بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية مصر العربية
مجلس الدولة
رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رقم التبليغ:	٦٤١
بتاريخ:	٢٠١٨/ ٥ / ٩

ملف رقم: ٥٨٢/١/٥٤

السيد الأستاذ المستشار/ نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الأولى لقسم الفتوى

تحية طيبة، وبعد،

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (٢٣٢٤) المؤرخ ٢٠١٦/٨/٣٠ بشأن مشروع العقد المزمع إبرامه بين الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية، وهيئات التصنيف الدولية الأعضاء فى الجمعية الدولية لهيئات التصنيف لقيام الأخيرة بأداء خدمات المعاينة الفنية، وإصدار الشهادات والتقارير الفنية، وتقارير المعاينات للسفن الرافعة للعلم المصرى المسجلة فى مصر، وتقييم تلك السفن، والشركات المشغلة لها لتحديد مدى استيفاء الاشتراطات الواردة فى المعاهدات والمدونات الدولية، والاشتراطات التى تضمنتها التشريعات الوطنية، وكذا القيام بالاختبارات والمعاينات بأية اتفاقية يتم التصديق عليها مستقبلًا نيابة عن الهيئة.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أنه بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٤ ورد إلى إدارة الفتوى للوزارات والمصالح العامة بمحافظة الإسكندرية كتاب رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية بشأن مراجعة مشروع العقد المشار إليه، والذى أحالته إلى اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة للاختصاص. ولدى مراجعة اللجنة مشروع العقد المعروض بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٠١٦/٧/٢٧ ثار خلاف فى الرأى عما إذا كان المشروع فى حقيقته ترخيصًا وليس عقدًا، فى ضوء قيام الجهة الإدارية بتضمينه القواعد المطبقة بالاتفاقيات الدولية للسلامة البحرية، مما ينتفى معه ركن الرضاء، أم أنه مشروع عقد مكتمل الأركان تختار الجهة الإدارية من خلاله أفضل الهيئات الدولية للتعاقد معها، وحال كونه مشروعَ عقد ثار خلاف فى الرأى عما إذا كان يتعين على الجهة الإدارية عند إبرامه أن تتبع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون

رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، باعتباره الشريعة العامة الحاكمة لإبرام العقود الإدارية، أم أنه نظرًا لطبيعته الخاصة وأن أساس الالتزام فيه الاتفاقيات الدولية، يخرج عن أحكام الشريعة العامة المشار إليها. وإزاء تنازع الآراء ارتأت اللجنة إحالة الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة فى ٢٤ من إبريل عام ٢٠١٨م، الموافق ٨ من شعبان عام ١٤٣٩هـ؛ فتبين لها أن المادة (١٥١) من دستور عام ١٩٧١ – قبل إلغائه – كانت تنص على أن: "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقًا للأوضاع المقررة...". وأن المادة (٢٢٤) من الدستور الحالى تنص على أن: "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور، يبقى نافذًا، ولا يجوز تعديلها، ولا إلغاؤها إلا وفقًا للقواعد، والإجراءات المقررة في الدستور...". وأن المادة (٨٩) من القانون المدنى تنص على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معيّنة لانعقاد العقد". وأن المادة (الأولى) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات – المعدلة بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ – تنص على أن: "يُعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة – من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة – وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها أو في لوائحها الصادرة بناءً على تلك القوانين والقرارات...".

كما تبين لها أن المادة (الثانية) من القانون رقم (٢٣٢) لسنة ١٩٨٩فى شأن سلامة السفن تنص على أن: "يعتبر جزءا متمما لهذا القانون: (أ) أحكام الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار لعام ١٩٧٤ والفصول الملحقة بها من الأول إلى السابع، الصادر بالموافقة عليها قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٧٢) لسنة ١٩٨١...". وأن قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٧٢) لسنة ١٩٨١ بشأن الموافقة على الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار التي أقرتها المنظمة الاستشارية البحرية للحكومات في ١٩٧٤/١١/١، – والذى نشر فى الجريدة الرسمية هو والاتفاقية المذكورة بتاريخ ٣١ من ديسمبر ١٩٨١ فى العدد رقم (٥٣) – نص فى (مادة وحيدة) على: "الموافقة على الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار التي أقرتها المنظمة الاستشارية البحرية للحكومات في ١٩٧٤/١١/١ وذلك مع التحفظ بشرط التصديق". وأن المادة (الأولى) من قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٩٩) لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية تنص على أن: "تنشأ هيئة عامة تسمي (الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية) تكون لها شخصية اعتبارية

مستقلة وتتبع وزير النقل..."، وأن المادة (الثانية) منه تنص على أن: "تهدف الهيئة إلى إدارة وتنظيم شئون الملاحة البحرية على المستوى القومي في إطار الخطة السياسية والاقتصادية العامة للدولة ورقابة ومتابعة أداء المنشآت والأجهزة المنوط بها تحقيق السلامة البحرية وربطها بالمجال الدولي، وبما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها جمهورية مصر العربية."، وأن المادة (الثالثة) منه تنص على أن: "تباشر الهيئة الاختصاصات التي تكفل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ولها على الأخص ما يأتي: ... ٨- رقابة المستويات الفنية للسفن والوحدات البحرية المصرية التي تبني محليا أو التي تشتري من الخارج للتحقق من توافر الاشتراطات الفنية بها طبقا للمستويات الدولية وإصدار شهادات تسجيلها وشهر التصرفات التي ترد عليها وكذا إصدار وتجديد شهادات الصلاحية وتراخيص الملاحة اللازمة لتسييرها...".

واستعرضت الجمعية العمومية ما استُقِر عليه، قضاءً وإفتاءً وفقهًا، من أن المشرع استنّ أصلًا عامًّا في القانون المدني مقتضاه أن العقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته بقصد إحداث أثر قانوني معين، هو إنشاء الالتزام شريطة توافق الإرادتين، فما تلاقت عليه إرادة طرفيه يصبح مضمونه ملزمًا لكل منهما، فلا يجوز لأيّهما أن يتنصل من التزاماته الناشئة عنه بإرادته المنفردة، وإنما يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته طبقا لمضمونه، وأن يتوخى في ذلك حسن النية، وأن الترخيص هو تصرف إدارى مؤقت بطبيعته من جانب الإدارة تتمتع فى منحه أو إلغائه أو سحبه بسلطة تقديرية واسعة دون منازعة من قبل المرخص له، ويترتب عليه تخويل المرخص له مجرد حيازة وقتية يرتبط حقه فى التمتع بها وجودًا وعدمًا بأوضاع وشروط يترتب علي تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها جواز تعديل أوصاف هذه المزية أو سقوط الحق فيها متى كان هدف الجهة الإدارية تحقيق المصلحة العامة، على نحو يستحيل معه أن يكون محل الترخيص تخويل المرخص له سلطة ممارسة الاختصاص المقرر قانونًا للمرخص، كما أن الولاية العامة بعمومها لا يجوز التفويض فيها إلا بنص وإلى من عيّنهم النص، فالمشرع قد يمنح الاختصاص، وينظم التفويض فيه إجازة أو حظرًا أو تنظيمًا، ويحدد من يجوز تفويضه فيه، وذلك على وجه الخصوص بالنسبة إلى هذا الاختصاص بالذات. وقد يمنح المشرع الاختصاص ويسكت عن حكم التفويض فيه فتسرى فى شأنه القواعد العامة بشأن التفويض في مثل هذا الاختصاص، شريطة ألا يتأبى هذا الاختصاص على التفويض، كأن يكون التفويض فى الاختصاص إلى غير الجهات الإدارية المنوطة بها ممارسة وجه السلطة العامة، فالأصل أن التفويض لا يكون إلا بين الجهات الإدارية، على نحو يضحى معه محل التفويض سلطة ممارسة المفوض إليه – فى حدود التفويض – الاختصاص المقرر قانونًا للمفوض.

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، أن دستور عام ١٩٧١ (الملغى) كان يضفى على الاتفاقيات التى يبرمها رئيس الجمهورية متى مرت بمراحلها الدستورية، ومنها الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار لعام

١٩٧٤ التى صدر بالموافقة عليها قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٧٢) لسنة ١٩٨١ وتم نشرها فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٨١، قوة القانون. وأن الدستور الحالى نص على استمرار العمل بكل ما قررته القوانين قبل العمل به، ومن هذه القوانين قانون سلامة السفن المشار إليه، والذى نص على اعتبار الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح فى البحار المشار إليها جزءًا متممًا لأحكامه. وأنه بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٩٩) لسنة ٢٠٠٤ تم إنشاء الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية – وتتبع وزير النقل – وتهدف إلى إدارة وتنظيم شئون الملاحة البحرية على المستوى القومى، ورقابة ومتابعة أداء المنشآت والأجهزة المنوط بها تحقيق السلامة البحرية، وربطها بالمجال الدولي، وبما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها مصر، وتنعقد لها مباشرة الاختصاصات التى تكفل تحقيق أهدافها، ومن بينها رقابة المستويات الفنية للسفن والوحدات البحرية المصرية التي تبني محليًا أو التي تشتري من الخارج طبقا للمستويات الدولية، وإصدار شهادات تسجيلها، وشهر التصرفات التي ترد عليها، وإصدار وتجديد شهادات الصلاحية وتراخيص الملاحة اللازمة لتسييرها.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، أنه بصدور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والعمل به، وما تضمنه من إفصاح جهير بشأن سريان أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وإلغاء العمل بكل النصوص التشريعية التي تخالف أحكام هذا القانون، فقد أضحت جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وجميع وحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية، خاضعة لأحكامه فيما نظمه من وسائل وإجراءات لإبرام العقود، أيًا كانت طبيعتها القانونية، وباتت هذه الجهات مقيدة في تصرفاتها بتلك الوسائل والإجراءات، فإذا ولّت وجهها عن هذه الإجراءات كان مسلكها مخالفًا للقانون، إلا أنه بموجب القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ أضحت أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الشريعة العامة الحاكمة لإبرام الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية، لتعاقداتها مع الغير وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها أو في لوائحها الصادرة بناءً على تلك القوانين والقرارات.

وبالإضافة إلى ما سبق فقد تبين للجمعية العمومية من استعراض أحكام الاتفاقية الدولية لسلامة البحار لعام ١٩٧٤ وبروتوكولاتها، أنها تجيز للهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية، كونها الجهة الإدارية المختصة بتنفيذ أحكام قانون سلامة السفن المشار إليه، والمنوط بها إصدار الشهادات الدولية والمحلية، وتراخيص الملاحة، وإجراء الرقابة على جميع السفن والوحدات البحرية التى توجد فى الموانئ المصرية أو التى تعمل فى المياه الإقليمية، على الوجه السابق بيانه، أن تعهد بهذه العمليات إلى هيئات التصنيف الدولية المعتمدة وفقًا للاتفاقية التى تختارها.

وأن الفقرة (١٨) من مدونة تنفيذ الصكوك الصادرة عن المنظمة البحرية الدولية – والتى قامت بإقرارها بتاريخ ٤ من ديسمبر ٢٠١٣ بالقرار رقم (٢٨)A.١٠٧٠، ودخلت حيز النفاذ فى أول من يناير عام ٢٠١٦ – أجازت لدولة العلم بالنسبة إلى السفن التى يحق لها أن ترفع علمها فحسب، أن تعهد إلى هذه الهيئات القيام نيابة عنها بإجراء عمليات المعاينة والتفقد، وإصدار الشهادات والمستندات، ووضع العلامات على السفن، وغير ذلك من الأعمال القانونية التى تقتضيها الاتفاقيات الصادرة عن المنظمة البحرية الدولية أو التى تقتضيها التشريعات الوطنية للدولة، ويكون إسناد ذلك إلى الهيئات المذكورة طبقًا للمتطلبات المنطبقة التى تنص عليها الصكوك الإلزامية بغية التحقق من استيفاء الهيئة أو الهيئات التى يقع عليها الاختيار الاشتراطات المقررة، ومن بينها تمتعها بالموارد الكافية، والقدرات الفنية والإدارية للاضطلاع بالمهام المنوطة بها، وأن يتم الاتفاق على ذلك كتابة، وأن يتضمن هذا الاتفاق الحد الأدنى للعناصر المنصوص عليها فى الصكوك ذات الصلة الصادرة عن المنظمة أو أن يستند هذا الاتفاق إلى الاتفاق النموذجى لتفويض الهيئات المعتمدة، وتزويدها بالمعايير الإضافية التى تطبقها الجهة الإدارية على السفن التى ترفع علمها بما يجاوز متطلبات الاتفاقيات الدولية.

كما تبين للجمعية العمومية أن السلطة الجوازية المشار إليها، والتى تعقدها الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح فى البحار للهيئة المذكورة، بوصفها الجهة الإدارية المختصة – حال استعمال الهيئة لها – لا تُعد من الناحية القانونية بمثابة ترخيص منها لهيئات التصنيف الدولية المعتمدة المشار إليها بالاتفاقية، إذ يستحيل قانونًا أن يكون محل الترخيص تخويل المرخص له ممارسة الاختصاص المقرر قانونًا للجهة الإدارية مصدرة الترخيص، كما أنها لا تعد تفويضًا من الهيئة لهيئات التصنيف الدولية فى مباشرة الاختصاص المعقود لها قانونًا، على أساس أنه لا يجوز للجهات الإدارية التفويض فى الاختصاص المقرر لها إلى غير الجهات التى لا يجوز لها ممارسة وجه السلطة العامة. ولما كان ذلك، وكانت إرادة تلك الهيئات موضع اعتبار فى قبول القيام بالعمليات المشار إليها، وتحديد الشروط الحاكمة لذلك، حيث لا يتأتى إجبار أى منها على القيام بها رغمًا عنها، ومن ثم يكون سبيل الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية لاستعمال تلك السلطة التقديرية هو الاتفاق مع هيئات التصنيف الدولية على ذلك، وإبرام عقد مع من يقع عليه الاختيار منها، ممن تتوافر فيه الشروط المقررة وفقًا للاتفاقية آنفة الذكر وبروتوكولاتها، يتضمن تحديد الالتزامات المتبادلة بين الطرفين وفقًا للمتطلبات التى تضمنتها مدونة الصكوك الدولية الإلزامية أو طبقًا للاتفاق النموذجى لتفويض الهيئات المعتمدة، تقوم بمقتضاه هيئات التصنيف الدولية بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقها، وتخضع بمقتضاه لإشراف الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية.

والحاصل أن هيئات التصنيف الدولية الأعضاء فى الجمعية الدولية لهيئات التصنيف، هى هيئات متعددة، يجرى الاختيار من بينها، وإذ خلت الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح فى البحار المشار إليها،

بحسبانها سند السلطة الجوازية للهيئة المصرية للملاحة البحرية فى الاستعانة بأى من تلك الهيئات من بيان الشروط والإجراءات التى تلتزم الهيئة باتباعها لاختيار من تتعاقد معه من بينها، الأمر الذى تضحى معه أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه هى الواجبة الاتباع فى هذا الصدد، باعتبارها الشريعة العامة الحاكمة لهذا الاختيار والتعاقد، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى لوائح الهيئة المصرية للسلامة البحرية الصادرة بناءً على قرار إنشائها، وذلك إعمالًا لحكم المادة الأولى من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المشار إليه معدلًا بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣.

لـــذلـــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى:

أولًا: أن مشروع الاتفاق المعروض محض مشروع عقد إدارى يخضع إبرامه لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى اللوائح المعمول بها فى الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية.

ثانيًا: إعادة مشروع العقد المعروض إلى اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة لتجرى شئونها.

وذلك كله على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ٩ / ١٠ / ٢٠١٨

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار/
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس
المكتب الفني
المستشار/
مصطفى حسن السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة