ عدم الإضرار كان من أول مبادئ قانون الأنهار الدولية المعاصر، التي برزت بوضوح في اتفاقيات نهر النيل، لتجعلها تدور في دائرة تطور ذلك الفرع من فروع القانون الدولي الحديث النشأة^(٢). وقد ظهر المبدأ في عدة اتفاقيات، هي:

١- تنص المادة الثالثة من المعاهدة المبرمة بين بريطانيا العظمى وأثيوبيا في ١٥ مايو عام ١٩٠٢ على تعهد ملك أثيوبيا قبل بريطانيا «بعدم إقامة أو السماح بإقامة أية أشغال على النيل الأزرق وبحيرة تانا ونهر السوبات من شأنها أن توقف تدفق مياهها في النيل، وذلك ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك مع الحكومتين البريطانية والسودانية»^(٣).

(١) حول قواعد هلسنكي راجع:

Joseph Gabriel Starke: International to international law, London, 1989, p. 195.

(٢) Charles Odidi Okidi: Review of treaties on consumptive utilization of waters of lake Victoria and Nile drainage Basin, Natural Resources Journal, 1982, vol.22, no.1, January, p. 163-185.

(٣) مصر والنيل: الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٣٩.

٢- وأما عن اتفاق سنة ١٩٢٩، فقد ورد في المذكرة التي بعثت بها مصر إلى بريطانيا، أن مصر - بناء على النتائج التي انتهت إليها لجنة مياه النيل سنة ١٩٢٥ - طلبت ألا تقام دون اتفاق سابق مع الحكومة المصرية «أعمال رى أو توليد طاقة، وألا تتخذ إجراءات على النيل وفروعه أو على البحيرات التي ينبع منها سواء في السودان أو في البلاد الواقعة تحت الإدارة البريطانية يكون من شأنها إنقاص مقدار المياه الذى يصل إلى مصر أو تعديل تاريخ وصوله أو تخفيض منسوبه على أى وجه يلحق ضرراً بمصالح مصر»، وقد وافقت بريطانيا عليه. ويلاحظ هنا مرة أخرى، عدم تحديد مقدار الضرر المقصود ولا درجته^(١).

٣- وقد ورد «مبدأ عدم الإضرار» في مذكرة ١٩ يناير ١٩٤٩ بين بريطانيا ومصر أكدت بريطانيا أن إنشاء وتشغيل محطة توليد الكهرباء لن يؤدي إلى خفض كمية المياه التي تصل مصر أو تعديل تاريخ وصولها إليها، أو تخفيض منسوبها، بما يسبب أضراراً بمصالح مصر، ولم توضح المذكرة وصف الضرر المقصود محل المنع. وفي مذكرة ٣٠ مايو ١٩٤٩ أقرت الحكومتان المصرية والبريطانية بجواز قيام مجلس كهرباء أوغندا، أثناء بناء الخزان وبعد إتمامه، بما يراه مناسباً في شلالات أوين «بشرط ألا يترتب على الإجراء المذكور أى ضرر لمصالح مصر طبقاً لاتفاق مياه النيل لعام ١٩٢٩ وألا يؤثر تأثيراً ضاراً على تدفق المياه المارة من خلال الخزان وفقاً للترتيبات التي سيجرى الاتفاق عليها بين الحكومتين.

٤- وأخيراً، فقد برز «مبدأ عدم الإضرار» في الإطار العام للتعاون بين مصر وأثيوبيا والموقع في ١ يوليو ١٩٩٣، حيث تنص مادته الخامسة على «امتناع كل من طرفي الاتفاق عن القيام بأية أنشطة تتعلق بمياه نهر النيل ويمكن أن تسبب ضرراً محسوساً لمصالح الطرف الآخر». ^(٢).

(١) مصر والنيل: الكتاب الأبيض، وزارة الخارجية المصرية، ١٩٨٣، ص ٥٩.
(٢) Charles Odidi Okidi: Legal and policy regime of lake Victoria and Nile basins, Indian Journal of International law, 1980, vol. 20, no.3 July, p. 410-432

الفصل الرابع

سد النهضة الإثيوبي فى منظور

القانون الدولى للأمناء

تعد السدود من أكبر المنشآت المائية التى ينفذها الإنسان على الأنهار الدائمة الجريان أو الوديان الموسمية من أجل تخزين مياهها وتنظيم جريانها ودرء أخطار الفيضانات ومواسم الجفاف، واستخدام المياه فى توليد الطاقة الكهربائية النظيفة، وتعويض النقص من مياه الشرب والاستخدامات المنزلية والصناعية والسياحة والزراعة المروية، وتنظيم الملاحة النهرية والمحافظة على البيئة^(١).

وتثير مسألة بناء وتشيد السدود المائية على المجرى المائى الدولى المشترك إشكالية كبرى تتعلق بالتأثيرات المحتملة لإنشاء هذه المشروعات على الحصص المائية للدول النهرية الأخرى من موارد النهر المزمع بناء هذه السدود على مجراه.

ويمكن القول بأن أثيوبيا استطاعت الاستفادة من بنود مبادرة حوض النيل كأساس تعاونى بين دول حوض النيل لتحقيق التكامل والتنمية المستدامة برعاية البنك الدولى، وبعض الجهات والدول المانحة، حيث أنشأت مشروعى تاكيزى ٢٠٠٩، وتانار بيلبس فى ٢٠١٤، كما استغلت - أيضاً - اضطراب الأوضاع الداخلية فى

(١) يتألف السد أساساً من جسم السد والمفرغ السفلى والمأخذ المائى والمفيض، وينفذ جسم السد عادة فى أضييق خانق توفره الطبيعة على مجرى الوادى، من أجل تقليص حجم أعمال السد وكلفتها إلى أدنى حد ممكن، شريطة أن يتسع مجرى الوادى قبل موقع السد لتشكيل الخزان المائى المناسب. ومن المفروض أن يوفر هذا المجرى مورداً مائياً كافياً يسوغ إقامة السد، كما يمكن فى بعض الحالات الخاصة جلب المياه إلى الخزان من مصر مائى قريب بالضح إذا كان ذلك مجدياً فنياً واقتصادياً. ومن المفروض - أيضاً - أن يتوافر فى موقع السد الشروط الجيولوجية الكفيلة بتحمل الإجهادات التى ستطبق عليه إضافة إلى توافر الشروط الهيدروجيولوجية المناسبة لضمان كتلة أساسات السد وبحيرة التخزين لتقليص الفوائد المائية فيها إلى الحد المقبول اقتصادياً. أما المأخذ المائى والمفرغ السفلى فهما منشآت أنبوبية تنفذ تحت جسم السد أو على أحد كفتى الوادى من أجل إسالة المياه من بحيرة السد إلى المنطقة الواقعة خلف جسم السد بأمان، ويتم ذلك بتجهيزهما بالبوابات المناسبة للتحكم بكمية المياه اللازمة للغرض المخصص لها. ويمكن دمج هاتين المنشأتين فى منشأة واحدة فى بعض الحالات، وخاصة فى السدود الصغيرة والمتوسطة. وأما المفيض فهو منشأة تعمل على صمام الأمان، فتخلص بحيرة السد من المياه التى تفيض عن حجم تخزينها الأعظمى المعتمد، ولاسيما مياه الفيضان وذلك بإسالتها بأمان إلى المنطقة الواقعة خلف السد أو إلى وادٍ مجاور.

راجع الدكتور هالة أحمد الرشيدى: الحقوق المكتسبة فى القانون الدولى، دراسة نظرية مع التطبيق على حقوق مصر فى مياه النيل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٧٥٥ وما بعدها.

مصر عقب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، وهو ما يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن الجوار وحسن النية فى إنفاذ الالتزامات الدولية، والذى يقضى بعدم استغلال الاضطرابات الداخلية فى الدول للإضرار بحقوقها ومكتسباتها القانونية، فقد أعلنت أثيوبيا رسميًا فى أبريل ٢٠١١ عن مشروع سد النهضة الأثيوبى العظيم^(١).

المبحث الأول

التكييف القانونى لسد النهضة من منظور القانون

الدولى للأمن

تمثل إقامة السدود على ضفاف نهر النيل من قبل دولة المنبع أحد أهم صور الضرر الجوهري الذى يمكن أن تؤثر تأثيرًا مباشرًا وخطيرًا على دول المصب. لاسيما فى سعى دول المنبع بشكل دائم إلى امتلاك القدرات الفنية لتوليد الكهرباء وضمان تخزين المياه وتوافرها بشكل دائم طوال العام^(٢).

ومما لا شك فيه أن أصول الانتفاع المشترك لمياه نهر النيل واستغلالها بشكل عادل يتواءم مع تطلعات شعوب دول الحوض وتنمية مواردها على نسق يلبي احتياجاتها، تفرض ضرورة مراعاة حقوق دول المنبع فى امتلاك تكنولوجيا توليد الكهرباء والطاقة، شريطة ألا يكون على حساب مصلحة شعوب دول المصب، فتحقيق التنمية المستدامة لهذه الشعوب يكون مشروعًا ما لم يسبب ضررًا بحقوق الدول الأخرى المشاطئة لنهر النيل^(٣).

(١) يقع سد النهضة ضمن حوض النيل الأزرق، حيث يعرف النيل الأزرق فى أثيوبيا بنهر الأنهار (Abbay) ويبلغ إجمالى طوله (١٤٣٠ كم)، منهم (٨٠٠ كم) داخل الحدود الأثيوبية، وداخل الأراضى السودانية لمسافة (٦٣٠ كم)، ويمثل حوض النيل الأزرق بكل المعايير أهم الأحواض النهرية فى أثيوبيا. للمزيد راجع الدكتور عباس محمد شراقي: سد النهضة الأثيوبى، اعتبارات التنمية والسياسة، المجلة المصرية لدراسات حوض النيل، مركز البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، المجلد (١)، العدد (١)، يوليو، ٢٠١٣، ص ١٠.

(٢) د. مصطفى سيد عبد الرحمن: مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(٣) د. طارق المجذوب: مرجع سابق، ص ٢٩٩.

المطلب الأول

مفهوم السدود وأنواعها والغرض من إنشائها

تجدر الإشارة بداية إلى أن المقصود بالسد، هو ذلك الإنشاء الهندسى الذى يقام فوق وادٍ أو منخفض بهدف حجز المياه، سواء لأغراض التخزين أو لأغراض درء الفيضانات.

وتعد السدود على هذا النحو من أقدم المشروعات المائية التى عرفها الإنسان، وعادة ما يتم تصنيف السدود وفق الهدف المتوخى منها إلى سدود تخزينية لإمدادات المياه والرى وتوليد الطاقة، أو سدود درء الفيضانات أو سدود ترشيحية لتغذية المياه الجوفية. أما من حيث مواد إنشائها، فتصنف السدود المائية إلى نوعين رئيسيين: سدود خرسانية وسدود ترابية. ترابى أو الردم الصخرى أو ذات الواجهة الخرسانية أو الدعامات الواقعية^(١).

والواقع أن هناك مجموعة من العوامل الأساسية التى يتعين مراعاتها عند تصميم وبناء السدود المائية. ومن أهم هذه العوامل الغاية من السد ومواد البناء، وصلاحية الموقع وطبيعة التربة التى ستقام عليها الأساسات جيولوجياً ونشاطها الزلزالى، والمناخ السائد فى الموقع المقترح للبناء، وشكل الوادى وشكل مجرى النهر ومنحنياته وخصائص التيارات المائية للمجرى مع تحديد المساحة التى ستغطيها المسطح المائى على ضوء الارتفاع المقترح للسد وكمية الأمطار الساقطة والمياه السطحية وهيدرولوجية المياه الجوفية^(٢).

كما يجب إعداد وتجهيز الخرائط التضاريسية المفصلة والمقترنة بدراسات جيولوجية، مع ضرورة الحصول على عينات من الطبقات السفلى من التربة بطرق التنقيب الألى للتعرف على الحالة العامة للتربة ونوعيتها وموضع التكوين الصخرى

(١) د. عباس محمد شراقى: المشروعات المائية فى أثيوبيا وأثارها على مستقبل مياه النيل، مؤتمر أفاق التعاون والتكامل بين دول حوض النيل، الفرص والتحديات، ٢٥-٢٦ مايو ٢٠١٠، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٢) د. حمدى هاشم: التأثير البيئى لسدود نهر النيل العملاقة، مجلة العلم، أكاديمية البحث العلمى، دار التحرير للطبع والنشر، عدد (٤٤١)، يوليو ٢٠١٣، ص ٣٢ وما بعدها.

أسفل موقع السد، كما أنه يجب القيام بدراسات فنية بشأن تقدير كميات الطين والطيني والأنقاض التي سيحتجزها السد، والتي يحسب على ضوءها المدة الزمنية اللازمة لبناء السد، وهناك - أيضاً - الدراسات التي تتعلق بالوضع الطبوغرافي للسد من حيث قوة تحمله^(١).

غير أن العامل الأكثر أهمية من بين العوامل المذكورة، هو عامل الغاية أو الهدف من بناء السد، حيث يحدد هدف السد طريقة استثمار بحيرة التخزين خلفه، كمية الفوائد المائية المسموح بها عبر جسم السد وأساساته. ففي سدود مياه الشرب والمواقف ذات الموارد المائية المحدودة من المفروض أن تكون هذه الفوائد ضئيلة جدًا بسبب الحاجة إلى المياه، والكلفة الباهظة التي تنفق على تخزينها، وفي هذه الحالة يجب اتخاذ جميع الإجراءات الممكنة لتقليل حجم الفوائد المائية إلى أدنى حد ممكن، وضمن استقرار أمان السد^(٢).

وفيما يتعلق بالأهمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للسدود المائية، فمما لا شك فيه أن للسدود آثارًا إيجابية وأخرى سلبية، ومن أهم الآثار الإيجابية توفير المياه اللازمة للنمو الاقتصادي والاجتماعي، خصوصًا في المناطق شبه الجافة. وفي المقابل، فإنه من أخطر الآثار السلبية لبناء السدود المائية غمر بعض الأراضي الخصبة، وترحيل سكان القرى والمدن الواقعة ضمن بحيرة السد، وتبخر كميات من المياه، وحجز الطمي عن الأراضي الزراعية الموجودة أسفل السد، وعن الشواطئ البحرية، وما قد ينجم عنه من تراجع فيها^(٣).

(١) د. مساعد عبد العاطي شتيوي: القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الأغراض الملاحية، دراسة تطبيقية على نهر النيل، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٧٢ وما بعدها.

(٢) حيث ورد في تقرير اللجنة الدولية للسدود عام ٢٠٠٠، أن إقامة السدود الضخمة وما تتطلبه من عمليات تحويل لمسار المجارى الدولية المائية يمكن أن يؤثر تأثيرًا سلبيًا على مظاهر الحياة البرية والمائية للإنسان والحيوان في هذه المناطق. راجع الدكتور مساعد عبد العاطي شتيوي: الضوابط القانونية الحاكمة لإنشاء المشروعات المائية على الأنهار الدولية، دراسة تطبيقية على حوض نهر النيل، مجلة أفاق أفريقية، المجلد (١١)، العدد (٣٩)، ٢٠١٣، ص ٧٩-٨٠.

(٣) للمزيد راجع الدكتور مغاورى شحاته دياب: موارد المياه في الوطن العربي إدارتها وتنميتها، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، المجلد (٣٩)، أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٨٠-٨٥.

المطلب الثاني

حق الدول المشاطئة في بناء السدود

على الأنهار الدولية

من الجدير بالذكر أن قيام الدول باستخدام مواردها إحدى صور ممارسة هذه الدول السيادة على مواردها الطبيعية وفق ما ورد بالعديد من الإعلانات والمواثيق الدولية ذات الصلة^(١). ولا يحد من هذا الحق ويقيده سوى التزام هذه الدول بتحقيق الاستخدام على نحو يتسق ومبادئ وأحكام القانون الدولي، سواء ما تعلق باستخدام الموارد المائية أو غيرها من الموارد الأخرى. ويأتى في مقدمة هذه المبادئ القانونية الدولية المستقرة في هذا الخصوص، مبدأ عدم التعسف في استخدام الحق، ومبدأ عدم الإضرار بالغير، ومبدأ الإخطار المسبق.

ويتضح من ذلك أن بناء السدود المائية على الجزء من مجرى النهر الدولي داخل إقليم الدولة المعنية هو حق أصيل للدول النهرية، سواء في ذلك دول المنبع أو دول المصب. وهو حق يتفق وصحيح قواعد القانون الدولي العام في شأن ممارسة الدول السيادة على مواردها المشتركة، بما يعود بالنفع على أبناء شعبها وأجيالهم المستقبلية، وسواء في ذلك استخدمت هذه الموارد المحجوزة عبر السدود في عمليات الشرب أو الري أو توليد الطاقة الكهربائية، أو إذا كان الغرض من بناء السد، ومن باب أولى، هو الحماية من أخطار الفيضانات^(٢).

راجع كذلك:

Daniel Abebe: Egypt Ethiopia, and the Nile: The Economics of international water law, Chicago Journal of international law, 2014, vol. 15, no.1, p. 27-46.

(١) للمزيد حول مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، راجع رسالة الدكتور أحمد محمد بهي الدين محمد رمضان: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، دراسة تطبيقية على الثروة البترولية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠.

(٢) للمزيد راجع: الدكتور نبيل روفاتيل: الوضع الراهن للموارد المائية العربية، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، أكتوبر ٢٠٠٤، المجلد (٣٩)، ص ٦٦-٧٩.

د. حازم البيلالوي: وفرة الطاقة وندرة في المياه العربية، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، أكتوبر ٢٠٠٤، المجلد (٣٩)، ص ٦٠-٦٥.

د. محمد على المداح: أزمة مياه نهر الفرات وقضية المياه في الشرق الأوسط، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٠٠)، أبريل ١٩٩٠، ص ١٧٧-١٨١.

كما يجد حق الدول النهرية في بناء السدود على الجزء من المجرى المائى
الدولى المشترك سنده - أيضاً - فى اعتبارات الاستخدام المنصف، واعتبارات
المساواة فى السيادة بين الدول النهرية، غير أن هذا الحق ليس مطلقاً، بل أنه واتساقاً
مع ذات قواعد القانون الدولى للأنهار المعنية، يأتى أى الحق فى بناء السدود على
مجرى النهر الدولى المشترك، مشروطاً بعدم الإضرار بالدول النهرية الأخرى
الواقعة على ذات المجرى المائى المعنى، ولا يستثنى من ذلك سوى ما يعرف
بمخاطر الجوار العادية، والتي تنتج - فى الغالب - عن الأفعال المشروعة التي تقوم
بها الدول داخل حدود أقاليمها، ولا يمكن أن تتجاوز حدود إقليمها^(١).

ومن ناحية ثانية فإن حق الدولة فى إقامة السدود على النهر الدولى يظل مقيداً
باحترام قواعد القانون الدولى للأنهار، والتي تكونت فى الأصل بتواتر الدول النهرية
على تطبيقها فى علاقاتها المتبادلة عبر قرون ممتدة مضت. ومن أهم هذه القواعد،
قاعدة الإخطار المسبق وإجراءاتها التنفيذية بشأن تقديم الإخطار ومدته والتدابير
المسموح للدولة مقدمة الإخطار اتخاذها خلال هذه المدة والاستثناءات التي ترد

(١) صحيح أن مفهوم حقوق الجوار الذى تقوم عليه نظرية مخاطر الجوار العادية، يشبه إلى حد كبير مفهوم
حقوق الارتفاق العينية من حيث المضمون، فحق الارتفاق يقيد سلطان الدولة على إقليمها. غير أن ثمة
فارقاً هاماً بين حق الجوار وحق الارتفاق، يتمثل فى أن الارتفاق هو تكليف مقرر على إقليم لمنفعة إقليم
آخر، ومن ثم فإن التعدى على هذا الحق لن يأتى إلا من جانب دولة الإقليم المقرر عليه الحق، أى
الدولة الخادمة، على حين أن مفهوم حقوق الجوار يتضمن حقوقاً والتزامات متبادلة بين الدول
المتجاورة. ولذلك فإن نظرية حقوق الجوار هذه هى أصلح النظريات للتوفيق بين سيادات ومصالح
الدول التي تقع فى حوض النهر الدولى الواحد. فلكل دولة منها الحق فى استخدام الجزء من النهر الذى
يعبر إقليمها بشرط ألا تتجاوز الأضرار التي قد تنجم عن هذه الاستخدامات الأضرار العادية التي
تحدث عادة فى علاقات الجوار. صحيح أن تطبيق هذه النظرية قد يثير بعض الصعوبات فى التطبيق
العملى لأنه من العسير التفرقة بين ما يعتبر ضرراً عادياً ملازماً لعلاقات الجوار، وما يعتبر ضرراً
جوهرياً، غير أنها تبقى رغم ذلك أصلح النظريات فى هذا الشأن. وقد حاولت اتفاقية الأمن المتحدة
١٩٩٧، وضع بعض المعايير فى هذا الصدد، خاصة المادة (٦) والتي عددت - على سبيل المثال
وليس الحصر - العامل التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار بهدف تحقيق الاستخدام العادل والمعقول
والمواصل لمياه الأنهار الدولية. راجع الدكتور سمعان بطرس فرج الله: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن
استخدام المجرى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، سلسلة بحوث سياسية رقم (١٢٠) مركز
البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، يوليو ١٩٩٨، ص ١٠ وما بعدها.

عليها، وذلك كأصل عام بحسب ما ورد في أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المجارى المائية فى الأغراض غير الملاحية لعام ١٩٩٧^(١).

ومن ناحية ثالثة فإنه يتعين على كل من الدول النهريّة مقدّمة الإخطار، والدولة النهريّة التي تسلمت هذا الإخطار تنفيذ التزاماتها على نحو يتفق واعتبارات حسن الجوار، وعدم التعسف فى استعمال الحق^(٢)، وحسن النية فى تنفيذ الالتزامات الدوليّة^(٣)، وفى إطار روح التعاون المشترك فيما بينها على نحو يخدم تحقيق المصالح العليا لجميع الدول النهريّة بالاستفادة من الآثار الإيجابية لبناء هذه السدود، وتقليل إخطارها السلبية المحتملة.

ومن ناحية رابعة أن التكييف القانونى لحق الدولة المشاطئة فى إقامة السدود على المجرى المائى الدولى المار عبر أقاليمها يتفق مع التعريف الذى أورده اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٧ بخصوص النهر الدولى، والذى نظرت إليه باعتباره مورد طبيعى، يشكل نظاماً مائياً متكاملًا يؤثر ومن ثم نمط استخدام مياهه فى جزء منه على أنماط وصور هذا الاستخدام فى الأجزاء الأخرى من النهر كمًا وكيفاً^(٤). كما أن الالتزام الوارد بالمادة (٢٠) من هذا الاتفاقية والخاص بالمحافظة على النظام

(١) د. سعيد سالم جويلى: قانون الأنهار الدولية، المؤتمر السنوى الثالث، المياه العربية وتحديات القرن الحادى والعشرين، جامعة أسيوط، فى الفترة من ٢٤-٢٦ نوفمبر ١٩٩٨، ص ٣٣ وما بعدها.
د. محمد يوسف علوان: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مجارى المياه الدولية لعام ١٩٩٧، المؤتمر السنوى الثالث، المياه العربية وتحديات القرن الحادى والعشرين، جامعة أسيوط، فى الفترة من ٢٤-٢٦ نوفمبر ١٩٩٨، ص ١٢٩ وما بعدها.

(٢) للمزيد حول هذا المبدأ راجع الدكتور سعيد سالم جويلى: مبدأ التعسف فى استعمال الحق فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٥.

(٣) للمزيد حول هذا المبدأ راجع الدكتور أحمد عبد الكريم إسماعيل: مبدأ حسن النية فى تنفيذ وتفسير المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠٠٧.

(٤) حيث نصت المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٧ على أنه «لأغراض هذه الاتفاقية:

أ - يقصد بـ «المجرى المائى» شبكة المياه السطحية والمياه الجوفية التى تشكل بحكم علاقتها الطبيعية ببعضها البعض كلاً واحداً وتتدفق عادة صوب نقطة وصول مشتركة.

ب - يقصد بـ «المجرى المائى الدولى» أى مجرى مائى تقع أجزاءه فى دول مختلفة.

ج - يقصد بـ «دولة المجرى المائى» دولة طرف فى هذه الاتفاقية، يقع فى إقليمها جزء من مجرى مائى دولى، أو طرف يكون منظمة إقليمية للتكامل الاقتصادى يقع فى إقليم دولة أو أكثر من الدول الأعضاء فيها جزء من مجرى مائى دولى.

الأيكولوجى للنهر وحمايته وصيانتة. هو التزام ذو طبيعة موضوعية، من الممكن أن يناله القصور من جراء التأثير المباشر لبناء السدود^(١).

ومن المواقف البارزة التى لا يمكن إغفالها، موقف البنك الدولى للإنشاء والتعمير، والذى يضطلع بدور على درجة عالية من الأهمية فى تمويل بناء السدود على المجارى المائية الدولية المختلفة. فوفقاً لما بات يعرف بالفكر الجديد للبنك الدولى، يرفض البنك تمويل مثل هذه المشروعات ما لم تتم بالتشاور والتنسيق والتعاون التام مع جميع دول الحوض المعنى، حيث تقوم السياسة التمويلية للبنك الدولى بالنسبة لهذه المشروعات على وجوب الإخطار المسبق من قبل الدولة صاحبة المشروع، وذلك باعتباره المبدأ الرئيسى الحاكم فى هذا الشأن.

كما تبنى البنك الدولى - أيضاً - عقب إنشائه فى عام ١٩٤٥، مجموعة من المبادئ العامة التى يجب مراعاتها عند تمويل مشروعات بناء السدود على المجارى المائية الدولية المشتركة، ومن أهمها عدم الإضرار والاستخدام المنصف والمعقول. وقد طبق البنك هذه المبادئ حينما رفض تمويل مشروعات بناء السدود على أنهار كشمير عام ١٩٤٩، وذلك لاعتراض الدول النهرية الأخرى الواقعة على مجرى هذا النهر على إقامة هذه السدود.

غير أن الإشكالية فى حالة حوض نهر النيل لا تتعلق بموقف البنك الدولى ودوره فى تمويل مشروعات السدود التى تزمع دول المنبع - وخاصة أثيوبيا - بناؤها على مجرى النهر، بقدر ما تتعلق بدور الأطراف الخارجية، وخصوصاً الصين، فى تمويل مثل هذه المشروعات والتدابير الانفرادية بعيداً عن أطر التعاون الجماعى بين دول الحوض^(٢).

(١) نصت المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٧ على أن « تقوم دول المجرى المائى منفردة أو مشتركة مع غيرها عند الاقتضاء، بحماية النظم الأيكولوجية للمجارى المائية الدولية وبصونها».

(٢) Wolfgang Barke: The economic aid of the PR china to developing and socialist countries, university of California, 1989, p. 41, p. 55.

المبحث الثانى

الوسائل السلمية التى اتخذتها دول حوض النيل

لتسوية أزمة سد النهضة

تجدر الإشارة بداية إلى أن المقصود بالمنازعات التى تنشأ بين الدول أو بين أشخاص القانون الدولى، ولا يدخل فى إطارها المنازعات التى تقع بين أفراد ينتمون إلى النظام القانونى الداخلى فى دول مختلفة، فهذه المنازعات حال قيامها يختص بها القانون الدولى الخاص^(١).

ويعتبر مبدأ حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية من المبادئ الراسخة فى وجدان وعقل الجماعة الدولية. كما يعد من أهم مبادئ القانون الدولى المعاصر باعتباره ضماناً قوية من ضمانات تحقيق الاستقرار الدولى، وهو ما يؤدى بدوره فى حفظ السلم والأمن الدوليين الذى يعد من أبرز أهداف القانون الدولى، وأكثرها عمقاً. وحرصاً على تأكيد الحل السلمى للمنازعات الدولية، نجد النص عليه صراحة قاسماً مشتركاً لمعظم الإعلانات والمواثيق الدولية بصفة عامة، نذكر منها:

نص المادة (٣٣) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، بقولها: «١- يجب على أطراف أى نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر أن يلتسوا حله، بادئ ذى بدء، بطريق المفاوضة والتحكيم والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأ إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التى يقع عليها اختيارها. ٢- ويدعو مجلس الأمن أطراف النزاع إلى أن يسوا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأى ضرورة ذلك»^(٢).

(١) د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولى العام، طبعة مصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٩٢١.

(٢) كما أخذ ميثاق منظمة الوحدة الأفريقية للصادر بأديس أبابا فى ٢٥ مايو سنة ١٩٦٣، حيث تنص المادة (٤/٣) على «التسوية السلمية للمنازعات عن طريق التفاوض، الوساطة، التوفيق أو التحكيم». ودعماً لذلك تم فى سنة ١٩٦٤ إنشاء لجنة للوساطة والتوفيق والتحكيم، مكونة من ٢١ عضواً تنتخبهم المنظمة، وإذا لم يتم التوصل إلى حل فى إطار اللجنة يمكن للدول المتنازعة عرض النزاع على الجمعية أو المجلس.

وعلى أثر الاعتراضات المصرية السودانية على قيام أثيوبيا بأعمال بناء سد النهضة دون الالتزام بالمبادئ الحاكمة لإقامة السدود، فقد ذكر البعض أن التعبير السياسى للمصالح الاقتصادية للمياه العابرة للحدود سوف تزداد التآزم كلما زادت الحاجة المائية للدول، وأنه لا سبيل إلى حل هذه المشكلات مع ضرورة الوصول إلى صيغة توافقية لأسلوب التعامل مع مياه النيل عبر اتفاقيات جديدة.

كما يؤكد على أن مفتاح حل مشكلات مياه النيل يكمن فى التعاون من أجل التوافق، ويثبت القانون الدولى فى الواقع قدرته على دعم رغبات الدول فى ذلك مثل: الإصرار على المفاوضات باعتبارها الوسيلة المناسبة لوضع أية تنظيمات أو قواعد تشجع الدول النهرية على تحقيق المصالح المشتركة. توفير الاتفاقيات والقوانين العامة والدولية التى بإمكانها أن تفرض الأسس المناسبة لاستخدامات المياه من جانب دول النهر المشترك. وضع القواعد القانونية بطرح اتفاقية إطارية تعبر عن مصالح وتصورات دول الحوض جميعاً، بطريقة توافقية مع إرغام الدول على الوفاء بتعهداتها، كوضع اتفاق بديل لاتفاقية عنثيبي أو تعديلها بالشكل الذى يقرر الحقوق التاريخية لدولة المصب (مصر والسودان) فى مياه النيل. ضرورة الدعوة لتوسيع نطاق العمل الجماعى، والمشروعات المشتركة للتنمية المائية، والمشروعات الاقتصادية التى تعود بالنفع على جميع دول حوض النيل^(١). وقامت مصر وأثيوبيا بمجموعة من الوسائل السلمية لحل هذه الأزمة، ومن هذه الوسائل:

أولاً: إنشاء اللجنة الوطنية للخبراء المعنية بسد النهضة:

تتقسم محاور أزمة سد النهضة بالنسبة لمصر إلى محورين أساسيين: أولهما: يتعلق بالإطار القانونى لمبادرة حوض النيل المعروف إعلامياً باتفاق عنثيبي. أما المحور الثانى: يتعلق باتجاه بعض دول المنبع إلى بناء السدود دون إخطار مصر مسبقاً والتشاور معها حول تأثيرات هذه السدود.

(١) Arthur Okoth – Owiro: The Nile Treaty, State Succession and international treaty commitments: A case study of the Nile water treaties, Nairobi Kenai, 2004, p. 25.

ولما كان نهر النيل ذو طبيعة خاصة لكل من يعيش على ضفتيه، فإن البعض يؤكد أن هذا هو سر العلاقة التاريخية بين شعوب دول منابع ومصب هذا النهر العظيم، حيث بقى نهر النيل على مر الزمن مصدر الأمل لكل الشعوب القاطنة على ضفتيه، فهو يخفف من شدة الفقر، واستمرار البؤس، وسوف يظل النيل دائماً عاملاً وصل، وليس عاملاً فصل بين مصر وأثيوبيا ودول حوض النهر الأخرى^(١).

ولكى يحقق نهر النيل الخير والأمل لكل من دول المشاطئة فإنه من الضروري العمل على أن يكون التعاون هو منهج استغلال ذلك النهر، وبالفعل تم إنشاء لجنيتين بين دول حوض النيل، اللجنة الثلاثية الدولية، واللجنة الوطنية الثلاثية.

١ - اللجنة الثلاثية الدولية وملاحظاتها حول سد النهضة:

تشكلت اللجنة الثلاثية الدولية لدراسة وتقييم مشروع سد النهضة في سبتمبر ٢٠١١^(٢) من قبل حكومات مصر والسودان وأثيوبيا، واتفقوا على تكوين تلك اللجنة من عشرة خبراء منهم خبيران من كل دولة من الدول الثلاث، وأربعة خبراء دوليين في مجالات هندسة السدود والموارد المائية والتأثير الاجتماعي والبيئي. وتم الاتفاق مع مكتب دولي للاستشارات القانونية في ١١ أبريل ٢٠١٢ لتحرير العقود مع الخبراء الدوليين لضمان الشفافية.

وقد بدأت اللجنة عملها في ١٥ مايو ٢٠١٢، وعقدت سبعة اجتماعات دورية كان آخرها في مايو ٢٠١٣، لمناقشة كافة الجوانب القانونية المرتبطة بإنشاء أثيوبيا لسد النهضة، وذلك شريطة أن تمد أثيوبيا اللجنة بكافة الدراسات والبيانات الفنية المرتبطة بالبناء بصورة كاملة دون إخفاء لأية بيانات.

(١) Arthur Okoth – Owiro: op, cit., p. 26 and SS.

Yacob Arsano: Ethiopia and the Nile, Dilemmas of National and Regional Hydro politics, Dissertation for the Doctor of philosophy, the university of Zurich, Zurich, 2004, p. 45.

(٢) وقد كان إنشاء هذه اللجنة بناء على اقتراح وافق عليه مليس زيناوى رئيس وزراء أثيوبيا السابق، والدكتور عصام شرف رئيس وزراء مصر الأسبق.

وفى مايو ٢٠١٣ قدمت اللجنة تقريرها - الذى لم ينشر بشكل رسمى إلا فى عام ٢٠١٤ - الذى أكد أن مشروع سد النهضة قد بدأ التفكير فى تنفيذه فى يناير ٢٠١١، أى إبان ثورة ٢٥ يناير، وهذا يؤكد سوء نية أثيوبيا فى استغلال الوضع السياسى لمصر. وتم وضع حجر الأساس فى أبريل من نفس العام، على أن يتم بناؤه خلال سبع سنوات، واحتوى التقرير على تفاصيل واسعة عن حجم السد، وهندسة بنائه، وآثاره ومخاطره.

وعلى الرغم من أن التوصيات التى تصدر عن لجان التحقيق الدولية لا تعد ملزمة لأطرافها إلا إذا وافقت هذه الأطراف صراحة على الالتزام بتنفيذ ما ورد بتقرير تلك اللجان، وتعد لجنة الخبراء الدولية المعنية بسد النهضة على غرار تلك اللجان، وإن كان هناك دور هام لمثل تلك اللجان فى كشف وتحديد معالم النزاع محل الخلاف، وتحديد الأضرار المترتبة على الوقائع المخالفة^(١).

وتأسيساً على ما تقدم فإننا نرى أنه من الأحرى بنا التعرض بالتفصيل لأهم ما تضمنه تقرير اللجنة الدولية للخبراء المعنيين بسد النهضة وذلك على النحو التالى:

أوضح تقرير اللجنة أن الحكومة الإثيوبية لم تنته من دراسة مخاطر السد أو احتمالات انهياره، والتأثيرات البيئية على حياة الكائنات الحية فى محيطه، وفى بحيرة التخزين الخاصة به، كما لم تكمل الدراسات الخاصة بالآثار الاجتماعية والاقتصادية للسد، وبعض الأمور التى تخص توليد الطاقة الكهربائية، وكيفية تشغيل بحيرة السد، والتصميمات الهندسية المرتبطة بها.

ولذلك أوصت اللجنة فى تقريرها بإعادة دراسة التصميم الهندسى للسد، ودراسة الظروف الجيولوجية والهندسية لموقعه بالكامل، والتى لم توضع فى

(١) د. مساعد عبد العاطى شتوي: مبادئ القانون الدولى الحاكمة لإنشاء السدود على الأنهار الدولية، دراسة تطبيقية على سد النهضة الأثيوبى، ط١، دار النيل للنشر والطباعة والتوزيع، ٢٠١٦، ص ٢٢٤.

الاعتبار، على أن يتم جمع بيانات التصميم الإنشائي والهندسى للسد فى تقرير واحد، وعدم بعثتها فى تقارير مختلفة^(١).

ذكرت اللجنة أن التقرير الإثيوبى المبدئى الخاص بتصميم السد قد تم إعداده ومراجعته وتحديثه مع بداية الإنشاء، ولكن هذا التقرير لا يزال بحاجة إلى دراسة معامل الانزلاق على الأسطح الأفقية ومقدار الضغط المُحمل على جسم السد تحت ظروف الضغط الديناميكية والاستاتيكية، والعمل على تقليل معدل الضغط الرأسى على السد بسبب ضخامة الحمل الخرسائى والصخرى المكون لذلك الجسم وما يحجزه خلفه من كميات ضخمة من المياه.

كما أكد تقرير اللجنة الدولية على أنه لا يزال هناك حاجة ملحة للتحقق من معدل الأمان وثبات الجسم الرئيسى للسد والإنشاءات الأساسية فى المشروع وفقاً لنتائج الدراسات الجيولوجية والهندسية للتربة وموقع السد، كما طالب تقرير اللجنة بإعادة دراسة العلاقة التفاعلية بين جسم السد الرئيسى وموقع التوربينات وغرف الطاقة، وتقييم عمل نظام تمرير المياه من بوابات التحكم وارتفاع السد.

بيّن التقرير أنه لا يزال هناك حاجة ملحة للتحقق من معدل الأمان، وثبات الجسم الرئيسى للسد والإنشاءات الأساسية فيه وفقاً لنتائج الدراسات الجيولوجية والهندسية للتربة خاصة فى حالة النشاط الزلزالى، وطالب التقرير بإعادة دراسة العلاقة التفاعلية بين جسم السد الرئيسى وموقع توربينات توليد الكهرباء، وتقييم نظام تمرير المياه من بوابات التحكم فى حالة إتمام بناء السد^(٢).

(١) حيث رصد التقرير النهائى الصادر من اللجنة الدولية المستندات الإثيوبية المقدمة والتي شملت ١٥٣ مستنداً قدمت طوال فترة عمل اللجنة، وكان ١٠٣ من المستندات عبارة عن رسومات هندسية، و ٧ خرائط و ٤٣ تقريراً، وراجعت اللجنة ١٢ تقريراً، منها تقريران فى مجال البيئة والتأثير الاقتصادى، و ٣ فى مجال المياه والهيدروليكا و ٧ تقارير فى مجالات هندسة السدود، كما اعتمدت اللجنة ١٦ وثيقة جيولوجية وقدمتها إلى الفريق الجيولوجى خلال بعثاتهم لمقر السد.

= راجع التقرير الدولى النهائى الصادر عن اللجنة الدولية للخبراء حول تداعيات بناء سد النهضة الأثيوبى على مصر والسودان، الحلقة الأولى، جريدة الشروق، ٢٧ أبريل ٢٠١٤.

(٢) التقرير الدولى النهائى الصادر عن اللجنة الثلاثية الدولية للخبراء حول تداعيات بناء سد النهضة الأثيوبى على مصر والسودان، الحلقة الأولى، جريدة الشروق، ٢٧ أبريل ٢٠١٤.

كما أشار تقرير اللجنة الدولية فيما يتعلق بتصميم بوابات التحكم فى المياه أنه لم يتعرض للطاقة والقدرات التى ستعمل بها، فى حالة ارتفاع منسوب المياه فى بحيرة التخزين خلف السد، وأنه لابد من إعادة تقييم تصميم بوابات التحكم فى المياه بشكل يعكس آلية التعامل مع ظروف تدفق المياه والفيضان.

وفى إحدى التقارير التى قدمها الجانب الإثيوبى لخبراء اللجنة الثلاثية حاول الخبراء الإثيوبيين تقييم التأثير المتوقع لسد النهضة على السد العالى عند التشغيل، وقرروا أن إمدادات المياه التى تصل إلى مصر سوف تتأثر فى سنوات الملاء الأولى لبحيرة التخزين الخاصة بسد النهضة سواء فى السنوات الغزيرة المطر أو العادية، وذلك سيؤثر سلبًا على توليد الطاقة الكهربائية فى السد العالى بنسبة تصل إلى ٦٠% بسبب انخفاض مستوى المياه فى بحيرة ناصر، وفى حالة ملاء خزان سد النهضة فى سنوات الجفاف سوف تنخفض مستويات توليد الطاقة الكهربائية من السد العالى بدرجة أكبر، وقد تتعدم إمكانية توليد الطاقة من ذلك السد نهائيًا.

وذكر نفس التقرير الإثيوبى أن إمدادات المياه فى مصر والسودان سوف تنخفض لمدة لا تقل عن أربع سنوات، ومن أجل تقليل التأثيرات السلبية على تدفقات المياه، وتحقيق التوازن المائى فى مجرى النيل الأزرق، يجب تقليل معدلات التخزين السنوى من المياه فى بحيرة السد، وذلك سوف يزيد عدد سنوات الملاء لتصل إلى ١٥ عامًا متتالية لإتمام ملاء هذه البحيرة.

كما ذكرت اللجنة الثلاثية بخصوص التقرير الهيدرولوجى للسد إنه تمت مراجعة تحليل تدفق المياه من قبل خبراء الهندسة الإنشائية للسود بالجنة للتحقق من أمان السد، حيث أكد الخبراء أن طريقة وأسلوب التحكم فى تدفق المياه فى المجرى المائى موضوعة بنظرة تتسم بالعمومية، وبحاجة إلى إعادة النظر والاختبار وفق النماذج الرياضية الدولية لتدفقات المياه فى مجارى الأنهار وبحيرات التخزين الملحقة بالسدود.

ورصدت اللجنة أن إثيوبيا قامت بتقديم تقرير بوابات التحكم فى مياه النهر، لتوليد الكهرباء فى نهاية نوفمبر ٢٠١٢، وأن ذلك التقرير تطرق بشكل جيد لمراحل التصميم المبدئى لبوابات التحكم فى المياه، ولكنه لا يزال فى المرحلة الأولى للتصميم ولا يمكن الاعتماد عليه بشكل كامل، وذكرت اللجنة أن التقرير الإثيوبى لم يتطرق لمقدار الطاقة التى ستعمل بها تربيينات توليد الكهرباء خاصة فى حالة ارتفاع منسوب المياه فى بحيرة التخزين، مما يستوجب إعادة تقييم تصميم بوابات التحكم بشكل يعكس آلية التعامل مع ظروف تدفقات مياه الفيضان^(١).

وعلقت اللجنة الثلاثية على التقرير الهيدرولوجى، المعد من قبل إثيوبيا، بأنه ركز على موقع سد النهضة فقط، ولم يتحدث عن أى مشروعات أخرى موجودة حالياً أو منظر إنشاؤها فى المستقبل، وعلاقتها بسد النهضة، ولم يقدم أى تسجيلات لتقييم معدلات تدفق المياه إلى مصر والسودان، وأشارت اللجنة إلى ضرورة قياس تدفقات المياه فى مجرى النهر بدء من المنبع، وأضافت أن قياسات معدل سقوط المطر فى التقرير الإثيوبى لم يتم التعرض لها بشكل جيد، وأنه لا يمكن الاعتماد عليها، حيث إنها لم تظهر مدى التأثير المحتمل حدوثه على التدفقات المائية على دولتى المصب فى حالة التغيرات المناخية الكبيرة^(٢). ولذلك أكد التقرير على ضرورة التركيز على دراسة أثر التغيرات المناخية على حوض النيل الشرقى، ومجرى النيل بشكل عام، ودراسة معدلات تبخر المياه واختبارها فى موقع السد خلال أعمال الإنشاء.

واعترفت الدراسات الإثيوبية بمشكلة الإطماء وترسب الطمى فى النيل الأزرق وبحيرة التخزين، لكنها لم تقدم توقعاتها لكميات الطمى ومعدلات ترسبه سنوياً، وحجمه داخل البحيرة، والتأثيرات السلبية المتوقعة له بعد التشغيل، ولذلك أوصت

(١) التقرير الدولى النهائى الصادر عن اللجنة الثلاثية الدولية للخبراء حول تداعيات بناء سد النهضة الإثيوبى على مصر والسودان، الحلقة الأولى، جريدة الشروق، ٢٧ أبريل ٢٠١٤.

(٢) التقرير الدولى النهائى الصادر عن اللجنة الثلاثية الدولية للخبراء حول تداعيات بناء سد النهضة الإثيوبى على مصر والسودان، الحلقة الثانية، جريدة الشروق، ٢٩ أبريل ٢٠١٤.

اللجنة بمراجعة معدلات ترسب الطمي المتوقع خلف سد النهضة، وكثافته وتأثيره على جسم السد وبحيرة التخزين، على أن تشمل الدراسة بحث معدلات الإطماء فى سدود السودان ومصر، وأثر كل ذلك على التدفقات المائية.

وقد انتهت اللجنة الدولية للخبراء المعنية بسد النهضة الأثيوبى عقب دراسة

التقرير والبيانات والدراسات المقدمة من الجانب الأثيوبى إلى عدة نتائج أهمها^(١):

- أن التقرير الأثيوبى يعكس النتائج الأولية لتقييم التأثير على دولتى المصب، بعد بناء وتشغيل سد النهضة الأثيوبى، كما أن التأثير يمتد إلى تدفق المياه وتوليد الطاقة على السواء، كما أن التقرير الأثيوبى لم يقدم أى معلومات أو تفاصيل على نموذج تدفق المياه التى تم قياس التأثير من خلاله، والمعلومات التى تم استخدامها للتوصل إلى هذه النتائج، حيث كان التحليل المقدم فى التقرير مبدئياً جداً، وليس على مستوى التفاصيل الفنية المطلوبة وغير كاف لتقييم الآثار الإيجابية والمنافع المتوقعة من المشروع، أو أهمية المشروع الإقليمية لمناطق النيل الشرقى.
- وأكدت اللجنة إلى أن التحليل الوارد فى التقرير الأثيوبى لم يتطرق إلى التأثير على المنشآت الهيدرولوجية فى السودان بما فى ذلك السدود السودانية.
- انتقدت اللجنة عدم تقديم الجانب الأثيوبى معلومات عن سياسة وقواعد التشغيل الخاصة بالسد وآلية التعامل مع تدفقات المياه لتوليد الكهرباء والتى قدمت تفاصيل قليلة جداً خلافاً عما تنوى إثيوبيا فعله فى سياسة التشغيل.
- ولم يذكر التقرير الأثيوبى أى تفاصيل أو معلومات عن التنمية المتوقعة لإثيوبيا فى مجال المياه والهيدرولوجيا من إنشاء سد النهضة.
- كما لم يتطرق التقرير الإثيوبى إلى كيفية تحقيق التوازن المائى فى حوض النيل الأزرق، فى المنطقة الواقعة بين سد النهضة والسد العالى والتى لا تزال بحاجة إلى الدراسة الهندسية والبيئية.

(١) التقرير الدولى النهائى الصادر عن اللجنة الثلاثية الدولية للخبراء حول تداعيات بناء سد النهضة الأثيوبى على مصر والسودان، الحلقة الثانية، جريدة الشروق، ٢٩ أبريل ٢٠١٤.

- وأكدت اللجنة الدولية للخبراء - أيضاً - على أن الدراسة الإثيوبية لم تأخذ فى الاعتبار التأثير المتوقع للطاقة المتوقع توليدها من سدود نيكزى وبحيرة تانا والروصيرص ومروى أثناء فترة ملء الخزان.
- وأوصى تقرير اللجنة الدولية أن يتم الانتهاء من هذه الدراسة وإعادة تحديثها وتقديم إلى الحكومات المصرية الأثيوبية والسودانية للاتفاق حول ما تأتى به من نتائج، واتخاذ ما يلزم من اتفاقات وقرارات مشتركة بشأن التغييرات والتأثيرات المتوقعة بعد أن يتم حسابها بشكل عملى دقيق.

٢- إنشاء اللجنة الوطنية للخبراء المعنية بسد النهضة:

ترتب على لقاء القمة بين الرئيس السيسى ورئيس وزراء أثيوبيا ديسالجين «حلحلة» الموقف المعقد الخاص بمشروع سد النهضة، فوق اجتماع مشترك بين وفود دول حوض النيل الشرقى الثلاث (مصر والسودان وأثيوبيا) تحت قيادة وزراء الرى فيها خلال يومى ٢٥ و ٢٦ أغسطس ٢٠١٤ فى العاصمة السودانية الخرطوم، مما حرك المياه الراكدة فى مشكلة السد الذى تجرى عملية بنائه دون توقف فى سياق مع الزمن، وبدأت بينهم جولة من المفاوضات فى جو اتسم بالتفاهم والمصالح المشتركة^(١).

وانفقت الوفود المجتمعة أول الأمر على أن تكون فترة دراسة مشروع سد النهضة ٦ شهور فقط، كما اتفقت على تشكيل «لجنة الخبراء الوطنية» من ١٢ عضواً، أربعة أعضاء من كل دولة من الدول الثلاث، على أن تقوم اللجنة بأربعة مهام رئيسية هى أولاً: تبادل الدراسات والأبحاث الخاصة بالسد بين الدول الثلاث. ثانياً: اختيار المكتب الاستشارى الدولى الذى سيتولى فحص حالة السد من الناحية الفنية. ثالثاً: تتولى لجنة الخبراء الوطنية - وليس حكومات الدول الثلاث - مد المكتب الاستشارى الدولى الذى سيقع عليه الاختيار بالبيانات والدراسات بعد التوقيع

(١) د. عباس محمد شراكى: سد النهضة (الألفية) الأثيوبى الكبير وتأثيره على مصر، أعمال مؤتمر ٢٥ يناير ٢٠١١، ومستقبل علاقات مصر بدول حوض النيل فى الفترة من ٣٠ - ٣١ مايو ٢٠١١، ص ١٠.

عليها من أعضاء اللجنة. رابعاً: متابعة التقارير الشهرية التي سيقوم بإصدارها المكتب الاستشاري.

وقد تم الاتفاق بين الوفود الثلاثة المجتمعمة على اختيار خبير دولي مشهود له ومقبول من الجميع، مهمته أنه في حالة حدوث اختلاف في وجهات النظر بعد صدور تقرير المكتب الاستشاري الدولي - كأن يقول المكتب: إن حجم المياه التي يمكن لإثيوبيا تخزينها في السد لا تتعدى ٢٠ مليار متر مكعب حتى لا تسبب ضرراً لمصر والسودان، بينما ترى إثيوبيا أن من المناسب أن يخزن السد ٣٠ مليار متر مكعب مثلاً - يقوم ذلك الخبير ببحث الوضع، ويصدر رأياً يكون نهائياً وملزماً للجميع.

وقد انتهت الأطراف الثلاثة في اجتماعها المنعقد بالخرطوم في أغسطس ٢٠١٤ إلى التوقيع على وثيقة بشأن سد النهضة الأثيوبي، تقر فيها إثيوبيا باحترام القانون الدولي والدراسات المنجزة في شأن السد، وتحفظ حق مصر والسودان، ولا تسبب لهما ضرراً أو نقصاً في المياه المتدفقة أو أية تأثيرات بسبب السد، وتوافق على خريطة طريق لآلية حل الخلافات، وتتعهد بتقديم ما لديها من دراسات خاصة بأمام سد لمصر، وخلال ذلك الاجتماع دعا وزير الري الإثيوبي نظيره المصري والسوداني لزيارة موقع العمل في بناء السد^(١).

وفي ٢٠ سبتمبر ٢٠١٤ عقدت اللجنة الثلاثية الوطنية اجتماعاً بمشاركة أعضائها الاثني عشر ومعهم وزراء الري للدول الثلاث، لاختيار المكتب

(١) ومن الجدير بالذكر أن وزارة الري المصرية قد أعدت ٧ دراسات تتناول موضوع سد النهضة - رأت تقديمها للجنة الثلاثية الوطنية لكي تسلمها للمكتب الاستشاري بعد اختياره حتى لا يبدأ عمله من الصفر - من جميع الجوانب البيئية، والفنية، والهيدرولوجية، متضمنة مقادير تدفق مياه النيل إلى مصر والسودان، ونواحي الأمان في السد، والمخاطر المحتملة إذا حدث انهيار له؟، لأن المسؤولين في مصر غير مطمئنين لكمية المياه المزمع تخزينها والمقدرة بـ ٧٤ مليار متر مكعب، ولا مطمئنين لأسلوب تشغيل وملء السد، وعدد سنوات الملء، خاصة أن إثيوبيا قررت الاستمرار في بناء السد إلى أن يتم وضع القرار النهائي عن ارتفاعه، وكمية المياه التي سوف يُتفق على تخزينها أمامه. والواقع أنه كان من الأصوب أن يتم وقف أعمال البناء حتى تتوصل الأطراف الثلاثة، والمكتب الاستشاري، الذي سيقوم بعمل الدراسة والتقييم الفني للسد، إلى قرار نهائي حاسم بخصوص مقاييس هذا السد، وذلك ما لم توافق عليه إثيوبيا، وهو ما لا يدعو للاطمئنان.

الاستشارى الذى سيتولى عمل الدراستين الخاصتين بالتأثيرات الهيدرولوجية لتخزين مياه السد على تدفقات المياه إلى مصر والسودان، والآثار الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للسد^(١).

وفى ١٦ أكتوبر ٢٠١٤ اجتمعت اللجنة الوطنية للسد بالقاهرة مرة أخرى، حيث التقى الرئيس السيسى بوزراء رى الدول الثلاث - المصرى حسام مغازى، والسودانى معتر موسى، والإثيوبى إليماهو تيجينو - ودعاهم إلى تعزيز علاقات التعاون بين دول حوض النيل الشرقى التى يبلغ عدد سكانها ٢٠٠ مليون من السكان، كما دعاهم ألا يقتصر التعاون بينهم على مجال المياه فقط، بل ينبغى أن يمتد إلى كافة المجالات الاقتصادية والاستثمارية والثقافية، وكانت نقطة الحوار الأساسية بين وزراء الرى فى اجتماع القاهرة هى اختيار المكتب الاستشارى الدولى الذى سيقوم بتقييم عملية بناء سد النهضة، ولكن الأطراف الثلاثة لم تتوصل إلى قرار نهائى فى اختيار ذلك المكتب.

وفى إطار تطوير العلاقات بين مصر وإثيوبيا جرى عقد اجتماعات الدورة الخامسة للجنة المصرية الإثيوبية المشتركة لمدة يومين فى أديس أبابا فى أول نوفمبر ٢٠١٤ على مستوى كبار المسئولية والخبراء من البلدين، وفى اليوم الثالث لأعمال الدورة جرى اجتماع على المستوى الوزارى برئاسة وزير الخارجية سامح شكرى ونظيره الإثيوبى تاودروس إدهانوم^(٢).

(١) وقد زار وزير الرى المصرى الدكتور مغازى ومعه عدد من الخبراء المصريين موقع بناء سد النهضة فى النصف الأول من أكتوبر ٢٠١٤، حيث لاحظوا أن ما تم تنفيذه فى مبنى السد فى حدود ٣٠%، وأشار مغازى إلى أن زيارة السد لا تعنى موافقة مصر على بنائه طبقاً للمواصفات الإثيوبية، وأن القرار المصرى النهائى بخصوصه ستكون بعد تقديم المكتب الاستشارى الفنى للدراسات الموصى بها، وقال مغازى: إن الإثيوبيين قاموا بالرد على الاستفسارات الفنية التى طرحها الخبراء المصريون، وتسلم الجانب المصرى منهم التصميمات المعدلة الخاصة بأمام السد الرئيسى طبقاً لتوصيات اللجنة الدولية الثلاثية للخبراء (اللجنة الأولى ٢٠١٢-٢٠١٣)، بالإضافة إلى تصميمات السد المساعد التى لم يسبق لمصر الحصول عليها.

(٢) د. عباس محمد شراكى: جيولوجية سد النهضة الإثيوبى وأثرها على أمان السد، مؤتمر قضية مياه النيل ١٥ مارس ٢٠١٤، قسم الجغرافيا، كلية الآداب، جامعة القاهرة، ص ١٢.

وفى الرابع من نوفمبر ٢٠١٤ جرى عقد اجتماع ثالث لأعضاء اللجنة الوطنية الثلاثية الخاصة بسد النهضة، بمشاركة ممثلى المكاتب الاستشارية الدولية الخمسة التى تم التوافق عليها مبدئياً حتى يتم اختيار مكتب واحد منها، وقرر المجتمعون أن يتم تحديد المكتب الاستشارى الذى سيقوم بإنجاز الدراساتين الخاصتين بالسد بحضور ممثلى الدول الثلاث فى موعد الاجتماع التالى فى ديسمبر بأديس أبابا. ورغم ذلك تم تأجيل موعد اختيار المكتب الاستشارى من ديسمبر ٢٠١٤ إلى يناير ٢٠١٥، ثم إلى فبراير، فمارس من نفس العام، وظلت أثيوبيا تراوغ وتوَجَل عملية اختيار المكتب الاستشارى، بطريقة هادئة وناعمة تستهلك الوقت حتى يتم إنجاز أكبر قدر ممكن من مبنى السد، مما يفرض واقعاً جديداً قد يصعب تغييره، حتى وإن كان يشكل خطراً على التدفقات المائية لمصر والسودان.

ونتيجة لذلك الوضع الذى ينذر بالخطر جرت عدة اجتماعات فى فبراير ٢٠١٥ فى الخرطوم تمخضت عن فكرة عقد «اتفاق مبادئ» هدفه طمأنة مصر والسودان، وملاشاة الخوف الذى ينتاب المسئولية فى البلدين وشعبيهما من مخاطر استمرار بناء سد النهضة دون التوصل إلى موقف يرضى الأطراف المحتمل تضررها من بناء السد بمعاييسه القائمة، فتشكلت لجنة من ممثلى مصر والسودان وأثيوبيا تقدم بصياغة ذلك الاتفاق، وفى أوائل مارس اجتمعت تلك اللجنة فى الخرطوم وقامت بوضع الصياغة النهائية للاتفاق الذى تم رفعه لرؤساء الدول الثلاث لمراجعته والتصديق عليه.

ولا يفوتنا التأكيد على الأعمال والتقارير التى ستصدر عن المكتب الاستشارى يأتى فى إطار التوصيات غير الملزمة للدول الثلاث بصفة مباشرة إلا إذا ارتضت هذه الدول القبول بنتيجة التقرير الصادر عن المكتب، وما يدل على ذلك أن نص الاتفاق بين الدول الثلاث، فيما يخص أعمال المكتب الاستشارى حيث نص على هذه الدول «احترام» وليس «الالتزام» بما سينتهى إليه المكتب.

ثانيًا : اتفاق المبادئ الإطاري بخصوص سد النهضة (١):

وقع الإعلان في الخرطوم في ٢٣ من شهر مارس ٢٠١٥ وتضمنت مقدمته أنه تقديراً للاحتياج المتزايد لجمهورية مصر العربية وجمهورية أثيوبيا الفيدرالية الديمقراطية، وجمهورية السودان لمواردهم المائية العابرة للحدود وإدراكاً لأهمية نهر النيل كمصدر للحياة ومصدر حيوي لتنمية شعوب مصر وأثيوبيا والسودان، ألزمت الدول الثلاث أنفسها بالمبادئ التالية بشأن سد النهضة:

١- مبدأ التعاون :

• التعاون على أساس التفاهم المشترك والمنفعة المشتركة وحسن النوايا والمكاسب للجميع ومبادئ القانون الدولي.

• التعاون في تفهم الاحتياجات المائية لدول المنبع والمصب بمختلف مناحيها.

٢- مبدأ التنمية، التكامل الإقليمي والاستدامة:

• الغرض من سد النهضة هو توليد الطاقة، المساهمة في التنمية الاقتصادية، والترويج للتعاون عبر الحدود والتكامل الإقليمي من خلال توليد طاقة نظيفة ومستدامة يعتمد عليها.

٣- مبدأ عدم التسبب في ضرر ذي شأن :

• سوف تتخذ الدول الثلاث كافة الإجراءات المناسبة لتجنب التسبب في ضرر ذي شأن خلال استخدامها للنيل الأزرق النهر الرئيسي.

• على الرغم من ذلك، ففي حالة حدوث ضرر ذي شأن لإحدى الدول، فإن الدولة المتسببة في إحداث هذا الضرر، عليها في غياب اتفاق حول هذا الفعل، اتخاذ كافة الإجراءات المناسبة بالتنسيق مع الدول المتضررة لتخفيف أو منع هذا الضرر، ومناقشة مسألة التعويض كلما كان ذلك مناسباً.

(١) د. زكي البحيري: مصر ومشكلة مياه النيل، أزمة سد النهضة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠١٦، ص ٥٥٠ وما بعدها.

حول الاتفاق الإطاري راجع الدكتور سعيد سالم جويلي: قانون الأنهار الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٢٢. د. صلاح الدين عامر: النظام القانوني للأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ٣٠.

٤- مبدأ الاستخدام المنصف والمناسب :

• سوف تستخدم الدول الثلاث مواردها المائية المشتركة في أقاليمها بأسلوب منصف ومناسب.

• لضمان استخدامهم المنصف والمناسب، سوف تأخذ الدول الثلاث في الاعتبار كافة العناصر الاسترشادية ذات الصلة الواردة أدناه، وليس على سبيل الحصر:

أ - العناصر الجغرافية، والجرافية المائية، والمائية، والمناخية، والبيئية وباقي العناصر ذات الصلة الطبيعية.

ب - الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية لدول الحوض المعنية.

ج - السكان الذين يعتمدون على الموارد المائية في كل دولة من دول الحوض.

د - تأثيرات استخدام أو استخدامات الموارد المائية في إحدى دول الحوض على دول الحوض الأخرى.

هـ - الاستخدامات الحالية والمحتملة للموارد المائية.

و - عوامل الحفاظ والحماية والتنمية واقتصاديات استخدام الموارد المائية، وتكلفة الإجراءات المتخذة في هذا الشأن.

ز - مدى توفر البدائل، ذات القيمة المقارنة، لاستخدام مخطط أو محدد.

ح - مدى مساهمة كل دولة من دول الحوض في نظام نهر النيل.

ط - امتداد ونسبة مساحة الحوض داخل إقليم كل دولة من دول الحوض.

٥- مبدأ التعاون في الملء الأول وإدارة السد :

• تنفيذ توصيات لجنة الخبراء الدولية، واحترام المخرجات النهائية للتقرير الختامي للجنة الثلاثية للخبراء حول الدراسات الموصى بها في التقرير النهائي للجنة الخبراء الدولية خلال المراحل المختلفة للمشروع.

• تستخدم الدول الثلاث، بروح التعاون، المخرجات النهائية للدراسات المشتركة الموصى بها في تقرير لجنة الخبراء الدولية والمتفق عليها من جانب اللجنة الثلاثية للخبراء، بغرض:

أ - الاتفاق على الخطوط الإرشادية وقواعد الملء الأول لسد النهضة والتي ستشمل كافة السناريوهات المختلفة، بالتوازي مع عملية بناء السد.

ب - الاتفاق على الخطوط الإرشادية وقواعد التشغيل السنوي لسد النهضة، والتي يجوز لمالك السد ضبطها من وقت لآخر.

ج - إخطار دولتي المصب بأى ظروف غير منظورة أو طارئة تستدعي إعادة الضبط لعملية تشغيل السد.

• لضمان استمرارية التعاون والتنسيق حول تشغيل سد النهضة مع خزانات دولتي المصب، سوف تنشئ الدول الثلاث، من خلال الوزارات المعنية بالمياه آلية تنسيقية مناسبة فيما بينهم.

• الإطار الزمني لتنفيذ العملية المشار إليها أعلاه سوف يستغرق خمسة عشر شهراً منذ بداية إعداد الدراستين الموصى بهما من جانب لجنة الخبراء الدولية.

٦- مبدأ بناء الثقة :

• سيتم إعطاء دولتي المصب الأولوية في شراء الطاقة المولدة من سد النهضة.

٧- مبدأ تبادل المعلومات والبيانات :

• سوف توفر كل من مصر وأثيوبيا والسودان البيانات والمعلومات اللازمة لإجراء الدراسات المشتركة للجنة الخبراء الوطنيين، وذلك بوح حسن النية وفي التوقيت الملائم.

٨- مبدأ أمان السد :

• تقدم الدول الثلاث الجهود التي بذلتها إثيوبيا حتى الآن لتنفيذ توصيات لجنة الخبراء الدولية المتعلقة بأمان السد.

• سوف تستكمل إثيوبيا، بحسن نية، التنفيذ الكامل للتوصيات الخاصة بأمان السد الواردة في تقرير لجنة الخبراء الدولية.

٩- مبدأ السيادة ووحدة إقليم الدولة :

• سوف تتعاون الدول الثلاث على أساس السيادة المتساوية، ووحدة إقليم الدولة والمنفعة المشتركة وحسن النوايا، بهدف تحقيق الاستخدام الأمثل والحماية المناسبة للنهر.

١٠- مبدأ التسوية السلمية للمنازعات :

• تقوم الدول الثلاث بتسوية منازعاتهم الناشئة عن تفسير أو تطبيق هذا الاتفاق بالتوافق من خلال المشاورات أو التفاوض وفقاً لمبدأ حسن النوايا. إذا لم تتجح الأطراف في حل الخلاف من خلال المشاورات أو المفاوضات، فيمكن لهم مجتمعين طلب التوفيق، الوساطة أو إحالة الأمر لعناية رؤساء الدول (رئيس الحكومة)^(١).

وحول القيمة القانونية لإعلان المبادئ، فإننا نرى أنه يتضمن التزامات قانونية عامة على الدول الثلاث الإعلان لا ينال من القيمة القانونية للمعاهدات والاتفاقيات المنظمة لاستخدام مياه الهضبة الإثيوبية (بروتوكول روما ١٨٩١، معاهدة ١٩٠٢، الاتفاق العام للتعاون ١٩٩٣)، ومن ثم فإن الإعلان يستند إلى مبادئ القانون الدولي العام، وأخرى مصدرها ميثاق منظمة الأمم المتحدة، والبعض الآخر خاص بمبادئ استخدام المياه من الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة للمجارى المائية الدولية لعام ١٩٩٧.

كما يعد إعلان المبادئ هو المرجعية القانونية الأساسية الحاكمة لعملية تنفيذ وإنشاء سد النهضة في ضوء الأعراف والمبادئ القانونية المستقرة في القانون الدولي العام بشأن إنشاء المشروعات المائية على مجارى الأنهار الدولية ومن ثم فإن الدول

(١) د. مساعد عبد العاطي شتيوى: مبادئ القانون الدولي الحاكمة لإنشاء السدود على الأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

الثلاث ملزمة بموجب هذه الاتفاقية بالرجوع والاحتكام إلى ما ورد بها من مبادئ وأحكام خاصة في شأن تسوية الخلافات التي قد تنشأ فيما بعد بين أطراف الاتفاقية الماثلة، وذلك لأنها وقعت هذا الاتفاق بإرادة حرة بقصد تحقيق غايات وأهداف مشتركة.

المبحث الثالث

الدفع الإثيوبية لبناء سد النهضة وتفنيدها

تكشف المواقف الإثيوبية بشأن مياه نهر النيل أنها تتسم دائماً بالريبة والتشكك تجاه مصر والسودان، وتتنظر إليها بحذر شديد، كما أنها كانت - وباستمرار تتقدم بالمذكرات والمطالبات التي تطالب فيها بحقها من مياه النيل^(١).

بيد أنه يمكن القول بأن التوتر في السياسات الخارجية بين مصر وأثيوبيا بشأن مياه نهر النيل يعود إلى خمسينات القرن العشرين، حيث انعكست العلاقات القوية بين أثيوبيا والولايات المتحدة الأمريكية سلبيًا على العلاقات الإثيوبية بمصر الناصرية، لأن موقف الولايات المتحدة الأمريكية كان معادياً للسياسة الاشتراكية التي كان يتبناها الرئيس جمال عبد الناصر آنذاك. وقد بدأت الولايات المتحدة بعمل دراسات مائة لحوض نهر النيل، استمرت في الفترة ما بين ١٩٥٨-١٩٦٥ لحساب أثيوبيا، ووضعت تحت تصرف الخبراء الإسرائيليين. وبناء على هذه الدراسات تابع

(١) د. فتحي على حسين: المياه وأوراق اللعبة السياسية في الشرق الأوسط، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٧٣ وما بعدها.

والحقيقة أن هناك مجموعة مفاهيم سادت في أذهان الإثيوبيين منذ عصر أباطرتهم القدماء، حول قدرة أباطرة الحبشة على تحويل مياه نهر النيل. راجع الدكتور حكيم أمين عبد السلام: قيام دولة المماليك الثانية، دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٦٧، ص ١٦١.

هذا ويقرر البعض أن ملك الحبشة في أوائل القرن الثامن عشر وجه رسالة تهديد إلى حاكم مصر العثماني، جاء فيه: «النيل وحده الوسيلة التي تكفي لعقابكم، لأن الله جعل منبع هذا النيل وفيضانه تحت سلطاننا، وفي وسعنا للتصرف بمياه هذا النهر بالكيفية التي تلحق الأذى بالبلغ بكم». راجع الدكتور حسن على محمد المحلل: دراسة تاريخية لسياسة مصر المائية وموقف القوى الدولية والمحلية منها (١٩٢٩-١٩٥٩)، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٥٧ وما بعدها.

الإسرائيليون عملية المسح الجيولوجي للهضبة الإثيوبية لاقتراح إقامة عدد من السدود على منابع نهر النيل^(١).

أولاً : الدفع الإثيوبية :

ومنذ هذا التاريخ تحاول إثيوبيا دوماً التزرع ببعض الدفوع في محاولة منها للنيل من القيمة القانونية للمبادئ العامة والحاكمة لاستخدامات مياه الأنهار الدولية في غير الأغراض الملاحية، والتي تتمثل في الآتى:

الحجة الأولى : يستند بعض القانونيين الإثيوبيين إلى نظرية السيادة الإقليمية المطلقة في رفض الاتفاقيات القانونية المبرمة في فترة ما قبل الاستقلال، ومن ثم أحقية دول المنبع في استخدام مياه النهر على النحو الذى ترغبه، وفى الوقت الذى تريده دون مراعاة لأدنى اعتبار لمصالح الدول المتشاطئة، أى لها مطلق التصرف فيما وهبها الله من مورد طبيعي، لا يشاركها فيه أحد، ودائماً ما يلجأ فقهاء دول حوض النيل إلى إقامة القياس بين الثروة البترولية والثروة المائية، ويقرر بعض الفقه أن لدول المنبع الحق في الانتفاع بمياه النهر الدولي، دون أن يقيدوا فى ذلك أدنى قيد، إلا إذا كان هناك اتفاق أبرمته تلك الدول مختارة بأن تقيد نفسها بنفسها، ويتمادى هذا الرأي بالتفرقة بين الأنهار الحدودية والأنهار المتشابهة فى هذا المجال، وهذه التفرقة لا تجد سنداً لها فى قواعد هلسنكى، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدامات المجارى المائية فى غير الأغراض الملاحية لعام ١٩٩٧؛ باعتبارهما أهم عمليتين فقهيتين تم إنجازهما على المستوى الدولي.

وكانت الحكومات الإثيوبية فى فترات زمنية سابقة، قد أكدت على سيادته الإقليمية المطلقة على النيل، دون أدنى اعتبار لمسألة إلحاق أضرار بمصر أو السودان فى هذا الصدد، وحرصت إثيوبيا فى الإعلان عن ذلك فى أكثر من مناسبة

(١) د. عبد الملك خلف التميمي: المياه العربية: التحدى والاستجابة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ١٩٩٩، ص ١٦٠.

وحول الدور الإسرائيلي فى حوض النيل، راجع الدكتور محمد سالم طابع: مصر وأزمة مياه النيل، آفاق الصراع والتعاون، ط دار الشروق، القاهرة ٢٠١٢، ص ٤٠٨ وما بعدها.

حتى التسعينات من القرن السابق، إلا أنه حدث تحول مفاجئ في التوجهات الإثيوبية الرسمية، بعد مشاركة إثيوبيا في فاعليات التعاون مع دول حوض النيل^(١).

الحجة الثانية: ترفض إثيوبيا استنادًا لمبدأ سلطان الإرادة الالتزام بمبدأ الإخطار المسبق بذريعة عدم قيام مصر بإخطارها عند بناء السد العالى سنة ١٩٦٠^(٢).

الحجة الثالثة: فى ١٩٥٦/٢/٢٦ أعلنت أثيوبيا فى جريدتها الرسمية «إثيوبيان هيرالد» أنها سوف تحتفظ لاستعمالها الخاص مستقبلاً بموارد مياه النيل وتصرفاته فى أراضيها بصرف النظر عن درجة استعمال الدول المستفيدة منه، وأنها لم تعد تلتزم بالاتفاقيات والبروتوكولات القديمة الخاصة بمياه النيل والتي وقع عليها «منليك الثانى» فى أوائل القرن العشرين، وأضافت أن لإثيوبيا الحق فى استغلال مياه النيل الذى ينبغ فى أراضيها^(٣).

(١) د. مساعد عبد العاطى شتيوى: مبادئ القانون الدولى الحاكمة لإنشاء السدود على الأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٢) حيث أصدرت أثيوبيا احتجاجاً عند بناء مصر السد العالى، جاء فيه: «إن أى دولة نهريّة تنوى القيام بإنشاءات كبرى كتلك التى تقوم بها مصر يستوجب عليها - بحكم القانون الدولى - أن تخطر مقدماً الدول النهريّة الأخرى وتتشاور معها». وزاء هذا الأمر طلبت أثيوبيا عقد مؤتمر دولى لبحث موقف دول حوض النيل الأخرى من مشروعات مصر المائية، راجع الدكتور رشيد سعيد: نهر النيل، نشأته واستخدام مياهه فى الماضى والمستقبل، ٢٠٠١، ص ٢٨١.

(٣) أ. الصادق المهدي: مياه النيل الوعد والوعيد، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٣٦. وقد أصدرت الحكومة الإثيوبية فى سبتمبر ١٩٥٧ مذكرة رسمية على جميع البعثات الدبلوماسية فى مصر تضمنت احتفاظها بحقها فى استعمال موارد المياه النيلية لصالح شعب أثيوبيا، بغض النظر عن درجة استعمال الدول المستفيدة الأخرى من هذه المياه، حيث جاء نص المذكرة الإثيوبية على النحو التالى:

"The government reasserted and reserved now and for the future the right to take all such measure in respect of its water resources and in particular, as regards that portion of the same which is of the greatest importance to its wet fare, namely, those water providing so really to entirely of the volume of the recipient states situates along the course of the river. The government must naturally draw the necessary consequence and conclusions and assert the full measure of its freedom of action as regards discussions beins fursueed concerning the water flowing. From its territory and as to which. Unlike the discussions purued in the period between 1924 and 1951 it has not been consulted under this circumstances. Ethiopia, along the source of nearly the

هذا وقد صرح رئيس الوزراء الأثيوبي «ميليس زيناوى» خلال زيارته لمصر بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ «أن مصر والسودان تتمسكان باتفاقيات مضى عليها الزمن فيما يخص مياه النيل (يقصد اتفاقيات ١٩٠٢، ١٩٢٩، ١٩٥٩) وأنه على الدولتين أن تتشركا مع باقى دول حوض النيل فى إعادة صياغة هذه الاتفاقيات، وذلك بالتوقيع على اتفاقية عنتيبي الإطارية التى وقعت ست دول عليها»، وقال «أن مصر حصلت فيما مضى على حقوق نفوق حقوق الآخرين، وأن هذه الحقوق كان لها الأثر الأكبر فى أن تصبح مصر أكثر تقدماً عن باقى دول الحوض فى مختلف المجالات، وأنه قد آن الأوان لأن ترد مصر إلى هذه الدول بعضاً من الجميل الذى حصلت عليه فى الماضى»^(١).

الحجة الرابعة : تحاول إثيوبيا دحض الأعراف والثوابت القانونية فى مجال استخدامات مياه الأنهار الدولية فى غير الأغراض الملاحية، والتى قننتها قواعد هلنسكى لعام ١٩٦٦، وهى القواعد التى بذل بشأنها الفقه الدولى ممثلاً فى رابطة القانون الدولى جهداً مضنياً وشاقاً، وصولاً إلى تجميع القواعد القانونية المنظمة لاستخدام مياه الأنهار الدولية، حيث تحاول إثيوبيا إفراغ الإخطار المسبق من

entirely of waters involved must of. Once again nakes it clear that the quantities available to athers must always depend on the ever of water inceasing exten to which sthiopia the original owner will be required to utilize the same for the needs of the expanding population and economy, ministry of foreign affairs Ethiopia government, 23 september 1957". Wassara Samsson: Le régime juridique international du Nil: Comparaison avec d'autres bassins fluviaux, thèse, université de paris XI, 1994, tome. I, p.32. =

= راجع الدكتور ممدوح شوقى: التوارث الدولى فى المعاهدات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد (٤٥)، ١٩٨٩، ص ١٩٩.
وفقاً لهذا الموقف الرافض من جانب أثيوبيا، قامت أثيوبيا بمساعدة أمريكية بعمل دراسات وأبحاث تتعلق باستصلاح الأراضى وتوليد الكهرباء على النيل الأزرق، وأعلنت فى عام ١٩٧٧ أنه سوف يتم تحويل ٢٢٥ الف فدان فى حوض النيل الأزرق، و ٧٠ ألف فدان فى حوض بلرو إلى أراضى زراعية تزرع عن طريق الرى، مما ينتج عنه إنقاص تدفق مياه النيل عند الحدود السودانية بما يزيد عن ٥ مليارات متر مكعب. راجع الدكتور حسن بكر: حروب المياه فى الشرق الأوسط الجديد، دار ميريت للنشر والمعلومات، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٢٠٩.

(١) د. زكى البحيرى: مصر ومشكلة مياه النيل، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

مضمونه. بمعنى التغاضى عن الالتزام بإجراءاته التنفيذية، والتي تمثل جوهرًا وقوامًا للإخطار المسبق، كما تشترط أثيوبيا للاعتداد بالضرر أن يبلغ ذلك الضرر درجة كبيرة من الخطورة.

كما يذهب البعض إلى أحقية أثيوبيا في التمسك بمبدأ حقوق السيادة الإقليمية على الأنهار التي تتبع في أراضيها، وأن حقها في الاستخدام للمياه يشمل بالإضافة إلى أغراض توليد الطاقة والرى والخدمات الملاحية والسيطرة على الفيضانات، فضلاً عن تخزين المياه والإمدادات، وأن سد النهضة لن يلحق ضرراً بالحقوق المائية المصرية، ويذهب هذا الاتجاه إلى أنه إذا كان من حق مصر التخوف من الآثار البيئية الناتجة عن بناء أثيوبيا لسد النهضة، بسبب انبعاثات الكربون والتلوث في الأنهار التي تعبر الحدود الوطنية، فإنه يرى أنه من الممكن حل هذه المعضلة من خلال الصكوك والمؤسسات الدولية والعلاقات الثنائية التي تقوم على الاحترام والثقة المتبادلين، كما أن الاتفاقية الدولية بشأن حماية واستخدام الأنهار والبحيرات العابرة للحدود والتي وقع عليها ما يقرب من ٤٠ دولة لا توفر آلية لتسوية المنازعات بل الأكثر من ذلك أنه لا يوجد بلد من أفريقيا بما فيها مصر لم تصادق عليها، إلا أنه يمكن لبرنامج الأمم المتحدة المعنى بالبيئة أن ينهض بدور إيجابى فى هذا المجال^(١).

ثانياً : تنفيذ الدفوع الإثيوبية :

الواقع أن الحجج التي استندت إليها أثيوبيا لبناء سد النهضة هي حجج سياسية وليست قانونية، وبالتالي فإنها لا تستعصى على الرد والتنفيذ، وذلك على النحو التالى:

فبالنسبة للحجة الأولى: إن القول بأن لإثيوبيا كامل الحق فى استخدام مواردها الطبيعية وفقاً لنظرية السيادة المطلقة، هو قول مردود عليه، حيث أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح إذ سرعان ما تراجع عنها الولايات المتحدة ذاتها، وأعلنت أن

(١) د. مساعد عبد العاطى شتيوى: مبادئ القانون الدولى الحاكمة لإنشاء السدود على الأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ٢٦١-٢٦٢.

مبدأ هارمون ذاته لم يعمل به مطلقاً منذ إعلانه، وأنه لا يشكل جزءاً من القانون الدولي هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن قواعد القانون الدولي الخاصة بتوارث المعاهدات الدولية، وخاصة المعاهدات الإقليمية التي ترسم الحدود بين الدول، فإن المادة (١١) من اتفاقية فيينا تقرر وبوضوح بقاء هذه المعاهدات على حالها، وتلتزم بها الدولة الخلف، كما تؤكد المادة (١٢) على عدم إمكانية تحلل الدولة الجديدة من الاتفاقيات الدولية ذات الطابع العيني^(١).

ويتضح مما سبق أن هذه المعاهدات مرتبطة بالإقليم، ولهذا فيجب أن تستمر رغم حدوث الاستخلاف على الإقليم والاستمرارية هنا خاصة بالنظام القانوني، الذي نتج عن تنفيذ المعاهدة^(٢).

وقد اتفق أعضاء لجنة القانون الدولي أثناء دراسة مشروع المعاهدة على توارث المعاهدات العينية أو الإقليمية، واستثنائهما من مبدأ الصحيفة البيضاء وذلك تقنياً لما استقر عليه الفقه والعمل والقضاء الدوليين، وإن المادتين (١١، ١٥) تقرران القاعدة العرفية التي تستثني المعاهدات الإقليمية من مبدأ الصحيفة البيضاء^(٣).

أما بالنسبة للحجة الثنائية: فالثابت أن التقيد بإجراءات الإخطار المسبق يلزم جميع دول الحوض الواحد، سواء أكانت دول منابع أو مصب، باعتبار أن الالتزام بإخطار مسبق هو التزام عام على جميع دول الحوض، باعتبار أن الحوض هو وحدة طبيعية متكاملة، كما لا يمكن التماشي مع المنطق الأثيوبي الذي يرفض

(١) للمزيد حول تعريف التوارث الدولي راجع رسالة دكتوراه أشرف عرفات، النظرية العامة للتوارث الدولي مع دراسة تطبيقية للتطورات المعاصرة في الاتحاد السوفيتي والاتحاد اليوغسلافي السابقين، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) د. أيمن سلامة: النظام القانوني لاستغلال مياه النيل، أوراق الشرق الأوسط، دورية متخصصة صادرة عن المركز القومي لدراسات الشرق الأوسط، القاهرة، العدد رقم (٤٦) أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٢٤٩.

(٣) "Les articles (11 et 12) vallaient la règle coutumière les traités territoriaux constituent une exception à la table rase". A nnuaire de la commission de droit international 1974, vol.I, p. 220.

الالتزام بالإخطار المسبق نتيجة لعدم قيام مصر بإخطارها من قبل عند بناء مصر للسد العالى، فإن عدم إخطار مصر لإثيوبيا لا يسوغ للأخيرة انتهاك قواعد القانون الدولى للمياه، والتي باتت الآن أكثر وضوحاً من الحقبة التى قامت بها بإنشاء السد العالى، ويتجلى ذلك فى إبرام الأمم المتحدة الاتفاقية الإطارية لقانون الاستخدامات للمجارى المائية الدولية فى غير الأغراض الملاحية لعام ١٩٩٧، فضلاً عما صدر عن محكمة العدل من أحكام أهمها حكمها الصادر فى عام ١٩٩٧ بشأن النزاع بين المجر وسلوفاكيا^(١).

أما بالنسبة للحجة الثالثة: إن جميع الاتفاقيات التى أبرمتها مصر ودول حوض النيل سواء فى وقت الاستعمار أو بعد الاستقلال ملزمة للجميع، لأن وقت عقد هذه الاتفاقيات كان هناك شخص قانونى يمثل هذه الدولة أو تلك، فمصر كانت تمثلها بريطانيا، وأحياناً كانت مصر تمثل نفسها، وكانت بريطانيا تمثل معظم دول الحوض الأخرى أيضاً، ولا يمكن بأى حال من الأحوال التوصل من أى من هذه الاتفاقيات، لأن ذلك يخالف اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٩، التى تؤكد على عملية توارث المعاهدات الدولية، كما لا يمكن التوصل من الاتفاقيات المنعقدة حديثاً بعد الاستقلال. كما أن منظمة الوحدة الأفريقية أقرت مبدأ عرفياً استقر على أن الاتفاقيات التى تم توارثها من عهد الاستعمار خاصة تلك المتصلة بالحدود وما يرتبط بها تظل كما هى دون تغيير تجنباً لإثارة النزاعات والحروب بين دول القارة وكانت دول حوض النيل مثل كينيا وتنزانيا قد وافق على قرارات قمة منظمة الوحدة الأفريقية ١٩٦٤، تلك القرارات التى أكدت على سرية الاتفاقيات التى عقدت فى عهد الاستعمار، فليس من حق هذه الدول التوصل من هذه الاتفاقيات أو إلغاؤها، ويمكن فقط عقد اتفاقيات جديدة تحقق مصالح جميع الأطراف^(٢).

(١) د. مساعد عبد العاطى شتيوى، مبادئ القانون الدولى الحاكمة لإنشاء السدود على الأنهار الدولية، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٢) د. منصور العادلى: موارد المياه فى الشرق الأوسط... صراع أم تعاون (فى ظل قواعد القانون الدولى)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٥٤.

وبخصوص الحجة الرابعة: فمن الثابت أن هذه القواعد تمثل أعراف دولية تواترت الدول النهرية على استعمالها منذ قرون خلت وباتت تحظى بالشرعية القانونية، ثم جاءت لجنة القانون التابعة لمنظمة الأمم المتحدة وقامت بالنص عليها فى صلب الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة بشأن قانون الاستخدامات غير الملاحية للأنهار الدولية عام ١٩٩٧، ثم أكدت على معظمها الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل الدولية بل أن بعضها من المبادئ الراسخة على مستوى كافة النظم القانونية الرئيسية على المستوى الدولى ومن أهمها ضرورة التقيد بعدم إلحاق الضرر بالآخرين عند ممارسة الحق، وعدم التعسف والغلو فى استخدام الحق، وحسن النية فى تنفيذ الالتزامات الدولية.

وبناء على ذلك فمن غير المقبول اليوم أن تتذرع دولة بدفوع واهية للتصل من قواعد قانونية تدرج ضمن القواعد الآمرة، لأنها تعالج مسائل تهم جموع المجتمع الدولى، أما بشأن عدم الاعتداد بالمخاوف المصرية من التأثيرات البيئية السلبية المترتبة على بناء إثيوبيا لسد النهضة، فإنه ليس من المقبول التسليم بما ذهب إليه هذا الرأى، حيث باتت قواعد القانون الدولى للبيئة من القواعد القانونية الدولية الآمرة وذلك على النحو الذى أشار إليه حكم محكمة العدل الدولية عند نظرها للنزاع بين المجر وسلوفاكيا عام ١٩٩٧، كما أن دراسات تقييم الأثر البيئى للمشروعات المائية أصبح من الدراسة الواجب القيام بها من قبل الدولة صاحبة المشروع^(١).

(١) د. صبحى أحمد زهير العادلى: النهر الدولى، المفهوم والواقع فى بعض أنهار المشرق العربى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، إبريل، ٢٠٠٧، ص ١١٤-١١٥.
د. رشدى سعيد: نهر النيل: نشأته واستخدام مياهه فى الماضى والمستقبل، ط٢، دار الهلال، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٨٠.

الخاتمة

أسفرت هذه الدراسة عن العديد من النتائج والتوصيات، التي لا غنى عن ذكرها حتى تكتمل لهذا العمل العلمى قيمته، وذلك على النحو التالى:

أولاً: النتائج:

- ١- وجود قواعد عرفية فى مجال استخدام واستغلال مياه الأنهار الدولية فى غير الشؤون الملاحية، جاء التأكيد عليها فى الممارسات الدولية، ولا يخلو أى اتفاق بين دول متشاطئة من هذه القواعد، وهى: مبدأ الحقوق المكتسبة، مبدأ عدم الإضرار، مبدأ الاستخدام المنصف والعدل، مبدأ حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية، مبدأ الاخطار المسبق.
- ٢- إن حقوق السيادة على النهر الدولى هى سيادة مقيدة بعدم الإضرار بالغير.
- ٣- إن اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٧ بشأن قانون استخدام المجارى المائية الدولية لغير الأغراض الملاحية، هى اتفاقية اطارية لا تطبق مباشرة الدول النهرية، حيث نصت صراحة على مبدأ احترام الاتفاقات القائمة فيما بين الدول النهرية.
- ٤- إن المفاوضات الخاصة بسد النهضة انصبت فى مجملها على النواحي الفنية، دون النظر للجوانب القانونية، وذلك على اعتبار أن الجوانب القانونية هى الحاكمة لإقامة السدود على الأنهار الدولية.
- ٥- إن ما دفعت به أثيوبيا من حجج واسانيد للتوصل من تنفيذ هذه المبادئ الدولية الحكمة لإقامة السدود على الأنهار الدولية، إنما هى دفع واهية ليس لها سند فى احكام وقواعد القانون الدولى.
- ٦- إن الحقوق القانونية لمصر فى مياه نهر النيل، إنما هى حقوق ثابتة لها بموجب قواعد القانون الدولى العام المتعلقة بنظرية التوارث

الدولى، ومؤداه أن ثمة طوائف معينة من الحقوق تنتقل من الدولة
السلف إلى الدولة الخلف.

ثانياً: التوصيات:

١- ضرورة التعامل مع قضية مياه نهر النيل على أنها قضية مجتمعية تهتم
المجتمع المصرى فى مجمله وكفاءة مؤسساته، هذا من ناحية. ومن ناحية
أخرى أنها قضية مركبة، قانونية واقتصادية وسياسية واجتماعية وانسانية
وأمنية.

٢- أنه لا مجال للتوصل من الاتفاقات المنظمة لحقوق مصر فى مياه نهر
النيل، وذلك لسببين: الأول: أن اتفاقية فيينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩ - وهى
اتفاقية شارة - قد نصت صراحة على أنه لا يجوز الاحتجاج بالتغير
الجوهري فى الظروف كسبب للتوصل من الالتزام بأحكام المعاهدة.
الثانى: أن دول حوض النيل التى تدفع بعدم نفاذ هذه الاتفاقات فى
مواجهتها بدعوى أنها أبرمت فى العهود الاستعمارية، هى ذاتها التى
تمسكت والتزمت بالاتفاقات التى أبرمتها الدول الاستعمارية فيما يتعلق
بتعيين الحدود السياسية الدولية لهذه الدول، وهو توجه يرفضه المنطق
القانون السليم.

٣- ضرورة عدم الانسياق وراء المحاولات الأثيوبية لإهدار الوقت فى
مفاوضات غير جادة، وضرورة مطالبة أثيوبيا بوقف أعمال بناء سد
النهضة مؤقتاً لحين انتهاء اللجان والمكاتب الفنية من الدراسات المطلوبة.
٤- ضرورة تمسك مصر بتطبيق المبادئ الحاكمة لإقامة السودان على الأنهار
الدولية، فضلاً عن الآليات القانونية الواردة ضمن ميثاق منظمة الأمم
المتحدة.

٥- السعى إلى انشاء هيئة دائمة لإدارة نهر النيل يضم فى عضويتها مندوبين
عن مصر والسودان وأثيوبيا.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١- المؤلفات القانونية:

- ١- د. أحمد المفتى: دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجارى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، بحث منشور تحت عنوان «قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ٢٠٠١.
- ٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، ط٢، القاهرة، ١٩٥٤.
- ٣- د. أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤.
- ٤- د. أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة ١٩٦٢.
- ٥- د. جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦.
- ٦- د. حامد سلطان: القانون الدولى العام وقت السلم، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٧- د. حلمى بهجت بدوى: أصول الالتزامات، الكتاب الأول (نظرية العقد)، مطبعة نووى، القاهرة ١٩٤٣.
- ٨- د. رشدى سعيد: نهر النيل: نشأته واستخدام مياهه فى الماضى والمستقبل، ط٢، دار الهلال، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٩- د. زكى البحيرى: مصر ومشكلة مياه النيل، أزمة سد النهضة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠١٦.

- ١٠- د. صباح لطيف الكربولوى: المعاهدات الدولية: إزامية تنفيذها فى الفقه الإسلامى والقانون الدولى، ط١، دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠١١.
- ١١- د. صبجى أحمد زهير العادلى: النهر الدولى، المفهوم والواقع فى بعض أنهار المشرق العربى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، إبريل، ٢٠٠٧.
- ١٢- د. صلاح الدين عامر:
- نهر النيل، النظام القانونى الذى يحكم الانتفاع بمياهه فى قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١.
- مقدمة لدراسة القانون الدولى العام، طبعة مصورة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢.
- النظام القانونى للأنهار الدولية، بحث منشور فى مؤلف « قانون الأنهار الدولية الجديد والمصالح العربية»، إشراف الأستاذ الدكتور صلاح الدين عامر، ٢٠٠١.
- ١٣- د. صوفى حسن أبو طالب: أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- ١٤- د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدى، النظرية والتطبيقات، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢.
- ١٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.

- ١٦- د. عبد العزيز سرحان: قواعد القانون الدولي العام في أحكام الحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧٣.
- ١٧- د. عبد الملك خلف التميمي: المياه العربية: التحدى والاستجابة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ١٩٩٩.
- ١٨- د. عبد المنعم البدرأوى: مبادئ القانون، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٢.
- ١٩- د. على إبراهيم: قانون الأنهار والمجارى المائية الدولية فى ضوء أحدث التطورات ومشروع لجنة القانون الدولي النهائى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧.
- ٢٠- د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، ط١١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥.
- ٢١- د. فتحى على حسين: المياه وأوراق اللعبة السياسية فى الشرق الأوسط، مكتبة مدبولى، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٢٢- د. محمد حافظ غانم:
- مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٢.
- الأصول الجديدة للقانون الدولي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٤.
- ٢٣- د. محمد سالم طايح: مصر وأزمة مياه النيل، آفاق الصراع والتعاون، ط١، دار الشروق، القاهرة ٢٠١٢.
- ٢٤- د. محمد سامى عبد الحميد: أصول القانون الدولي، ج٢، القاعدة الدولية، ط٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٥- د. محمد شوقي عبد العال: الانتفاع المنصف بمياه الأنهار الدولية مع إشارة خاصة لحالة نهر النيل، منتدى القانون الدولي، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

٢٦- د. محمد طلعت الغنيمي:

- الغنيمي الوسيط في قانون السلام، القانون الدولي العام أو قانون

الأمن زمن السلم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.

- أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشأة

المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.

- بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، قانون الأمم،

منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

٢٧- د. محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد، دار النشر للجامعات

المصرية، القاهرة، ١٩٤٨.

٢٨- د. مساعد عبد العاطي شتوي: مبادئ القانون الدولي الحاكمة لإنشاء السدود

على الأنهار الدولية، دراسة تطبيقية على سد النهضة الأثيوبي،

ط١، دار النيل للنشر والطباعة والتوزيع، ٢٠١٦.

٢٩- د. مصطفى سيد عبد الرحمن: قانون استخدام الأنهار الدولية في الشؤون غير

الملاحية وتطبيقه على نهر النيل، دار النهضة العربية، القاهرة

١٩٩١.

٣٠- د. مصطفى فؤاد:

- النظرية العامة للتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، مطبعة

جامعة طنطا، بدون تاريخ نشر.

- أصول القانون لدولي العام، النظام القانوني الدولي، ج٢، منشأة

المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- أصول القانون لدولى العام، النظام القانونى الدولى، ج٢، جامعة طنطا، ٢٠١٨.

٣١- د. منصور العادلى:

- قانون المياه - اتفاقية الأمم المتحدة سنة ١٩٩٧، بشأن قانون استخدام المجارى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

- موارد المياه فى الشرق الأوسط ... صراح أم تعاون (فى ظل قواعد القانون الدولى)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦.

٣٢- د. نعمان جمعة: دروس فى المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٢- رسائل الدكتوراه:

١- د. أحمد عبد الكريم إسماعيل: مبدأ حسن النية فى تنفيذ وتفسير المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠٠٧.

٢- د. أشرف عرفات سليمان: النظرية العامة للتوارث الدولى مع دراسة تطبيقية للتطورات المعاصرة فى الاتحاد السوفيتى والاتحاد اليوغسلافى السابقين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٠.

٣- د. جعفر عبد السلام: شرط بقاء الشئ على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٠.

٤- حسن على محمد المكحل: دراسة تاريخية لسياسة مصر المائية وموقف القوى الدولية والمحلية منها (١٩٢٩-١٩٥٩)، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

٥- د. سعيد سالم جويلى: مبدأ التعسف فى استعمال الحق فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٥.

٦- د. سليمان عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الأمرة فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.

٧- د. عبد المنعم فرج الصده: عقود الإذعان فى القانون المصرى، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٤٦.

٨- د. عصام صادق رمضان: المعاهدات غير المتكافئة فى القانون الدولى، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٨.

٩- د. محمد السعيد الدقاق: النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية، ودورها فى إرساء قواعد القانون الدولى، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٣.

١٠- د. مساعد عبد العاطى شتيوى: القواعد القانونية التى تحكم استخدامات الأنهار الدولية فى غير الأغراض الملاحية، دراسة تطبيقية على نهر النيل - رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢.

١١- د. هالة أحمد الرشيدى: الحقوق المكتسبة فى القانون الدولى، دراسة نظرية مع التطبيق على حقوق مصر فى مياه النيل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

١٢- د. يحيى الجمل: الإعتراف فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٦٣.

٣- أبحاث متخصصة:

١- د. إبراهيم العنانى: النظام القانونى للمجارى المائية الدولية غير المستخدم فى الملاحة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، يوليو ١٩٩٨.

- ٢- د. إبراهيم على حسن النحاس: النظام القانونى لنهر النيل المقرر بمعاهدة دولية، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد والتشريع السياسى، عدد (٤٩٨)، أبريل ٢٠١٠.
- ٣- د. أحمد أبو الوفا:
 - التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٥٤)، ١٩٩٨.
 - التعليق الثالث، القضية الخاصة بمشروع جابتشيكوفو - ناجماروس المجر وسلوفاكيا، المجلة المصرية للقانون الدولى، مجلد (٥٤)، ١٩٩٨.
- ٤- د. أحمد فوزى عبد المنعم: الالتزام بعدم التسبب فى ضرر جوهري فى ضوء اتفاقية قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجارى المائية لعام ١٩٩٧، دراسة تحليلية وتطبيقية على نهر النيل، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٦٨)، ٢٠١٢.
- ٥- د. أحمد محمد بهى الدين محمد رمضان: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، دراسة تطبيقية على الثروة البترولية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ٦- د. أحمد موسى : مركز مصر فى مسألة مياه النيل، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (١٤)، ١٩٥٨.
- ٧- د. أيمن سلامة: النظام القانونى لاستغلال مياه النيل، أوراق الشرق الأوسط، دورية متخصصة صادرة عن المركز القومى لدراسات الشرق الأوسط، القاهرة، العدد رقم (٤٦) أكتوبر ٢٠٠٩.
- ٨- د. ثروت الأسيوطى: المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصر، السنة (٦٠) أبريل ١٩٦٩، عدد (٣٣٦).

- ٩- د. حازم البيلاوى: وفرة الطاقة وندرة فى المياه العربية، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، أكتوبر ٢٠٠٤، المجلد (٣٩).
- ١٠- د. حامد سلطان: الأنهار الدولية فى العالم العربى، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٢٢)، ١٩٦٦.
- ١١- د. حمدى هاشم: التأثير البيئى لسدود نهر النيل العملاقة، مجلة العلم، أكاديمية البحث العلمى، دار التحرير للطبع والنشر، عدد (٤٤١)، يوليو ٢٠١٣.
- ١٢- د. سعيد سالم جويلى: قانون الأنهار الدولية، المؤتمر السنوى الثالث، المياه العربية وتحديات القرن الحادى والعشرين، جامعة أسيوط، فى الفترة من ٢٤-٢٦ نوفمبر ١٩٩٨.
- ١٣- د. سمعان بطرس فرج الله: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المجارى المائية الدولية فى الأغراض غير الملاحية، سلسلة بحوث سياسية رقم (١٢٠) مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، يوليو ١٩٩٨.
- ١٤- د. صلاح عبد البديع شلبي: مشكلة المياه العذبة والاتفاقية الدولية الجديدة، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٣٧)، السنة (٣٥)، يوليو ١٩٩٩.
- ١٥- د. عباس محمد شارقى:
- سد النهضة الأثيوبى، اعتبارات التنمية والسياسة، المجلة المصرية لدراسات حوض النيل، مركز البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، المجلد الأول، العدد الأول، يوليو ٢٠١٣.

- المشروعات المائية فى أثيوبيا وآثارها على مستقبل مياه النيل، مؤتمر أفاق التعاون والتكامل بين دول حوض النيل، الفرص والتحديات، ٢٥-٢٦ مايو ٢٠١٠.

- جيولوجية سد النهضة الأثيوبى وآثارها على أمان السد، مؤتمر قضية مياة النيل ١٥ مارس ٢٠١٤، قسم الجغرافيا، كلية الآداب، جامعة القاهرة.

- سد النهضة (الألفية) الأثيوبى الكبير وتأثيره على مصر، أعمال مؤتمر ٢٥ يناير ٢٠١١، ومستقبل علاقات مصر بدول حوض النيل فى الفترة من ٣٠ - ٣١ مايو ٢٠١١.

١٦- د. عبد العزيز سرحان: تطور وظيفة معاهدات الصلح، دراسات فى القانون الدولى،المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد الثالث، ١٩٧١.

١٧- د. عزيزة مراد فهمى: الأنهار الدولية والوضع القانونى الدولى لنهر النيل، الجمعية المصرية للقانون الدولى، المجلد (٣٧)، ١٩٨١.

١٨- د. محمد السعيد الدقاق: سلطان إرادة الدول فى إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد (دراسة لأحكام اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٩)، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧.

١٩- د. محمد سامح عمرو: الإخطار المسبق والتشاور كشروط مسبقة لإقامة المشروعات على المجارى المائية الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٦٧)، ٢٠١١.

٢٠- د. محمد على المداح: أزمة مياه نهر الفرات وقضية المياه فى الشرق الأوسط، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٠٠)، أبريل ١٩٩٠.

٢١- د. محمد مصطفى يونس: حسن النية فى القانون الدولى، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد (٥١)، ١٩٩٥.

- ٢٢- د. محمد يوسف علوان: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مجارى المياه الدولية، المؤتمر السنوى الثالث بجامعة أسيوط، تحت عنوان المياه العربية وتحديات القرن الحادى والعشرين، الذى عقده مركز دراسات المستقبل فى الفترة من ٢٤-٢٦ نوفمبر ١٩٩٨.
- ٢٣- د. مساعد عبد العاطى شتيوى: الضوابط القانونية الحاكمة لإنشاء المشروعات المائية على الأنهار الدولية، دراسة تطبيقية على حوض نهر النيل، مجلة آفاق أفريقية، المجلد (١١)، العدد (٣٩)، ٢٠١٣.
- ٢٤- د. مصطفى سيد أحمد صقر: مبدأ الرضائية فى الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد (٢٥)، أبريل ١٩٩٩.
- ٢٥- د. مغاوى شحاته دياب: موارد المياه فى الوطن العربى إدارتها وتنميتها، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، المجلد (٣٩)، أكتوبر ٢٠٠٤.
- ٢٦- د. ممدوح شوقى: التوارث الدولى فى المعاهدات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد (٤٥)، ١٩٨٩.
- ٢٧- د. نبيل روفائيل: الوضع الراهن للموارد المائية العربية، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٥٨)، أكتوبر ٢٠٠٤، المجلد (٣٩).

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

١- مراجع باللغة الإنجليزية:

A- Books:

- 1- Anthony A. D'Amato: The concept of custom international law, Cornell university press. 1971.
- 2- Arthur Okoth – Owiro: The Nile Treaty, State Succession and international treaty

commitments: A case study of the Nile water treaties, Nairobi Kenya, 2004.

- 3- **Attila Tanzi:** Is damage a distinct condition for the existence of an international wrongful act? Oceana publications, New York, 1987.
- 4- **Brierly J. A:** The law of nations, New York and Oxford, Oxford university press, 6th ed, 1963.
- 5- **Charles Bourne B.:** International water law, Kluwer Law International, London, 1997.
- 6- **Charles G. Fenwick:** International law, the century political science series, Appleton century-crofts, 1948.
- 7- **Dante A. Caponera:** Principles of water law and administration National and International, A. A. Balkema, Rotterdam, Brookfield, 1992.
- 8- **Ernest K. Bankas:** The state Immunity controversy in international law, private suits against sovereign states in domestic courts, Springer, united states, 2005, p. 14.
- 9- **F. J. Berber:** Rivers in international law, London: Stevens & Sons limited, 1959.
- 10- **Francis W. and John B. M:** A digest of international law, united states president, 1906, vol. 1, no. 551.
- 11- **Frank Engelen:** Interpretation of tax treaties under international law, Amsterdam, 2004.
- 12- **Georg Schwarzenberger:** International law and order, London, Stevens & sons, 1971.
- 13- **Georg Schwarzenberger:** A manual of international law, New York, Frederick A. Praeger publishers, 5th edition, 1967.
- 14- **Godana Bonaya Adhi"** Africa's shared water resources: Legal and institutional aspects of the Nile Niger and Senegal river systems, London, Pinter, 1985.

- 15- **Govert Hartogh:** Mutual Expectations: A conventionalist theory of law, Kluwer law international the Hague, London, 2002.
- 16- **H.W.A. Thirlway:** International customary law and codification, Leiden, Netherlands, 1972.
- 17- **Hans Kelsen:** The law of the united Nations, Stevens, sons limited, London, 1964.
- 18- **Herbert Arthur Smith:** The economic uses of international rivers, London, P.S. King, 1931.
- 19- **Ibrahim Kaya:** Equitable utilization, the law of the non-navigational uses of international watercourses, London, 2003.
- 20- **Ines Dombrowsky:** Conflict, cooperation and institutions in international in international water management an economic analysis, Cheltenham, 2007.
- 21- **John Cooley:** The war over water, foreign policy, vol. 54 spring 1984.
- 22- **Joseph Gabriel Starke:** International to international law, London, 1989.
- 23- **Kaya Ibrahim:** "Equitable utilization": The law of the non-navigational uses of international watercourses. Ashgate publishing limited, United States of America, 2003.
- 24- **Lipper Jerome:** "Equitable utilization", in international drainage basins, Dobbs. Ferry, New York,, 1967.
- 25- **Lord McNair:** The law of treaties, oxford, the clarendon press, 1961.
- 26- **Ludwik A. Teclaff:** The river basin in history and law, Martin us Nijhoff/ The Hague, Netherlan, 1967.
- 27- **Mahmoud Cherif Bassiouni:** International extradition: United states law and practice, Sixth edition, oxford, university press, 2014.

- 28- **Mark W.J. and Carolyn E:** Religion and international law, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1999.
- 29- **Oppenheim:** International law, vol. I, 8th, Lauterpacht, New York, 1955.
- 30- **Owen M and Tadesse D:** Sovereignty and international water law, London, 2015.
- 31- **Philip Caryl Jessup:** A modern law of Nations, New York, 1968.
- 32- **Reinhard Zimmermann:** The law of obligations Roman Foundations of the civilian tradition, oxford university press, 1996.
- 33- **Wells A. Hutchins:** Water rights laws in the nineteen western states, 2004.
- 34- **Wolfgang Barke:** The economic aid of the PR china to developing and socialist countries, university of California, 1989.
- 35- **Yacob Arsano:** Ethiopia and the Nile, Dilemmas of National and Regional Hydro politics, Dissertation for the Doctor of philosophy, the university of Zurich, Zurich, 2004.
- 36- **Yusuf Cliskan:** The development of international investment law, Boca Ration, Florida, USA, 2008.
- 37- **V. D. Degan:** Sources of international law, Martmus Nijhoff Publishers, London, 1997.

B- Articles:

- 1- **Alfred Verdross:** Jus dispositivum and jus cogens in international law, AJIL, 1966, vol. 60, no1.
- 2- **Alfred Verdross:** Forbiden treaties in international law, AJIL, 1937, vol. 31, n.3.
- 3- **Caflish Lucius:** Règles générale du droit des cours d'eau internationaux, RCADI, 1989/II, tome. 219.

- 4- **Charles Bourne B.:** The international law association's contribution to international water resources law, *Natural resources Journal*, 1996, vol. 36.
- 5- **Charles Odidi Okidi:** Review of treaties on consumptive utilization of waters of lake Victoria and Nile drainage Basin, *Natural Resources Journal*, 1982, vol.22, no.1, January.
- 6- **Charles Odidi Okidi:** Legal and policy regime of lake Victoria and Nile basins, *Indian Journal of International law*, 1980, vol. 20, no.3 July.
- 7- **Daniel Abebe:** Egypt Ethiopia, and the Nile: The Economics of international water law, *Chicago Journal of international law*, 2014, vol. 15, no.1.
- 8- **Garcia Amador:** State responsibility, *Some New Problems*, RCADI, 1958/II, tome. 94.
- 9- **Gerald Fitzmaurice:** The law and procedure of international court of justice, *BYBIL*, 1957, vol. 33.
- 10- **Gerald Fitzmaurice:** Law of treaties, *BYIL*, 1958, vol. 2.
- 11- **Graefrath B.:** Responsibility and damages caused: Relationship between Responsibility and damages, RCADI, 1984/II, tome. 185.
- 12- **Hans Kelsen:** The Principle of sovereign equality of states as a basis for international organization, *Yale Law Journal*, 1944, vol. 53, no.2, march.
- 13- **Hans Kelsen:** Collective security and collective self-defense under the charter of the united Nations. *AJIL*, 1948, vol.42, no.4.
- 14- **Hans Wehleng:** Pacta sunt servanda, *AJIL*, 1959, vol. 53, no.4, October.
- 15- **Herbert Smith:** Diversion of international waters, *BYBIL*, 1930, vol. 11.
- 16- **J. O. M. B. and Erickson S. A:** Survey of the international law of rivers, *Denver journal of*

- Internatikonol law and Policy, 1987, vol. 16, no.1.
- 17- **Jacob Austin:** Canadian – United States practice and theory respecting the international law of international rivers: A study of history and influence of Harmon doctrine, Canadian Bar Review, 1959, Vol. 37.
 - 18- **Janes Simsarian:** The digestion of waters affecting the united states and Canada, AJIL, 1918, vol. 32, no 2.
 - 19- **Kleffens Van N. E. N:** Sovereignty in international law, RCADI, 1953/I, tome. 82.
 - 20- **Kunz J.L:** The meaning and the range of the nerm pacta sunt servanda, AJIL, 1945, vol. 39, no.1.
 - 21- **Kunz J.L:** Bellum Justum and Bellum Legale, AJIL, 1951, vol. 45, n. 3.
 - 22- **Kunz J. L:** Supra-National organs, AJIL, 1952, vol. 45, no.4.
 - 23- **M. A. Fitzmaurice:** International protection of the environment, RCADI, 2001, tome. 293.
 - 24- **Marek Stanilaw Korowicz:** Some present aspects of sovereignty in international law, RCADI, 1961/I, tome. 102.
 - 25- **Magraw D. B:** Transboundary harm: The international law commission study of international liability, AJIL, 1986, vol. 80, no. 2.
 - 26- **Miriam Lowi:** Rivers of conflict and rivers of Peace, Journal of International Affaires, 1995, vol. 49, no. 1.
 - 27- **Pamela Leroy:** Troubled waters: Population and water scarcity, Colorado Journal of International Environmental law, 1995.
 - 28- **Richard Paisey:** Adversaries into partners: International water law and the equitable

sharing of downstream benefits, Melbourne Journal of international law, 2002, vol. 3.

29- **Van Kleffens:** Sovereignty in international law, RCADI, 1953/I, tome. 82.

30- **William L. Griffin:** The uses of waters of international drainage basins under customary international law, AJIL, 1959, vol. 53, no. 1, January.

٢- المراجع باللغة الفرنسية:

A- Livres:

1- **Aisha Ratib:** L'individu et le droit international public, Thèse Pour le doctorat présentée à la faculté de droit de l'université du caire fevrier 1955, Imprimerie de l'universite du caire 1959.

2- **Alfred Rieg:** Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, LGDJ, 1961.

3- **Emer De Vattel:** Les droit des gens ou principes de la loi naturelle, tome.I, Paris, 1963.

4- **Georges Scelle:** Droit international public: Manuel Elémentaire avec les texts essentiels, la édition Domat-Montcherastien, 1944.

5- **Georges Scelle:** Précis de droit des gens: Principes et systématique, vol. II, Paris, 1934.

6- **Georges Vedel:** Cours de droit constitutionnel et d'intitutions politiques, Paris, 1961.

7- **Harodo valladão:** Démocratisation et socialization du droit international, Paris, Sirey, 1962.

8- **Hersch Lauterpacht:** The Function of law in the international community, Oxford University Press, 2011.

- 9- **Jacqué Jean-Paut:** Elément pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, Paris, LGDJ, 1972.
- 10- **Jean Roche:** Précis du droit public, préface de J. Poly coll, 2ed; Paris, 1965.
- 11- **Jean - Paul Jaqué:** Element pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, L.G.D.J., paris, 1972.
- 12- **Léon Duguít:** Traité de droit constitutionnel, tome. I, 3éme édition, 1927.
- 13- **Louis Cavaré:** Le droit internationa Public positif, Tome.I, Paris, 1967.
- 14- **Marc Wolform:** L'utilisation à des fins autres que la navigation des eaux et des fleuves lacts et canaux internationaux. A. Pedone, Paris, 1964.
- 15- **Nguyen Quoc Dinh:** Droti international public, paris, LGDJ, 1975.
- 16- **Paul Fauchille:** Traité de droit international public,vol.I,Paris, 1926.
- 17- **Richard Young:** Le droit des institutions specialisés de organization Nations Unies, université de Paris II, 1974.
- 18- **Simone Dreyfus:** Droit des relations internationales, Paris, CUJAS, 1978.
- 19- **Wassara Samsson:** Le régime juridique international du Nil: Comparaison avec d'autres bassins fluviaux, thèse, université de paris XI, 1994, tome. I.
- 20- **Wolform Marc:** L'utilisation à des fins autres que le navigation des eaux et des fleuves lacs et canaux internationaux, A. Pedoine, Paris, 1964.

B- Articles:

- 1- **Alfred Verdross:** Règles générales du droit international de la paix, RCADI, 1929/III, tome. 30.
- 2- **Andrassy Juraj:** L'utélisation des eaux des bassins fluviaux internationalux, REDI, 1960, vol. 16.
- 3- **Andrassy Juraj:** Les relations internationales de voisinage, RCADI, 1951/II, tome. 79.
- 4- **Cafilisch Lucius:** Règles générales du droit des cours d'eau internationaux,RCADI, 1989/II, tome. 219.
- 5- **Cahrles- Albert Morand:** La législation dans les communautés Européennes, Paris, Librairie général de droit et de Jurisprudence, 1968.
- 6- **Claude-Albert Colliard:** Évolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux. RCADI, 1968/III, tome. 85.
- 7- **De Toubé Baron Michel:** L'inviolabilité des traités, RCADI, 1930/II, tome. 32.
- 8- **Fernand de visscher:** La renonciation du gouvernement britannique au droit de représailles sur les biens de particuliers allemands, Revue du droit international et de législation comprée, 1920, vol. 47.
- 9- **Furet,Marie, Fancoise:** L'application des concepts du droit prive en droit international public, RGDIP, 1964, vol. 68, no.4.
- 10- **Gaetano Morelli:** Cours général de droit international public, RCADI, 1956/I, tome. 89.
- 11- **Heinrich Triepel:** Les rapports entre le droit interne et le droit international, RCADI, 1923/I, tome.I

- 12- **Hubert Thierry:** Les arrêts du 20 decembre 1974 relatifs aux Essais nucléaires Français et les relations de la France avec la cour internationale du justice, AFDI, 1974, vol. 20.
- 13- **Jean-Flavien Lative:** Contract entre Etats et personnes privées, RCADI, 1983/III, tome. 181.
- 14- **Jess S. Beeves:** La communauté internationale, RCADI, 1924/II, tome. 3.
- 15- **John Boardman Whitton:** La règle "Pacta sunt servanda", RCADI, 1934/III, tome. 49.
- 16- **Jules Basdevant:** Règles générales du droit de la paix, RCADI, 1936/II, tome. 48.
- 17- **Jurai Andrassy:** L'utilisation des eaux des bassins fluviaux international, REDI, 1960, vol. 16.
- 18- **Manfred Lachs:** Le developpement et les fonctions des traités multilatéraux, RCADI, 1957/II, tome. 92.
- 19- **Michel Virally:** Réflexions sur le "Jus cogens", AFDI, 1966, vol. 12.
- 20- **Mircea Djuvara:** Le Fondement de l'ordre juridique positif en droit international, RCADI, 1938/II, tome. 64.
- 21- **Monaco R:** Cour général de droit international public, ACADI, 1968/III, tome 207.
- 22- **Morelli G:** Course général de droit international public, RCADI, 1956/I, tome. 89.
- 23- **Paul Guggenheim:** Les principes de droit international public, RCADI, 1952/I, tome. 80.
- 24- **Paul Reuter:** Principes de droit international Public, RCADI, 1961/II, tome. 103.
- 25- **Rolando Quadri:** Le Fondement du caractère obligatoire du droit international public, RCADI, 1952/I, tome. 80.

- 26- Schwebel S. M:** Droit relative aux utilisations des voies d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Deuxième rapport, ACIDI, 1982-II.
- 27- Von Bar:** L'exploitation industrielle des cours d'eau internationalux ao point de vue droit international, RGDI, 1910, vol. 17.

ثالثاً: أحكام محكمة العدل الدولية:

- CIJ,** Recueil des arrêts. Avis consultatifs et ordonnances, Affaire edes Essais Nucléaires (Australie-France), Arrêt du 20 décembre 1974, para. 49.
- CIJ,** fisheries jurisdiction (united Kingdom v. Iceland), judgment, Jurisdiction, 2 February 1973, par.38.
- CIJ,** Poports of judgments. Advisory opinions and orders, case concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia) Judgment of 25 September 1997, n. 692, par. 104.

رابعاً: أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي:

- PCIJ,** Series A/B, Judgment, orders and international justice n.70, The diversion of water from the Meuse, 28 Juin 1937, p.27-28.
- PCJI,** case relating to the territorial jurisdiction of the international commission of the river Oder, Series. A, no. 23, 1929, p. 26-28.