حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات في شركة المساهمة

"دراسة مقارنة في التشريع المصري والسوري "

إعداد

أحمد عادل أبوزيد

مقدمة :

يعد سوق المال في الوقت الحالي احد اهم روافد الدولة الاقتصادية الاستثمارية، إذ أنه يعد سوقاً خصباً للحصول على التمويل اللازم للشركات من جمهور المدخرين من جهة ،و مجالاً خصباً لاستثمار المدخرين اموالهم من جهة ثانية، وكان لا بد من اجل حماية وتنظيم العمليات الاستثمارية في سوق المال من تامين الاطار التشريعي المناسب لتأمين وصول معلومات كافية ومناسبة عن الشركة التي يرغب المستثمرون في الاستثمار فيها، سواء عن طريق شراء أسهم فيها، أو شراء سندات طرحتها في الأسواق المالية . ولا يكفي الحصول على معلومات عن الشركة وعلى وجه الخصوص معلومات مالية، بل لابدّ فوق ذلك من أن تكون تلك المعلومات على درجة عالية من الصحة والموثوقية،

وتحقيقاً لتلك الغاية، ومن أجل إضفاء الثقة حول البيانات المالية لشركات المساهمة المرتبطة في سوق الاوراق المالية قيداً او نشاطاً، نصّت تشريعات الدول المنظمة لشركات المساهمة على الزام الشركة بتعيين مراقب لحساباتها[١] يتولى عملية الرقابة على حسابات وأعمال الشركة ويبدي رأيه الفني والمحايد حول مدى مصداقية القوائم المالية للشركة وصدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي للشركة، ويؤدي مراقب الحسابات من خلال تقريره حول القوائم المالية دوراً فعّالاً في اضفاء الثقة حولها على النحو الذي يغرس في صدور المستثمرين الطمأنينة ان كان رأيه ايجابياً، والشك ان كان رأيه سلبياً، على النحو الذي يخدمهم في عملية اتخاذ قراراتهم الاستثمارية . ولمّا كان مراقب الحسابات يعد احد اهم الادوات الرقابية في شركة المساهمة، ويمارس أعمال الرقابة على حساباتها بوصفه وكيلاً عن مجموع المساهمين، فلا بد من اجل حسن ممارسته لعمله من وضع وسائل وادوات تكفل له حسن قيامه بعمله على اكمل وجه، ومن أهم تلك الوسائل حقه في الاطلاع على المعلومات وطلب البيانات من الشركة الخاضعة لرقابته .

ولمّا كان الحق المذكور يرتبط بعملية المراجعة ويعد من الوسائل التي لا بدّ منها للقيام والسير قدماً في عملية المراجعة، كفل المشرع المصري وغيره من المشرعين تمكين مراقب الحسابات استعمال ذلك الحق ومنع وضع العراقيل في طريقه عن طريق وضع مجموعة من الوسائل بين يدي المراقب يلجأ اليها في حال عدم تمكينه من استعمال حقه المذكور ،حيث نص قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات، كما واكد على ذلك أيضاً قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١.

---

[١] : اختلفت التشريعات في تسميته، ففي التشريع المصري والكويتي يُسمى بـ " مراقب الحسابات "، وفي التشريع السوري والاماراتي والأردني يسمى بـ " مدقق الحسابات"، وكان يُسمى في ظل أحكام قانون التجارة السوري القديم الملغى بـ " مفتش الحسابات " . وفي المملكة المتحدة يسمى بـ " The Auditor ". ونجد أن علماء الاقتصاد يطلقون عليه أحياناً تعبير" المراجع الخارجي " أو " المراجع المستقل " .

١ : أهمية واهداف البحث:

أهمية البحث

تنبع أهمية البحث من حث كونه يواجه حقاً هاماً من حقوق مراقب الحسابات التي لا غنى له عنها في ممارسته لعمله، فحق المراقب في الاطلاع يعد بمثابة أداة من أدوات العمل المهني فلكل عمل ادواته الخاصة وعمل مراقب الحسابات أداته الخاصة تتمثل في تمكينه من الاطلاع على المعلومات وطلب البيانات من الشركة وتامين سبل احترام ذلك. وبالتالي لا بد - والحال كذلك - من بيان الأحكام القانونية المنظمة لتلك الوسيلة الهامة وضوابط استخدمها على النحو الذي يحقق الغاية من تكريسها.

ولا يقف الامر عند هذا الحد، بل لا بد من بيان الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لضمان احترام استخدام مراقب الحسابات لحقه في الاطلاع وطلب المعلومات وعدم وضع العراقيل في طريقه. إذْ ما الفائدة من تكريس حق من دون وسائل رادعة تكفل احترامه وعدم انتهاكه. ومن هنا تأتي اهمية البحث في الوسائل القانونية التي تكفل احترام حق المراقب في الاطلاع وطلب المعلومات .

اهداف البحث

يهدف البحث الى تحقيق جملة من الأهداف التالية :

- بيان مضمون حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات، ومن هم الاشخاص الذين يحق لهم ممارسة الحق وفي مواجهة من يمكن التمسك به .
- يهدف البحث الى بيان الوسائل القانونية التي وضعها المشرع بين يدي مراقب الحسابات من اجل التغلب على العراقيل التي تعترض طريقه، وبيان مدى فعاليتها ومدى قدرتها على تحقيق الغاية من تكريسها.

٢ : اشكاليات البحث وصعوباته

ان لكل بحث اشكاليات معينة، واشكالية هذا البحث تكمن في عدم وضوح أبعاد حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات، ومدى تعارض هذا الحق مع حق الشركة في الحفاظ على أسرارها، ومدى شمول سلطة المراقب في الاطلاع وطلب المعلومات الى غير الشركة من عدمه، فهل يحق له ان يمارس سلطته تجاه البنوك المتعاملة مع الشركة مثلاً؟ وهل يتعارض ذلك مع حق البنوك في التمسك بالسرية المصرفية؟

كما وتكمن اشكالية البحث في معرفة تأثير العراقيل التي توضع في طريق مراقب الحسابات على تقريره النهائي وسبل التغلب عليها ومدى كفاية تلك السبل من عدمه .

أمّا عن أهم الصعوبات التي واجهت الباحث في البحث، فتتمثل فيما يلي :

ـ قلة المراجع التي تناولت دراسة وتحليل دور مراقب الحسابات في شركة المساهمة من الناحية القانونية، فعلى الرغم من أن الاقتصاديون قد تناولوا كافة جوانب دور مراقب الحسابات من الناحية المهنية والمحاسبية، إلا أن الاهتمام القانوني بهذا الدور يكاد يكون شبه منعدم .
ـ ندرة الأحكام القضائية التي تناولت تحليل دور مراقب الحسابات سواء كانت على الصعيد العالمي أو على الصعيد المحلي في مصر وفي سورية، والذي يعود بالدرجة الأولى الى قلة – ان لم نقل ندرة - الاهتمام القانوني بدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة .

٣ : منهج البحث

ان من انجع وسائل البحث في حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات يكمن في بحثها بحثاً تحليلياً بهدف التعرف على الضوابط الخاصة بممارسة ذلك الحق، وتحليلها وصولاً الى مدى فعاليتها،

ولمّا كان المشرع السوري قد أصدر حديثاً قانوناً متطوراً لتنظيم الشركات في العام ٢٠١١ وسبقه بعامين قانوناً لتنظيم مهنة المحاسبة في سورية، كان لا بد من اتباع المنهج المقارن، وبالإضافة الى المنهج التحليلي، وذلك بهدف مقارنة احكام التشريع السوري الجديد مع التشريع المصري وصولاً الى تقييم موقف المشرع السوري الجديد والاستفادة من التجربة المصرية في المجال التشريعي للمحاسبة،

ومن هنا تتمثل منهجية البحث في المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين التشريع السوري الجديد والتشريع المصري .

٤ : مخطط البحث

سنتناول في معرض البحث الخطة التالية :

مطلب تمهيدي : مفهوم مراقب الحسابات في شركة المساهمة

المبحث الأول : مضمون حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات

المطلب الأول : النطاق الموضوعي لحق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات

المطلب الثاني : النطاق الشخصي لحق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات

المبحث الثاني : الوسائل القانونية التي تكفل احترام حق المراقب في الاطلاع وطلب المعلومات

المطلب الأول : الاعتراض أمام الإدارة

المطلب الثاني : تقرير مراقب الحسابات

مطلب تمهيدي
مفهوم مراقب الحسابات في شركة المساهمة

أولاً : اهمية دور مراقب الحسابات

يلعب مراقب الحسابات دوراً هاماً في شركة المساهمة، فقد بات مفتاح البيئة القانونية السليمة لعمل شركة المساهمة ولحوكمة الشركات فيها[٢]، وقد لقب بقاضي الأرقام، وتتجلى أهمية دوره في شركة المساهمة فيما يلي :

---

[٢] : يقصد بحوكمة الشركات مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين إدارة الشركة والمتعاملين معها من الشركاء وأصحاب المصلحة من الآخرين ، على أساسٍ من تحديد الحقوق وتنفيذ الالتزامات ، وفقًا لما يستوجبه حسن النية في إدارة الشركة والرقابة عليها، انظر، د. عمار حبيب جهلول آل علي خان ، النظام القانوني لحوكمة الشركات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٢٧ ، وفي نفس المعنى ما ذهب إليه البعض بأن مفهوم حوكمة الشركات يشير إلى مجموعة القوانين والقواعد والمعايير التي تحدد العلاقة بين إدارة الشركة من ناحية ، وحملة الأسهم وأصحاب المصالح او الأطراف المرتبطة بالشركة من ناحية آخرى، انظر: د. ماجدة شلبي ، تطور أداء أسواق الأوراق المالية المصرية في ظل التحديات ومعايير حوكمة الشركات وتفعيل نشاط التوريق ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، أكتوبر ٢٠٠٨ ، العدد ٤٩٢ ، السنة ١٠٠ ، القاهرة ، ص ٣٩، وفي الفقه الأجنبي وبعبارة مختصرة يقصد بحوكمة الشركات تلك النظم الذي يتم من خلالها توجيه الشركات والتحكم، انظر: Brian R. Cheffins, The History of Modern U.S. Corporate Governance , ١٣ October ٢٠١٠, p ١

١ : أهمية دوره لمساهمي الشركة: يلعب مراقب الحسابات دوراً فعّالاً في تامين الرقابة على حسابات الشركة، حيث أنّه ونظراً لضخامة عدد المساهمين وعدم توافر الخبرة الفنية والمحاسبية فيهم الكفيلة في التأكد من صحة البيانات المالية المقدمة من ادارة الشركة[٣]، فضلاً عن بُعد مكان اقامتهم عن مركز الشركة في معظم الاحيان[٤]، ولمّا كان من المتعذر على المساهم ممارسة حقه في تسيير أمور الشركة، أو ما يعبر عنه بنية المشاركة وذلك بشكل مباشر[٥] ، تظهر الحاجة ملحة الى ضرورة تدخل شخص مهني ومتخصص ومستقل في شؤون المحاسبة يبدي رأيه الفني والمحايد حولها، فكثرة عدد المساهمين وعدم اهتمامهم بمراقبة الاجهزة الادارية في الشركة أدى الى عدم فاعلية الجمعية العامة في ممارسة الرقابة على مجلس الإدارة[٦]. ومن هنا يأتي أهمية دور مراقب الحسابات في الوصول الى تلك الغاية. حيث يبدي رأيه الفني والمحايد في مدى عدالة القوائم المالية المعدّة من قبل إدارة الشركة وصدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي للشركة.

٢ : أهمية دوره للشركة كمشروع: يؤدي مراقب الحسابات دوراً هاماً في حماية مصلحة الشركة كمشروع اقتصادي يسعى الى تنمية نشاطه وازدهاره، فعن طريق التزام مراقب الحسابات في الكشف في تقريره السنوي عن المخالفات التي ارتكبتها الشركة والمؤثرة على المركز المالي للشركة او لنشاطها يمكن التخفيف من حالات مخالفة الشركة لأحكام القوانين على النحو الذي يؤدي الى التخفيف من حالات نشوء عراقيل وعقبات قانونية قد تعترض سير نشاط الشركة فيما لو امعنت في ارتكاب المخالفات، فمراقب الحسابات يعد بمثابة جهاز تحذيري لمصلحة المساهمين ينبههم بالمخالفات التي قد تؤثر على المركز المالي للشركة او على نشاطها، وما من شك في أن ذلك يصب في النهاية في مصلحة الشركة كمشروع اقتصادي يسعى الى تنمية نشاطه ضمن حدود القوانين . كما ويلعب تقييم مراقب الحسابات لمدى مقدرة الشركة على الاستمرار في عملها دوراً هاماً وفعّالاً في تنبيه المساهمين الى بعض النقاط التي قد تشكل عقبات مستقبلية في طريق استمرار الشركة في عملها حتى يكونوا على علم مسبق بها ويتخذوا من التدابير ما يكفل التغلب عليها قبل حدوثها .

٣ : أهمية دوره في حماية الاقتصاد الوطني: تعد شركة المساهمة النموذج الأمثل والوحيد لشركات الأموال، فهي من أهم الشركات التي تضطلع بالمشروعات الاقتصادية الكبرى، ومن أقدر أنواع الشركات على حشد وتجميع رؤوس الأموال[٧]، وما من شك في أن التلاعب في البيانات المالية التي تصدرها الشركات المساهمة يشكل عاملاً هاماً من عوامل نشوء الهزات والازمات الاقتصادية في الدولة، فمراقب الحسابات يلعب دوراً محورياً في محاولة الكشف عن الغش والأخطاء المرتكبة في القوائم المالية للشركات والتي تعدها ادارة الشركة لترسلها الى جمهور المستفيدين منها من بنوك ودائنين ومساهمين ومستثمرين حاليين ومحتملين، ويستخدم في سبيل ذلك مجموعة من الوسائل التي وضعها القانون بين يديه كالاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها واوراقها وصولاً في نهاية المطاف إلى الرأي الفني والمحايد حول القوائم المالية. و التاريخ يروي لنا حوادث اقتصادية مؤلمة سببها الرئيسي التلاعب في البيانات المالية، فما انهيار شركتي

---

[٣] : د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٨، ص ٢٩٣، د. عاشور عبدالجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ٦٣٤، د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١/٢٠٠، ص ٥٤٧.

[٤] : د. الياس حداد (و) د. محمد عاشور، القانون التجاري، بري، بحري، جوي، منشورات جامعة دمشق، قسم المحاسبة، سورية، ص ١٣٦.

[٥] : د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، سورية، ١٩٩٩/٢٠٠٠، ف ٦٠٢، ص ٤٦٣.

[٦] : د. مصطفى محمد رجب، قانون الأعمال وفقاً لقانون التجارة الجديد واحدث تعديلات قانون الشركات، بدون تاريخ، بدون ناشر، ص ٢٧٧.

[٧] : د. خليل فيكتور تادرس، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ، ص ٢٥١.

انرون و وردكوم إلا أحد الامثلة على تواطئ مراقب الحسابات مع إدارة الشركة على التلاعب في البيانات المالية للشركة واخفاء خسائر وايراد ارباح صورية في القوائم المالية للشركة، حيث تواطئ مراقب حساباتها ارثر اندرسون مع ادارتها[٨].

٤ : أهمية دوره لجمهور المستثمرين: ان قيام شخص مهني محاسبي متخصص ومستقل بتقييم البيانات المالية الصادرة عن ادارة الشركة والموجهة الى جمهور المستفيدين ومن بينهم المستثمرين من شأنه أن يضفي الثقة على تلك البيانات، ويبعث برسائل ايجابية او سلبية حول حقيقة المركز المالي للشركة التي يعزم المستثمرون على استثمار مدخراتهم فيها، فهو بمثابة مستشار مالي غير مباشر لصالح جمهور المستثمرين يضفي على البيانات المالية برأيه المهني والفني والمحايد الثقة[٩] . وبالتالي فإن المطلوب من مراقب الحسابات هو تحقيق الحسابات والعمليات الخاصة بالشركة ليشهد ما اذا كانت الحسابات الحالية تعبر بوضوح وحقيقة عن المركز المالي للشركة. ونتيجة لذلك يتحمل مراقب الحسابات المسئولية الناجمة عن الخسائر التي يتكبدها الجمهور الذي اعتمد على شهادة مراقب الحسابات حول حسابات الشركة وتعامل مع الشركة أو استثمر فيها، ولعلّ هذه المسئولية من أكثر مجالات مقاضاة مراقبي الحسابات [١٠].

ثانياً: السلطة المختصة بتعيين مراقب الحسابات

١ : السلطة الأصلية المختصة باختيار مراقب الحسابات: تتفق أغلب تشريعات الدول المنظمة لمراقب الحسابات في شركات المساهمة المقيدة في بورصة الأوراق المالية في الحكم القانوني الخاص في تحديد السلطة الأصلية، حيث تسند أغلب التشريعات تلك المهمة الى الجمعية العامة لشركة المساهمة بحسبانها السلطة الأصلية المختصة في التعيين، وعلى رأس تلك التشريعات يأتي التشريع المصري في قانون الشركات[١١] رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، والمشرع السوري في قانون الشركات السوري الجديد[١٢] رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١، حيث أسندوا تلك المهمة الى الجمعية العامة.

---

[٨] : ارثر اندرسون كان يتولى اعمال المراجعة الداخلية في الشركة، كما كان يتولى تقديم خدمات استشارية للشركة بشكل هائل، راجع في تفاصيل ذلك، د. احسان بن ناصر المعتاز، انهيار شركة انرون وازمة اخلاقيات الأعمال، مقال منشور على موقع جامعة ام القرى على الرابط التالي (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٦ ، ١٢.٤٥) :

https://old.uqu.edu.sa/page/ar/١٨٩٧٦

وراجع أيضاً : Stephen Griffin LLB,M.PHIL ,Company Law , Fundamental Principles , Fourth edition , Pearson Longman , ٢٠٠٦ , p ٣٦٨ .

[٩] : د. أمين السيد أحمد لطفي، المسئولية القانونية لمراقبي الحسابات تجاه عميل المراجعة والطرف الثالث والمجتمع، القاهرة، ٢٠٠١/٢٠٠٠، موسوعة د. امين لطفي في المراجعة، الكتاب الثالث، بدون ناشر، ص ١٠ .

[١٠]: Alastair Hudson ,Understanding Company Law, ٢٠١٢, Routledge , p ١٠٣.

[١١] : المادة ١٠٣ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ . وكذلك الأمر بالنسبة إلى التشريع الكويتي، حيث تنص المادة ٢٥٨ من قانون الشركات الجديد رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ على أنه ((مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ المشار إليه، يكون لشركة المساهمة العامة مراقب حسابات أو أكثر تعينه الجمعية العامة العادية بعد موافقة بنك الكويت المركزي بالنسبة للشركات الخاضعة لرقابته.....))، وكذلك الأمر أيضاً بالنسبة إلى التشريع القطري حيث تنص المادة ١٤١ من قانون الشركات القطري الجديد الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((يجب أن يكون لكل شركة مساهمة عامة مراقب حسابات أو أكثر تعينه الجمعية العامة لمدة سنة وتتولى تقدير أتعابه، ويجوز لها إعادة تعيينه ....)) . وكذلك الامر ، أكد قانون الشركات الصادر في المملكة المتحدة سنة ٢٠٠٦ في الفقرة (٢) من المادة (٤٨٩) على ان يكون التعيين قبل انتهاء الاجتماع السنوي للجمعية العامة للشركة ومن قبل الجمعية العامة للشركة، حيث جاء نصّها على النحو الآتي :

٢ : **الجهات الاستثنائية في اختيار مراقب الحسابات:** إذا كان الأصل هو منح الجمعية العامة للشركة باعتبارها السلطة العليا في الشركة الاختصاص الاصيل في تعيين مراقب الحسابات ، فإن التشريعات المنظمة لمراقب الحسابات في شركات المساهمة قد منحت مجموعة من الجهات في حالات وفي شروط محددة سلطة تعيين مراقب الحسابات ، وسنتعرض لها بشكل موجز على النحو التالي :

(٢/أ) : التعيين بواسطة مؤسسي الشركة والجمعية التأسيسية: يعين مؤسسو الشركة في القانون المصري مراقب حسابات الشركة الأول[١٣]، وتختص الجمعية التأسيسية للشركة وفق المادة ٢٨ في المصادقة على اختيار أعضاء مجلس الإدارة الأول ومراقب الحسابات الذي يعينه المؤسسون . كما وتوجب المادة ١٢٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال[١٤] على المتقدمين بطلبات تأسيس الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية تقديم إقرار من مراقب حساباتها يفيد قبوله التعيين بها، كما ويجب ان يحتوي النظام الأساسي لصندوق الاستثمار على جملة من البيانات ومن بينها أسماء مراقبي حسابات الصندوق[١٥]، وهذا يعني انه من الناحية العملية يتم اختيار مراقب الحسابات الأول من قبل مؤسسي الشركة[١٦]، ويتم التصديق عليه من قبل الجمعية التأسيسية. وإعمالاً لأحكام المادة ٢٨ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يحق للجمعية التأسيسية تغيير مراقب الحسابات ورفض المصادقة على اختيار المراقب المعين من قبل المؤسسين ، وذلك استناداً إلى سلطتها في تعديل نظام الشركة ، فمراقب الحسابات الأول يرد اسمه ضمن بنود نظام الشركة الذي يعرض على الجمعية التأسيسية والتي يحق لها ادخال تعديلات عليه شريطة موافقة المؤسسين والأغلبية العددية للشركاء الممثلين لثلثي رأس المال على الأقل، ويقصد بالأغلبية العددية كما ذهب جانب من الفقه-وبحق- اغلبية رأس المال سواء كانوا من المؤسسين او غيرهم لأن عبارة النص لا تستقيم على غير ذلك[١٧].

(٢/ب): التعيين بواسطة مجلس الإدارة : كما سبق القول ، أسندت تشريعات الدول المختلفة مهمة تعيين مراقب الحسابات بصفة أصلية إلى الجمعية العامة للشركة وذلك في الاجتماع السنوي لها ، ولمّا كانت

" For each financial year for which an auditor or auditors is or are to be appointed (other than the company's first financial year), the appointment must be made before the end of the accounts meeting of the company at which the company's annual accounts and reports for the previous financial year are laid".

[١٢] : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٨٥ من قانون الشركات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنه ((تنتخب الهيئة العامة جهة لتدقيق حساباتها لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد من جدول مدققي الحسابات الصادر عن الوزارة المعنية وتقرر بدل اتعابها أو تفوض مجلس الادارة بتحديد هذه الاتعاب ....)) .

[١٣] : تنص المادة ١٠٣ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على انه ((يكون لشركة المساهمة مراقب حسابات او اكثر ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في قانون مزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة تعينه الجمعية العامة وتقدر اتعابه وفى حالة تعدد المراقبين يكونون مسئولين بالتضامن واستثناء من ذلك يعين مؤسسو الشركة المراقب الاول))،

[١٤] : تنص المادة ١٢٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري على أنه ((تقدم طلبات تأسيس الشركات التي تعمل في مجال الأوراق المالية الى الهيئة على النموذج الذي تعده الهيئة مرفقاً به الأوراق الآتية : ...٤: إقرار من مراقب الحسابات يفيد قبوله التعيين ....)) .

[١٥] : تنص المادة ١٤٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على أنه ((يجب أن يشتمل هذا النظام – النظام الأساسي لصندوق الاستثمار – على ما يلي : ..... ١٣ : أسماء مراقبي حسابات الصندوق)) .

[١٦] : د. فارس العجمي ، رقابة سوق المال على ادارة محافظ الاوراق المالية وصناديق الاستثمار ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢، ص ٤٦٨-٤٦٩.

[١٧] : د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، ١٩٩١، بدون ناشر، ص ٢١٩.

اجتماعات الجمعية العامة العادية سنوية ، بالإضافة إلى تعقد اجراءات دعوة الجمعية العامة وصعوبتها ، فضلاً عن تكاليفها التي قد لا ترغب الشركة في تحملها نظراً لضعف مواردها، وكان من الممكن أن يشغر منصب مراقب الحسابات لأي سبب كان، ظهرت الحاجة الى ضرورة إيجاد حل في الحالات الاستثنائية والتي لا يوجد فيها مراقب حسابات من أجل ضمان استمرار الرقابة على الشركة تحقيقاً لمصالح المساهمين، واتجهت أنظار التشريعات صوب مجلس الإدارة[١٨]، وفي مصر ألزم قانون الشركات المصري[١٩] مجلس الإدارة بضرورة اتخاذ اجراءات تعيين مراقب الحسابات بشكل فوري في حال شغور منصب المراقب لأي سبب كان ويعرض ذلك على الجمعية العامة في أول اجتماع لها . وبناء على ذلك، وضع المشرع المصري حلاً لمسألة شغور منصب مراقب الحسابات في الشركة لأي سبب كان سواء بالاستقالة او الوفاة او غيره من الأسباب ، وبالتالي يتعين على مجلس الإدارة اتخاذ اجراءات تعيين المراقب البديل بشكل فوري على ان يعرض ذلك على الجمعية العامة في أول اجتماع لها[٢٠] . أمّا في سورية، فقد حجب قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ عن مجلس الإدارة سلطة تعيين مراقب الحسابات في الحالات الطارئة، وأسند تلك المهمة الى وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية .

(٢/ج): الجهاز المركزي للمحاسبات : تضمن المشرع المصري في قانون شركات تلقي الأموال رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ استثناءً من الأصل العام ،حيث نصت المادة ١٠ منه على أنه يتولى مراقبة حسابات الشركة التي تعمل في مجال تلقي الأموال وفق احكام القانون المذكور مراقبان يعين أحدهما من قبل الجمعية العامة

---

[١٨] : في فرنسا، إن السلطة المختصة في تعيين مراقب الحسابات في شركة التوريق تتمثل في مجلس الإدارة، أما اذا كانت منظمة التوريق متخذة شكل صندوق فإن مجلس إدارة شركة الإدارة هو المختص في تعيين مراقب الحسابات، راجع : أستاذنا الدكتور احمد فاروق وشاحي ، عملية التوريق بين النظرية والتطبيق ، دراسة لأحكام القانون المصري والقوانين المقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، بدون تاريخ، ص ١١٩ .

[١٩] : تنص المادة ١٠٣ ((... فإذا لم يكن للشركة في أي وقت لأي سبب مراقب حسابات تعين على مجلس الإدارة اتخاذ اجراءات تعيين المراقب فوراً ، ويعرض ذلك على الجمعية العامة في أول اجتماع لها ...)) .

[٢٠] : وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ /١٩٩٢ قد كرست استثناء آخر يتجلى في منح مجلس ادارة شركة صندوق الاستثمار سلطة الموافقة على تعيين مراقبي حسابات الصندوق ، بينما يعود الى مدير الاستثمار الحق في تعيينه وعرضه على المجلس الذي له السلطة النهائية في الموافقة على التعيين من عدمه، ، وبالتالي يعتبر قرار التعيين هنا – على حد وصف البعض - من قبيل القرارات المركبة . انظر: د. فارس العجمي ، رقابة سوق المال على ادارة محافظ الاوراق المالية وصناديق الاستثمار، مرجع سابق ، ص ٤٦٥ . وينتقد أغلب الفقه هذا الحل والاستثناء لأنه يجعل من مراقب الحسابات بمثابة أداة مرنة في يد مجلس الإدارة مما يحول دون استقلاليته في عمله، (د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات ، سنة ١٩٩١ ، بدون ناشر. ص٢٩٩ ، د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ، ص ٣٣٥ ، د . رحاب محمود داخلي علي ، الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٠، ص ١٣٠- ١٣١ ، أ: سارة أحمد حمدان عبد الرازق ، حقوق المساهم المرتبطة بإدارة شركة المساهمة والرقابة عليها ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢ ، ص ١١٢، د. عايض حامد ذياب الشنون ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة في القانون الأردني والمصري ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٣٥)، بينما يثني جانب من الفقه على هذا الحل ويصفه بالفطن وذلك بسبب التأخر المتصور في اجراءات دعوة الجمعية العامة للانعقاد، د. فارس العجمي ، رقابة سوق المال على ادارة محافظ الاوراق المالية وصناديق الاستثمار ،مرجع سابق، ص ٤٧١.

للشركة ، بينما يعين الآخر من قبل الجهاز المركزي للمحاسبات[٢١] . وفي هذا الصدد ، ترى استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي – وبحق – أن تدخل المشرع في صدد شركات تلقي الاموال وفرضه تعيين أحد المراقبين من قبل الجهاز المركزي للمحاسبات هو أمر مرغوب به ، حيث قصد المشرع من وراه حماية جمهور المستثمرين في هذه الشركات سيما وانّهم لا يملكون الحق في الإدارة وفق تنظيم الشركة القانوني وبالتالي لن يكون بمقدورهم المساهمة في تعيين مراقب الحسابات ، أضف إلى ذلك مخاوف المشرع من قيام الشركات بتوزيع عائد من أصل رأس المال أو من أموال الايداعات ، لذلك ضاعف من رقابة الدولة على هذا النوع من الشركات حماية منه للاقتصاد القومي للبلاد [٢٢] .

(٢/د): وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية السورية: منح المشرع السوري[٢٣] وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية سلطة تعيين مراقب الحسابات بصفة استثناء في الحالات التي يشغر فيها منصب مراقب الحسابات، وعند توافر تلك الحالات يتعين على مجلس الإدارة ان يقترح على الوزارة ثلاثة أسماء من قائمة مدققي الحسابات المعتمدين من هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية حتى تنتقي منهم من يملأ المركز الشاغر[٢٤] .

٣: دور لجنة المراجعة[٢٥] في تعيين مراقب الحسابات : لم يحدد قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ القواعد التي تحكم آلية تعيين مراقب الحسابات من قبل الجمعية العامة ، بل أشارت اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد إلى تلك الإجراءات الخاصة بمراقبي حسابات البنك، حيث يتعين أن يتم اقتراح تعيين مراقبي الحسابات بناء على توصية من لجنة المراجعة[٢٦] . ونتيجةً لهذا الفراغ التشريعي الجزئي ،اهتمت قواعد الحوكمة في مصر[٢٧] وحرصت على التأكيد على ضرورة ان يتم التعيين

---

[٢١] : في الحقيقة ، يعد هذا النص بمثابة استثناء من الأصل العام ، إلا انه استثناء جزئي كرس لأجل غرض معين ، بمعنى آخر لم يسلب المشرع من الجمعية العامة للشركة الحق في التعيين بشكل كامل بل جعل معها شريكاً يشاركها مناصفةً الاختصاص في التعيين ، وبالتالي يعتبر تدخل الجهاز المركزي للمحاسبات وتعيينه مراقب للحسابات بمثابة استثناء جزئي من الأصل العام.

[٢٢] : د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١١ ، ص ١٢٧٦ وما بعدها .

[٢٣] : تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٨٥ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنه ((٣: اذا اهملت الهيئة العامة انتخاب مدقق لحساباتها أو اعتذر هذا المدقق أو امتنع عن العمل فعلى مجلس الادارة ان يقترح على الوزارة ثلاثة اسماء من جدول مدققي الحسابات الصادر عن الوزارة المعنية أو من قائمة مدققي الحسابات المعتمدين من هيئة الأوراق/ بحسب الحال/ لتنتقي منهم من يملأ المركز الشاغر)) .

[٢٤] : حبذا لو أسند المشرع تلك السلطة الى هيئة الاوراق والأسواق المالية السورية بدلاً من الوزارة وذلك بالنسبة للشركات المقيدة في البورصة كون الهيئة أقدر على انتقاء مراقب الحسابات بما يتناسب مع حجم ونشاط الشركة المقيدة في البورصة من وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.

[٢٥] : تسمى لجنة المراجعة في مصرو ولجنة التدقيق في سورية.

[٢٦] : تنص المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد والصادرة بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ١٠١ لسنة ٢٠٠٤ على انه ((تتولى اللجنة الداخلية للمراجعة المشكلة في كل بنك تطبيقاً لأحكام المادة ٨٢ من القانون / قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المشار إليه / الاختصاصات التالية :أ : اقتراح تعيين مراقبي الحسابات وتحديد اتعابهما .....)) ، وكانت المادة ٨٢ من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ قد نصت على أنه ((تشكل في كل بنك لجنة داخلية للمراجعة من ثلاثة اعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين يختارهم المجلس، كما تنشأ لجنة تنفيذية يشكلها مجلس إدارة البنك من بين أعضائه التنفيذيين والعاملين بالبنك ، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون اختصاصات ونظام العمل في اللجنتين التنفيذيتين المشار إليهما ....)) .

[٢٧] : ينص البند رقم ٥.٤.٢ من دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات الصادر عن مركز المديرين المصري في فبراير ٢٠١١ على أنه ((على مجلس الإدارة بناءً على توصية لجنة المراجعة ترشيح مراقب الحسابات....)). كما وينص البند٧-١-٢ من القواعد

بناء على اقتراح من مجلس الإدارة وتوصية من لجنة المراجعة[٢٨] ، وهذا ما أكدته قواعد حوكمة الشركات[٢٩] في المملكة المتحدة سنة ٢٠١٤ وأكدت على ذات الاجراءات الفقرة (٣) من المادة (٤٣) من التوجيه الأوروبي[٣٠] الصادر عن البرلمان الاوروبي في ١٧ مايو / أيار ٢٠٠٦ ، والمتعلق بالمراجعة القانونية للحسابات السنوية والموحدة رقم ٤٣ /٢٠٠٦/ EU ،والمعدل بعض أحكامه بالتوجيه[٣١] رقم ٢٠١٤/٥٦/ EU والصادر بتاريخ ١٦ أبريل / نيسان ٢٠١٤.

وإذا كان ترشيح مجلس الإدارة لمراقب الحسابات وعرضه على الجمعية العامة لتعتمده ما هو الا تكريس للواقع العملي السائد ، إلا أن الجديد في قواعد الحوكمة هو حرصها الشديد على ان يتم ذلك الترشيح بناء على توصية من لجنة المراجعة ' وبناء على ذلك ، يمر تعيين مراقب الحسابات بمرحلتين :

المرحلة الأولى : توصية لجنة المراجعة ألزمت قواعد حوكمة الشركات الصادرة في مصر واللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد بالنسبة للبنوك تعيين مراقب الحسابات بناءً على توصية من لجنة المراجعة ، حيث تقوم بتوصية وتزكية مجموعة من اسماء مراقبي الحسابات وترشحهم على مجلس الادارة ليختار منهم الأصلح لشغل منصب المراقب وعرضه على الجمعية العامة لتعتمده . وعلى الرغم من التزام مجلس الادارة اللجوء الى طلب الرأي والتزكية من قبل لجنة المراجعة إلا أنّه لا يوجد عدد معين يتعين على اللجنة التقييد به في التوصية، بل لها سلطة تقديرية في تحديد العدد الكافي للتوصية وعرضه على المجلس. أما فيما يتعلق بمدى التزام مجلس الادارة بهذه التوصية من عدمه ، نجد

التنفيذية لحوكمة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وغير المقيدة في البورصة والصادرة عن الهيئة العامة لسوق المال سنة٢٠٠٧ على أنه ((على مجلس الإدارة بناءً على توصية لجنة المراجعة ترشيح مراقب الحسابات ....)) . والجدير بالذكر أن تدخل لجنة المراجعة في تعيين مراقب الحسابات عن طريق التوصية يتمتع بقوة الزامية أكبر بالنسبة للبنوك والشركات الخاضعة للقواعد التنفيذية لحوكمة الشركات الصادرة عن الهيئة العامة لسوق المال سنة ٢٠٠٧ مقارنةً بالشركات التي ينطبق عليها معايير مركز المديرين الصادرة في فبراير ٢٠١١ ويعود ذلك الى قوة الأداة القانونية المكرسة لهذا التدخل في البنوك والشركات الخاضعة لقواعد ٢٠٠٧ عنها في معايير مركز المديرين ٢٠١١.

[٢٨] : وفي المملكة المتحدة، نصّت قواعد حوكمة الشركات الصادرة سنة ٢٠١٤ في الفقرة (C.٣.٢/٤) والفقرة (C.٣.٢/٧) على أنّه من بين مهام ومسئوليات لجنة التدقيق تقيم التوصيات حول تعيين أو إعادة تعيين أو تغيير مراقب الحسابات تقدمها الى مجلس الإدارة حتى يعرضها على المساهمين في الاجتماع

[٢٩] : The UK Corporate Governance Code , September ٢٠١٤ , (C.٣.٢/٤) " to make recommendations to the board, for it to put to the shareholders for their approval in general meeting, in relation to the appointment, re-appointment and removal of the external auditor and to approve the remuneration and terms of engagement of the external auditor ".(C.٣.٢/٧) " The audit committee should have primary responsibility for making a recommendation on the appointment, reappointment and removal of the external auditors .... ".

[٣٠] : Official Journal of the European Union, English edition , Volume ٤٩, Legislation, ٩ June ٢٠٠٦ , P ٨٧ , available and visited at ٢١/٣/٢٠١٦ , ٠٠.٥٢ p.m ((Directive ٢٠٠٦/٤٣/EC Of The European Parliament and Of The Council Of ١٧ May ٢٠٠٦(Article ٤١/٣)," ٣: In a public-interest entity, the proposal of the administrative or supervisory body for the appointment of a statutory auditor or audit firm shall be based on a recommendation made by the audit committee ".))

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:٣٢٠٠٦L٠٠٤٣&from=EN

[٣١] : Official Journal of the European Union, English edition , Volume ٥٧, Legislation, ٢٧ May ٢٠١٤ , P ٧٧ , available and visited at ٢١/٣/٢٠١٦ , ٠٠.٥٢ p.m

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:٣٢٠١٤L٠٠٥٦&from=EN

ان مجلس الادارة غير ملزم في قبول توصية لجنة المراجعة ، فالمنطق القانوني يفرض ان التوصيات لا تتمتع بالقوة الالزامية بل تتمتع بالقوة الادبية . ويلاحظ أيضاً أن سلطة مجلس الادارة في رفض توصية لجنة المراجعة غير مطلقة بل هي مقيدة في عدم التعسف في استعمال حقه في رفض التوصية ، ويتمثل ذلك في ضرورة ان يكون للمجلس اسباب سائغة تبرر رفض توصية اللجنة . وبالتالي يدعو الباحث - وتوافقاً مع سلوكيات الحوكمة الرشيدة - الى محاولة التوفيق في الآراء بين مجلس الادارة ولجنة المراجعة من اجل ازالة اسباب الخلاف حول المرشحين ، فإذا باءت محاولة التوفيق بالفشل وأصر كل من الطرفين على رأيه ، يستطيع مجلس الإدارة عندها ترشيح مراقب على الجمعية العامة دون النظر الى توصية اللجنة شريطة عرض كل من لجنة المراجعة والمجلس لأسبابهم على الجمعية العامة حتى تكون على علم بأسباب الخلاف قبل التصويت على اختيار المراقب[٣٢]، وما من شك في أنه ليس من مصلحة مجلس الإدارة انشاء عداوة ونزاع بينه وبين اللجنة ، فإذا لم يكن على درجة عالية من الاقتناع بقوة وجدية الاسباب التي دفعته الى الاصرار على رأيه ، فهذا من الممكن ان يؤدي به الى موقف محرج في حال جنوح الجمعية العامة الى الاخذ بتوصية لجنة المراجعة ، ويثير شكوكاً حول رأي المجلس . وهنا يكمن الفرق بين التزام المجلس في طلب الحصول على توصية من لجنة المراجعة وبين عدم التزام المجلس في مضمون تلك التوصية المقيد بقيد عدم التعسف في استعمال حقه وضرورة وجود أسباب مبررة وسائغة للرفض .

المرحلة الثانية: ترشيح مجلس الإدارة : وفي هذه المرحلة يتولى مجلس الإدارة ترشيح مراقب الحسابات بعد حصوله على توصية لجنة المراجعة او مع رفض التوصية في حال الخلاف مع اللجنة ، ويعرض المرشح على الجمعية العامة للمساهمين لتختار المراقب وتعتمده . وللجمعية العامة السلطة المطلقة في رفض هذا الاقتراح او قبوله واعتماده . ويشير الواقع العملي الى أن عدم فاعلية المساهمين واهتمامهم في حضور اجتماعات الجمعية العامة للشركة أدى الى سيطرة مجلس الادارة على قرارات الجمعية العامة وبالتالي قرار اعتماد المراقب[٣٣]، وبالطبع تبرز أهمية تفعيل مبادئ حوكمة الشركات ودورها الهام في حث المساهمين على المشاركة الفعالة في اجتماعات الجمعية العامة وضرورة ادراك دورهم في الرقابة على المجلس عن طريق الجمعية العامة[٣٤] .

---

[٣٢] : وهذا ما أكدته قواعد حوكمة الشركات في المملكة المتحدة سنة ٢٠١٤ من حيث أنه اذا لم يوافق مجلس الإدارة على توصية لجنة التدقيق، ينبغي عليه - تطبيقاً للفقرة (C.٣.٢/٧) - أن يضمن التقرير السنوي وأي ورقة من اجل تعيين أو اعادة تعيين بيان يشرح فيه توصية لجنة التدقيق والأسباب التي دفعت المجلس إلى اتخاذ موقف مختلف، حيث جاء نصّ الفقرة المذكورة على النحو الآتي :

The UK Corporate Governance Code , September ٢٠١٤ , (C.٣.٢/٧)" ..... If the board does not accept the audit committee's recommendation, it should include in the annual report, and in any papers recommending appointment or re-appointment, a statement from the audit committee explaining the recommendation and should set out reasons why the board has taken a different position" .

[٣٣] : الجدير بالذكر أن ظاهرة عدم حضور المساهمين قد بلغت مبلغاً كبيراً، وان عدد المساهمين المسيطرين قد بلغ في أحد المواقف مبلغاً طريفاً ، حيث انه في أحد كشوف حضور المساهمين في إحدى الشركات المقيدة بالبورصة وهي شركة ام بي للهندسة قد بلغ عدد المساهمين الحاضرين (والطريف انهم كانوا حاضرين بالأصالة) اثنان من المساهمين فقط أحدهم رئيس مجلس الإدارة بنسبة رأسمال وقدره ٦٥ % وبمقدار١٣ مليون سهم من ٢٠ مليون، راجع : محضر اجتماع الجمعية العامة لشركة إم بي للهندسة M.B المنعقد بتاريخ ٢٠١٥/٣/٣١ في مقر الشركة في الجيزة ،متوفر على موقع البورصة المصرية على الرابط التالي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٥/٤/٥ :http://www.egx.com.eg/downloads/Bulletins/١٧٤٤٩١_١.pdf

[٣٤] : وغني عن البيان ان الجمعية العامة غير ملزمة بتبرير رفضها لترشيح مجلس الادارة ، على اعتبار انها صاحبة السلطة الأصلية والنهائية في اختيار مراقب الحسابات ، ولها في حال حدوث اختلاف بين المجلس وبين لجنة المراجعة ان تأخذ بتوصية لجنة المراجعة اذا ما اقتنعت بالأسباب التي بينتها اللجنة.

المبحث الأول

مضمون حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات

إن منح مراقب الحسابات الحق في الإطلاع وطلب المعلومات ما هو إلا ضرورة حتمية لممارسة مهامه الرقابية على أعمال وحسابات الشركة، إذ لا يمكن للمراقب ممارسة عمله وصولاً إلى الرأي الفني والمحايد من غير منحه الحق في الإطلاع على بيانات الشركة وطلب المعلومات اللازمة لأداء مأموريته . وبقدر القيود المفروضة على ممارسة المراقب للحق المذكور بقدر ما تكون عملية المراجعة غير ناجعة ، وسنتناول في هذا المبحث النطاق الموضوعي للحق في الإطلاع وطلب المعلومات (المطلب الأول) ، ونوضح فيه محل الحق في الاطلاع وطلب المعلومات ووقت ومكان ممارسة الحق وآليته، ثم ننتقل بعدها لنبين النطاق الشخصي للحق في الإطلاع وطلب المعلومات (المطلب الثاني)، نبين فيه الأشخاص الذين يحق لهم الإطلاع وطلب المعلومات والأشخاص الذين يُطلب منهم الإطلاع والمعلومات وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

النطاق الموضوعي للحق في الاطلاع وطلب المعلومات

أولاً: مضمون الحق في الاطلاع وطلب المعلومات

١: مضمون الحق في الإطلاع : نظمت المادة ١٠٥ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ حق مراقب الحسابات في الاطلاع، حيث جاء فيها ((للمراقب في كل وقت الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها ....)) ، كما ونصّت المادة ١٨٧ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((.... وله حق الاطلاع في كل وقت على دفاتر الشركة وحساباتها وأوراقها وصندوقها، ....))[٣٥] . ويتبين من النصوص السابقة، ان المشرع في مصر وسوريا سار على درب

---

[٣٥] : وأكدّت ذات الحق أيضاً المادة ٣٩ من قانون تنظيم مهنة المحاسبة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩و حيث جاء فيها ((للمحاسب القانوني حق الاطلاع على جميع الدفاتر والقيود المحاسبية والوثائق المؤيدة لها وبيان الوضع المالي الحقيقي للشركة أو المؤسسة وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تقلص صلاحيات المحاسب القانوني بشكل يؤدي إلى إعاقته عن قيامه بمهامه وعلى جميع الجهات التي يمارس المحاسب القانوني عمله أمامها أن تقدم له التسهيلات التي يقتضيها قيامه بواجباته وأن تمكنه من الاطلاع على الأوراق والمستندات والسجلات وكافة الوثائق والمعلومات والبيانات اللازمة لمباشرة عمله)) . وفي المملكة المتحدة، نصّت المادة ٤٩٩ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ على حق مراقب الحسابات في الحصول على المعلومات، حيث يملك مراقب الحسابات في الشركة الحق في الوصول - في كل الأوقات - الى كتب الشركة وحساباتها ومستنداتها، وجاء نص الفقرة المذكورة على النحو الآتي :

"(١) An auditor of a company- (a) has a right of access at all times to the company's books, accounts and vouchers (in whatever form they are held ".

وأيضاً اكدّت الفقرة (١) من المادة ٣٤١ من قانون الخدمات والأسواق المالية البريطاني سنة ٢٠٠٠ Financial Services and Markets Act على حق مراقب الحسابات في الاطلاع على المعلومات والكتب والبيانات، حيث جاء نصّها على النحو الآتي :

"(١) An appointed auditor of, or an appointed actuary acting for, Access to books an authorised person— etc. (a) has a right of access at all times to the authorised person's books, accounts and vouchers; and (b) is

التشريعات المنظمة لدور مراقب الحسابات في شركات المساهمة[٣٦] ومنح مراقب الحسابات تمكيناً له من القيام بمهامه على أحسن وجه حق الاطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها، فمراقب الحسابات يتولى أعمال الرقابة على حسابات وأعمال الشركة ، ويتعين عليه في نهاية المراجعة ابداء رأيه الفني والمحايد في مدى عدالة القوائم المالية ومدى صدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي للشركة، ولن يتاح له ذلك سوى بتمكينه من الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وسجلاتها، فالشركة إذاً يمكن تشبيهها بأنها كتاب مفتوح بين يدي المراقب يقرأ منه ما يريد وفي أي وقت يريد، امّا عن مدى حق الاطلاع، فيشمل حق المراقب في الاطلاع على :

(أ) جميع دفاتر الشركة بدون استثناء، ويشمل ذلك دفاتر الشركة الاجبارية ودفاترها الاختيارية، ولا يسوغ للشركة الامتناع عن اطلاع المراقب على بعض الدفاتر بداعي سريتها أو كونها دفاتر اختيارية ليست اجبارية، ذلك أن النص جاء عاماً ومطلقاً، ومن المقرر أن المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم الدليل على تقييده .

(ب) سجلات الشركة، ويشمل ذلك حق المراقب في الاطلاع على جميع سجلات الشركات سواء كانت سجلات محاسبية او غير محاسبية، وسواء كانت سجلات واردات او سجلات صادرات، ولا يسوغ للشركة منع المراقب من الاطلاع على بعض السجلات بداعي عدم أهميتها وجدواها لعمل مراقب الحسابات، ذلك ان مراقب الحسابات هو من يملك سلطة تقدير مدى جدواها وفائدتها من عدمه.

(ت) مستندات الشركة، ويشمل ذلك جميع مستندات الشركة سواء تعلقت تلك المستندات بعقود أبرمتها الشركة مع الغير أو قرارات اتخذتها الشركة لتنظيم العمل داخلها، وسواء كانت تلك المستندات في حوزة الشركة او في حوزة الغير، ويدخل من بينها محاضر جلسات مجلس الإدارة ومحاضر اجتماع الجمعيات العامة ، ومحاضر اللجان المنبثقة عن مجلس الإدارة كلجنة المراجعة.

ويذهب جانب من الفقه الى القول بان قضية (١٨٩٥) *Re London and General Bank* التي فصلت بها المحاكم البريطانية تمثل علامة فارقة في تأسيس مسئولية مراقب الحسابات وواجبه في فحص سجلات الشركة ودفاترها لتكوين رأيه حول ما اذا كانت تلك السجلات والدفاتر تعبرا حقاً Truly عن الموقف المالي

---

entitled to require from the authorised person's officers such information and explanations as he reasonably considers necessary for the performance of his duties as auditor or actuary.

[٣٦] : تنص المادة ٢٦٠ من قانون الشركات الكويتي الجديد رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته على أنّه ((لمراقب الحسابات، في كل وقت، الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها، وفي طلب البيانات التي يرى ضرورة الحصول عليها، وله كذلك أن يحقق موجودات الشركة والتزاماتها. وعليه في حالة عدم تمكينه من استعمال هذه الحقوق إثبات ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس الإدارة ويعرض على الجمعية العامة العادية وتخطر به الوزارة والهيئة))، أمّا في قطر، فلم ينص قانون الشركات القطري الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات، بل نص عليه قانون تنظيم مهنة مراقبة الحسابات القطري رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٤ في المادة ٢٢ حيث جاء فيها : ((للمحاسب القانوني في سبيل مزاولة مهنته ما يلي : ١ : الاطلاع على الدفاتر والسجلات والمستندات وغيرها من الوثائق، وله الحق في طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها أو يرى انّها ضرورية ولازمة لتأدية مهامه بصورة كاملة وصحيحة ، ٢: الحصول على كافة الأدلة التي تؤيد رأيه الذي توصل إليه طبقاً للمعايير والأصول المهنية، ولا يجوز لأي شخص أن يمنع أو يحجب أيّة وثائق أو بيانات أو معلومات يراها لازمة لتنفيذ مهامه)) . كما وتنص الفقرة (٣) من المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((٣: لمدقق الحسابات مراجعة جميع السجلات والأوراق والمستندات الأخرى للشركة، ...)) وأكدت نفس المعنى المادة ١٩ من القانون الاتحادي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤ والخاص بمهنة مدققي الحسابات في الامارات .

للشركة[٣٧]، و تتلخص وقائعها[٣٨] في أن البنك المذكور قام بإقراض مجموعة من الشركات في ظل ظروف تبعث الشك في قدرتها على دفع القرض، وحيث ان مراقب الحسابات قد فشل في تقريره في اجراء المقارنة بين الميزانية العمومية ودفاتر الشركة وبالتالي نسب إليه اهمال، وحيث اكد القاضي Lindley L J بأن عمل مراقب الحسابات يتمثل في التأكد من حقيقة المركز المالي للشركة وتساءل القاضي كيف يمكن ان يتم ذلك؟ وأجاب عن ذلك بأنه يتوجب على مراقب الحسابات أن يبذل عناية معقولة في التأكد من أن دفاتر الشركة تعبر عن الموقف الحقيقي للشركة من خلال الرجوع اليها والتأكد منها وبدون ذلك يصبح التزامه على حد قول القاضي أسوأ من المهزلة . worse than a farce

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى اقتصار حق المراقب في الاطلاع على دفاتر ومستندات السنة المالية الجارية أم يمتد الى سنوات سابقة؟ يذهب جانب من الفقه – يؤيده الباحث – الى القول بأن حق المراقب في الاطلاع لا يقتصر على السنة الحالية بل يمتد الى دفاتر ومستندات السنوات الماضية مادامت الشركة محتفظة فيها[٣٩]، ويضيف الباحث أن ما يبرر ذلك أيضاً يتمثل في كونه أمراً ضرورياً لحسن قيام المراقب بعمله، فقد يحتاج المراقب الى مقارنة السنوات السابقة مع بيانات السنة الحالية من أجل حسن قيامه بعمله وحتى يتمكن مثلاً من تقييم مدى قدرة الشركة على الاستمرار في عملها.

٢ : مضمون الحق في طلب المعلومات : لا يكفي حتى يمارس مراقب الحسابات مهمته على أحسن وجه أن يكون له الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها، بل قد يحتاج الأمر طلب الحصول على بيانات معينة أو أوراق معينة او حتى طلب تفسيرات محددة لنقاط مبهمة، لذلك كرّس المشرع في المادة ١٠٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ حق مراقب الحسابات في طلب البيانات والايضاحات، حيث جاء فيها ((للمراقب في كل وقت الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وفي طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته ...))، كما وكرّس ذات الحق المشرع السوري في المادة ١٨٧ من قانون الشركات حيث جاء فيها ((.... وله – أي لمدقق الحسابات- أن يطلب من مجلس الإدارة أن يوافيه بالمعلومات اللازمة للقيام بوظيفته، وعلى هذا المجلس أن يضع تحت تصرفه كل ما من شأنه تسهيل مهمته))[٤٠]. يتبين من النصوص السابقة، انه يحق لمراقب الحسابات طلب الحصول على بيانات او ايضاحات معينة يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته، ويدخل في عداد ذلك البيانات على سبيل المثال، مصادقة خارجية تحتوي على الأرصدة المدينة او الدائنة، أو مصادقة خارجية تحتوي على مستندات ملكية العقارات المحتفظ لديها لدى المحامين أو المنشآت المالية كأمانة أو ضمان، ويتعين على إدارة الشركة الاستجابة الى طلبات مراقب الحسابات وتامين ما يطلبه من بيانات وايضاحات، ولكن هل تستطيع إدارة الشركة الامتناع عن تامين البيانات والايضاحات التي يطلبها مراقب الحسابات بذريعة عدم جدواها أو وجود عقبات تحول دون الحصول عليها؟؟ ما من شك في انه لا يحق للإدارة التذرع بعدم جدوى وفائدة البيانات والايضاحات التي يطلبها مراقب الحسابات، وذلك لأن المشرع قد صرح في

---

[٣٧] : Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨, WILEY , p ١٨١.

[٣٨] : Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨, WILEY , p ١٨١.

[٣٩] : د. أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩ ، ص ١١٥٧ .

[٤٠] : تنص الفقرة (٣) من المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((٣: لمدقق الحسابات ..... ويجوز له أن يطلب التوضيحات التي يعتبرها ضرورية لتنفيذ مهامه .....)) وفي المملكة المتحدة، يملك المراقب – وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ - الحق في ان يطلب تزويده بالمعلومات والشروحات التي يراها ضرورية لأداء عمله كمراقب لحسابات الشركة، حيث جاء نصّها على النحو الآتي :

"(١) An auditor of a company... (b) may require any of the following persons to provide him with such information or explanations as he thinks necessary for the performance of his duties as auditor ".

نص المادة ١٠٥ بأنه ((وفي طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته ...)) ، وبالتالي يعتمد الحكم على مدى ضرورة البيانات والايضاحات من عدمه على التقدير الشخصي لمراقب الحسابات وهو الذي يقدر ما إذا كانت البيانات والايضاحات المطلوبة ضرورية لأدائه لمهمته من عدمه دون أن يكون للإدارة الحق في التدخل في تقدير مدى ارتباطها بعملية التدقيق والمراجعة من عدمه. أمّا عن ادعاء الإدارة بأنه توجد عقبات سواء كانت مادية او قانونية تحول دون الحصول عليها كأن تكون البيانات المطلوبة بحوزة المحامي وهو في حالة سفر خارج البلاد، فيرى الباحث انه في هذا الفرض يتعين على مراقب الحسابات في حالة عدم الاقتناع في رأي الإدارة ان يخطر لجنة المراجعة في ذلك، وله الحق في التحفظ في رأيه في حال استمرار الامتناع او استمرار العقبات . وغني عن البيان أنه يتعين على مراقب الحسابات منح الإدارة الوقت الكافي والملائم لتامين البيانات والايضاحات المطلوبة وتقدير الوقت المذكور يختلف من حالة إلى أخرى بحسب البيانات والايضاحات المطلوبة، فإذا تجاوزت الإدارة الوقت المعقول حَقَّ لمراقب الحسابات التحفظ في رأيه[٤١] .

وإذا كان الأصل في حق مراقب الحسابات في الحصول على البيانات والايضاحات أن يكون بناءً على طلب مراقب الحسابات ، إلا أن المشرع قد يخرج على هذه القاعدة في بعض الأحيان ، كما فعل عندما ألزم الشركة في القيام بإرسال بعض المستندات والبيانات والتي قدّر المشرع ضرورة اطلاع مراقب الحسابات عليها، وتتمثل في ضرورة ارسال صورة عن الاخطارات التي ترسلها الشركة للمساهمين ، حيث انه بموجب المادة ٢٠٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري يتوجب على الشركة تمهيداً لدعوة الجمعية العامة للاجتماع ان ترسل الى مراقب الحسابات صورة عن البيانات والاخطارات التي ترسلها الشركة إلى المساهمين لحضور الجمعية العامة او تنشر عنها وذلك في ذات تاريخ الاخطار او الاعلان ، وتكمن الحكمة من ذلك في ضرورة تمكين المراقب من حسن القيام بواجبه في الرقابة على صحة اجراءات الدعوة الى الجمعية العامة بحسبانها أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه قانوناً، وبالتالي لا خيار للشركة إزاء تلك البيانات، حيث يتوجب عليها ارسالها ولو لم يطلب المراقب ذلك . وتجدر الاشارة إلى أن الاطلاع وطلب المعلومات تعد وسيلة ناجعة لحصول مراقب الحسابات على الادلة الكافية لتكوين رأيه الفني، إلا أنها قد لا تكون كافية في بعض الأحيان ، ففي قضية *The London Oil Storage Co. Ltd* (v) *Seem;* (١٩٠٤) *Hasluck & Co.* قضت المحاكم البريطانية بأن في ان المطلوب من مراقب الحسابات هو الكشف والتحقق من وجود ممتلكات في الميزانية العمومية، وبسبب التعارض الموجود بين ما هو موجود في الدفاتر وما هو على أرض الواقع وبسبب عدم المطابقة فشل مراقب الحسابات في الكشف عن تلك الممتلكات ، وتأتي اهمية هذه القضية من حيث كونها أول قضية تؤكد فيها المحاكم بأن واجب مراقب

---

[٤١] : وله الحق أيضاً في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، حيث منح المشرع في كل من مصر وسورية كأصل عام مجلس الإدارة سلطة الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة للشركة سواء كانت جمعية عامة عادية في دور انعقاد عادي أو جمعية عامة عادية في دور انعقاد غير عادي أم كانت جمعية عامة غير عادية، كما ومنح المشرع بعض الجهات ومن بينها مراقب الحسابات سلطة طلب ودعوة الجمعية العامة في صورتها الى الانعقاد على سبيل الاستثناء، راجع : المادة ٦١ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وانظر المادة ١٦٤ و١٦٩ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١، وأيضاً في القضاء المصري، راجع: حكم محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٢، وحكم محكمة النقض المصرية أيضاً ، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٩، الحكمان منشوران على موقع محكمة النقض المصري على شبكة الانترنت على الرابط الآتي : (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢٧) .

http://www.cc.gov.eg/Images/H/١١١٢٣٣٢٠٥.pdf

الحسابات يجب ان يكون أبعد مدى من اجل الحصول على ادلة كافية ومناسبة لتكوين رأيه وعدم الاكتفاء بسجلات الشركة بل الذهاب إلى أبعد من ذلك اذا اقتضى الحال ذلك ليدعم رأيه في حقيقية وعدالة المركز المالي للشركة [٤٢]. وتتشابه المبادئ المستخلصة من هذه القضية مع المبادئ المستخلصة من قضية *McKesson and Robbins* case (US, ١٩٣٨) في الولايات المتحدة الأمريكية [٤٣].

ثانياً: وقت ومكان الاطلاع وطلب المعلومات

١: وقت الاطلاع وطلب المعلومات: نص المشرع في مصر وسورية صراحة على حق مراقب الحسابات في الاطلاع في أي وقت، حيث "للمراقب في كل وقت الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وفي طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته[٤٤]، كما وكرّس ذات الحق المشرع السوري في المادة ١٨٧ من قانون الشركات حيث جاء فيها ((.... وله – أي لمدقق الحسابات- أن يطلب من مجلس الإدارة أن يوافيه بالمعلومات اللازمة للقيام بوظيفته، وعلى هذا المجلس أن يضع تحت تصرفه كل ما من شأنه تسهيل مهمته)). وأكدت ذات الحكم الفقرة الاولى من المادة ٤٩٩ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ في المملكة المتحدة، حيث يحق لمراقب الحسابات الحصول على المعلومات في كل الأوقات. At All Times .

ولكن هل يعني ذلك أنه من حق مراقب الحسابات ان يقوم بزيارة مفاجئة دون اخطار مسبق؟ بعبارة أخرى، هل يشترط عند ممارسة مراقب الحسابات لحقه في الاطلاع ان يقوم بإخطار الشركة مسبقاً ؟؟لم ينص المشرع المصري في المادة ١٠٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمشرع السوري في المادة ١٨٧ من قانون الشركات رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على ذلك صراحة، بل اقتصر على تكريس الحق في الاطلاع في كل وقت دون ان يشير الى ضرورة الاخطار المسبق، وإزاء ذلك، يذهب جانب من الفقه[٤٥] الى القول بحق مراقب الحسابات بزيارة الشركة وفروعها والاطلاع في أي وقت على أي مستند يراه ضرورياً وبدون ترخيص مسبق في حالة الشك، أمّا في غير ذلك فيجب اخطار الشركة بشكل مسبق. ويرى الباحث انه - وإزاء الصمت التشريعي عن الحل – لا بدّ من إعمال مبادئ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، فإذا كان لمراقب الحسابات الحق في الاطلاع في أي وقت إلا أنه يتعين أن يكون ذلك في ضوء ما توجبه مبادئ حسن النية، وبالتالي يتمثل أساس وجوب الاخطار المسبق من عدمه في الغرض من الاطلاع وكمية المستندات محل الاطلاع، فإذا كان مراقب الحسابات يرغب في الاطلاع على مستندات و أوراق تحتاج الى وقت معين لتجهيزها وتحضيرها وفقاً للمجرى العادي للأمور حسب طبيعتها، فيتعين على المراقب مراعاةً منه لمبدأ حسن النية اخطار الشركة بشكل مسبق حتى تقوم بتجهيزها وتحضيرها، أمّا اذا كانت المستندات لا تحتاج الى وقت لتجهيزها بل من المفترض – وفقاً للمجرى العادي للأمور - أن تكون في متناول الأيدي في أي وقت، فلا يلتزم مراقب الحسابات بالإخطار المسبق. ولا يسوغ القول بأنه في حالة الشك يبرر لمراقب الحسابات القيام بزيارة مفاجئة للوقوف على حقيقة الأمر على الرغم من ان المستندات التي يرغب في الاطلاع عليها تحتاج الى وقت لتجهيزها، ذلك أن العلاقة بين مراقب الحسابات وإدارة الشركة يجب ان تنطلق من الثقة المعززة بالرقابة وليس من الترصد المنطلق من الشك ، فشتان بين الفرضين ، فالأول وقاية والثاني وصاية.

---

[٤٢] : Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨, WILEY , p ١٨١.

[٤٣] : Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨, WILEY , p ١٨٢.

[٤٤] : المادة ١٠٥ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

[٤٥] : د. خالد رمضان عبد العال سلطان، المسئولية الجنائية لمراجع الحسابات (المحاسب القانوني)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ١٧٩، د. خالد راغب الخطيب (و) د. محمد فضل سعد، دراسة متعمقة في تدقيق الحسابات، مرجع سابق، ص ٧٣ .

وإذا كان مراقب الحسابات يلتزم بإخطار الشركة بشكل مسبق قبل قيامه بالاطلاع في حال كانت المستندات الراغب في الاطلاع عليها تحتاج الى وقت لتجهيزها، ولكن هذا لا يعني أنه يتوجب عليه الحصول على موافقتها بل يكفي قيامه بالإخطار دون الحاجة الى انتظار رد منها . وغني عن البيان أن عبارة " في كل وقت " الواردة في المادة ١٠٥ من قانون الشركات المصري والمادة ١٨٧ من قانون الشركات السوري تنصرف إلى أي وقت ضمن اوقات العمل الرسمي في الشركة، ولا يجوز ان تنصرف إلى خارجه، والقول بغير ذلك من شأنه أن يزرع بذور التذمر في صدور موظفي الشركة والقائمين على إدارتها، مما يخل بواجب التعاون بينهم وبين مراقب الحسابات هذا من جهة، ومن جهة ثانية يترتب على القول بانصراف العبارة إلى الاطلاع خارج أوقات العمل الرسمي للشركة الإخلال بحق الشخص في الخلود إلى الراحة وهو حق مقدس يتعين احترامه.

٢ : مكان الإطلاع : أمّا عن مكان ممارسة مراقب الحسابات لحقه في الاطلاع، فالأصل فيه ان يتم في مركز الشركة، ولكن لا يوجد ما يمنع مراقب الحسابات من استصحابه بعض المستندات الى مكتبه الخاص لدراستها، كما ولا يوجد ما يمنع من قيامه بالاطلاع في فروع الشركة والانتقال اليها بل من واجبه القيام بذلك اذا اقتضت عملية المراجعة ذلك وإلا عدّ مقصراً مهنياً .

المطلب الثاني

النطاق الشخصي للحق في الاطلاع وطلب المعلومات .

أولاً: الأشخاص الذين يحق لهم الاطلاع وطلب المعلومات

١: مراقب الحسابات : ما من شك في ان حق الاطلاع وطلب المعلومات مخول الى مراقب الحسابات المتعاقد مع شركة المساهمة لتولي أعمال الرقابة على حساباتها، واذا كان الامر من السهولة بمكان عندما نكون بصدد شركة مساهمة غير تابعة وغير مرتبطة بشركة أخرى، إلا ان الامر يصبح اكثر تعقيداً بالنسبة الى شركات المساهمة التابعة والقابضة أو الشركات المرتبطة ببعضها . فهل يحق لمراقب الحسابات في شركة المساهمة التابعة ان يطلب المعلومات وان يطلع من شركات تابعة اخرى لذات الشركة القابضة ؟ يرى الباحث ان حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات يقتصر فقط على الشركة التي تعاقد معها لتولي حساباتها، وبالتالي لا يحق له ان يطلب من شركة تابعة أخرى في نفس المجموعة التي تمتمي اليها الشركة المتعاقد معها وذلك بشكل مباشر ،والسبب في ذلك يرجع الى اختلاف الشخصية القانونية لكل من الشركتين، كما ولا يحق له أن يطلب من الشركة القابضة بشكل مباشر وذلك بسبب اختلاف الشخصية القانونية بين الشركة القابضة والشركة التابعة . وعليه - اذا كانت المعلومات التي يطلبها ضرورية لبيان رأيه- أن يطلبها من ادارة الشركة التي يتولى مراجعة حساباتها. وإذا تعدد مراقبي الحسابات، جاز لكل منهم أن يقوم بالاطلاع وطلب المعلومات على انفراد إلا أنهم يتعين عليهم تقديم تقرير موحد[٤٦]

٢ : مساعدي مراقب الحسابات: تجيز قوانين الشركات لمراقب الحسابات ان ينيب عنه بعض المساعدين الذين اشتركوا معه في المراجعة من اجل القيام ببعض عمليات التحقق بالنيابة عنه، ففي مصر، يجيز قانون الشركات لمراقب الحسابات أن ينيب عنه من المحاسبين من اشتركوا معه في المراجعة في حضور الجمعية العامة والتأكد من صحة الاجراءات المتعلقة في الدعوة اليها، وما من شك في أن حسن قيام مساعدي مراقب الحسابات بعملهم يتطلب منحهم الحق في الاطلاع وطلب المعلومات من الشركة .وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم ينص صراحة على حق مساعدي مراقب الحسابات في طلب المعلومات والاطلاع، إلا أن هذا الحق مستمد ضمنياً من أحكام عقد الوكالة المبرم مع مراقب الحسابات، ويستفاد من النص الخاص في اجازة انابة بعض المساعدين، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦ من قانون الشركات المصري على أنه ((.... وعلى المراقب أو من ينيبه من المحاسبين الذين اشتركوا معه في أعمال المراجعة أن يحضر الجمعية العامة ويتأكد من صحة الإجراءات التي اتبعت في الدعوة إلى الاجتماع ....)) ، ويستفاد من النص المذكور أحقية مراقب الحسابات في انابة بعض مساعديه للقيام ببعض الأعمال المادية التي تستلزمها تنفيذ الوكالة المبرمة مع الشركة، وتتمثل في حضور الجمعية العامة والتأكد من صحة الاجراءات التي اتبعت في الدعوة الى الاجتماع، ولا تقتصر جواز الانابة للمساعدين على العمليتين السابقتين، فالتعداد الوارد في النص السابق لجهة نطاق الانابة جاء على سبيل المثال وبالتالي يحق لمراقب الحسابات ان ينيب احد مساعديه لجمع بعض الأدلة أو لحضور جرد المخزون مثلاً في أحد فروع الشركة .

أمّا بالنسبة الى نطاق حق مساعدي مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات فيقتصر على الأعمال المكلفون للقيام بها من قبل مراقب الحسابات، فلو كلّف المراقب أحد مساعديه لحضور عملية جرد المخزون في أحد فروع الشركة فيحق للمساعد الاطلاع وطلب المعلومات فيما يخص العمل المكلف به، فيحق له الاطلاع على المستندات الخاصة بعملية الجرد ويطلب تزويده ببعضها، وفي حال حدوث امتناع عليه العودة الى مراقب الحسابات وابلاغه بذلك حتى يتخذ ما يراه مناسباً من اجراءات . ولا يستقيم عمل مساعد مراقب

---

[٤٦] : د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، مرجع سابق، ، ص ١٠٨٠ .

الحسابات اذا منع من الحق في طلب المعلومات او الاطلاع ، وبالتالي يمكن القول بأنه يحق لمساعد مراقب الحسابات في معرض قيامه بالعمل المكلف من قبل المراقب ممارسة حق الاطلاع وطلب المعلومات ضمن حدود العمل المكلف به، أمّا في سورية، فلا يوجد نص قانوني يجيز لمراقب الحسابات الانابة، إلا أن عدم النص لا يفيد المنع، وبالتالي يحق لمساعد المراقب الاطلاع وطلب المعلومات كون ذلك يعد أحد الأدوات الخاصة في ممارسة العمل.

ثانياً: الاشخاص الذين يُطلب منهم الاطلاع والمعلومات

لم يحدد قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الأشخاص الذين يُطلب منهم الاطلاع والمعلومات بشكل صريح، حيث جاء في المادة ١٠٥ من قانون الشركات المصري على أنّه ((للمراقب في كل وقت الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها ....))[٤٧] ، كما ونصّت المادة ١٨٧ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((.... وله حق الاطلاع في كل وقت على دفاتر الشركة وحساباتها وأوراقها وصندوقها، ....))[٤٨].

ومن هنا تأتي اهمية تحديد طائفة الأشخاص الذي يتوجب عليهم التعاون مع مراقب الحسابات وتمكينه من ممارسة حقه[٤٩].

١: أشخاص يُطلب منهم مباشرةً: ما من شك في أن الأشخاص المكلفين بتقديم يد العون لمراقب الحسابات وتمكينه من ممارسه حقه هم إدارة الشركة بما تحويه من موظفين وعمال، ابتداءً من العاملين في إدارة الحسابات والإدارة المالية وانتهاءً بالعاملين في إدارة الشؤون القانونية . كما ويشمل أيضاً أعضاء مجلس الإدارة وأعضاء الإدارة التنفيذية في الشركة. فجميع هؤلاء الأشخاص يحق لمراقب الحسابات مخاطبتهم بشكل مباشر والإطلاع على المستندات والدفاتر التي بحوزتهم وطلب المعلومات منهم حول النقاط التي

---

[٤٧] : وكذلك الأمر بالنسبة الى الفقرة (٦) من المادة ١٦٣ من قانون الشركات التي جرّمت عدم التعاون مع مراقب الحسابات، حيث جاء فيها ((مع عدم الاخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه يتحملها المخالف شخصياً .....٦: كل من أحجم عمداً عن تمكين المراقبين أو موظفي الجهة الإدارية المختصة الذين يندبون للاطلاع على الدفاتر والأوراق التي يكون لهم حق الإطلاع عليها وفقاً لأحكام القانون ...))

[٤٨] : وأكدّت ذات الحق أيضاً المادة ٣٩ من قانون تنظيم مهنة المحاسبة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩، حيث جاء فيها ((للمحاسب القانوني حق الاطلاع على جميع الدفاتر والقيود المحاسبية والوثائق المؤيدة لها وبيان الوضع المالي الحقيقي للشركة أو المؤسسة وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تقلص صلاحيات المحاسب القانوني بشكل يؤدي إلى إعاقته عن قيامه بمهامه وعلى جميع الجهات التي يمارس المحاسب القانوني عمله أمامها أن تقدم له التسهيلات التي يقتضيها قيامه بواجباته وأن تمكنه من الاطلاع على الأوراق والمستندات والسجلات وكافة الوثائق والمعلومات والبيانات اللازمة لمباشرة عمله)) .

[٤٩] : في المملكة المتحدة ، حددت الفقرة (٢) من المادة ٤٩٩ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ الأشخاص الذين يُطلب منهم تزويد مراقب الحسابات بالمعلومات ، وهم أي موظف او عامل في الشركة أو أي شخص يحوز كتب او حسابات أو مستندات في الشركة وأي منشاة تابعة للشركة وأي عامل او موظف او شخص يحوز في تلك المنشأة كتب او حسابات أو مستندات فيها، وجاء نص الفقرة المذكورة على النحو الآتي:

(((٢) Those persons are- (a) any officer or employee of the company; (b) any person holding or accountable for any of the company's books, accounts or vouchers; (c) any subsidiary undertaking of the company which is a body corporate incorporated in the United Kingdom; (d) any officer, employee or auditor of any such subsidiary undertaking or any person holding or accountable for any books, accounts or vouchers of any such subsidiary undertaking; (e) any person who fell within any of paragraphs (a) to (d) at a time to which the information or explanations required by the auditor relates or relate)).

يثيرها المراقب. ، أمّا اذا كانت الشركة الخاضعة لرقابة المراقب مصرفاً او بنكاً ، فهل يحق لها التمسك بالسر المصرفي في مواجهة مراقب حساباتها؟ بعبارة أخرى، هل يتعارض حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات مع حق الشركة بصفة عامة في الحفاظ على أسرارها وحق البنك بصفة خاصة في الحفاظ على الأسرار المصرفية؟ ما من شك في ان حق مراقب الحسابات في الاطلاع على دفاتر البنك الخاضع لرقابته ومستنداته وسجلاته من شأنه ان يمكن مراقب الحسابات من الاطلاع على الأسرار المصرفية للبنك، ومن أجل ذلك لم يجد المشرع بُدّاً في التأكيد على التزام مراقب الحسابات في عدم افشاء أسرار الشركة الخاضعة لرقابته، وبالتالي يأتي التزامه بعدم الافشاء مقابلاً لحقه في الاطلاع، ولمّا كان كذلك، تدخل المشرع بنص صريح، حيث جاء في المادة ١٠١ من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أنه[٥٠] ((لا تخل أحكام المادتين ٩٧ و ١٠٠ – الخاصتين بتكريس السرية المصرفية – بما يلي : (أ) الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالاختصاصات المخوّلة قانوناً للبنك المركزي ...)) . ويتبين من النص السابق، أن المشرع قد كرّس مبدأ هام مفاده عدم جواز الاحتجاج بالسر المصرفي في معرض ممارسة مراقب الحسابات لواجباته القانونية، فحق الاطلاع يعد وسيلة قانونية وضعها المشرع بين يدي مراقب الحسابات من اجل قيامه بمهامه على أفضل ، والقول بالاحتجاج بالسر المصرفي في مواجهة مراقب الحسابات في معرض ممارسته لحقه في الاطلاع من شأنه ان يصيب تلك الوسيلة بالشلل، لذلك يمكن القول بأن لا يحق للبنك أن يتمسك في مواجهة مراقب الحسابات في معرض ممارسته لحقه في الاطلاع لالتزامه بالسر المصرفي والامتناع عن تمكينه من الاطلاع على دفاتر البنك وسجلاته ومستنداته بداعي سريتها، وبناءً على ذلك، لا يجوز للبنوك الاحتجاج بالسر المصرفي تجاه المراقب، فمراقب الحسابات يعد من الأشخاص الملزمون بالحفاظ على السر المصرفي ولا يعد اطلاعه عليه خرقاً للالتزام المصرفي مادام ان هذا الاطلاع تم في حدود مهمته[٥١] وما من شك في ان هذا المبدأ- مبدأ عدم جواز احتجاج البنك بالسر المصرفي في مواجهة مراقب الحسابات- من شأنه ان يحقق التناغم بين واجبات البنك تجاه عملائه وواجبات المراقب تجاه عملائه أيضاً .

أمّا في سورية، فلم يشر قانون السرية المصرفية الجديد[٥٢] الى مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالسر المصرفي في مواجهة مراقب الحسابات، إلا أنّ هذا المبدأ يمكن استنباطه من مجموعة من النصوص ، حيث تنص الفقرة (ب) من المادة ٢ من قانون السرية المصرفية على أنّه ((لا يجوز لكل من اطلع على المعلومات المذكورة في الفقرة السابقة – المعلومات المشمولة بالحماية السرية- بحكم وظيفته أو صفته أو بما تسمح به القوانين والانظمة النافذة افشائها بما يخالف أحكام هذا المرسوم التشريعي))، ويتبين من النص السابق وغيره من النصوص التي تحظر على المراقب افشاء الأسرار التي حصل عليها في عمله أنه لا يحق للبنك ان يحتج ويتمسك بالسر المصرفي تجاه المراقب، ذلك انّ المراقب ذاته ملتزم بعدم افشاء تلك الأسرار ، أضف إلى

---

[٥٠] : فضلاً عن نص المادة ١٠٨ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتي تؤكد على التزام المراقب بالحفاظ على أسرار الشركة الخاضعة لرقابته.

[٥١] : د. رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٢، ص ٣٦، د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، بدون تاريخ، ص ٢٢٧، د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٨٣، د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دراسة مقارنة بين القانونيين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ١٠٥ . وفي الفقه السوري، راجع : د. أديب ميالة (و) د. مي محرزي ، السرية المصرفية في التشريع السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول، ٢٠١١ ، ص ١٦، د. جمال الدين مكناس ، السرية المصرفية في القانون السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ١٨، العدد الثاني، ٢٠٠٢، ص ١٧ .

[٥٢] : قانون السرية المصرفية الجديد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٠ .

ذلك أن القول بجواز الاحتجاج بالسر المصرفي تجاه المراقب من شأنه ان يفرغ النصوص التي تكرس للمراقب الحق في الاطلاع من مضمونها ومن شانه ان يصيب عمل مراقب حسابات البنك في الشلل التام، وهذا لا يجوز.

٢: أشخاص يُطلب منهم بشكل غير مباشر : امّا عن الأشخاص الذين لا يحق لمراقب الحسابات ان يطلب الإطلاع والمعلومات منهم مباشرة، بل لا بد من مخاطبتهم بواسطة إدارة الشركة فيتمثل أهمهم في :

(٢/أ) : شركة تابعة أو قابضة أو مراقب حساباتها : يكثر في الواقع العملي أن ترتبط عدة شركات مع بعضهم البعض برابطة تبعية اقتصادية مع الاحتفاظ بالاستقلالية القانونية وهذا حال العلاقة بين الشركات التابعة والشركة القابضة، ويثور التساؤل في هذا الصدد حول ما اذا كان بإمكان مراقب حسابات إحدى الشركات التابعة أن يطلع ويطلب معلومات من شركات تابعة أخرى أو من مراقب حساباتها أو أن يطلع ويطلب معلومات مراقب حسابات الشركة القابضة من الشركات التابعة ؟ ما من شك في أن استقلال الشخصية المعنوية القانونية لكل من الشركات التابعة فيما بينها او بين أحدها وبين الشركة القابضة يمنع ذلك بشكل مباشر، وبالتالي لا بد من وجود نص يسمح بالاطلاع والطلب بشكل مباشر وإلا لا مناص من قيام مراقب الحسابات بأن يطلب ذلك من إدارة الشركة التي يتولى مراجعة حساباتها وتطلب هي ذلك من الشركة الأخرى [٥٣].

(٢/ب) البنك المتعامل مع الشركة : نادراً ما نجد أن شركة ما لا تدخل في علاقات مع المصارف والبنوك المرخصة من اجل تسوية وتسهيل معاملاتها ونشاطها، ولمّا كانت المصارف والبنوك تحكمها مبادئ وأعراف وقواعد ولعلّ أهمها التزام البنوك في السر المصرفي لعملائها، يثور تساؤل هام في هذا الصدد حول ما إذا كان بإمكان مراقب الحسابات أن يطلب من أحد البنوك المتعاملين مع الشركة مجموعة من البيانات والايضاحات الخاصة بالشركة الخاضعة لرقابته، كأن يطلب مثلاً بياناً بالمبالغ المودعة لدى البنك لحساب الشركة، فهل يحق للبنك الامتناع عن تقديم ذلك البيان امتثالاً للالتزام بالسر المصرفي؟؟ يذهب جانب من الفقه المصري [٥٤] إلى القول بأن الصيرفي وسمسار الأوراق المالية وغيرهم من المهنيين الذين يمارسون أعمالاً لحساب الشركة ليس لهم الحق في التمسك في السر المصرفي في مواجهة مراقب الحسابات الخاص بالشركة، أمّا البنك الذي لا يقوم بأعمال قانونية لحساب الشركة فيحق له التمسك بالسر المصرفي تجاه مراقب الحسابات [٥٥]. ولا يتفق الباحث مع الرأي السابق، ويرى بأنه في ضوء نصوص قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والنصوص القانونية الخاصة بالسرية المصرفية في مصر [٥٦] ونصوص قانون السرية المصرفية السوري لا يحق لمراقب الحسابات أن يطلب بيانات وايضاحات ويطلع مباشرة من البنك المتعامل مع الشركة الخاضعة لرقابة مراقب الحسابات [٥٧]، وتبرير ذلك يتمثل في أن

---

[٥٣] : تجدر الإشارة إلى أن قانون الشركات الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ قد تضمن نصاً خاصاً في ذلك، حيث جاء في الفقرة (٥) من المادة ٢٤٦ منه على أنه((تلتزم الشركة التابعة ومدقق حساباتها بتقديم المعلومات والتوضيحات التي يطلبها مدقق حسابات الشركة القابضة لأغراض التدقيق)) .

[٥٤] : د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

[٥٥] : د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص ٣٤١ .

[٥٦] : المواد ٩٧ وما يليها من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ .

[٥٧] : امّا عن الاشخاص الذين يلتزمون بالسرية في عملهم في المملكة المتحدة . كالبنوك مثلاً ،فيحق لهم الامتناع عن تقديم المعلومات الى مراقب الحسابات وذلك إعمالاً لأحكام الفقرة (٤) من المادة ٤٩٩ من قانون الشركات التي أعفتهم من واجب تقديم المعلومات بسبب التزامهم بالسرية المهنية، حيث جاء نصّها على النحو الآتي :

المشرع قد نظم وتبنى السرية المصرفية وحظر الكشف عنها إلا في حالات حصرية لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، وليس من بينها حق مراقب حسابات عميل البنك في كشف السرية المصرفية[٥٨]، فحق الكشف هنا يقتصر على الشركة العميل دون ان يشمل مراقب حساباتها، ولا يمكن الاحتجاج بنظرية الوكالة التي تبناها المشرع المصري في صدد تحديد العلاقة بين مراقب الحسابات والشركة والتذرع بأن مراقب الحسابات إنما هو وكيل عن الشركة، ذلك ان الوكالة اللازمة للكشف عن السرية المصرفية يتعين أن تكون خاصة، بينما نجد ان نظرية الوكالة التي تبناها المشرع المصري تخص تنظيم المركز القانوني للمراقب ومسئوليته تجاه الشركة عن أدائه لمهامه، ولا تشمل بالطبع حقه في الكشف عن السرية المصرفية الذي يحتاج بدوره إلى وكالة خاصة بذلك

وكذلك الأمر، لا يمكن القبول بالرأي الذي يميز بين ما إذا كان البنك يقوم بأعمال قانونية لحساب الشركة من عدمه من أجل منح المراقب الحق في الكشف عن السرية المصرفية في الفرض الأول وحجبه عنه في الفرض المعاكس، ذلك ان طبيعة العلاقة القانونية وتكييفها القانوني بين البنك والشركة العميل الخاضعة لرقابة مراقب الحسابات لا شأن لها في صدد الحديث عن حق المراقب في الكشف عن السرية المصرفية، فحتى ولو كان البنك يقوم بعمل لحساب الشركة لن يغير ذلك من حقيقة مفادها أن حالات الكشف عن السرية المصرفية هي حالات حصرية لا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها، وأن كشفها من قبل المراقب يحتاج الى وكالة خاصة بذلك. وغني عن البيان، أن الاحكام السالفة الذكر مقررة لمصلحة الشركة العميل، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الشركة من الاتفاق مع المصرف على السماح لمراقب حساباتها بطلب المعلومات من المصرف مباشرةً [٥٩].

(٢/ج): محامي الشركة : قد تتعاقد الشركة مع أحد المحامين لتولي مهام الدفاع عنها في القضايا التي تكون طرفاً فيها كمدعي او مدعى عليه، ويثور التساؤل في هذا الصدد حول حق مراقب الحسابات في الإطلاع على المستندات التي يحوزها المحامي والعائدة للشركة او ان يطلب منه معلومات حول قضايا الشركة؟ ما

(((٤) Nothing in this section compels a person to disclose information in respect of which a claim to legal professional privilege (in Scotland, to confidentiality of communications) could be maintained in legal proceedings)) .

[٥٨] : تنص المادة ٩٧ من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أنه ((تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وامانـاتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها او اعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة او الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين ....))، كما وأكدّت ذلك الحكم المادة الخامسة من قانون السرية المصرفية رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٠ حيث جاء فيها انه ((لا تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي ولا يجوز الاحتجاج بها بأي حال من الأحوال، في الحالات التالية:....ثانياً: أ. في اتفاق سابق مع العميل أو بإذن خطي منه...))

[٥٩] : وتجدر الاشارة إلى انّه في المملكة المتحدة اذا كان للشركة الأم A Parent Company منشآت تابعة لها خارج المملكة المتحدة Subsidiaries Incorporated Outside The UK يحق لمراقب حسابات الشركة الأم أن يطلب الحصول على المعلومات والايضاحات من مديري وعمال وموظفي المنشأة التابعة ، ويعاقب الشخص الذي يقدم الى مراقب الحسابات شفهياً أو كتابياً معلومات مضللة او خادعة او خاطئة بالسجن لمدة لا تجاوز السنتين او بالغرامة أو كلاهما أما في انجلترا والولز فلا تتجاوز العقوبة السجن لمدة ١٢ شهراً او الغرامة أو كلاهما وفي اسكتلندا فلا تتجاوز ستة أشهر او الغرامة او كلاهما، راجع :

Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨ , WILEY , p ١٧٩

من شك انه لا يحق لمراقب الحسابات ان يخاطب المحامي بشكل مباشر بل يتوجب عليه التوجه إلى إدارة الشركة حتى تخاطب محاميها وتحصل منه على المعلومات التي يطلبها مراقب الحسابات، ويرجع السبب في ذلك إلى اقتصار الالزام القانوني بالتعاون على العاملين في الشركة، أمّا محامي الشركة فلا يعد من قبيل العاملين بل هو وكيل عن الشركة يلتزم تجاها بالحفاظ على أسرارها وعدم افشائها للغير إلا في حدود القانون، وما من شك في ان مراقب الحسابات يعد من قبيل الغير في العلاقة بين المحامي والشركة

المبحث الثاني.

الوسائل القانونية التي تكفل احترام الحق في الاطلاع وطلب المعلومات

ما من شك في ان الحقوق التي كرّسها القانون ومنحها لمراقب الحسابات لا تعد غاية بحد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في تقديم مراقب الحسابات لرأيه الفني والمحايد حول مدى عدالة القوائم المالية للشركة ومدى صدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي لها، ولن تتيسر مهمته من أجل الوصول إلى تلك الغاية في حال عدم تمكينه من ممارسة حقوق التي منحه إياها القانون بحسبانها وسائل وادوات قانونية توضع بين يديه تعينه وتساعده على أداء مهمته، لذلك احاط المشرع استعمال مراقب الحسابات بسياج من الحماية على النحو الذي تحول دون وضع العراقيل في طريق استعمال المراقب لحقوقه، وقد كرّس المشرع مجموعة من الوسائل التي تكفل احترام حق المراقب في الاطلاع وطلب المعلومات، وتتمثل أهم تلك الوسائل في حق المراقب في الاعتراض امام مجلس الإدارة على العراقيل التي توضع في طريقه (المطلب الأول)[٦٠]، وانعكاس تأثير العراقيل على تقرير مراقب الحسابات (المطلب الثاني)[٦١]، وسنبين ذلك على النحو الآتي :

---

[٦٠] : تجدر الإشارة إلى انه يوجد وسيلة أخرى وضعها المشرع بين يدي مراقب الحسابات لمواجهة العراقيل، وتتمثل في حقه بطلب او دعوة الجمعية العامة للانعقاد، ولمّا كانت هذه الوسيلة من الأهمية بمكان، قدّر الباحث ضرورة عدم التطرق لها في البحث، وضرورة تخصيص بحث مستقل لها حتى تأخذ حقها من الدراسة والتحليل، لذلك سيقتصر الباحث في هذه الدراسة على تناول وسيلتين اثنتين على النحو المشار إليه أعلاه

[٦١] : فضلاً عن ذلك، يوجد وسيلة أخرى تتصف بالطابع الجزائي، حيث ان المشرع في قانون الشركات المصري في المادة ١٦٣ عاقب على كل من أحجم عمداً عن تمكين المراجعين من ممارسة حقهم في الاطلاع على الدفاتر وفقاً لأحكام القانون بغرامة لا تقل عن ٢٠٠٠ جنيه ولا تزيد عن ١٠٠٠٠جنيه يتحملها المخالف شخصياً، وبالتالي يمكن لمراقب الحسابات استخدام هذه الوسيلة للضغط على من يضع العراقيل في طريقه عن طريق ابلاغ أمر الجريمة الى الجهات المختصة لتحريك الدعوى العامة، ولمّا كانت هذه الوسيلة من اختصاص القانون الجنائي، ومراعاةً لمبدأ التخصص، لن يتعرض البحث إليها . وللمزيد حول هذه الوسيلة راجع : د. خالد رمضان عبد العال سلطان، المسئولية الجنائية لمراجع الحسابات (المحاسب القانوني)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ١٧٩.

المطلب الاول

الاعتراض أمام مجلس الإدارة واخطار الجهات الرقابية

أولاً: الاعتراض أمام مجلس الإدارة

ما من شك في ان الحقوق التي كرّسها القانون ومنحها لمراقب الحسابات لا تعد غاية بحد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في تقديم مراقب الحسابات لرأيه الفني والمحايد حول مدى عدالة القوائم المالية للشركة ومدى صدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي لها، ولن تتيسر مهمته من أجل الوصول إلى تلك الغاية في حال عدم تمكينه من ممارسة حقوق التي منحه إياها القانون بحسبانها وسائل وادوات قانونية توضع بين يديه تعينه وتساعده على أداء مهمته، لذلك احاط المشرع استعمال مراقب الحسابات بسياج من الحماية على النحو الذي تحول دون وضع العراقيل في طريق استعمال المراقب لحقوقه، حيث نصت الفقرة (٢) من المادة ١٠٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنّه ((وعلى المراقب في حال عدم تمكينه من استعمال الحقوق المنصوص عليها اثبات ذلك كتابةً في تقرير يقدّم إلى مجلس الإدارة، ويعرض على الجمعية العامة إن لم يقم مجلس الإدارة بتيسير مهمته)) ، كما وينص البند (أ) من الفقرة (٣) من المادة ١٠٦ من قانون الشركات على انّه ((ويتلو المراقب تقريره على الجمعية العامة، ويجب أن يكون التقرير مشتملاً على البيانات التي نص عليها القانون واللائحة التنفيذية، فضلاً عن البيانات الآتية : (أ) ما اذا كان المراقب قد حصل على المعلومات والايضاحات التي يرى ضرورتها لأداء مأموريته على وجه مرض ...))، ويتبين من النصوص السابقة، أنّ الجزاء المترتب على عدم تمكين مراقب الحسابات من استعمال حقوقه يتمثل في امرين :

١ : **حق المراقب في الاعتراض:** حيث يحق للمراقب بل يتوجب عليه في حال عدم تمكينه من استعمال حقوقه التي اشارت اليها المادة ١٠٥ من قانون الشركات أن يعترض على ذلك[٦٢] كأن يضع الموظفين في طريقه العراقيل أو الامتناع عن تقديم الدفاتر بداعي سريتها او عدم جدواها او الامتناع عن وضع محاضر جلسات مجلس الإدارة بين يدي المراقب للاطلاع عليها، ويتوجب اثبات ذلك الامتناع كتابةً عن طريق تقديم تقرير مكتوب إلى مجلس الإدارة يثبت فيه مراقب الحسابات امتناع الموظفين عن تيسير مهمته وطبيعة المستندات والاوراق محل الامتناع وأسباب الامتناع المتذرع بها إن وجدت، وتكمن الحكمة في ضرورة الاعتراض امام مجلس الإدارة في وضع مجلس الإدارة موضع التقصير في حال عدم تيسيره لمهمة مراقب الحسابات وعدم قيامه بإزالة العراقيل ، وأيضاً حتى يتمكن المجلس من تأديب الموظفين المقصرين ومعاقبتهم . ويتوجب على مجلس الإدارة تيسير مهمة مراقب الحسابات عن طريق إزالة العراقيل في طريقه وتنبيه الموظفين إلى ضرورة التعاون مع مراقب الحسابات والاستجابة إلى طلباته[٦٣] ، فإذا لم يقم المجلس بتيسير مهمة مراقب الحسابات فلا يلومن إلا نفسه.

---

[٦٢] : من التشريعات العربية الحديثة التي نصّت على ذات الوسيلة المقررة في قانون الشركات المصري التشريع الاماراتي، حيث تنص الفقرة (٤) من المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((٤: اذا لم يتم تقديم تسهيلات الى مدقق الحسابات لتنفيذ مهامه، التزام بإثبات ذلك في تقرير يقدمه الى مجلس الإدارة .....))

[٦٣] : ومن بين الطلبات الأخرى التي يتعين على مجلس الإدارة الاستجابة اليها طلب مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، فإذا لم يستجب المجلس لطلب المراقب أو حتى لطلب المساهمين ضمن النسبة المقررة قانوناً لطلبهم، حقّ للمساهمين اللجوء الى الجهة الإدارية المختصة وهي الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة لتوجيه الدعوة، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن لجوء المساهمين الى الجهة الإدارية المختصة ازاء تقاعس مجلس الإدارة عن الدعوة وموافقة

٢ : **الأثر السلبي لعدم الاستجابة للاعتراض :** يترتب على عدم تمكين مراقب الحسابات من استعمال حقوقه وعدم استجابة مجلس الإدارة لاعتراضه المقدم في التقرير المكتوب، امكانية اثارة الامتناع المذكور امام الجمعية العامة بحسبانها صاحبة السيادة في الشركة . ولم ينص قانون الشركات المصري على حق مراقب الحسابات في اخطار الجهة الرقابية ممثلة في الهيئة العامة للرقابة المالية أو البنك المركز ي أو الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة حسب الأحوال بعدم الاستجابة على خلاف التشريع الاماراتي الذي أوجب على مدقق الحسابات اخطار هيئة الأوراق المالية والسلع[٦٤] . وحبذا لو نص على ذلك كونها وسيلة مهمة لوضع الجهة الرقابية موضع العلم ، إذ قد تخفي تلك العراقيل مخالفات جسيمة يتعين على الجهات الرقابية الاحتراز بصددها. ويترتب على عدم التزام مراقب الحسابات بتقديم تقرير الى مجلس الإدارة يثبت فيه الامتناع قيام المسئولية الجزائية لمراقب الحسابات وفقاً للبند (٥) من المادة ١٦٣ من قانون الشركات المصري والتي تعاقب على كل من يخالف أي نص من النصوص الآمرة في قانون الشركات، فمجرد عدم تقديم مراقب الحسابات لتقرير الاعتراض يشكل الجريمة المذكورة[٦٥]، وتتمثل العقوبة في غرامة لا تقل عن ٢٠٠٠ جنيه ولا تزيد عن ١٠٠٠٠ جنيه. ونشير في هذا الصدد إلى الدور الخلاق للجنة المراجعة في حل الخلافات بين مراقب الحسابات وإدارة الشركة[٦٦]، حيث يفضّل – في نظر الباحث - اخطار لجنة المراجعة بامتناع مجلس الإدارة أو الموظفين عن تيسير مهمة المراقب حتى تكون على علم ودراية بحقيقة الخلاف بينهم،

الجهة الإدارية على الدعوة ليس من شانه ان يجعل عمل الجهة قراراً ادارياً بل يعد عملاً مادياً لا يرتب بذاته مراكز قانونية ولا يقصد به تحقيق مصلحة عامة ، بل قصد به معالجة حالة معينة ومن ثم تخرج المنازعة الناجمة عنه عن نطاق القرارات الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظرها، راجع حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية، الطعن رقم ١٠٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ٩ مايو ٢٠١٣ ، منشور الحكم على موقع محكمة النقض المصرية على ارابط التالي : تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢٧ ، ٦.٣٠ pm

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

واذا لم تلتزم الجهة الادارية بتوجيه الدعوة ألزمها القضاء بذلك، راجع: حكم لمحكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية والاقتصادية، الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٨١ ق ، جلسة ٢٠١٢/٧/١٠ ، منشور في المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية والاقتصادية والضريبية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١١ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١٢، المكتب الفني للمحكمة النقض، اعداد القاضي الدكتور وائل ممدوح راضي، واشراف القاضي عبد الجواد موسى ، المبدأ ٣٣، ص ٥١

[٦٤] : تنص الفقرة (٤) من المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((٤: اذا لم يتم تقديم تسهيلات الى مدقق الحسابات لتنفيذ مهامه، التزام بإثبات ذلك في تقرير يقدمه الى مجلس الإدارة، واذا قصّر مجلس الإدارة في تسهيل مهمة مراقب الحسابات، تعيّن عليه ارسال نسخة من التقرير الى الهيئة))

[٦٥] : د. محمود كبيش ، المسئولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دراسات مقارنة للقانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، بدون تاريخ، ص ١٤٤.

[٦٦] : ينص البند (٢-٤-١ / ب / ٩) من القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات الصادرة عن الهيئة العامة لسوق المال سنة ٢٠٠٧ على أنّه تختص لجنة المراجعة في ((... العمل على حل الخلافات في وجهات النظر بين إدارة الشركة ومراقب الحسابات)) ، وبالتالي تلعب لجنة المراجعة دوراً كبيراً في منع تفاقم آثار ونتائج الخلافات بين إدارة الشركة ومراقب الحسابات .

ثانياً اخطار الجهات الرقابية[٦٧]

أمّا في سورية، فقد نصّت المادة ١٩١ من قانون الشركات رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((إذا اطلع مدقق الحسابات على أي مخالفة ارتكبتها الشركة لهذا المرسوم التشريعي أو لنظامها الأساسي أو على أي امور مالية ذات تأثير سلبي على أوضاع الشركة المالية أو الإدارية، فعليه أن يبلغ ذلك خطياً إلى كل من رئيس مجلس الإدارة والوزارة وهيئة الأوراق اذا كانت الشركة مساهمة مغفلة عامة اذا لم يتم إزالة المخالفة)) .
ويتبين من النص السابق، أنّه يتوجب على مراقب الحسابات الاخطار الفوري بوقوع المخالفة الى جهات معينة، وتتمثل تلك الجهات في رئيس مجلس إدارة الشركة ووزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية وهيئة الأوراق والأسواق المالية السورية وهذا بالنسبة الى شركات المساهمة المغفلة العامة، امّا المغفلة الخاصة أو ذات المسئولية المحدودة فيكتفى بالإخطار الى رئيس مجلس الإدارة و وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية .
امّا عن شكل الاخطار ، فيشترط أن يكون الاخطار خطياً، وبالتالي الاخطار الشفهي لا يعفي مراقب الحسابات من المسئولية. أما عن مضمون الاخطار، فيتمثل في حال ارتكاب الشركة مخالفة لأحكام قانون الشركات أو النظام الأساسي للشركة، ومن بينها بالضرورة وضع عراقيل في طريق ممارسة مراقب الحسابات لعمله، إذ يتوجب على الشركة تقديم كافة أوجه العون والمساعدة للمراقب واذا قصرّت في ذلك كانت مسئولة قانوناً، ولا يشترط في تلك المخالفة والمتمثلة في وضع عراقيل في طريق المراقب أن تكون من شأنها التأثير بشكل جوهري على نتائج أعمال الشركة ووضعها المالي، ذلك أن عبارة " أي مخالفة " جاءت مطلقة، وبالتالي حتى ولو كانت المخالفة بسيطة وغير جوهرية يتعين على المراقب ابلاغ امرها، ويشترط أخيراً أن تكون المخالفة التي ارتكبتها الشركة قد تم ازالتها وتداركها، وهذا يفترض بمراقب الحسابات ان يقوم بادئ ذي بدء بإبلاغ ادارة الشركة بالمخالفة حتى تتداركها، فاذا لم تتداركها يقوم بتوجيه الاخطار الخطي الى الجهات التي حددتهم المادة ١٩١ من قانون الشركات، وعليه لا يحق للمراقب توجيه الاخطار الخطي قبل اعطاء الادارة فرصة لتدارك المخالفة، إذْ ان المخالفة قد تكون ارتكبت عن حسن نية ودون قصد .

المطلب الثالث

تقرير مراقب الحسابات

يقصد بالتقرير السنوي تلك الوثيقة المكتوبة التي يقدمها ويتلوها مراقب الحسابات على أسماع الجمعية العامة للمساهمين معبراً من خلالها عن رأيه المحايد في مدى عدالة المركز المالي للشركة والذي يتمثل في القوائم المالية التي أعدتها الشركة، وعلى ذلك يعد بمثابة المحصلة النهائية للعناية التي بذلها مراقب الحسابات في فحص دفاتر الشركة ومراجعة حساباتها وتحقيق موجوداتها والتزاماتها[٦٨] . وتكمن أهمية التقرير بشكل خاص بالنسبة الى جمهور المستثمرين في أنه يؤثر في مدى امكانية الاعتماد عليه وعلى المعلومات التي

---

[٦٧] : من التشريعات العربية الحديثة التي ألزمت مراقب الحسابات باخطار الجهة الرقابية في حال وضع عراقيل في طريق المراقب التشريع الاماراتي، حيث تنص الفقرة (٤) من المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((٤: اذا لم يتم تقديم تسهيلات الى مدقق الحسابات لتنفيذ مهامه، التزام بإثبات ذلك في تقرير يقدمه الى مجلس الإدارة، واذا قصّر مجلس الإدارة في تسهيل مهمة مراقب الحسابات، تعيّن عليه ارسال نسخة من التقرير الى الهيئة – أي هيئة الأوراق المالية الاماراتية -))

[٦٨] : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ١٨٩ .

ترسلها القوائم المالية لهم [٦٩]، فتقرير الشركة لا يقدم الى الشركة بهدف ارضائها بل يقدم لتحقيق أغراض معينة أهمها اضفاء الثقة على المعلومات المالية المذكورة في القوائم المالية[٧٠].

أولاً : أشكال تقرير مراقب الحسابات

ويتخذ التقرير السنوي لمراقب الحسابات، شكلين رئيسين، يتمثل الأول في الشكل الايجابي والثاني في الشكل السلبي[٧١].

١ : التقرير الايجابي : يتمثل التقرير الايجابي لمراقب الحسابات في صورتين:

(١/أ) : تقرير ايجابي نظيف Unqualified Opinion : و يصدر التقرير النظيف عندما يكون رأي مراقب الحسابات ايجابي وتوصل في عمله الى نتائج مرضية ، ويكون ذلك عندما يرى بأن القوائم المالية التي أعدتها الشركة تعبر وبصدق عن المركز المالي للشركة وعن عدالتها، وانه لا يوجد ثمة مخالفات قانونية لأحكام القوانين أو للنظام الأساسي للشركة، أي عندما تعطي القوائم المالية صورة عادلة وحقيقية[٧٢]. ويأتي هذا التقرير خالياً من التحفظات.

(١/ب) : تقرير ايجابي مقترن بتحفظات Qualified Opinion : و يصدر عندما لا تعطي عناصر الميزانية بأكملها صورة واضحة وعادلة عن المركز المالي للشركة، فقد يشوب أحد عناصرها الغموض كالمبالغة في تقدير الاستهلاكات أو عدم انتظام دفاتر الشركة او وجود اختلافات كبيرة بين البيانات التي وردت بتقرير مجلس الإدارة وما هو ثابت في دفاتر الشركة أو وجود مخالفات لأحكام القانون او نظام الشركة[٧٣]أو عندما تخالف القوائم المالية متطلبات معايير المحاسبة المصرية[٧٤]. وفي جميع الأحوال السابقة

---

[٦٩] : د. عبد الوهاب نصر علي، خدمات مراقب الحسابات لسوق المال، المتطلبات المهنية ومشاكل الممارسة العملية في ضوء معايير المراجعة المصرية والدولية والأمريكية، الجزء الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، بدون تاريخ، ص ١٦٤ .

[٧٠] : د. أحمد حلمي جمعة، المدخل الى التدقيق الحديث، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٦٤.

[٧١] : نصت المادة ١٠٦ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١على أنّه ((... وعليه – أي لمراقب الحسابات- أن يدلي في الاجتماع برأيه في كل ما يتعلق بعمله كمراقب للشركة وبوجه خاص في الموافقة على الميزانية بتحفظ أو بغير تحفظ أو إعادتها إلى مجلس الإدارة ...))، كما ونصّت المادة ١٨٨ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((يجب على مدقق الحسابات أن يضع تقريراً خطياً يتلوه أمام الهيئة العامة..... وان يقترح في هذا التقرير إمّا المصادقة على البيانات المالية بصورة مطلقة بدون تحفظ أو مع التحفظ وإمّا حجب الرأي أو إعطاء رأي معارض.....))، أمّا في المملكة المتحدة فقد نصت على أشكال التقرير الفقرة الرابعة من المادة ٤٩٥ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ حيث جاء فيها :

((The auditor's report- (a) must be either unqualified or qualified, and (b) must include a reference to any matters to which the auditor wishes to draw attention by way of emphasis without qualifying the report)).

[٧٢] : د. سامي محمد عليان الخرابشة ، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢، ص ٢٣٣ .

[٧٣] : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ٢٠٠ وما بعدها

[٧٤] : ومثال ذلك الرأي المتحفظ المبني على ضرورة وضع فروق اعادة تقييم ارصدة الأصول والالتزامات بالعملات الأجنبية عن فترة معينة، حيث يتعين تسوية هذه الفروق في رصيد الأرباح المرحلة بحقوق الملكية، للمزيد راجع رأي مراقب الحسابات الخاص بالشركة السعودية المصرية للاستثمار والتمويل ش م م ، وذلك في محضر الاجتماع السنوي للجمعية العامة

يتعين على مراقب الحسابات ان يدرج ما يراه مناسباً من التحفظات وبشكل واضح وصريح لا لبس فيه ولا غموض [٧٥] وإلا كان مسئولاً[٧٦]. ومن أجل ذلك آثر الباحث على تسميته بالتقرير الايجابي المقترن بتحفظات.

٢: التقرير السلبي لمراقب الحسابات، في القانون السوري، فيتمثل في أحد شكلين:

(٢/أ) : التقرير العكسي: وفيه ينتهي مراقب الحسابات الى رأي مخالف لما هو ثابت في حسابات الشركة وان الحسابات لا تعبر بوضوح عن المركز المالي للشركة[٧٧] ، ومثال ذلك عدم الاتفاق مع مجلس الإدارة حول قبول سياسات محاسبية معينة، وهنا يتعين على مراقب الحسابات ان يبين الأسباب[٧٨]. ويسمى هذا الرأي في القانون السوري في حالة إبداء رأي معارض.

(٢/ب): الامتناع عن ابداء الرأي : وفيه يرفض مراقب الحسابات المصادقة على الميزانية، وبالتالي يتمنع عن إبداء الرأي. ويكون ذلك عندما تكون المعوقات التي واجهت مراقب الحسابات في عمله من الخطورة الكبيرة التي جعلته غير قادر على إبداء الرأي ، ويدعى التقرير في هذه الحالة بتقرير الامتناع عن إبداء الرأي لعدم كفاية المعلومات[٧٩] أمّا التقرير السلبي في القانون المصري، فلم ينص عليه صراحة بل نصت المادة ١٠٦ من قانون الشركات على الإعادة الى مجلس الإدارة، وما من شك في أن اعادة الميزانية الى مجلس الإدارة يفيد أن رأي مراقب الحسابات كان سلبياً دون أي تمييز بين الرأي العكسي أو حجب الرأي[٨٠].

للمساهمين والمنشور على موقع البورصة المصرية (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٥/٤/٢٠) على الرابط التالي : http://www.egx.com.eg/arabic/NewsDetails.aspx?NewsID=١٣٧٤٠٥

[٧٥] : وعادة ما يذكر ذلك مراقب الحسابات، ويكون ذلك عندما يقول عادة ((... وفيما عدا أثر التحفظ السابق ذكره ... فمن رأينا ان القوائم المالية المشار إليها أعلاه تعبر بعدالة ووضوح عن المركز المالي للشركة ... خلال الفترة .... وعن ادائها المالي ....))

[٧٦] : ومن الممكن أن ترد التحفظات في ذات التقرير أو في تقرير مستقل، ولكن يشترط في الحالة الأخيرة أن تقدم التحفظات الى الجمعية العامة للمساهمين، حيث قضي بمسئولية مراقب الحسابات الذي قدم تقريراً نظيفاً خالياً من التحفظات بينما قدم بعض التحفظات لإدارة الشركة حول ضخامة القروض التي منحتها وضعف ضماناتها ، والجدير بالذكر أن الرأي المصحوب بالتحفظات يعد رأياً إيجابياً بالنسبة للأمور التي لم تشر اليها التحفظات راجع : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة، مرجع سابق، ٢٠١-٢٠٢

[٧٧] : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ٢٠٢

[٧٨] : د. سامي محمد عليان الخرابشة ، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة، مرجع سابق، ٢٣٤.

[٧٩] : د. سميحة فوزي، تقييم مبادئ حوكمة الشركات في جمهورية مصر العربية، ورقة عمل رقم (٨٢)، أبريل ٢٠٠٣، ص ٢٧ .

[٨٠] : أمّا في المملكة المتحدة، فقد نصّت الفقرة (٤) من المادة ٤٩٥ من قانون الشركات سنة ٢٠٠٦ على أشكال تقرير مراقب الحسابات، فتقرير مراقب الحسابات اما ان يكون مقترن بتحفظ أو غير مقترن بتحفظ، وكما يتوجب على مراقب الحسابات أن يشير في تقريره ما اذا كانت هنالك مسائل يرغب في ان يشير اليها في التقرير ويلفت الانتباه اليها to draw attention دون ان يعد ذلك تحفظاً في التقرير without qualifying the report، وبالتالي يحق لمراقب الحسابات أن يشير في تقريره العراقيل التي واجهها في معرض ممارسته لحقه في الإطلاع وطلب المعلومات وامتناع الإدارة عن تسهيل مهامه، وعلى ذلك نصّت المادة ٤/٤٩٥ من قانون الشركات في المملكة المتحدة سنة ٢٠٠٦ على ما يلي :

" (٤) The auditor's report- (a) must be either unqualified or qualified, and (b) must include a reference to any matters to which the auditor wishes to draw attention by way of emphasis without qualifying the report ".

ثانياً: تأثير الموقف السلبي للإدارة على شكل تقرير مراقب الحسابات

امّا عن تأثير الموقف السلبي للإدارة ازاء استعمال الحقوق على الرأي الفني للمراقب في القوائم المالية فيختلف قوةً وضعفاً باختلاف طبيعة وحجم العراقيل ونوعية المستندات محل الامتناع ومدى أهميتها وخطورتها، فإذا كانت المعلومات والمستندات التي طلبها مراقب الحسابات ولم تستجب الادارة الى طلبه ذات تأثير خطير على رأيه الفني، كان من حق المراقب ان يمتنع عن ابداء الرأي أو يدلي برأي معارض اذا كانت تلك المستندات والمعلومات خطيرة على النحو الذي يؤدي بمراقب الحسابات الى الجنوح نحو الامتناع عن ابداء الرأي أو الادلاء برأي معارض . أمّا اذا كانت المعلومات والبيانات أقل خطورة، فيحق لمراقب الحسابات التحفظ بصددها في التقرير. وما من شك في ان امتناع مجلس الادارة وعدم الاستجابة لطلبات مراقب الحسابات قد يفتح عليه الأبواب حول الأسباب الكامنة وراء الامتناع وما يستتبع ذلك من تسليط الضوء على تصرفات مجلس الإدارة ومراقبتها بشكل حذر، ذلك ان ذلك الامتناع قد يكون ستاراً لمخالفات يحتاط إليها المجلس . ويتعين على مراقب الحسابات أن يخصص فقرة في تقريره السنوي حول ما اذا كان قد حصل على المعلومات والايضاحات التي يرى ضرورتها لأداء مأموريته على نحو مرض، وبالتالي قد يأتي رأي مراقب الحسابات متحفظاً بشأنها أو رأياً معاكساً أو رأياً سلبياً. ويثور التساؤل حول ما اذا قام مجلس الإدارة بتيسير مهمة مراقب الحسابات بعد ان حدث امتناع سواء من قبل الموظفين أو من قبل مجلس الإدارة، فهل يحق لمراقب الحسابات ان يشير الى ذلك الامتناع السابق في تقريره أم أنه يمتنع عليه ذكره ما دام أن مجلس الإدارة قد قام بتسيير مهمته ؟ بالرجوع إلى الفقرة (٢) من المادة ١٠٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يتبين أنّها قد اقرنت عرض مراقب الحسابات لواقعة الامتناع على الجمعية العامة بشرط عدم قيام مجلس الإدارة بتيسير مهمته، حيث نصت على أنّه ((... ويعرض على الجمعية العامة إن لم يقم مجلس الإدارة بتيسير مهمته)) ، ويتبين من النص السابق أنّه بمفهوم المخالفة لا يحق لمراقب الحسابات ان يشير الى الامتناع السابق في تقريره طالما ان مجلس الإدارة قد قام بتيسير مهمته، لان الاشارة الى الامتناع يصبح غير ذي موضوع، إلا انّه ومع ذلك يتعين على مراقب الحسابات في هذا الفرض ان يكون يقظاً و ينظر بعين الحذر الى الامتناع السابق، لأنّه قد يخفي وراءه مخالفات جسيمة تسعى إدارة الشركة الى حجبها عن عيون مراقب الحسابات من وراء الامتناع.

خاتمة

يتبين من العرض السابق، أن حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات يعد من أهم الحقوق التي يتمتع بها المراقب، ويتماز بخصوصية تتمثل في كونه أداة من أدوات ممارسة المراقب لعمله المهني . وقد بين المشرع في كل من مصر وسورية، مضمون الحق من حيث مداه الموضوعي والشخصي، كما ووضع جملة من الوسائل التي تكفل ممارسة المراقب لعمله بكل حرية بعيداً عن العراقيل التي قد تعترضه سواء بحسن أو سوء نية، سواء كان مصدرها موظفي الشركة أو مجلس إدارتها .

ويتمثل النطاق الموضوعي لحق المراقب في الاطلاع وطلب المعلومات في حقه في الاطلاع على كافة دفاتر الشركة ومستنداتها واوراقها ، ولا يحق للشركة الامتناع عن تقديمها بحجة سريتها أو عدم فائدتها لعملية المراجعة،

كما ويتمثل النطاق الشخصي في اقتصار ممارسة الحق على مراقب الحسابات الموكل من جانب الشركة ولا يمتد الى مساعدي المراقب إلا فيما يتعلق بالأعمال التي ينيبه عنها مراقب الحسابات الوكيل. كما ويتمثل الوجه الأخر من النطاق الشخصي للحق في مجموعة من الأشخاص الذين يحق للمراقب الطلب منهم مباشرةً دون واسطة، كما ويجود اشخاص لا يحق للمراقب الطلب منهم مباشرةً بل لابدّ من الاستعانة بإدارة الشركة .

أمّا عن الوسائل التي وضعها المشرع لكفالة احترام الحق في الاطلاع وطلب المعلومات، فتتمثل أهمّها في حق مراقب الحسابات في الاعتراض على الامتناع الذي يواجهه أمام مجلس الإدارة أو الجهات الرقابية كما هو الحال في سورية، ، واخيراً قد ينعكس الامتناع والعراقيل التي توضع في طريق المراقب على رأيه النهائي والمكرس في التقرير السنوي .

نتائج الدراسة

لمّا كان المنهج المتبع في الدراسة يتمثل في المنهج التحليلي والمقارن، كان لا بد من استخلاص مجموعة من الفروقات بين التشريعات محل المقارنة، وتتمثل تلك الفروقات فيما يلي :

- كرّس كل من المشرع المصري والسوري حق مراقب الحسابات في الاطلاع وطلب المعلومات في قانون الشركات في كل من البلدين، بل وان المشرع السوري قد كرّس ذلك الحق أيضاً في قانون تنظيم مهنة المحاسبة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩ .
- لم يمنح المشرع المصري مراقب الحسابات الحق في اخطار الجهات الرقابية مثل الهيئة العامة للرقابة المالية أو الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة في حال حدوث الامتناع ، على خلاف الحال في سورية، حيث يحق للمراقب بل يتوجب على المراقب الاخطار الى الوزارة وهيئة الأوراق في حال اكتشافه مخالفة لأحكام القانون .
- لم ينص كل من المشرع المصري والسوري على حق مراقب الحسابات في الشركة القابضة او حق الشركة القابضة في طلب معلومات من مراقب حسابات الشركة التابعة على خلاف المشرع الاماراتي وبالتالي يتعين على مراقب الحسابات في هذه الحالة اللجوء الى ادارة الشركة التي تطلب من الشركة التابعة المعلومات التي يريدها.

توصيات الدراسة

تتمثل أهم التوصيات فيما يلي :

- يؤكد الباحث على أهمية وضع تنظيم قانوني في كل من سورية ومصر لعلاقة مراقب حسابات الشركة التابعة مع مراقب حسابات الشركة القابضة وحق الأخير في طلب معلومات من الأول بشكل مباشر دون واسطة.
- يدعو الباحث المشرع المصري الى ضرورة تبني نظام الاخطار الفوري للجهة الرقابية في حال وضع عراقيل في طريق مراقب الحسابات، حتى تكون الجهة الرقابية على علم ودراية بالامتناع الذي قد يخفي من ورائه ما لا يحمد عقباه .

قائمة المراجع

١) المراجع العربية

١. المراجع العامة

- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩ .
- د. أحمد حلمي جمعة، المدخل الى التدقيق الحديث، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.

- د. الياس حداد (و) د. محمد عاشور، القانون التجاري، بري، بحري، جوي، منشورات جامعة دمشق، قسم المحاسبة، سورية.

- د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، سورية، ١٩٩٩/٢٠٠٠.

- د. خالد راغب الخطيب (و) د. محمد فضل سعد، دراسة متعمقة في تدقيق الحسابات، مرجع سابق، ص ٧٣ .
- د. خليل فيكتور تادرس، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ .
- د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، سنة ٢٠١١
- د. عاشور عبدالجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠١٣

- د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، ١٩٩١، بدون ناشر، ص ٢١٩.
- د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١/٢٠٠.
- د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤
- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٨.
- د. مصطفى محمد رجب، قانون الأعمال وفقاً لقانون التجارة الجديد واحدث تعديلات قانون الشركات، بدون تاريخ، بدون ناشر.

٢. المراجع المتخصصة

- د. احمد فاروق وشاحي ، عملية التوريق بين النظرية والتطبيق ، دراسة لأحكام القانون المصري والقوانين المقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، بدون تاريخ
- د. احسان بن ناصر المعتاز، انهيار شركة انرون وازمة اخلاقيات الأعمال، مقال منشور على موقع جامعة ام القرى على الرابط التالي (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٦ ، ١٢.٤٥) :
- د. أمين السيد أحمد لطفي، المسئولية القانونية لمراقبي الحسابات تجاه عميل المراجعة والطرف الثالث والمجتمع، القاهرة، ٢٠٠١/٢٠٠٠، موسوعة د. امين لطفي في المراجعة، الكتاب الثالث، بدون ناشر .
- د. أديب ميالة (و) د. مي محرزي ، السرية المصرفية في التشريع السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الأول، ٢٠١١ .

- د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٠.
- د. جمال الدين مكناس ، السرية المصرفية في القانون السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ١٨، العدد الثاني، ٢٠٠٢.
- د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات ، سنة ١٩٩١ ، بدون ناشر .
- د. خالد رمضان عبد العال سلطان، المسئولية الجنائية لمراجع الحسابات (المحاسب القانوني)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

- د. رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٢.

- د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، بدون تاريخ.
- د. سميحة فوزي، تقييم مبادئ حوكمة الشركات في جمهورية مصر العربية، ورقة عمل رقم (٨٢)، أبريل ٢٠٠٣.
- د. عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دراسة مقارنة بين القانونيين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر .
- د. عبد الوهاب نصر علي، خدمات مراقب الحسابات لسوق المال، المتطلبات المهنية ومشاكل الممارسة العملية في ضوء معايير المراجعة المصرية والدولية والأمريكية، الجزء الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، بدون تاريخ .
- د. عمار حبيب جهلول آل علي خان ، النظام القانوني لحوكمة الشركات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ .
- د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، دار الفكر العربي ، ١٩٩١
- د. ماجدة شلبي ، تطور أداء أسواق الأوراق المالية المصرية في ظل التحديات ومعايير حوكمة الشركات وتفعيل نشاط التوريق ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، أكتوبر ٢٠٠٨ ، العدد ٤٩٢ ، السنة ١٠٠ ، القاهرة .
- د. محمود كبيش ، المسئولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دراسات مقارنة للقانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، بدون تاريخ .

٣. الرسائل العلمية

❖ ***<u>رسائل الدكتوراه</u>***

- د . رحاب محمود داخلي علي ، الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٠
- د. سامي محمد عليان الخرابشة ، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢
- د. عايض حامد ذياب الشنون ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة في القانون الأردني والمصري ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، مصر، ٢٠١٢
- د. فارس العجمي ، رقابة سوق المال على ادارة محافظ الاوراق المالية وصناديق الاستثمار ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢،

❖ ***<u>رسائل الماجستير</u>***

- أ: سارة أحمد حمدان عبد الرازق ، حقوق المساهم المرتبطة بإدارة شركة المساهمة والرقابة عليها ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٢

٢) المراجع الأجنبية

- Alastair Hudson ,Understanding Company Law, ٢٠١٢ , Routledge .
- Brian R. Cheffins, The History of Modern U.S. Corporate Governance , ١٣ October ٢٠١٠ .
- Principles of External Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, ٢٠٠٨ , WILEY

- Stephen Griffin LLB,M.PHIL ,Company Law , Fundamental Principles , Fourth edition , Pearson Longman , ٢٠٠٦.
- Official Journal of the European Union, English edition , Volume ٤٩, Legislation, ٩ June ٢٠٠٦
- Official Journal of the European Union, English edition , Volume ٥٧, Legislation, ٢٧ May ٢٠١٤

٣) الأحكام القضائية العربية والأجنبية

- حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية، الطعن رقم ١٠٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ٩ مايو ٢٠١٣
- حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٢
- حكم لمحكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية والاقتصادية، الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٨١ قضائية ، جلسة ٢٠١٢/٧/١٠
- حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٩.
- *Re London and General Bank* (١٨٩٥)
- *Storage Co. Ltd* (v) *Seem; Hasluck & Co.* (١٩٠٤)

٤) التشريعات العربية

- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١
- قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢
- قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١
- قانون تنظيم مهنة المحاسبة والتدقيق السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩
- قانون الشركات الاتحادي الاماراتي رقم ٢ للسنة ٢٠١٥
- قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات الاماراتي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤
- قانون الشركات التجارية القطري لسنة ٢٠١٥
- قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات القطري

٥) التشريعات الأجنبية

- Companies Act ٢٠٠٦ of UK .
- Financial Services and Markets Act Of UK , ٢٠٠٠ .
- The UK Corporate Governance Code , September ٢٠١٤ .
- Directive ٢٠٠٦/٤٣/EC Of The European Parliament and Of The Council Of ١٧ May ٢٠٠٦ .
- Directive ٢٠١٤/٥٦/EU Of The European Parliament and Of The Council Of ١٦ April ٢٠١٤ .

دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد في شركة المساهمة

"دراسة مقارنة في التشريع المصري والسوري"

إعداد

أحمد عادل أبوزيد

طالب دكتوراه في قسم القانون التجاري بكلية الحقوق / جامعة القاهرة

مقدمة :

يعد سوق المال في الوقت الحالي احد اهم روافد الدولة الاقتصادية الاستثمارية، إذ أنه يعد سوقاً خصباً للحصول على التمويل اللازم للشركات من جمهور المدخرين من جهة ،و مجالاً خصباً لاستثمار المدخرين اموالهم من جهة ثانية، وكان لا بد من اجل حماية وتنظيم العمليات الاستثمارية في سوق المال من تامين الاطار التشريعي المناسب لتأمين وصول معلومات كافية ومناسبة عن الشركة التي يرغب المستثمرون في الاستثمار فيها، سواء عن طريق شراء أسهم فيها، أو شراء سندات طرحتها في الأسواق المالية . ولا يكفي الحصول على معلومات عن الشركة وعلى وجه الخصوص معلومات مالية، بل لابدّ فوق ذلك من أن تكون تلك المعلومات على درجة عالية من الصحة والموثوقية،

وتحقيقاً لتلك الغاية، ومن أجل إضفاء الثقة حول البيانات المالية لشركات المساهمة المرتبطة في سوق الاوراق المالية قيداً او نشاطاً، نصّت تشريعات الدول المنظمة لشركات المساهمة على الزام الشركة بتعيين مراقب لحساباتها[٨١] يتولى عملية الرقابة على حسابات وأعمال الشركة ويبدي رأيه الفني والمحايد حول مدى مصداقية القوائم المالية للشركة وصدق تعبيرها عن المركز المالي الحقيقي للشركة، فهو الحَكَم بين المساهمين الذين عينوه واختاروه مراقباً لحسابات شركتهم[٨٢]،ويؤدي مراقب الحسابات من خلال تقريره حول القوائم المالية دوراً فعّالاً في اضفاء الثقة حولها على النحو الذي يغرس في صدور المستثمرين الطمأنينة ان كان رأيه ايجابياً، والشك ان كان رأيه سلبياً، على النحو الذي يخدمهم في عملية اتخاذ قراراتهم الاستثمارية . وتعاظم ذلك الدور بعد الفضائح المالية التي تعرضت لها شركة Enron و WorldCom، وقيام ادارة تلك الشركات بتشويه البيانات المالية الصادرة عنها وعلى وجه الخصوص مقدار الارباح من هنا اتت اهمية مراجعة الحسابات حيث أتت المادة ٤٩٨ من قانون الشركات الصادر في المملكة المتحدة سنة ٢٠٠٦ لتلزم مراقب الحسابات بأن يبدي رأيه حول مدى توافق المعلومات المذكورة في تقرير الادارة ومدى توافقها مع السجلات المحاسبية في الشركة[٨٣].

ويلعب مراقب الحسابات دوراً هاماً في حماية حقوق المساهمين في شركة المساهمة ، فمراقب الحسابات هو مستشار محايد حريص على مصالح الشركة والمساهمين[٨٤]، وبالتالي عن طريق مراقب الحسابات يضمن المساهمون مراعاة مصالحهم ومنع ادارة الشركة من انتهاك حقوقهم عن طريق الرقابة القانونية والفنية التي يمارسها مراقب الحسابات . فمراقب الحسابات ما هو إلا بمثابة همزة وصل بين مجلس الإدارة والمساهمين[٨٥]،ولمّا كان مراقب الحسابات يعد احد

---

[٨١] : اختلفت التشريعات في تسميته، ففي التشريع المصري والكويتي يُسمى بـ " مراقب الحسابات "، وفي التشريع السوري والاماراتي والأردني يسمى بـ " مدقق الحسابات"، وكان يُسمى في ظل أحكام قانون التجارة السوري القديم الملغى بـ " مفتش الحسابات " . وفي المملكة المتحدة يسمى بـ " The Auditor ". ونجد أن علماء الاقتصاد يطلقون عليه أحياناً تعبير" المراجع الخارجي " أو " المراجع المستقل " .

[٨٢] : د. عباس مصطفى المصري ، تنظيم الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٠٩ .

[٨٣] : Alastair Hudson , Understanding Company Law , ٢٠١٢, Routledge , Taylor & Francis Group , London and New York , p ١٠٤ .

[٨٤] : د. عايض حامد ذياب الشنون ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة في القانون الأردني والمصري ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٥٢.

[٨٥] : د. عماد محمد أمين السيد رمضان ، حماية المساهم في شركة المساهمة و دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦٢ .

اهم الادوات الرقابية في شركة المساهمة، ويمارس أعمال الرقابة على حساباتها بوصفه وكيلاً عن مجموع المساهمين، فلا بد من اجل حسن ممارسته لعمله من وضع وسائل وادوات تكفل له حسن قيامه بعمله على اكمل وجه، ومن أهم تلك الوسائل دوره في دعوة الجمعية العامة للانعقاد[٨٦].

ولمّا كان دور المراقب في دعوة الجمعية العامة للانعقاد يعد تدخلاً في أعمال إدارة الشركة الخاضعة لرقابته، ولمّا كان الأصل ان ينئ مراقب الحسابات بنفسه عن التدخل في عمل الإدارة إلا أنّه لن يكون بمقدوره القيام بعمله على أحسن وجه ما لم نمنحه السلطة القانونية في دعوة الجمعية العامة للانعقاد حتى تكون على علم ودراية بالأمور التي يريد اطلاعها عليها، فمنح مراقب الحسابات سلطة الدعوة تعد بمثابة سلطة اتصاله بموكله. ولمّا كانت التشريعات المنظمة لدور مراقب الحسابات قد اتفقت على مبدأ مفاده ضرورة لعب المراقب دوراً في دعوة الجمعية العامة للانعقاد ، إلا أنّها اختلفت في مدى ونطاق ذلك الدور.

١ : أهمية واهداف البحث:

- **أهمية البحث**

تنبع أهمية البحث من حيث كونه يواجه سلطة هامة من سلطات مراقب الحسابات واداة رقابية فعّالة من أدوات عمل مراقب الحسابات، فلا بد من تحديد حقيقة دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، وبيان الضوابط القانونية التي تحكم ذلك الدور، فهل يقتصر الأمر على مجرد الطلب أم يتعدى ذلك ليشمل حق توجيه الدعوة من تلقاء نفسه، وإذا كان كذلك، يثور التساؤل حول الضوابط القانونية التي تحكم عمل توجيه الدعوة من تلقاء نفسه.

ولا يقف الامر عند هذا الحد، بل لا بد من بيان ما اذا كان دور مراقب الحسابات يقتصر على دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد أم يشمل أيضاً الجمعية العامة غير العادية.

- **اهداف البحث**

يهدف البحث الى تحقيق جملة من الأهداف التالية :

- بيان مضمون دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد ومدى شموله كلا نوعي الجمعية من عدمه
- يهدف البحث الى بيان الضوابط القانونية التي وضعها المشرع لممارسة مراقب الحسابات لدوره في الدعوة، والبحث في شروط توجيه الدعوة وآثارها .
- يهدف البحث إلى توضيح أهم الفروقات بين موقف التشريع السوري الجديد مع التشريع المصري، مع الاشارة الى موقف بعض التشريعات العربية الحديثة أيضاً.

٢ : اشكاليات البحث وصعوباته

ان لكل بحث اشكاليات معينة، واشكالية هذا البحث تكمن في عدم وضوح دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، كما وتكمن اشكالية البحث في معرفة مدى هذا الدور وما اذا كان يشمل كلا نوعي الجمعية العامة للشركة من عدمه ،

---

[٨٦] : في سورية، اطلق عليها قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ اسم " الهيئة العامة " .

أمّا عن أهم الصعوبات التي واجهت الباحث في البحث، فتتمثل فيما يلي :

- قلّة المراجع التي تناولت دراسة وتحليل دور مراقب الحسابات في شركة المساهمة من الناحية القانونية، فعلى الرغم من أن الاقتصاديون قد تناولوا كافة جوانب دور مراقب الحسابات من الناحية المهنية والمحاسبية، إلا أن الاهتمام القانوني بهذا الدور يكاد يكون شبه منعدم .
- ندرة الأحكام القضائية التي تناولت تحليل دور مراقب الحسابات بصفة عامة سواء كانت على الصعيد العالمي أو على الصعيد المحلي في مصر وفي سورية، والذي يعود بالدرجة الأولى الى قلة – ان لم نقل ندرة - الاهتمام القانوني بدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، وتحليل دور المراقب في دعوة الجمعية العامة بصفة خاصة، فأغلب الأحكام تنازلت دور الجهة الإدارية في دعوة الجمعية العامة للانعقاد ولم تتناول دور المراقب في معظمها.

٣ : منهج البحث

ان من انجع وسائل البحث في دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد يكمن في بحثه بحثاً تحليلياً بهدف التعرف على الضوابط الخاصة بذلك الدور، وتحليله وصولاً الى مدى فاعليته،

ولمّا كان المشرع السوري قد أصدر حديثاً قانوناً متطوراً لتنظيم الشركات في العام ٢٠١١ وسبقه بعامان قانوناً لتنظيم مهنة المحاسبة في سورية، كان لا بد من اتباع المنهج المقارن، وبالإضافة الى المنهج التحليلي، وذلك بهدف مقارنة احكام التشريع السوري الجديد مع التشريع المصري وصولاً الى تقييم موقف المشرع السوري الجديد والاستفادة من التجربة المصرية في المجال التشريعي للمحاسبة،

ومن هنا تتمثل منهجية البحث في المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين التشريع السوري الجديد والتشريع المصري .

٤ : مخطط البحث

سنتناول في معرض البحث الخطة التالية :

مطلب تمهيدي : مراقب الحسابات و إدارة شركة المساهمة

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد

الفرع الأول : دعوة الجمعية العامة للانعقاد حق من حقوق مراقب الحسابات

الفرع الثاني : دعوة الجمعية العامة للانعقاد حق وواجب

الفرع الثالث : النتائج القانونية المترتبة على اختلاف موقف التشريعات

المطلب الثاني : دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد

الفرع الأول : طلب مراقب الحسابات دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد

الفرع الثاني : توجيه مراقب الحسابات الدعوة من تلقاء نفسه لانعقاد الجمعية العامة العادية

المطلب الثالث : دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد

الفرع الأول : الوضع في التشريع المصري

الفرع الثاني : الوضع في القانون السوري والقانون المقارن

مطلب تمهيدي

مراقب الحسابات و إدارة شركة المساهمة

يُعرّف مراقبي الحسابات بأنهم " خبراء مختصون في مراقبة أعمال الشركات ومحاسبتها ، يضعون تقريرهم تحت تصرف الهيئة العامة ليتسنى لها اتخاذ القرار عن علم وبينة ، وذلك بالاستناد إلى معلومات وبيانات مستمدة من داخل الشركة ، ومقيمة تقييماً علمياً موضوعياً "[٨٧]، وتتجلى مهمة مراقب الحسابات في القيام بعملية فحص مستندات الشركة وحساباتها تمهيداً لتقديم تقرير نهائي بمحصلة أعماله يدعى بالتقرير السنوي للمراقب[٨٨]، وبالتالي لا تعد مهمة مراقب الحسابات مهمة إدارية، فهو لا يتولى إدارة الشركة ولا يقوم فيها بأي عمل ذو طبيعة إدارية مبدئياً، ومن هنا أتى مبدأ عدم تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة، وهذا المبدأ لم يأتي مطلقاً بل أورد عليه المشرع بعض الاستثناءات، وسنتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: مبدأ عدم التدخل في أعمال الإدارة

لم ينص المشرع المصري والسوري على مبدأ عدم تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة صراحةً، بل يستنتج ذلك من جملة من النصوص.

---

[٨٧] : د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، الجزء الأول ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٥١ . ويعرفه جانب من الفقه المصري بأنه " الشخص الذي يعهد إليه بواسطة جماعة الشركاء بالقيام بأعمال الرقابة الداخلية كمراجعة وفحص حسابات الشركة وميزانيتها وحساب الأرباح والخسائر فيها ، وأعمال مجلس الإدارة ومدى احترام القانون في كل ذلك، وبشكل يحقق صالح الشركة والشركاء والمصلحة العامة ، ويقوم مراقب الحسابات بمهامه القانونية والعقدية لمدة زمنية معينة ينص عليها عقد تعيينه مقابل أتعاب / أجر/ تقدرها الجمعية العمومية للمساهمين" (د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات ، سنة ١٩٩١ ، بدون ناشر ، ص ٢٩٥ .) ويعرفه جانب أخر من الباحثين بأنه " الشخص المؤهل قانوناً للقيام بعمل الرقابة الداخلية على حسابات الشركات وميزانياتها والمعين من قبل الجمعية العامة للمساهمين "(الأستاذ صالح العوض البلوي ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة ، دراسة مقارنة ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص ٧٩).

[٨٨] : يقصد بالتقرير السنوي تلك الوثيقة المكتوبة التي يقدمها ويتلوها مراقب الحسابات على أسماع الجمعية العامة للمساهمين معبراً من خلالها عن رأيه المحايد في مدى عدالة المركز المالي للشركة والذي يتمثل في القوائم المالية التي أعدتها الشركة، وعلى ذلك يعد بمثابة المحصلة النهائية للعناية التي بذلها مراقب الحسابات في فحص دفاتر الشركة ومراجعة حساباتها وتحقيق موجوداتها والتزاماتها، وتكمن أهمية التقرير بشكل خاص بالنسبة الى جمهور المستثمرين في أنه يؤثر في مدى امكانية الاعتماد عليه وعلى المعلومات التي ترسلها القوائم المالية لهم، فتقرير الشركة لا يقدم الى الشركة بهدف ارضائها بل يقدم لتحقيق أغراض معينة أهمها اضفاء الثقة على المعلومات المالية المذكورة في القوائم المالية، راجع : (د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، دار الفكر العربي ، ١٩٩١، ص ١٨٩ ، د. عبد الوهاب نصر علي، خدمات مراقب الحسابات لسوق المال، المتطلبات المهنية ومشاكل الممارسة العملية في ضوء معايير المراجعة المصرية والدولية والأمريكية، الجزء الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، بدون تاريخ، ص ١٦٤ ، د. أحمد حلمي جمعة، المدخل الى التدقيق الحديث، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٦٤) .

ففي مصر، من المقرر قانوناً[٨٩] وقضاءً[٩٠]، أنه يختص مجلس الإدارة في القيام بجميع الأعمال اللازمة لإدارة الشركة وتحقيق أغراضها، ولا يحد من تلك السلطة سوى ما نص عليه القانون أو نظام الشركة أو ما نص عليه القانون أنه يدخل في اختصاص الجمعية العامة[٩١]، وبالتالي تولت المادة المذكورة تحديد اختصاص كل من مجلس الإدارة والجمعية العامة للحيلولة دون وقوع تضارب في الاختصاصات، كما وأكدت المادة المذكورة على حق الجمعية العامة في القيام بجميع اختصاصات مجلس الإدارة استثناءً في حالات حصرية تتمثل في عجزه عن اتخاذ القرار المطلوب[٩٢].

ويتبين مما سبق، ان الجهة المنوط بها القيام بأعمال الإدارة في شركة المساهمة هي مجلس الإدارة والجمعية العامة للشركة يتشاركان الاختصاصات وفق ما سبق بيانه، وبالتالي لا يجوز لجهة أخرى التدخل ومزاولة أعمال الإدارة في شركة المساهمة إلا ضمن الحدود التي يقررها القانون، وبناءً على ذلك، لا يخول لمراقب الحسابات التدخل في أعمال الإدارة إلا ضمن الحدود التي يقرر القانون، فلا يخول له الاشتراك في الإدارة او الاعتراض على أعمال المديرين وغير ذلك[٩٣] وبالتالي يتمثل الأساس القانوني لمبدأ عدم تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة في نص المادة ٥٤ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

---

[٨٩] : المادة ٥٤ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

[٩٠] : قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((ان مفاد النص في المادتين ٥٤، ١/٥٥ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن اصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة ان القانون أعطى لمجلس إدارة شركات المساهمة الحق في القيام بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها الشركة ما عدا ما استثني بنص خاص أو ما يدخل في اختصاص الجمعية العامة للشركة أو في حالة عجزه عن اتخاذ قرار، واعتبر القانون كافة الأعمال أو التصرفات الصادرة من مجلس إدارة الشركة او جمعيتها العامة أو إحدى لجانها أو من ينوب عنها من أعضاء مجلس الإدارة أثناء ممارسته لعمله على الوجه المعتاد ملزمة للشركة)) راجع : حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٩٠٣ لسنة ٧٩ ق، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٥، منشور في "المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية والاقتصادية والضريبية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٢ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١٣ " ، المكتب الفني لمحكمة النقض، إعداد د. وائل ممدوح راضي ، ، المبدأ ٤٣ ، ص ٦٤ . وفي نفس المعنى راجع، حكم محكمة النقض المصرية فيالطعون أرقام ٦٩٥٩، ١٠١٧٣، ٩٦٨١، ١٠١٨١، لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠١٣/٧/٢ ، منشور في "المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية والاقتصادية والضريبية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٢ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١٣ " ، المكتب الفني لمحكمة النقض، إعداد د. وائل ممدوح راضي، المبدأ ٤٥، ص ٦٦

[٩١] : تنص الفقرة (١) من المادة ٥٤ من قانون الشركات المصري على أنه ((لمجلس الإدارة كل السلطات المتعلقة بإدارة الشركة والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق غرضها، وذلك فيما عدا ما استثني بنص خاص في القانون أو نظام الشركة من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص الجمعية العامة)) ، وراجع : د. عاشور عبدالجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ٦٢٥ .

[٩٢] : تنص الفقرة (٢) من المادة ٥٤ من قانون الشركات المصري على أنه ((..... ومع ذلك يكون للجمعية العامة أن تتصدى لأي عمل من أعمال الإدارة اذا عجز مجلس الإدارة عن البت فيه بسبب عدم اكتمال نصاب المجلس لعدم صلاحية عدد من أعضائه او تعمدهم عدم الحضور أو عدم امكان الوصول إلى أغلبية تؤيد القرار، كما يكون للجمعية ان تصادق على أي عمل يصدر عن مجلس الإدارة أو ان تصدر توصيات بشأن الأعمال التي تدخل في اختصاص المجلس)).

[٩٣] : د. حمد الله محمد حمد الله، مراقب الحسابات ، ص ٣٣٥.

أمّا في سورية، فوفقاً لنص المادة ١٤٥ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ " لمجلس الإدارة السلطات والصلاحيات الواسعة للقيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تسيير أعمال الشركة وفقاً لغاياتها، وليس لهذه الصلاحيات من حد إلا ما هو منصوص عليه في هذا المرسوم التشريعي أو في نظام الشركة الأساسي ، وعلى المجلس أن يتقيد بتوجيهات الهيئة العامة وان لا يخالف قراراتها" . وتتولى الهيئة العامة العادية تقرير كل أمر يتعلق بمصلحة الشركة او تسيير أعمالها ولا يعود البت فيه الى هيئة أخرى استناداً لأحكام هذا المرسوم التشريعي[٩٤]، ووفقاً لأحكام المادة ١٨٧ من قانون الشركات السوري تتمثل مهمة مدقق الحسابات في " مراقبة أعمالها وتدقيق حساباتها وفق معايير التدقيق الدولية وعليه بصورة خاصة أن يبحث عما اذا كانت الدفاتر منظمة بصورة أصولية وعما اذا كانت الميزانية وحسابات الشركة قد نظمت بصورة توضح حالة الشركة الحقيقية ".

ويتبين من النصوص السابقة، ان الجهة المنوط بها القيام بأعمال الإدارة في الشركة تتمثل في مجلس الإدارة والهيئة العامة ، اما مراقب الحسابات فلا يجوز له التدخل في أعمال الإدارة إلا ضمن الحدود التي يقررها القانون .

ثانياً: التدخل في أعمال الإدارة في حالات استثنائية

كرّس المشرع في كل من مصر وسورية جملة من الاستثناءات من المبدأ العام والقاضي بعد جواز تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة، وتهدف تلك الاستثناءات لتحقيق أغراض معينة تواخها المشرع ، من بين تلك الاستثناءات ما يتعلق بزيادة رأسمال الشركة، وتخفيضه، و نذكر منها ما يلي :

١: في شأن زيادة رأسمال الشركة

(١/أ) : إصدار أسهم ممتازة : الأصل أنه لا يجوز زيادة رأسمال الشركة عن طريق إصدار أسهم ممتازة تمنح حاملها بعض المزايا من حيث عدد الأصوات أو الأرباح او فائض التصفية إذا لم يكن نظام الشركة يرخص ذلك ابتداءً[٩٥]، وتكمن الحكمة من المنع السابق في ان مثل هذا الإصدار من شأنه ان يلحق ضرراً بالغاً في حق قدامى المساهمين ويقرر مزايا للمساهمين الجدد على حساب المساهمين القدامى[٩٦]، إلا أنه لمّا كانت الشركة قد تحتاج في ظل ظروفها السيئة إلى اغراء المساهمين الجدد ودفعهم الى الاكتتاب بأسهم الزيادة تسهيلاً للحصول على التمويل اللازم قد تضطر لإصدار مثل هذه الأسهم، ولتحقيق التوازن بين حقوق قدامى المساهمين ومصالحهم من جهة ومصلحة الشركة في الحصول على التمويل اللازم من جهة أخرى وضع المشرع جملة من الضوابط التي من شأنها ان تكفل تحقيق التوازن المرغوب، حيث اشترط ضرورة اتخاذ الجمعية العمومية غير العادية قرارها بناءً على اقتراح مجلس الإدارة وتقرير مراقب الحسابات في شأن الأسباب المبررة لذلك[٩٧]، ويجب أن يتضمن تقرير مراقب الحسابات كل العناصر التي تكفل

---

[٩٤] : المادة ١٦٨ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ .

[٩٥] : مفاد ذلك انه اذا لم يرخص النظام ذلك فلا يجوز تعديل النظام فيما بعد ...

[٩٦] : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ص ٢١٩ .

[٩٧] : المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ، المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ، المادة ٣٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

للمساهمين مراقبة إدارة الشركة واتخاذ القرار المناسب في جمعيتهم العمومية[٩٨]، ويعد مراقب الحسابات مسؤولاً عن صحة البيانات الواردة في تقريره، فوفقاً لرأي مجلس اللوردات البريطاني في قضية Caparo Industries plc v Dickman (١٩٩٠) نجد أن مراقب الحسابات غير مسؤول عن الاهمال الصادر منه تجاه شخص عوّل على الأخطاء المذكورة في تقريره بينما هو يعد مسؤولاً تجاه الشخص الذي وبشكل معقول اعتمد على تقرير المراقب[٩٩]،و يرى جانب من الفقه[١٠٠] وبحق ان قضية Caparo Industries plc v Dickman (١٩٩٠) من قبل اللورد بريدج Lord Bridge قد رسمت حدوداً بين الحالة التي يكون فيها مراقب الحسابات قد وضع تقريره وهو يدرك تماماً اعتماد المدعى عليه على التقرير وبين الحالة التي يكون فيها من المتوقع الاعتماد عليها من قبل الغرباء او الغير وفقاً للمدى المنظور.

أما عن دور مراقب الحسابات، فيتثمل في بيان رأيه حول مدى صحة وجديّة الأسباب المبررة لذلك رعايةً وحمايةً لحقوق قدامى المساهمين، وبالتالي ينحصر دور مراقب الحسابات في بيان رأيه حول جديّة الأسباب التي تبرر الزيادة عن طريق أسهم ممتازة ومدى فائدتها[١٠١]، ومن بين تلك الأسباب الوضع المالي المتردي للشركة والحاجة الملحة لإغراء المساهمين الجدد او الفشل المحتمل لعملية الاكتتاب اذا ما تم اصدار أسهم عادية والنجاح المحتمل فيما اذا تم اصدار أسهم ممتازة، وما من شك ان دور مراقب الحسابات في هذا الصدد يشكل استثناءً من الأصل العام الذي يفرض على مراقب الحسابات عدم التدخل في أعمال الإدارة . أما في سورية، فلم ينص قانون الشركات رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٨ على أي دور لمراقب الحسابات في زيادة رأسمال الشركة عن طريق طرح أسهم جديدة.

---

[٩٨] : د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ص ٢١٩ ، هامش رقم ٢٨٦ ورقم ٢٨٥ . ويثور التساؤل حول الجهة المختصة في بيان الأسباب المبررة لإصدار أسهم ممتازة' فهل تتمثل تلك الجهة في مجلس الإدارة ام في مراقب الحسابات؟ لم يفصح النص القانوني صراحةً عن ذلك، حيث جاء على الشكل التالي : ((لا يجوز زيادة رأس المال المصدر بأسهم ممتازة إلا اذا كان نظام الشركة يرخص بذلك ابتداءً وبعد موافقة الجمعية العامة غير العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة وتقرير من مراقب الحسابات في شأن الأسباب المبررة لذلك)) ، وهنا يرى الباحث ان الجهة المنوط بها إعداد الأسباب التي تبرر إصدار أسهم ممتازة تتمثل في مجلس الإدارة في اقتراحه المقدم إلى الجمعية العامة، ويرجع السبب في ذلك إلى ان المنطق يفرض ألا يكلف المشرع مراقب الحسابات في البحث لإدارة الشركة عن أسباب تبرر اصدار أسهم ممتازة فمراقب الحسابات ليس محامي أو مستشار مالي لمجلس الإدارة في مواجهة المساهمين بل هو حكم بين إدارة الشركة والمساهمين يبدي رأيه بكل حيادية واستقلالية ويضفي الثقة على المعلومات التي يقدمها مجلس الإدارة.

[٩٩] : Alastair Hudson , Understanding Company Law , ٢٠١٢ , Routledge , Taylor & Francis Group , London and New York , p ١٠٤ .

[١٠٠] : Alastair Hudson , Understanding Company Law , ٢٠١٢, Routledge , Taylor & Francis Group , London and New York , p ١٠٤ .

[١٠١] : ويلتزم مراقب الحسابات ببذل العناية المهنية عند تقديمه للتقارير، حيث أنه في المملكة المتحدة أصّلت قضية *Johnson v Gore Wood and* Co [٢٠٠٣] EWCA Civ ١٧٢٨ التزام مراقب الحسابات duty of care وحددت نطاقه بأنه أي شيء وكل شيء يمكن ان تتوقعه الشركة في اجتماع الجمعية العمومية من قوة تقرير مراقب الحسابات، للمزيد راجع :
Len Sealy & Sarah Worthington , Cases and Materials in Company Law , Eighth edition , OXFORD , ٢٠٠٨ , p ٧٣,٧٤ . Robert R Pennington , LLD , Company Law , Seven edition , ١٩٩٥ , p ٩٥٦.

(١/ب) : الوفاء بقيمة الأسهم عن طريق المقاصة : أجاز المشرع المصري في المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الوفاء بقيمة الأسهم في الزيادة عن طريق المقاصة بين حقوق المكتتب النقدية المستحقة الأداء قبل الشركة وبين قيمة الأسهم المكتتب بها كلها أو بعضها[١٠٢]، ونظم المشرع إجراءات المقاصة حيث تطلب المشرع تدخل مراقب الحسابات عن طريق تصديقه على اقرار مجلس الإدارة بقيمة هذه الديون، حيث يقدم الإقرار إلى الجهة التي تتولى الاكتتاب لإرفاقه بأصل شهادة الاكتتاب، ويتجلى دور مراقب الحسابات في المقاصة عن طريق تصديقه على اقرار مجلس الإدارة بقيمة الديون وذلك بعد التحقق من سند المديونية وشرائط استحقاق السند ومدى جدية المديونية لأحد المكتتبين ويصادق بعد ذلك على اقرار المجلس. وما من شك أن تصديق مراقب الحسابات المشار إليه يعد شرطاً لصحة إقرار مجلس الإدارة في مثل هذه الديون، كما يعد انتقاصاً من أهلية مجلس الإدارة في الإقرار بهذه الديون، وفي هذه الحالة يعد باطلاً الإقرار الخالي من تصديق مراقب الحسابات ، كما ويعد هذا التدخل استثناء آخر لمبدأ عدم جواز التدخل بأعمال الإدارة.

(١/ج) : إلغاء حق الاولوية: تحقيقاً للتوازن بين مصلحة الشركة في الحصول على التمويل اللازم وحقوق قدامى المساهمين أجاز المشرع[١٠٣] في المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ لنظام الشركة في النص على مدى حقوق الأولوية للمساهمين القدامى عند الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال بأسهم نقدية، ولمّا كانت مصلحة الشركة قد تقتضي عدم اعمال الحق في الأولوية حيث قد يكون من مصلحتها إلغاء الحق المذكور استجابةً لطلب دائن هام يريد تحويل حقه قبل الشركة إلى أسهم يزاد بقيمتها رأس المال بل إن العمل قد جرى على ذلك لا سيما في الاحوال التي تلجأ فيها الشركة إلى سوق المال الدولي لجلب الأموال اللازمة لزيادة رأسمالها او في حال ما إذا كانت قد أصدرت صكوكاً مالية مركبة كالسندات القابلة للتحويل إلى أسهم[١٠٤]، وتحقيقاً لتلك الغايات اجاز المشرع للشركة إلغاء حق الاولوية واحاط عملية الإلغاء بجملة من الضمانات تفادياً للتعسف في استعمال الحق، حيث اشترط المشرع ضرورة تدخل مراقب الحسابات من اجل إلغاء حق الاولوية حيث يجب الحصول[١٠٥] على تقرير من مراقب الحسابات يتضمن المصادقة على الأسباب الجديّة التي يبديها مجلس الإدارة، وهنا يقدم مراقب الحسابات تقريره حول مدى صحة وجديّة الأسباب التي يبديها مجلس الإدارة، وما من شك ان ذلك يشكل استثناء آخر لمبدأ عدم جوازل التدخل في أعمال الإدارة. اما في سورية، فنجد أن المشرع في قانون الشركات رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ قد نص على تمتع

---

[١٠٢] : تجدر الإشارة إلى أن الوفاء بطريق المقاصة عند الزيادة جائز على خلاف تأسيس الشركة، حيث ان الشركة عند الزيادة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة والذمة المالية المستقلة تخولها الحق في كونها دائنة ومدينة على خلاف الشركة عند التأسيس، راجع : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ص ٤٧٦ وما بعدها .

[١٠٣] : تجدر الإشارة إلى ان اللائحة التنفيذية لقانون الشركات في المادة ٩٦ قد جعلت الامر وجوبي وليس جوازي.

[١٠٤] : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣٨٣ .

[١٠٥] : تنص المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على انه ((يجوز بقرار من الجمعية العامة غير العادية بناءً على طلب مجلس الإدارة او الشريك او الشركاء المديرين بحسب الأحوال وللأسباب الجدية التي يبديها أي منهم ويقرها مراقب الحسابات في تقرير منه ان تطرح أسهم الزيادة كلها او بعضها للاكتتاب العام مباشرة دون إعمال حق الاولوية للمساهمين القدامى اذا كانت مقررة في النظام الأساسي للشركة)).

المساهمين القدامى بحق الأفضلية وأبطل كل نص على خلاف ذلك، وأصدرت هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية التعليمات الخاصة بذلك[١٠٦]

٣: في شأن تخفيض رأس المال

ما من شك ان رأسمال الشركة هو الضمان الحقيقي لدائنيها، فهو يمثل الحد الأدنى لهذا الضمان، وبالتالي لا يجوز رده إلى المساهمين طوال مدة بقاء الشركة كأصل عام، إلا ان الظروف قد تدفع بالشركة إلى ضرورة خفض رأسمالها، وهذا ما تعترف به التشريعات المنظمة لشركة المساهمة[١٠٧]، ولمّا كانت عملية تخفيض رأسمال الشركة من شأنها المساس بحقوق دائني الشركة عن طريق المساس بالحد الادنى لضمان ديونهم، ولمّا كان يترتب على التخفيض تعديل نظام الشركة الأساسي، تدخل المشرع وكرّس جملة من الضمانات التي تحول دون التعسف في استعمال الحق، ونصّ على دوراً هاماً لمراقب الحسابات في هذا الصدد.

ففي مصر، حيث اشترطت المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات[١٠٨] لصدور قرار التخفيض عن الجمعية العامة غير العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة إرفاق مشروع التخفيض بتقرير من مراقب الحسابات حول قيام أسباب جديّة تدعو إلى التخفيض، ويجب ان يتاح إلى مراقب الحسابات كافة البيانات اللازمة والوقت الكافي لإعداد هذا التقرير، ويلاحظ من نص المادة ١٠٥ السالفة الذكر ان تقرير مراقب الحسابات ليس لازماً فقط لإصدار قرار التخفيض من قبل الجمعية العامة بل هو لازم أيضاً لصحة اقتراح التخفيض، ذلك أن المشرع قد ألزم ارفاق التقرير مع مشروع التخفيض والمقدم من قبل مجلس الإدارة إلى الجمعية العامة غير العادية، أما عن مضمون التقرير، فيتثمل في ضرورة بيان مدى قيام أسباب جدية تدعو إلى تخفيض رأسمال الشركة ، ومفاد ذلك ان مراقب الحسابات يستطيع وعلى خلاف الأصل تقدير ملائمة القرارات التي يتخذها مجلس الإدارة[١٠٩]، حيث أن الأصل في مراقب الحسابات منعه من التدخل في أعمال الإدارة إلا ان نص المادة ١٠٥ السالفة الذكر يشكل استثناءً من ذلك، حيث يجوز لمراقب الحسابات تقدير مدى ملائمة اقتراح التخفيض ومدى توافر أسباب جدية من عدمه، وتسهيلاً لمهمة مراقب الحسابات، ألزم المشرع إدارة الشركة ان تتيح لمراقب الحسابات البيانات اللازمة لإعداد تقريره، أمّا عن مدة إعداد التقرير فلم يحددها المشرع، وكان من الأجدر من وجهة نظر الباحث لو وضع حداً أقصى يتعين على مراقب الحسابات عدم تجاوزه.

ويثور التساؤل حول مضمون التقرير، فهل يشمل أيضاً مدى تأثير قرار التخفيض على حقوق دائني الشركة؟ يرى الباحث ان يتعين على مراقب الحسابات تضمنين تقريره ما يفيد حول مدى تأثير قرار التخفيض على حقوق الدائنين،

---

[١٠٦] : انظر المادة ٣/١٠١ من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ .

[١٠٧] : راجع الفقرة (ج) من المادة ٧٠ من قانون الشركات المصري.

[١٠٨] : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على انه ((ويجب ان يرفق بمشروع التخفيض المقدم إلى الجمعية تقرير من مراقب الحسابات حول مدى قيام أسباب جديّة تدعو إلى التخفيض، ويجب ان يتاح لمراقب كافة البيانات اللازمة والوقت الكافي لإعداد التقرير المشار إليه)) .

[١٠٩] : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣٩٣ . تجدر الاشارة إلى أنه يتعين وفق قانون الشركات في المملكة المتحدة سنة ٢٠٠٦ ذكر اسم مراقب الحسابات أو اسم المراقب المسئول عن توقيع التقرير في حال كان المراقب شركة The Senior Statutory Auditor عندما تقوم الشركة بنشر تقارير مراقب الحسابات، للمزيد، راجع :

Nicholas Bourne ,Bourne on company law , fifth edition , ٢٠١١, p ٢٦٨ , Auditing , Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, Principles of External , ٢٠٠٨ , WILEY , p ١٧٠ .

ويرجع السبب في ذلك ان تأثير قرار التخفيض على حقوق الدائنين يعد من قبيل الأسباب التي قد تدعو إلى العزوف عن فكرة التخفيض، فقد يرغب بعض دائني الشركة في تحول دينهم إلى أسهم في الشركة.

أمّا في سورية، فقد نصّت المادة ١٠٥ من قانون الشركات على دور مراقب الحسابات في عملية تخفيض رأسمال الشركة، حيث جاء في الفقرة (١) منها على أنّه ((يجب على مجلس الإدارة ان يرفق طلب التصديق على تعديل النظام الأساسي للشركة المتضمن تخفيض رأسمالها الذي يقدمه الى الوزارة بلائحة صادرة من مدقق الحسابات تتضمن أسماء دائني الشركة، ومقدار دين كل منهم وعناوينهم وشهادة صادرة من مدقق الحسابات تفيد بأن تخفيض رأس المال لا يمس حقوق الدائنين)) ، ويشمل مضمون التقرير، جملة من البيانات تتمثل في ما يلي :

- البيانات الخاصة بالدائنين: وتتمثل أسماء دائني الشركة ومقدار دين كل منهم وعناوينهم، وبرأي الباحث يضاف الى ذلك بيان بنوع الدين وما اذا كان ديناً ممتازاً أو عادياً وبيان الديون المستحقة الأداء والمؤجلة .
- شهادة بعدم المساس بحقوقهم: ألزم قانون الشركات مراقب الحسابات بأن يذكر في تقريره ما يفيد بأن قرار التخفيض لا يمس بحقوق دائني الشركة، وبرأي الباحث يجب أن تكون تلك الشهادة مسببة، حتى لا يتحول دور مراقب الحسابات الى ضامن لعدم المساس، بعبارة اخرى يتعين على مراقب الحسابات ان يبين الأسباب المهنية التي دفعته الى القول بعدم تأثيرها على حقوق الدائنين، ويفيد ذلك في تحديد مسئوليته وما اذا كان قد قصر في بذل العناية اللازمة من عدمه .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد

تعد الجمعية العامة في شركة المساهمة أعلى سلطة إدارية في الشركة[١١٠]، ولها السيادة العليا في الشركة ، إلا أنها سيادة نظرية وبوجه خاص في شركات المساهمة الكبيرة[١١١]، ونظراً لأهمية دور مراقب الحسابات نصّت تشريعات الدول المنظمة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة على دوره في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، وتأرجحت تلك التشريعات في مدى ذلك الدور، فبعضها جعله دوراً مطلقاً وشاملاً والبعض الآخر قيده بقيود . ويثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة فيما يخص الدعوة الى الجمعية العامة للانعقاد، فهل يتمثل ذلك الدور في حق من حقوق مراقب الحسابات أم أنّه واجب من واجباته، أم أنه يجمع بين الحق والواجب؟

للإجابة على هذه التساؤل اختلفت التشريعات في ذلك، فبعضها اعتبرته حق من حقوق مراقب الحسابات والبعض منها اعتبرته واجب والبعض الآخر اعتبرته تارة حق وتارة وواجب على النحو الآتي :

---

[١١٠] : د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١/٢٠٠، ص ٤٦٢ ، د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، سورية، ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص ٤١٦/٤١٧.

[١١١] : د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٨، ص ٣٠٤

الفرع الأول

دعوة الجمعية العامة للانعقاد حق من حقوق مراقب الحسابات

أولاً: في مصر

تبنى المشرع المصري هذا الاتجاه واعتبر أن دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد يعد حقاً من حقوق المراقب، التي يكون له السلطة التقديرية في ممارستها من عدمه ويدل على ذلك نص الفقرة (١) من المادة ٦٢ من قانون الشركات المصري والتي جاء نصّها على أنّه ((لمراقب الحسابات ....أن يدعو الجمعية العامة للانعقاد في الأحوال التي يتراخى فيها مجلس الإدارة عن الدعوة على الرغم من وجوب ذلك ومضي شهر على تحقق الواقعة أو بدء التاريخ الذي يجب فيه توجيه الدعوة الى الاجتماع))[١١٢]. ويتبين من النصوص السابقة ان المشرع المصري في قانون الشركات لم يلزم مراقب الحسابات بتوجيه الدعوة بل كرّس له في سبيل ذلك حق من حقوقه يمارسه وفقاً لسلطته التقديرية ويحكمها العناية المهنية . ويترتب على ذلك، أن مراقب الحسابات غير ملزم – مبدئياً [١١٣]– بموجب القانون في طلب أو توجيه الدعوة الى الجمعية العامة للانعقاد.

ثانياً: في القانون المقارن :

ومن التشريعات العربية التي حذت حذو المشرع المصري واعتبرت تدخل مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد بمثابة حق من حقوق المراقب نجد قانون الشركات الكويتي الجديد رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢،حيث نصّت المادة ٢٣٧ على أنّه ((تنعقد الجمعية العامة العادية السنوية بناءً على دعوة من مجلس الإدارة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية، وذلك في الزمان والمكان الذين يعينهما عقد الشركة، وللمجس ان يدعو الجمعية للاجتماع كلما دعت الضرورة الى ذلك، وعلى مجلس الإدارة أن يوجه دعوة الجمعية للاجتماع بناءً على طلب مسبب من عدد من المساهمين يملكون عشرة بالمئة من رأس مال الشركة، أو بناءً على طلب مراقب الحسابات، وذلك خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الطلب، وتعد جدول الأعمال الجهة التي تدعو الى الاجتماع .....)).

وأيضاً تبنى ذات الاتجاه قانون الشركات القطري الجديد سنة ٢٠١٥ ، حيث نصّت المادة ١٢٤ منه ٢٠١٥ على أنّه ((على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة للانعقاد متى طلب إليه ذلك مراقب الحسابات، فإذا لم يقم المجلس بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الطلب، جاز لمراقب الحسابات توجيه الدعوة مباشرة بعد موافقة الإدارة، ...)).

وكذلك الأمر بالنسبة إلى التشريع البحريني، حيث تبنى قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ هذا الاتجاه ونصّ في المادة ١٩٨ على أنه ((ولمجلس الإدارة ان يقرر دعوة الجمعية العامة العادية الى الانعقاد اذا طلب اليه ذلك مدقق

---

[١١٢] : وأيضاً نص الفقرة (٣) من المادة ٦١ من قانون الشركات المصري والتي جاء فيها ((وعلى مجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العامة العادية الى الانعقاد اذا طلب اليه ذلك مراقب الحسابات ...))،

[١١٣] : إلا أنّه قد يصبح مقصر مهنياً ، فإذا اكتشف مراقب الحسابات مخالفات جسمية فمن المفروض عليه مهنياً دعوة الجمعية العامة للانعقاد حتى تكون على علم بحقيقة الموقف دون أن يكون ملزم قانوناً بذلك، وبالتالي اذا لم يقم بذلك اعتبر المراقب مقصر مهنياً .

الحسابات أو عدد من المساهمين يمثل ١٠ % من رأسمال الشركة بشرط أن تكون لديهم أسباب جدية تبرر ذلك الطلب . ولمدقق الحسابات ان يدعو الجمعية العامة العادية للانعقاد في الأحوال المذكورة في المادة (٢١٨) من هذا القانون)) .

الفرع الثاني

دعوة الجمعية العامة للانعقاد حق وواجب

أولاً: في سورية:

تبنى المشرع السوري هذا الاتجاه، حيث لم يكتفي المشرع السوري في قانون الشركات الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ باعتبار دعوة مراقب الحسابات للجمعية العامة بمثابة حق من حقوق المراقب، بل ألقى على عاتق مراقب الحسابات واجباً والتزاماً في طلب الدعوة في حالات معينة وضمن ضوابط معينة، حيث نصّت المادة ١٩٠ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((يحق لمدقق الحسابات الطلب الى مجلس الإدارة الدعوة الى انعقاد الهيئة العامة العادية أو غير العادية للشركة بناءً على كتاب خطي يبين فيه الأسباب الداعية له ، وإذا أهمل مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة للاجتماع في المواعيد المقررة في النظام الأساسي أو في هذا المرسوم التشريعي فيجب على مدقق الحسابات أن يطلب إليه دعوتها))[١١٤].

ويتبين من الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، أن دعوة مراقب الحسابات للجمعية تعد بمثابة حق من حقوق مراقب الحسابات يمارسها وفقاً لسلطته التقديرية، أمّا الفقرة الثانية من المادة فقد كرّست التزاماً على عاتق مراقب الحسابات بتقديم طلب الدعوة في حال تراخي مجلس الإدارة عن توجيهها في الأحوال التي يوجب فيها القانون أو النظام الأساسي ذلك، بحيث يمكن القول بأن دعوة مراقب الحسابات للجمعية العامة تعد بحسب الأصل حقاً من حقوقه، واستثناءً تعد التزاماً في حال التراخي غير المحق .

ثانياً: في القانون المقارن :

وسار على درب التشريع السوري المشرع الاماراتي في قانون الشركات الجديد[١١٥]رقم ٢ لسنة ٢٠١٥، حيث نصّت المادة ١٧١ من قانون الشركات الاماراتي على أنه ((١: تنعقد الجمعية العمومية للمساهمين بدعوة من مجلس الإدارة مرة على

---

[١١٤] : وأكدّت ذات الحق أيضاً الفقرة (٢) من المادة ١٦٥ من قانون الشركات السوري حيث جاء فيها ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة العادية للاجتماع في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة ...))

[١١٥] : نصّت المادة ١٧١ من قانون الشركات الاماراتي على أنه ((١: تنعقد الجمعية العمومية للمساهمين بدعوة من مجلس الإدارة مرة على الأقل في السنة خلال الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية في الزمان والمكان المعينين في نظام الشركة، وللمجلس دعوة الجمعية العامة للانعقاد كلما رأى وجهاً لذلك، ٢: إذا أغفل مجلس الإدارة توجيه الدعوة لعقد الجمعية

الأقل في السنة خلال الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية في الزمان والمكان المعينين في نظام الشركة، وللمجلس دعوة الجمعية العامة للانعقاد كلما رأى وجهاً لذلك، ٢: إذا أغفل مجلس الإدارة توجيه الدعوة لعقد الجمعية العمومية في الأحوال التي يوجب هذا القانون فيها دعوتها، **وجب على مدقق الحسابات توجيه هذه الدعوة، وكذلك الشأن كلما دعت الضرورة ذلك**، وعليه في هذه الحالة وضع جدول الأعمال ونشره)).

وتجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان كل من المشرع السوري والاماراتي متفقان في اعتبار دور المراقب بمثابة حق وواجب إلا أنهما يفترقان من حيث كون نطاق الواجب في القانون السوري ضيق مقارنةً في الواجب في القانون الاماراتي.
بعبارة أخرى، لم يفرض القانون السوري على مراقب الحسابات التزاماً بطلب الدعوة في جميع الأحوال، بل قيدها من حيث المضمون والوسيلة، أما من حيث المضمون فاقتصر المشرع السوري على حالات تراخي مجلس الإدارة غير المحق، اما عن الوسيلة فتقتصر على مجرد الطلب من مجلس الإدارة دون الحق في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه،
بينما نجد ان المشرع الاماراتي قد اطلق مضمون ووسيلة التزام مراقب الحسابات ، فمن حيث المضمون لم يقتصر على حالات التراخي غير المحق بل ألزمه بذلك كلما دعت الضرورة، أما من حيث الوسيلة فتتمثل في توجيه الدعوة بنفسه ووضع جدول الأعمال ونشره دون الاقتصار على مجرد الطلب .

الفرع الثالث

النتائج القانونية المترتبة على اختلاف موقف التشريعات

يترتب على اختلاف موقف التشريعات المنظمة لدور مراقب الحسابات في الطبيعة القانونية لدوره فيما يخص الدعوة الى الجمعية العامة اختلاف الآثار القانونية لذلك الدور على النحو التالي :

أولاً: من حيث المسئولية الجنائية :

قد تجرم التشريعات المنظمة لشركات المساهمة مخالفة أحكام قانون الشركات ومخالفة النصوص الآمرة فيه، وتفرض على المخالف عقوبة غالباً ما تكون جنحوية الوصف، وبالتالي يترتب على مخالفة مراقب الحسابات لالتزامه في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة في الدول التي تجعل دوره بمثابة التزام امكانية ملاحقته بجرم مخالفة احكام قانون الشركات[١١٦] . وبالمقابل، لا يمكن ملاحقة مراقب الحسابات بالجرم المذكور بالنسبة للدول التي تجعل من دوره في دعوة الجمعية العامة للانعقاد بمثابة حق دون ان يكون واجباً .

وتطبيقاً لما سبق، وعلى الرغم من تجريم المشرع المصري لمخالفة الأحكام الآمرة في قانون الشركات، إلا انه لا يمكن ملاحقة مراقب الحسابات بالجرم المذكور اذا لم يمارس حقه في توجيه الدعوة، لأن دور مراقب الحسابات في دعوة

العمومية في الأحوال التي يوجب هذا القانون فيها دعوتها، وجب على مدقق الحسابات توجيه هذه الدعوة، وكذلك الشأن كلما دعت الضرورة ذلك، وعليه في هذه الحالة وضع جدول الأعمال ونشره)).

[١١٦] : **طبعا وذلك في حال كان تشريع الدولة يجرم مخالفة أحكام قانون الشركات .**

الجمعية العامة للانعقاد في مصر يقتصر على اعتباره حقاً من حقوق المراقب دون ان يرقى لمرتبة الالتزام . وعليه لا يلاحق مراقب الحسابات بالجريمة المذكورة في الفقرة (٥) من المادة ١٦٣ من قانون الشركات[١١٧] اذا لم يقم بممارسة حقه في توجيه الدعوة .بل واكثر من ذلك حتى ولو ثبت فعلاً تقصيره في ممارسة حقه في توجيه الدعوة، ذلك أن النصوص الجزائية ينبغي أن تفسر تفسيراً ضيقاً ولا يعد تقصير مراقب الحسابات في ممارسة حقوقه أو التزاماته المهنية بمثابة مخالفة للأحكام الآمرة التي يجرمها النص المشار إليه أعلاه.

وفي سورية، على الرغم من أن المشرع في قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ قد فرض على المراقب التزاماً في طلب الدعوة الى مجلس الإدارة إلا أنّه لم يجرم مخالفة أحكام الشركات بصفة عامة ولم يعتبر اهمال مراقب الحسابات لذلك الواجب بمثابة جرم معاقب عليه، وبالتالي لا تقوم المسئولية الجنائية لمراقب الحسابات في حاله اخلال بالواجب المذكور إعمالاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[١١٨]

وفي دولة الامارات ، تنص المادة ٣٦٠ من قانون الشركات الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تزيد على مائة ألف درهم كل من يخالف أي حكم من أحكام هذا القانون لم تحدد له عقوبة فيه أو يخالف الأنظمة أو اللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له)) ، وبالتالي وفقاً للنص المذكور، يلاحق مراقب الحسابات بالجرم المذكور اذا أخل بواجبه في توجيه الدعوة على النحو الوارد في قانون الشركات، أما لو اكتفى المشرع الاماراتي باعتبار دور المراقب في الدعوة مجرد حق لامتنع ملاحقة المراقب بالجرم المذكور في حال امتنع عن توجيه الدعوة .

ثانياً: من حيث المسئولية التأديبية والمدنية

تقوم المسئولية المدنية بصفة عامة على ثلاثة أركان : خطأ وضرر وعلاقة سببية، وقد يرتكب مراقب الحسابات خطأً عقدياً، وقد يرتكب خطأً تقصيرياً [١١٩]، كما وقد يرتكب المراقب خطأً مهنياً عن طريق الاخلال بواجب تفرضه قواعد

---

[١١٧] : تنص الفقرة (٥) من المادة ١٦٣ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه ((مع عدم الاخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الاخرى، يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه يتحملها المخالف شخصياً ..... ٥: كل من يخالف أي نص من النصوص الآمرة في هذا القانون))

[١١٨] : يرى جانب من الفقه السوري أن هذا المبدأ عرف لأول مرة في الشريعة الاسلامية وما يؤكد ذلك ما جاء في القرآن الكريم ما يدل عليه ومن بين الآيات التي تؤكد ذلك قوله تعالى ((وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا))، راجع : د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة عشر، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص ٦٧، بينا يرى جانب من الفقه المصري أن هذا المبدأ يعود تاريخ ظهوره الى العهد العظيم Magna Charta الذي منحه الملك جون في انجلترا الى رعاياه عام ١٢١٦ في المادة ٣٩ منها ، للمزيد حول هذا الموضوع انظر: د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٧١ ، وانظر ايضاً د. هدى حامد قشقوش ، شرح قانون العقوبات العام ، القسم العام ، ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٠ .

[١١٩] : لم يرد في التشريع المصري ولا في التشريع السوري أي تعريف للخطأ بصفة عامة بنوعيه التعاقدي والتقصيري ، لذلك وردت تعريفات فقهية عديدة في كتابات الفقهاء، فقد عرّف العلامة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله الخطأ العقدي بأنه" عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد" (الأستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في

المهنة[١٢٠] . وبالتالي يعد اخلال مراقب الحسابات بواجبه في توجيه الدعوة أو طلها في التشريعات التي تبنت نظرية الواجب أو الالتزام خطأً تاديبياً ومدنياً بحد ذاته يمكن ملاحقته تأديبياً ومدنياً، وبالتالي يعد الاخلال بالالتزام بحد ذاته اهمالاً يستوجب المسئولية التأديبية[١٢١] والمدنية ،

بينما نجد أنه في التشريعات التي تبنت نظرية الحق دون الواجب، لا يعد امتناع مراقب الحسابات عن ممارسة حقه بمثابة خطأ تأديبي أو مدني بحد ذاته، بل لا بد من اثبات التقصير في بذل العناية المهنية من جانب المراقب، فعدم الدعوة ليس بحد ذاته خطأً مهنياً أو مدنياً ولكن الاهمال والتقصير الناجم عن عدم الدعوة يعد خطأ يستوجب المسائلة المدنية والتأديبية، فإذا ثبت أن مراقب الحسابات قد ارتكب اهمالاً نجم عن تقصيره في دعوة الجمعية العامة للانعقاد وانه لو قام بذلك لما حدث الضرر لأمكن ملاحقته في هذه الحالة وفق المسئولية التأديبية والمدنية باعتباره ارتكب اهمالاً مهنياً .

شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ، فقرة ٤٢٧، ص ٦٥٦)، وفي الفقه السوري، يعرّفه جانب من الفقه السوري بأنه سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به في العقد(د. احمد عبد الدايم ، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة حلب، سورية، ٢٠٠٨، ص ٢٠٠)أما بالنسبة إلى الخطأ التقصيري فقد عرّفه العلامة الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله بأنّه " الاخلال بالتزام قانوني يتمثل في ان يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر الغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان من القدرة على التمييز بأنه يدرك أنه انحرف، كان هذا الانحراف خطأً يستوجب مسئوليته التقصيرية "(الأستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ، مرجع سابق، فقرة ٥٢٧، ص ٧٧٨-٧٧٩)، وعرفه جانب من الفقه أيضاً بأنه العمل الضار المخالف للقانون أو الاخلال بالثقة المشروعة أو الاخلال بالتزام سابق أو الاخلال بالواجبات المستمدة من قواعد السلوك في المجتمع(حيث يميل الدكتور حسن جميعي الى هذا الأخير، راجع : د. حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسئولية المدنية، ٢٠٠٧، بدون ناشر، ص ١٩)، وفي الفقه السوري، يعرّفه جانب من الفقه السوري بأنه انحراف الشخص عن السلوك المعتاد على الرغم من ادراكه لهذا الانحراف(د. احمد عبد الدايم ، شرح القانون المدني، مرجع سابق ، ص ٢٦٦)، وتعرّفه محكمة النقض السورية بأنه " سلوك معيب لا يأتيه رجل بصير وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول مما يعتبر عملاً غير مشروع موجباً للمسؤولية التقصيرية "، راجع: قرار محكمة النقض السورية، رقم ٥٤٢، الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٦/٢٣و منشور في مجلة المحامون، العدد٥و٦، لعام ١٩٧٤و ص ١٤٢.

[١٢٠] : يشترك الخطأ المدني مع الخطأ التأديبي من ناحية في أنه ليس لكل منهما حدود معينة ، فمن جهة، لا حصر للمخالفات التأديبية وذلك إعمالاً للمبدأ الشهير في مجال التأديب ألا وهو مبدأ عدم شرعية المخالفات التأديبية، ومن جهة أخرى، أيضاً لا حصر للالتزامات التي يشكل الإخلال بها مدعاةً للمسئولية المدنية سواء كانت مسئولية عقدية او تقصيرية . (د . جابر محجوب علي محجوب ، قواعد اخلاقيات المهنة ، مفهومها وأساس الزامها ونطاقه ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١١، ص ١٢٧ – ١٢٨)

[١٢١] : يتولى تأديب مراقب الحسابات نقابة التجاريين بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢، كما وتلعب الهيئة العامة للرقابة المالية من خلال وحدة الرقابة على جودة أعمال مراقبي الحسابات دوراً هاماً في تأديب مراقبي الحسابات المقيدين في سجلات الهيئة، أما في سورية، فيختص بتأديب مراقبي الحسابات جمعية المحاسبين القانونيين السورية وفق قانون تنظيم مهنة المحاسبة والتدقيق السوري الجديد رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩ .

المطلب الثاني

دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد

منح المشرع في كل من مصر[١٢٢] وسورية[١٢٣] كأصل عام مجلس الإدارة سلطة الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة للشركة للشركة سواء كانت جمعية عامة عادية في دور انعقاد عادي أو جمعية عامة عادية في دور انعقاد غير عادي أم كانت جمعية عامة غير عادية[١٢٤] ، كما ومنح المشرع بعض الجهات سلطة طلب ودعوة الجمعية العامة في صورتها الى الانعقاد على سبيل الاستثناء[١٢٥] . وإيماناً من المشرعين المصري والسوري في ضرورة تفعيل دور مراقب الحسابات في الرقابة على أعمال وحسابات الشركة وضرورة وضع الوسائل الكفيلة بين يديه لتأمين سبل تلك الرقابة، نظم قانون الشركات في كل من البلدين حق طلب أو دعوة الجمعية العامة للانعقاد ضمن ضوابط قانونية معينة ، وبالتالي سنبين ذلك على النحو التالي :

---

[١٢٢] : المادة ٦١ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

[١٢٣] : انظر المادة ١٦٤ و١٦٩من قانون الشركات السوري الجديد رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١.

[١٢٤] : يطلق على الانعقاد السنوي للجمعية العامة اسم " دور الانعقاد العادي " ، كما ويطلق على اجتماعات الجمعية العامة العادية الأخرى اسم " اجتماع جمعية عامة عادية في دور انعقاد غير عادي " ، انظر: د . رحاب محمود داخلي علي ، الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٠، ص ٥٨ . والجدير بالذكر أن قانون الشركات في المملكة المتحدة الصادر سنة ٢٠٠٦ لم ينص على حق مراقب الحسابات في طلب أو توجيه الدعوة الى الجمعية العامة للانعقاد . حيث أنّه بموجب المواد ٣٠٢ و٣٠٣ و ٣٠٦ يقتصر حق طلب الدعوة على مجلس الإدارة والمساهمين والمحكمة، وجاءت نصوص المواد على النحو الآتي :

Companies Act ٢٠٠٦ of UK (S ٣٠٢) " The directors of a company may call a general meeting of the company ". Companies Act ٢٠٠٦ of UK (s ٣٠٦/٢) The court may, either of its own motion or on the application — (a) of a director of the company, or (b) of a member of the company who would be entitled to vote at the meeting, order a meeting to be called, held and conducted in any manner the court thinks fit.". Companies Act ٢٠٠٦ of UK (S ٣٠٣/١) " The members of a company may require the directors to call a general meeting of the company ".

[١٢٥] : حكم محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٢، وحكم محكمة النقض المصرية أيضاً ، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٩، الحكمان منشوران على موقع محكمة النقض المصري على شبكة الانترنت على الرابط الآتي : (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢٧) .

http://www.cc.gov.eg/Images/H/١١١٢٣٣٢٠٥.pdf

الفرع الأول

طلب مراقب الحسابات دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد

منح المشرع المصري والسوري – أُسوةً بغيرهم من التشريعات – في قانون الشركات مجلس الإدارة سلطة الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة كأصل عام يمارسها من تلقاء نفسه دون الحاجة الى طلب من جهات معينة[١٢٦]،إلا انه لمّا كان من المتعذر أحياناً على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة للانعقاد إما إهمالاً وسوء نية أو او تعذراً لاكتمال الاغلبية المطلوبة لاتخاذ القرار، تدارك المشرع ذلك وأعطى الحق لبعض الجهات سلطة الطلب الى مجلس الإدارة من اجل توجيه الدعوة الى الجمعية العامة للانعقاد، ومن بين تلك الجهات مراقب الحسابات[١٢٧] . وسنبين فيما يلي الضوابط القانونية التي وضعها المشرع في كل من البلدين لذلك، على النحو الآتي:

---

[١٢٦] : حيث نصت الفقرة الأولى والثانية من المادة ٦١ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على انّه ((تنعقد الجمعية العامة للمساهمين بدعوة من مجلس الإدارة في الزمان والمكان الذين يعينهما نظام الشركة، ..... ولمجلس الإدارة أن يقرر دعوة الجمعية العامة كلما دعت الضرورة ذلك)) ، وتنص المادة ١٦٤ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنه ((تجتمع الهيئة العامة العادية بناءً على دعوة من مجلس الإدارة في المواعيد التي يحددها هذا المرسوم التشريعي أو نظام الشركة الأساسي)) .وفي بعض التشريعات العربية المقارنة ، نصت المادة ١٢٣ من قانون الشركات التجارية القطري الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((تنعقد الجمعية العامة بدعوة من مجلس الإدارة مرة على الأقل في السنة، وفي المكان والزمان اللذين يحددهما المجلس بعد موافقة الإدارة، ويجب أن يكون الانعقاد خلال الشهور الأربعة التالية لنهاية السنة المالية للشركة، ولمجلس الإدارة دعوة الجمعية كلما دعت الحاجة لذلك)) ، وتنص المادة ١٩٨ من قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ على أنه ((تنعقد الجمعية العامة العادية للمساهمين بدعوة من رئيس مجلس الإدارة في الزمان والمكان الذين يعنيهما نظام الشركة، ويجب أن تعقد الجمعية مرة على الأقل في السنة وخلال الشهور الستة التالية لنهاية السنة المالية للشركة))، كما و تنص الفقرة (١) من المادة ١٧١ من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنّه ((تنعقد الجمعية العمومية للمساهمين بدعوة من مجلس الإدارة مرة على الأقل في السنة خلال الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية في الزمان والمكان المعينين في نظام الشركة، وللمجلس دعوة الجمعية للانعقاد كلما رأي موجباً لذلك)) ، وتجدر الإشارة إلى أنه يتحدد مكان انعقاد الجمعية العامة بغض النظر عن الجهة التي دعت اليها في المكان الذي يحدده النظام الأساسي للشركة وإلا كانت القرارات باطلة، حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٩، منشور الحكم على موقع محكمة النقض المصري على شبكة الانترنت على الرابط الآتي : (تمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢٧) .
http://www.cc.gov.eg/Images/H/١١١٢٣٣٢٠٥.pdf

[١٢٧] : وتتمثل الجهات الأخرى في التشريع المصري في الجهة الادارية المختصة و عدد من المساهمين يملكون ما لا يقل عن ٥ % من رأس مال الشركة بالنسبة الى الجمعية العادية و ١٠% بالنسبة الى الجمعية غير العادية، راجع المواد ٦١ و ٦٢ و ٧٠ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ . أما في سورية، فتتمثل في وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية وعدد من المساهمين يحملون ما لا يقلل عن ١٠ % من أسهم الشركة، راجع المواد ١٦٥ و ١٧٤ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١. وفي بعض التشريعات العربية الحديثة، نصت المادة ١٢٤ من قانون الشركات القطري الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة للانعقاد متى طلب إليه ذلك مراقب الحسابات .....)) ،

أولاً: شروط الطلب

١: صدوره ممن يملك الحق فيه : نصت الفقرة (٣) من المادة ٦١ من قانون الشركات المصري على أنّه ((وعلى مجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العامة العادية الى الانعقاد اذا طلب اليه ذلك مراقب الحسابات ...))، كما ونصّت المادة ١٩٠ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنّه ((يحق لمدقق الحسابات الطلب الى مجلس الإدارة الدعوة الى انعقاد الهيئة العامة العادية أو غير العادية للشركة بناءً على كتاب خطي يبين فيه الأسباب الداعية له ...))[١٢٨].

ويتبين مما سبق انّه يحق لمراقب الحسابات أن يطلب من مجلس الإدارة توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية، وبالتالي يتعين ان يصدر الطلب من مراقب حسابات الشركة المتعاقد معها، وترتيباً على ما سبق ، لا يقبل طلب دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد اذا قدم من:

- الشريك في مكتب مراقب الحسابات
- احد مساعدي مراقب الحسابات
- مراقب حسابات شركة تابعة لصالح دعوة الجمعية العامة للشركة القابضة او الجمعية العامة لشركة تابعة أخرى .

٢: شكل الطلب ومضمونه: لم تبين الفقرة (٣) من المادة ٦١ من قانون الشركات المصري شكل الطلب، بل تكفلت بذلك الفقرة (ب) من المادة ٢١٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، حيث نصت على انّه ((ويتم الطلب بكتاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول، او بتسليمه إلى مركز إدارة الشركة في مقابل ايصال ...)) ، أما في سورية ، فقد بينت المادة ١٩٠ من قانون الشركات شكل الطلب من حيث وجوب أن يكون خطياً. وبالتالي لا يجوز لمراقب الحسابات ان يقدم طلبه شفاهةً . وتتمثل الجهة التي يقدم اليها الطلب في مجلس إدارة شركة المساهمة، وبالتالي لا يجوز تقديم الطلب الى الإدارة التنفيذية للشركة او الى العضو المنتدب، وان كان بالإمكان تقديمه الى مجلس الإدارة عن طريق الادارة التنفيذية للشركة .

أما عن مضمون الطلب، فلم ينص قانون الشركات المصري على محتوياته، بل نص على ذلك قانون الشركات السوري، حيث يتعين على مراقب الحسابات أن يبين في طلبه الاسباب الداعية الى ذلك، ونرى استحساناً تطبيق ذات الحكم الوارد في سورية على الشركات المصرية، وذلك بسبب توافقه وعدم تعارضه مع المبادئ العامة، حيث يتعين على مراقب الحسابات عدم الاساءة في استعمال حقه في طلب الدعوة، فإذا كان يحق له طلب الدعوة فيتعين أن يكون هنالك أسباب داعية لذلك.

ولكن يثور التساؤل حول مدى سلطة مجلس الإدارة في تقدير ملائمة الأسباب الداعية لطلب دعوة الجمعية العامة للانعقاد؟ يرى الباحث ان مجلس الإدارة – في سورية ومصر- ممنوع من تقدير مدى ملائمة الأسباب التي يدعيها مراقب الحسابات، إذْ ان القانون قد ألزمه في الاستجابة الى الدعوة دون ان يكون له السلطة التقديرية في ذلك، ويمكن

---

[١٢٨] : وأكدّت ذات الحق أيضاً الفقرة (٢) من المادة ١٦٥ من قانون الشركات السوري حيث جاء فيها ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة العادية للاجتماع في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة ...))

استنتاج ذلك من عبارة المشرع " وعلى "[١٢٩] أو " ويجب "[١٣٠] ، على خلاف الحال في بعض التشريعات العربية التي منحت مجلس الإدارة سلطة تقديرية في الاستجابة الى طلب مراقب الحسابات من عدمه، كما هو الحال في التشريع البحريني[١٣١] .

٣: مدة استجابة مجلس الإدارة للطلب: أمّا عن مدّة استجابة مجلس الإدارة لطلب مراقب الحسابات ، فلم تنص صراحةً المادة ٦١ من قانون الشركات المصري على المدة التي يتعين فيها على مجلس الإدارة الاستجابة الى طلب مراقب الحسابات وتوجيه الدعوة الى الانعقاد، إلا أنّه يمكن استنتاجها من أحكام المادة ٦٢ من قانون الشركات المصري والخاصة بحق المراقب او الجهة الادارية المختصة في توجيه الدعوة، وبالتالي يمكن القول بأنّه يتعين على مجلس الإدارة توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية بناءً على طلب مراقب الحسابات خلال شهر من تاريخ الطلب تحت طائلة تدخل المراقب نفسه وتوجيه الدعوة بنفسه[١٣٢] . امّا في سورية[١٣٣] ، فقد نصّت على المدة الفقرة الثانية من المادة ١٦٥ من قانون الشركات، حيث يتوجب على مجلس الإدارة الاستجابة للطلب المقدم من مراقب الحسابات خلال ميعاد لا يتجاوز ١٥ يوم من تاريخ وصول الطلب إليه.[١٣٤]

---

[١٢٩] : تنص المادة ٣/٦١ من قانون الشركات المصري على أنه ((وعلى مجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العامة العادية الى الانعقاد اذا طلب اليه ذلك مراقب الحسابات ...)).

[١٣٠] : تنص الفقرة (٢) من المادة ١٦٥ من قانون الشركات السوري على أنه ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة العادية للاجتماع في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة ...))

[١٣١] : تنص المادة ١٩٨ من قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ على أنه ((..... ولمجلس الإدارة ان يقرر دعوة الجمعية العامة العادية الى الانعقاد اذا طلب اليه ذلك مدقق الحسابات أو عدد من المساهمين يمثل ١٠ % من رأسمال الشركة بشرط أن تكون لديهم أسباب جدية تبرر ذلك الطلب))

[١٣٢] : المادة ٦٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

[١٣٣] : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٥ من قانون الشركات السوري على أنه ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة العادية للاجتماع في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة او من مساهمين يحملون ما لا يقل عن ١٠% من أسهم الشركة. ويجب على مجلس الإدارة ان يدعو الهيئة العامة العادية للاجتماع في الحالتين الأخيرتين في ميعاد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الطلب إليه)) .

[١٣٤] : وتجدر الاشارة الى ان قانون الشركات الاتحادي الاماراتي الجديد ينص على مدة استجابة أقصر من المدة المشار اليها في سورية ومصر، وتتمثل في ٥ أيام لتوجيه الدعوة، أما عن الانعقاد فيجب أن يكون بين ١٥ يوم الى ٣٠ يوم كحد أقصى من توجيه الدعوة حيث تنص المادة ١٧٥ من قانون الشركات رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية للانعقاد متى طلب إليه ذلك مدقق الحسابات، فإذا لم يقم المجلس بتوجيه الدعوة خلال (٥) من تاريخ الطلب، وجب على مدقق الحسابات توجيه الدعوة، ويتم انعقاد الجمعية خلال مدة لا تقل عن (١٥) خمسة عشر يوماً ولا تجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الدعوة الى الاجتماع)) وما من شك في أن المدة الأقصر تعد أكثر فاعلية لوسيلة دعوة الجمعية العامة للانعقاد)).

ثانياً: السلطة التقديرية للمراقب في تقديم الطلب

والأصل أن لمراقب الحسابات السلطة التقديرية في طلب دعوة الجمعية العامة للانعقاد من مجلس الإدارة دون ان يكون ذلك واجباً عليه ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع المصري قد تبنى نظرية الحق لتبيان الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات، وبالتالي متى قدّر مراقب الحسابات أن الأمر يستلزم انعقاد الجمعية العامة لوضعها في صورة ما استجد معه من أمور خطيرة، فإنه يحق له توجيه الدعوة دون ان يكون ملزماً في اللجوء إلى تلك الوسيلة . إلا ان المشرع السوري قد خرج عن ذلك وألزم مراقب الحسابات طلب الدعوة من مجلس الإدارة في حال ثبوت تراخي مجلس الإدارة غير المحق عن الدعوة . حيث جاء في المادة ١٩٠ من قانون الشركات السوري على أنه ((يحق لمدقق الحسابات الطلب الى مجلس الإدارة الدعوة الى انعقاد الهيئة العامة العادية أو غير العادية للشركة بناءً على كتاب خطي يبين فيه الأسباب الداعية له، واذا أهمل مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة للاجتماع في المواعيد المقررة في النظام الأساسي او في هذا المرسوم التشريعي فيجب على مدقق الحسابات أن يطلب إليه دعوتها))[١٣٥] . ومن هنا يتبين أنه يتوجب على مراقب الحسابات طلب الدعوة من مجلس الإدارة في حال اهماله توجيه الدعوة في المواعيد المحددة،

ويثور التساؤل في صدد النص القانوني السالف الذكر حول نطاق ومدى الالتزام المذكور، فهل يشمل جميع أسباب التراخي غير المحق؟ بعبارة أخرى هل يشمل أيضاً التراخي غير المحق الصادر من قبل مجلس الإدارة والناجم عن عدم استجابته لطلب مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد؟ ما من شك في أن مجلس الإدارة يلتزم بتوجيه الدعوة في مجموعة من الحالات القانونية، من بين تلك الحالات طلب عدد من المساهمين يحملون ما لا يقل عن ١٠ % من أسهم الشركة وايضاً يتوجب عليه الدعوة بناءً على طلب مراقب الحسابات وغيرها من الحالات، وبالتالي يرى الباحث أن نطاق تطبيق الواجب القانوني الملقى على عاتق المراقب لا يشمل أسباب التراخي غير المحق التعلق بطلب مراقب الحسابات للدعوة، اما في الاسباب الاخرى للتراخي غير المحق – كما هو الحال بالنسبة الى عدم الاستجابة الى طلب المساهمين – فتوجب على المراقب طلب الدعوة من المجلس ، ويرجع السبب في ذلك أنه ما من فائدة في إعادة طلب مراقب الحسابات من مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد اذا كان سبب التراخي غير المحق كامن في عدم الاستجابة الى طلب المراقب في توجيه الدعوة،

وتطبيقاً لذلك، لا يشترط لصحة لجوء مراقب الحسابات الى وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية والطلب منها الدعوة في حال تراخي المجلس ان يكون قد تقدم بطلب الى المجلس المتراخي من أجل الدعوة طالما ان سبب تراخي المجلس غير المحق هو تجاهله لطلب المراقب الأول.

---

[١٣٥] : ويتفق القانون الاماراتي مع زميله السوري في الحكم، حيث جاء في الفقرة (٢) من المادة ١٧١ من قانون الشركات الاماراتي الجديد على أنه ((إذا أغفل مجلس الإدارة توجيه الدعوة لعقد الجمعية العمومية في الأحوال التي يوجب القانون فيها دعوتها وجب على مدقق الحسابات توجيه هذه الدعوة ....))

الفرع الثاني

توجيه مراقب الحسابات الدعوة من تلقاء نفسه الى انعقاد الجمعية العامة العادية

أولاً : الضوابط القانونية للحق في توجيه الدعوة في مصر

لم يكتفي المشرع في قانون الشركات المصري في منح مراقب الحسابات الحق في طلب الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية من مجلس الإدارة، بل أوجد وسيلة أكثر فاعلية وتتمثل في تقريره استثناء من الأصل العام – والذي يقتضي بتركيز الاختصاص في توجيه الدعوة بيد مجلس الإدارة – يتمثل في منح مراقب الحسابات سلطة استثنائية في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية من تلقاء نفسه، وتكمن الحكمة من ذلك في إيمان المشرع في ضرورة تعزيز دور مراقب الحسابات في الرقابة على أعمال وحسابات الشركة، كما انه قد يلاحظ مراقب الحسابات وجود تلاعب في مالية الشركة بسبب خلل في الإدارة مما يقتضي معه تدخل الجمعية العامة بحسبانها صاحبة السيادة في الشركة[١٣٦]، كما وقد يمتنع مجلس الإدارة عن تقديم المعلومات والايضاحات التي يطلبها مراقب الحسابات ويجد مراقب الحسابات ضرورة في اطلاع الجمعية العامة على حقيقة الموقف. ووفقاً لأحكام المادة ٦٢ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يحق لمراقب الحسابات ممارسة اختصاص مجلس الإدارة وتوجيه الدعوة الى الاجتماع بنفسه[١٣٧]، ولمّا كان ذلك الحق يشكل استثناءً من الأصل العام، فإن المشرع لم يجد غضاضة في تقييده بقيدين رئيسين هما :

القيد الأول : تراخي مجلس الإدارة غير المحق : يتعين وفقاً لنص المادة ٦٢ المشار إليه أن يتراخى مجلس الإدارة عن الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة، وبالتالي لا يحق لمراقب الحسابات أن يتدخل ويوجه الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة العادية اذا لم يثبت تراخي مجلس الإدارة ، ولا يكفي لتبرير تدخل مراقب الحسابات ان يثبت تراخي مجلس الإدارة فعلاً بل يجب فوق ذلك ان يكون تراخي المجلس غير محق، وذلك بأن يكون ملزم قانوناً في توجيه الدعوة دون أن يكون له سلطة تقديرية في هذا الشأن ومع ذلك يتراخى في توجيهها ، ومن امثلة تراخي مجلس الإدارة المحق عدم استجابة مجلس الإدارة لطلب عدد من المساهمين يقل عن النسبة المحددة قانوناً أو تراخي المجلس استعمالاً لحالة الضرورة المقررة له وفق المادة (٢/٦٢) من قانون الشركات ، وترتيباً على ما سبق، لا يجوز لمراقب الحسابات ان يتدخل ويقوم بتوجيه الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة العادية إذا كان مقدم طلب الدعوة عدد من المساهمين يملكون أقل من ٥ % من رأس مال الشركة وتراخى مجلس الإدارة عن الدعوة ولم يستجب لطلبهم، والسبب في ذلك يكمن في أن تراخي مجلس الإدارة في هذه الحالة يعد تراخياً محقاً ولا يلتزم بقبول الطلب، ويُفسر أحقية تراخي المجلس في هذه الحالة ضمن السلطة التقديرية لمجلس الإدارة في قبول الطلب من عدمه وتطبيقاً للأصل العام الذي يقضي بتركيز الاختصاص بتوجيه الدعوة بيد مجلس الإدارة . كما ولا يحق لمراقب الحسابات التدخل وتوجيه الدعوة اذا كان مجلس الإدارة يستعمل سلطته التقديرية في تقدير الضرورة التي تستدعي دعوة الجمعية العامة للانعقاد وفق الفقرة (٢) من

---

[١٣٦] : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣١٥، بند ٢٩٦

[١٣٧] : نصت المادة ٦٢ من قانون الشركات المصري على انّه ((لمراقب الحسابات أو الجهة الإدارية المختصة ان يدعو الجمعية العامة للانعقاد في الاحوال التي يتراخى فيها مجلس الإدارة عن الدعوة على الرغم من وجوب ذلك ومضي شهر على تحقق الواقعة أو بدء التاريخ الذي يجب فيه توجيه الدعوة الى الاجتماع)) .

المادة ٦٢ من قانون الشركات، ففي هذه الحالة لا يجوز لمراقب الحسابات أن يحل محل مجلس الإدارة في توجيه الدعوة لان مجلس الإدارة يعد مخيراً لا مُسيّراً في هذه الحالة.

وتطبيقاً لشرط التراخي غير المحق، لا يجوز لمراقب الحسابات ان يتدخل ويقوم بتوجيه الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة العادية لمجرد أن إدارة الشركة قد امتنعت او وضعت العراقيل في طريق عمله، ذلك إذا اذا كانت الشركة ملتزمة بالتعاون مع مراقب الحسابات وتقديم المعلومات والبيانات والايضاحات التي يطلبها وتمكينه من الاطلاع إلا أنّ مجلس الإدارة غير ملزم بتوجيه الدعوة الى الجمعية العامة في حال تحقق ذلك الامتناع، وبالتالي تنتفي شريطة التراخي غير المحق في هذه الحالة` إلا أنّه حتى يتمكن مراقب الحسابات من وضع مجلس الإدارة موضع المتراخي عليه أن يثبت ذلك الامتناع وان يطلب من مجلس الإدارة توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة، فإذا لم يستجب الأخير حقّ لمراقب الحسابات عندها توجيه الدعوة من تلقاء نفسه مستنداً إلى تراخي المجلس غير المحق المتمثل في عدم الاستجابة الى طلب الدعوة[١٣٨].

<u>القيد الثاني : مضي فترة زمنية على التراخي غير المحق</u> : لا يكفي لتبرير تدخل مراقب الحسابات في توجيه الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة العادية للانعقاد ثبوت تراخي مجلس الإدارة غير المحق عن توجيه الدعوة، بل يتعين ان تمضي فترة زمنية معينة على هذا التراخي، وتتمثل تلك الفترة بمضي شهر من تحقق الواقعة أو بدء التاريخ الذي يجب فيه توجيه الدعوة الى الاجتماع، كأن يمضي شهر على طلب مراقب الحسابات الدعوة من المجلس ولم يستجب لطلبه المجلس، ويرى الباحث ان المدة المضروبة تتسم بالطول، ذلك انّه من الأجدر بالمشرع لو قام بتقصيرها، فقد تستدعي الحاجة الى انعقاد الجمعية العامة العادية بالسرعة الممكنة للكشف عن أمور طارئة ومخالفات جسيمة لا تحتمل التأخير ، فحريّ بالمشرع لو جعلها ١٥ يوماً او ١٠ أيام كحد أقصى . ويعزز ذلك القول ان المشرع لم ينص على مدة زمنية معينة يتعين فيها انعقاد الجمعية العامة بعد توجيه الدعوة بل أخضعها للقواعد العامة والتي نصّت عليها اللائحة التنفيذية في المواد ٢٠٢ وما بعدها ، وبالتالي كان من الأجدر بالمشرع لو انّه أفرد حكم خاص أكثر عجلة بالنسبة الى دور الانعقاد غير العادي للجمعية العامة العادية بدلاً من إخضاعه لحكم القواعد العامة في دور الانعقاد العادي السنوي للجمعية العامة العادية.

ويثور تساؤل هام في هذا الصدد، حول ما اذا كان يشترط لتبرير تدخل مراقب الحسابات في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية أن يكون مسبوقاً بطلب منه الى مجلس الإدارة ؟؟ يرى الباحث أنّه في الأحوال العادية - والتي لا يتعلق سبب توجيه الدعوة وضع عراقيل في طريق ممارسة مراقب الحسابات لحقه في الاطلاع وطلب المعلومات- لا يشترط لممارسة مراقب الحسابات حقه في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه أن يكون قد سبق وقدم طلباً الى مجلس الإدارة وتراخى المجلس عنه، ذلك انّ المادة ٦٢ من قانون الشركات المصري عندما كرّست شرط التراخي غير المحق، لم تحدد صورة معينة لعدم أحقية التراخي بل ذكرت بعبارات عامة التراخي غير المحق عندما نصت على انّه ((لمراقب الحسابات أو الجهة الإدارية المختصة ان يدعو الجمعية العامة للانعقاد <u>في الاحوال التي يتراخى فيها مجلس الإدارة عن الدعوة على الرغم من وجوب ذلك</u> ومضي شهر على تحقق الواقعة أو بدء التاريخ الذي يجب فيه توجيه الدعوة الى الاجتماع))، أمّا في حال كان سبب الدعوة وضع عراقيل في طريق مراقب الحسابات تحول ممارسة حقه في الاطلاع

---

[١٣٨] : وتعود عدم احقية تراخي مجلس الإدارة في هذه الحالة كونه ملزم قانوناً في الاستجابة الى طلب مراقب الحسابات في توجيه الدعوة اذا ما طلب الأخير ذلك، راجع الفقرة (٣) من المادة (٦١) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

وطلب المعلومات فيتوجب على المراقب - تحقيقاً منه لشرط التراخي غير المحق - أن يسبق توجيهه للدعوة الطلب من مجلس الإدارة توجيهها، فإذا استجاب الأخير، فحباً وكرامة، وإذا امتنع ومضت مدة شهر من الطلب فعندها تحقق شرط التراخي غير المحق ويحق للمراقب عندها توجيه الدعوة بنفسه . ولا يشترط لممارسة مراقب الحسابات حقه في توجيه الدعوة الى الجمعية العامة للانعقاد الحصول على موافقة الجهة الرقابية المختصة، على خلاف الحال في بعض التشريعات التي اشترطت الحصول على موافقة الجهة الرقابية المختصة كما هو الحال في التشريع القطري[١٣٩] .

ثانياً : موقف المشرع السوري من الحق في توجيه الدعوة

لم يشر قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ إلى حق مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد من تلقاء نفسه، بل أشار إلى حق المراقب في طلب الدعوة من جهات معينة دون أن يحق له توجيهها من تلقاء نفسه، وتتمثل تلك الجهات في :

١: طلب الدعوة من مجلس الإدارة : حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٥ من قانون الشركات السوري على أنه ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة العادية للاجتماع في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة او من مساهمين يحملون ما لا يقل عن ١٠% من أسهم الشركة، ويجب على مجلس الإدارة ان يدعو الهيئة العامة العادية للاجتماع في الحالتين الأخيرتين في ميعاد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الطلب إليه)) . ويتبين من النص السابق، أنّه يحق لمراقب الحسابات أن يطلب من مجلس الإدارة توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة ، وبناءً على ذلك يمكن للمراقب ان يمارس تلك السلطة في حال امتناع ادارة الشركة ووضعها للعراقيل في ممارسة حقه في الاطلاع وطلب المعلومات .

٢: طلب الدعوة من وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية : تنص المادة ١٧٤ من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على أنه ((للوزارة – أي وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية حالياً - بناءً على طلب كل ذي مصلحة توجيه الدعوة لانعقاد الهيئة العامة في حال عدم قيام مجلس الإدارة بذلك عندما يوجب هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي توجيه الدعوة، ويكون طالب الدعوة مسؤولاً عن النشر والتبليغ للاجتماع)) . ويتبين من النص السابق، أنّه اذا لم يستجب مجلس الإدارة إلى طلب المراقب في الدعوة يحق عندئذٍ للمراقب اللجوء الى وزارة التجارة والاقتصاد الخارجية والطلب اليها الدعوة . وبناءً على ما سبق، لم يمنح المشرع السوري – مسايرةً منه للأصل العام القاضي بعدم التوسع في تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة - مراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية من تلقاء نفسه، بل اكتفى بالحق في طلب ذلك.

---

[١٣٩] : تنص المادة ١٢٤ من قانون الشركات القطري الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة للانعقاد متى طلب إليه ذلك مراقب الحسابات، فإذا لم يقم المجلس بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الطلب، جاز لمراقب الحسابات توجيه الدعوة مباشرة بعد موافقة الإدارة ، ويجب على الإدارة أن تبت في الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلامه)).

المطلب الثالث

دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد

تختص الجمعية العامة غير العادية بمجموعة من المسائل التي تمتاز بخطورتها مقارنةً بالجمعية العامة العادية، وتحكمها قواعد خاصة سواء من حيث نصاب الحضور أو التصويت على قراراتها او نسبة المساهمين الذين يحق لهم طلب دعوتها للانعقاد مقارنةً بالجمعية العامة العادية، فهل يحق لمراقب الحسابات – اذا ما قدّر أن امتناع الادارة عن تمكينه من ممارسة حقه في الاطلاع - طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد او توجيه تلك الدعوة من تلقاء نفسه أُسوة بحقه في ذلك بصدد الجمعية العامة العادية؟

الفرع الأول

الوضع في التشريع المصري

أولاً: النص القانوني

نصت المادة ٧٠ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنّه : ((تسري على الجمعية العامة غير العادية الأحكام المتعلقة بالجمعية العامة العادية بمراعاة ما يأتي : (أ) تجتمع الجمعية العامة غير العادية بناءً على دعوة مجلس الإدارة ، وعلى المجلس توجيه الدعوة اذا طلب ذلك عدد من المساهمين يمثلون ١٠ % من رأس المال على الأقل لأسباب جديّة وبشرط أن يودع الطالبون أسهمهم مركز الشركة أو أحد البنوك المعتمدة، ولا يجوز سحب هذه الأسهم إلا بعد انفضاض الجمعية وإذا لم يقم المجلس بدعوة الجمعية خلال شهر من تقديم الطلب كان للطالبين أن يتقدموا إلى الجهة الإدارية المختصة التي تتولى توجيه الدعوة ...))[١٤٠].

---

[١٤٠] : وأكدت الفقرات (ب) و (ج) من المادة المذكورة على الحكم الخاص بنصاب الحضور واتخاذ القرارات . ويتشابه موقف القانون البحريني مع موقف القانون المصري، حيث جاء في المادة ٢٠٩ من قانون الشركات البحريني رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ على انه ((تسري على الجمعية العامة غير العادية الأحكام المتعلقة بالجمعية العامة العادية مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد التالية))، كما ونصت المادة ٢١١ منه على انه ((تجتمع الجمعية العامة بصفة غير عادية بناء على دعوة من مجلس الإدارة او بناءً على طلب كتابي موجه الى المجلس من عدد من المساهمين يمثلون ما لا يقل عن ١٠ % من أسهم الشركة ويجب على مجلس الإدارة في هذه الأحوال ان يدعو الجمعية العامة للاجتماع بصفة غير عادية خلال شهر من تاريخ وصول الطلب إليه وإلا قامت وزارة التجارة والصناعة بتوجيه الدعوة للاجتماع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهاء تلك المدة وذلك مع مراعاة احكام المادة (١٩٩) من هذا القانون)).

ثانياً: رأي الفقه المصري

رفض جانب من الفقه المصري[١٤١] يشايعه جانب من الباحثين[١٤٢] منح مراقب الحسابات حق طلب الدعوة الى اجتماع الجمعية العامة غير العادية او حق توجيه الدعوة من تلقاء نفسه، حيث يؤكد الجانب الفقهي المذكور [١٤٣]انّ " سلطة مراقب الحسابات في دعوة الجمعية للانعقاد قاصرة فقط على الجمعية العادية، والذي يدعو للانعقاد ، في هذه الحالة ، هو مجلس الإدارة بناءً على طلب مراقب الحسابات، غير أن هذا الاخير يستطيع مباشرة دعوة الجمعية للانعقاد اذا ما تقاعس مجلس الإدارة عن دعوتها، أمّا اذا تعلق الأمر بالجمعية العامة غير العادية، فلا يجوز لمراقب الحسابات أن يدعوها للانعقاد، إذْ الذي يملك ذلك هو مجلس الإدارة من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب عدد من المساهمين وكذلك الإدارة العامة للشركات[١٤٤] وذلك بصريح المادة ٧٠/أ من القانون " .

ثالثاً: رأي الباحث

يرى الباحث ان مراقب الحسابات يحق له طلب او توجيه دعوة الجمعية العامة غير العادية من تلقاء نفسه، ويدعم ذلك الحجج الآتية :

- ان نص الفقرة (أ) من المادة ٧٠ من قانون الشركات لم تتطرق إلى حق مراقب الحسابات في طلب او في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه لاجتماع الجمعية العامة غير العادية، ذلك انّها اقتصرت فقط على تنظيم حق المساهمين[١٤٥]، حيث تضمنت أحكاماً خاصة تختلف عن الاحكام الواردة بصدد الجمعية العامة العادية، واهمها اختلاف النسبة المطلوبة من المساهمين، بالإضافة الى ضرورة التوجه الى الجهة الادارية المختصة في حال تقاعس مجلس الإدارة عن الدعوة، وبالتالي لم تتطرق الى حق مراقب الحسابات، ولا يفيد عدم التطرق المنع، ذلك أن المادة ٧٠ قد ذكرت في صدرها على انّه "تسري على الجمعية العامة غير العادية الأحكام المتعلقة بالجمعية العامة العادية بمراعاة ما يأتي..." ، وهذا يفيد بالضرورة انه يتعين الرجوع الى الاحكام القانونية الناظمة للجمعية العامة العادية في كل ما لم يرد فيه نص في الاحكام الناظمة للجمعية العامة غير العادية، طالما أن هذه الاخيرة لم تنص صراحة على سلب الحق من مراقب الحسابات، وبالتالي لا يسوغ القول بحجب حق الطلب او توجيه الدعوة عن مراقب الحسابات لان القول بذلك ينطوي على تضييق النص بما لا يحتمله .

---

[١٤١] : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٧ هامش رقم (١) ، د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، مرجع سابق، ص ١٦٥، هامش رقم ١٦١.

[١٤٢] : د . رحاب محمود داخلي علي ، الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة ، مرجع سابق، ص ٧١

[١٤٣] : د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٧ هامش رقم (١).

[١٤٤] : تثير عبارة الرأي الفقهي المذكور " إذْ الذي يملك ذلك هو مجلس الإدارة من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب عدد من المساهمين وكذلك الإدارة العامة للشركات وذلك بصريح المادة ٧٠/أ من القانون " تساؤلاً هاماً حول مدى حق الجهة الإدارية المختصة في طلب ودعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد وفقاً لرأيه الفقهي .

[١٤٥] : ويأتي ذلك تتويجاً لإيمان المشرع المصري في ضرورة مراعاة حقوق أقلية المساهمين، حيث أن حق المساهمين في دعوة الجمعية العامة غير العادية يعد – كما وصفته استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي – من الحقوق التي تكرس حماية أقلية المساهمين في مواجهة المسيطرين على الشركة، راجع د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١١، ص ٩٦٠ بند ٥٢٣

- ان نص المادة ٦٢ من قانون الشركات تدعم حق مراقب الحسابات في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة غير العادية، ذلك انها عندما نظمت حق مراقب الحسابات في توجيه الدعوة لم تخص بالذكر الجمعية العامة العادية بل ذكرت عبارة " لمراقب الحسابات ... أن يدعو الجمعية العامة للانعقاد "، وهذا يفيد بالضرورة شمول الحق لكافة انواع الجمعية العامة سواء كانت عادية أو غير عادية، ولو أراد المشرع تخصيص الجمعية العامة العادية دون غير العادية لفعل ذلك صراحةً، كما فعل بصدد الفقرة (٣) من المادة ٦١ من قانون الشركات عندما ذكر بأنه " وعلى مجلس الإدارة ان يدعو الجمعية العامة العادية الى الانعقاد بناءً على طلب مراقب الحسابات[١٤٦] ..".

خلاصة القول: يحق لمراقب الحسابات طلب انعقاد الجمعية العامة غير العادية من مجلس الإدارة، ، ويتعين على المجلس المذكور الاستجابة الى الطلب خلال شهر من تاريخ تقديمه، كما ويحق لمراقب الحسابات توجيه الدعوة من تلقاء نفسه اذا تراخى المجلس عن الاستجابة وفقاً لأحكام المادة ٦٢ و ٧٠ من قانون الشركات، ويخضع ممارسة مراقب الحسابات لحقه في طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد او حقه في توجيه تلك الدعوة من تلقاء نفسه إلى ذات الأحكام التي سبق ذكرها بصدد الجمعية العامة العادية وذلك وفقاً لنص الاحالة الوارد ذكره في صدر المادة ٧٠ من قانون الشركات ، وأخص تلك الاحكام ثبوت تراخي مجلس الإدارة غير المحق ومضي فترة زمنية وذلك بصدد تبرير حق مراقب الحسابات في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه .

وترتيباً على ما سبق، يحق لمراقب الحسابات اذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس المال المصدر ولم يتمكن من التأكد من ذلك بسبب وضع عراقيل في طريق اطلاعه على الوثائق والمستندات ان يتولى توجيه الدعوة الى الجمعية العامة غير العادية للنظر في حل الشركة او استمرارها اذا ما رفض المجلس عن القيام بواجب الدعوة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب[١٤٧] ، وما من شك ان منح مراقب الحسابات حق طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية او حق توجيه تلك الدعوة من تلقاء نفسه من شانه ان يعزز دوره في رقابة اعمال الشركة بغية حماية حقوق المساهمين،

---

[١٤٦] : تجدر الإشارة الى أن تخصيص المشرع في الفقرة (٣) من المادة ٦١ من قانون الشركات الجمعية العامة العادية دون غير العادية بصدد الحديث عن الحق في طلب الدعوة الى الجمعية العامة لا يعني اطلاقاً أن مراقب الحسابات ممنوع من طلب عقد الجمعية العامة غير العادية بناءً على هذا التخصيص، ويرجع السبب في ذلك أن الغرض من التخصيص المذكور يكمن في حسن الصياغة التشريعية لنص الفقرة الثالثة وتلاؤمها مع حق المساهمين الذي يملكون ٥ % من رأسمال الشركة وبالتالي كان لا بدّ من التخصيص المذكور حتى لا يفهم بدونه بحق المساهمين الذي يملكون ٥ % من رأسمال الشركة في دعوة الجمعية العامة غير العادية (في حال وردت العبارة بدون تخصيص) ، وبالتالي يحق لمراقب الحسابات طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية وفقاً للإحالة الواردة في صدر المادة ٧٠ من القانون .

[١٤٧] : تجدر الإشارة إلى ان محكمة النقض المصرية قد قضت بأنه ((اذا تقاعس مجلس إدارة الشركات المساهمة عن توجيه الدعوة للنظر في طلب حلها وتصفيتها خلال شهر من تقديم الطلب، التزمت الجهة الإدارية بالقيام بهذا الإجراء اذا تقدم إليها الطالبون بذات الطلب، فإن تقاعست الجهة الإدارية عن توجيه الدعوة رغم استيفاء شروطها، ألزمها القضاء بالقيام بالإجراء، متى طلب ذلك هؤلاء المساهمون)) ، حكم لمحكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية والاقتصادية، الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٨١ ق ، جلسة ٢٠١٢/٧/١٠ ، منشور في المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية والاقتصادية والضريبية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١١ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١٢، المكتب الفني للمحكمة النقض، اعداد القاضي الدكتور وائل ممدوح راضي، واشراف القاضي عبد الجواد موسى ، المبدأ ٣٣، ص ٥١ .

وما يبرر أيضاً منح مراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة الى الجمعية العامة غير العادية أن منح مراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة الى الجمعية غير العادية اسوة بالعادية من شأنه ان يوفر حماية اكبر لمصالح الشركة وتفعيلاً لدور مراقب الحسابات، فقد يكتشف مراقب الحسابات مخالفة خطيرة تدخل في اختصاص الجمعية العامة غير العادية ويستدعي بالضرورة دعوتها فكيف يمكنه ممارسة ذلك اذا لم يعطى هذا الحق.

أضف إلى ذلك انه ينبغي عدم الخلط بين اختصاصات كل من الجمعيتين من جهة والحق في دعوة الجمعية العامة ذاتها من جهة أخرى، بعبارة أخرى أن المشرع عندما منح لمراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة الى الجمعية العامة العادية لم يمنحه لأنها عادية واختصاصاتها عادية بل منح الحق حتى يكون المراقب على قدرة اتصال بالجمعية صاحبة السيادة بغض النظر عن شكلها وهيئتها، وبالتالي يتعين عدم التفرقة بين الجمعيتين في معرض منح المراقب الحق في توجيهها لان اقتصار الحق على العادية دون غير العادية ينطوي على انتقاص من الدعوة كوسيلة فعالة لتامين رقابة الجمعية العامة على مجلس الادارة، فالغرض من النص على دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة انما يكمن في رغبة المشرع في تامين الوسيلة القانونية لاتصال الوكيل بموكله أي لاتصال المراقب بالجمعية العامة بوصفها صاحبة السيادة وذلك حتى تكون على علم بحقيقة الموقف الذي استجد مع مراقب الحسابات، وبالتالي يتعين عند تامين تلك الوسيلة عدم التفرقة بين الجمعيتين من حيث الاختصاص بل يتعين المساواة بينهم لان الفرق بين الجمعيتين يكمن في اختصاص كل منهم ولا شأن لمراقب الحسابات في ذلك، فمراقب الحسابات قد يكتشف مخالفة جسيمة تستوجب دعوة الجمعية لبحثها وهنا ينتهي دور المراقب كما ان حالات اكتشاف المخالفات التي تدخل في اختصاص غير العادية تستدعي ان يمنح المراقب الحق في توجيهها

الفرع الثاني

الوضع في القانون السوري والقانون المقارن

أولاً: في سورية

منح المشرع في قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ مراقب الحسابات الحق في طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد، حيث جاء في الفقرة (٢) من المادة ١٦٩ منه على أنه ((يجب على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة غير العادية للانعقاد في الأحوال المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي أو النظام الأساسي او بناءً على طلب خطي مبلغ الى مجلس الإدارة من مدقق حسابات الشركة او من مساهمين يحملون ما لا يقل عن ٢٥% من أسهم الشركة، ويجب على مجلس الإدارة ان يدعو الهيئة العامة غير العادية في الحالتين الأخيرتين في ميعاد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الطلب إليه)) . وتتمثل مدة الاستجابة للطلب في ١٥ يوماً من تاريخ وصول الطلب الى المجلس .

أمّا عن حق مراقب الحسابات في توجيه الدعوة الى الجمعية العامة غير العادية اذا ما تقاعس مجلس الإدارة فلم ينص قانون الشركات على حكم خاص فيها، وبالتالي يسري عليه ما يسري على الجمعية العامة العادية ، وبالتالي لا يحق للمراقب توجيه الدعوة من تلقاء نفسه، بل عليه ان يطلب من الوزارة ذلك او مجلس الإدارة

ثانياً: في القانون المقارن

في قطر، تنص المادة ١٣٨ من قانون الشركات الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ على أنه ((لا تجتمع الجمعية العامة غير العادية إلا بناء على دعوة من مجلس الإدارة، وعلى المجلس توجيه هذه الدعوة إذا طلب إليه ذلك عدد من المساهمين يمثلون (٢٥%) من رأس مال الشركة على الأقل، فإذا لم يقم المجلس بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم هذا الطلب، جاز للطالبين أن يتقدموا إلى الإدارة لتوجيه الدعوة على نفقة الشركة)) . كما وتنص المادة ١٤٠ منه على أنه ((مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في هذا الفرع، تسري على الجمعية العامة غير العادية ذات الأحكام المتعلقة بالجمعية العامة)).

ويتبين من النصوص السابقة، أن ارادة المشرع القطري جاءت قاطعة الدلالة في منع مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة غير العادية، حيث اقتصر في بادئ الأمر على النص على الجهات المختصة في توجيه الدعوة وبعدها نص على الاحالة، وما من شك في أن ذلك يقطع في الدلالة حول منع المراقب من توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة غير العادية طلباً أو عفواً من تلقاء نفسه .

أمّا في دولة الكويت، فقد نصّت المادة ٢٤٦ من قانون الشركات الكويتي الجديد رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ على أنّه " تسري على الجمعية العامة غير العادية الأحكام المتعلقة بالجمعية العامة العادية مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد التالية "، ونصّت المادة ٢٤٧ على أنه " تجتمع الجمعية العامة غير العادية بناءً على دعوة من مجلس الإدارة أو بناءً على طلب مسبب من مساهمين يمثلون خمسة عشر بالمئة من رأس مال الشركة المصدر أو من الوزارة، ويجب على مجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العامة غير العادية للاجتماع خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ...".

ويتبين من النصوص السابقة، أن الصياغة القانونية لها تشبه الى حد كبير صياغة نص المادة ٧٠ من قانون الشركات المصري ١٩٨١، وبالتالي ما قيل بصدد ذلك النص يمكن أن يقال هنا، وعليه، يمكن القول بأن عدم تنظيم المادة ٢٤٧ من قانون الشركات لحق مراقب الحسابات في الدعوة لا يفيد حرمانه من الحق في طلب الدعوة طالما أن المادة ٢٤٦ قد أحالت إلى الأحكام القانونية الناظمة للجمعية العامة العادية.

خاتمة

يتبين من العرض السابق، أن مراقب الحسابات يلعب دوراً هاماً في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، وقد ابينا أن الأصل هو عدم جواز تدخل مراقب الحسابات في أعمال الإدارة، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً بل ورد عليه جملة من الاستثناءات، وقد استعرضنا بعض هذه الاستثناءات.

وتناولنا في المطلب الأول من البحث الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، فهل يتمثل ذلك الدور في اعتباره حقاً من حقوق مراقب الحسابات، أم أنه يتعدى ذلك ليصبح واجباً . وبينا موقف كل من التشريع المصري والسوري بهذا الصدد مع استعراض موقف بعض التشريعات العربية والنتائج القانونية المترتبة على موقف كل مشرع .

وانتقلنا بعد ذلك لنبين في المطلب الثاني دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد، فقسمنا المطلب إلى فرعين، تناولنا في الأول دور المراقب في طلب دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد، وبينا في الثاني دور مراقب الحسابات في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه .

واختتمنا البحث في مطلب ثالث تناولنا فيه دور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد، فبينا فيه موقف التشريع المصري ثم السوري وبعض قوانين الدول العربية في هذا الصدد.

نتائج الدراسة

لمّا كان المنهج المتبع في الدراسة يتمثل في المنهج التحليلي والمقارن، كان لا بد من استخلاص مجموعة من الفروقات بين التشريعات محل المقارنة، وتتمثل تلك الفروقات فيما يلي :

أهم النقاط المشتركة:

- منح مراقب الحسابات الحق في طلب دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد
- الزام مجلس الإدارة في الاستجابة الى الطلب وتحديد مدة في ذلك
- منح مراقب الحسابات الحق في طلب دعوة الجمعية العامة غير العادية ، وان كان موقف المشرع المصري ما زال محل خلاف في الفقه

أهم نقاط الاختلاف :

- في مصر ،منح المشرع المصري مراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة العادية من تلقاء نفسه اما في سورية فقد منعه من ذلك .
- في مصر ، تتمثل المدة التي يتعين فيها على مجلس الإدارة الاستجابة الى طلب مراقب الحسابات في شهر من تاريخ تقديم الطلب، بينما نجدها في سورية تتمثل في ١٥ يوم من تاريخ تقديم الطلب .
- لم يحدد المشرع المصري مضمون طلب مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، بينما نجد ان المشرع السوري قد حدده ونص على ضرورة أن يشتمل على الاسباب الداعية له.
- في مصر يحق لمراقب الحسابات – وفق ما انتهى اليه الباحث- توجيه الدعوة الى انعقاد الجمعية العامة غير العادية من تلقاء نفسه، بينما نجد أن المشرع السوري قد منع المراقب من توجيه الدعوة من تلقاء نفسه مطلقاً سواء كانت عادية أو غير عادية .
- في مصر، تتمثل الطبيعة القانونية لدور مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد في اعتباره حقاً من حقوق المراقب، فهو غير ملزم بتوجيه الدعوة مبدئياً، بينما نجد ان المشرع السوري قد اعتبره حقاً وواجباً.
- منح المشرع المصري مراقب الحسابات الحق في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه على خلاف المشرع السوري الذي حجب عنه هذا الحق وبالتالي يعد موقف المشرع المصري أفضل كونه وضع وسيلة اكثر فعالية في يد مراقب الحسابات لضمان حسن قيامه بعمله . اما في سورية اكتفى بحق المراقب في الطلب .

توصيات الدراسة

تتمثل أهم التوصيات فيما يلي :

- يوصي الباحث المشرع السوري في ضرورة منح المراقب الحق في توجيه الدعوة من تلقاء نفسه الى الجمعية العامة عادية أو غير العادية بحسبانها وسيلة فعالة في التغلب على العراقيل، إذا قد تكشف تلك العراقيل أمور سلبية تدخل في اختصاص الجمعية العامة للشركة، فضلاً عن أنها تشجع مجلس الإدارة على عدم الاستجابة لطلب المراقب في الدعوة .
- يوصي الباحث المشرعين المصري والسوري في ضرورة تقصير المدة القانونية التي يتعين على مجلس الادارة الاستجابة فيها الى طلب مراقب الحسابات في دعوة الجمعية العامة للانعقاد، وحبذا لو كانت مثل موقف التشريع الاماراتي .

قائمة المراجع

٦) المراجع العربية

٤. *المراجع العامة*

- د. أحمد حلمي جمعة، المدخل الى التدقيق الحديث، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- د. احمد عبد الدايم ، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة حلب، سورية، ٢٠٠٨ .
- د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، سورية، ١٩٩٩/٢٠٠٠.
- د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، سنة ٢٠١١
- د. عاشور عبدالجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠١٣
- د. عباس مصطفى المصري ، تنظيم الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ .
- د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة عشر، ٢٠٠٥/٢٠٠٦.
- د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠/٢٠٠١.
- د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤.
- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ .

- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٨.
- د. هدى حامد قشقوش ، شرح قانون العقوبات العام ، القسم العام ، ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية .
- د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، الجزء الأول ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ ،

٥. *المراجع المتخصصة*

- د . جابر محجوب علي محجوب ، قواعد اخلاقيات المهنة ، مفهومها وأساس الزامها ونطاقه ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١١ .
- د. حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسئولية المدنية، ٢٠٠٧ .
- د. حمد الله محمد حمد الله ، مراقب الحسابات ، سنة ١٩٩١ ، بدون ناشر .
- أ: صالح العوض البلوي ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة ، دراسة مقارنة ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ .
- د. عبد الوهاب نصر علي، خدمات مراقب الحسابات لسوق المال، المتطلبات المهنية ومشاكل الممارسة العملية في ضوء معايير المراجعة المصرية والدولية والأمريكية، الجزء الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، بدون تاريخ .
- د. علي قاسم ، مراقب الحسابات ، دراسة قانونية مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، دار الفكر العربي ، ١٩٩١

٦. *الرسائل العلمية*

- د . رحاب محمود داخلي علي ، الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر، ٢٠١٠
- د. عايض حامد ذياب الشنون ، الرقابة على أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة في القانون الأردني والمصري ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، مصر، ٢٠١٢ .
- د. عماد محمد أمين السيد رمضان ، حماية المساهم في شركة المساهمة و دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٥ .

٧) المراجع الأجنبية

- Alastair Hudson , Understanding Company Law , ٢٠١٢, Routledge , Taylor & Francis Group , London and New York .
- Brenda Porter , Jon Simon , David Hatherly, Principles of External Auditing , ٢٠٠٨ , WILEY .
- Len Sealy & Sarah Worthington , Cases and Materials in Company Law , Eighth edition , OXFORD , ٢٠٠٨ .
- Nicholas Bourne ,Bourne on company law , fifth edition , ٢٠١١.
- Robert R Pennington , LLD , Company Law , Seven edition , ١٩٩٥ .

٨) الأحكام القضائية العربية والأجنبية

- حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية والاقتصادية، الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٨١ ق ، جلسة ٢٠١٢/٧/١٠
- حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ١١ مايو ٢٠٠٩ .
- حكم محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٢٨ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٢.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٩٠٣ لسنة ٧٩ ق، جلسة ٢٠١٣/٣/٢٥
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعون أرقام ٦٩٥٩، ٩٦٨١,١٠١٧٣، ١٠١٨١، لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠١٣/٧/٢
- قرار محكمة النقض السورية، رقم ٥٤٢، الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٦/٢٣.
- *Johnson v Gore Wood and* Co [٢٠٠٣] EWCA Civ ١٧٢٨

٩) **التشريعات العربية**

- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ولائحته التنفيذية
- قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية
- قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١
- قانون تنظيم مهنة المحاسبة والتدقيق السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩
- قانون الشركات الاتحادي الاماراتي رقم ٢ للسنة ٢٠١٥
- قانون الشركات التجارية القطري لسنة ٢٠١٥
- قانون الشركات التجارية البحريني لسنة ٢٠٠١

١٠) **التشريعات الأجنبية**

- Companies Act ٢٠٠٦ of UK .

ماهية صناديق الاستثمار من الوجهة القانونية

إعداد

أحمد عبد المجيد قنوت

تمهيد وتقسيم:

تعد صناديق الاستثمار أحد أوجه الاستثمار الجماعي في سوق الأوراق المالية، ويقصد بنظام الاستثمار الجماعي "أنه كيان قانوني أو تعهد قانوني يهدف إلى تجميع الأموال من المستثمرين بغرض العمل بشكل أساسي في مجال الأوراق المالية واستثمارها نيابة عنهم في المجالات المختلفة بحسب النشاط الذي ينص عليه النظام الأساسي لهذا الكيان وذلك وفقاً لأصول الإدارة المهنية للاستثمار الجماعي"[١٤٨].

وترتبط صناديق الاستثمار بسوق الأوراق المالية ارتباطاً وثيقاً، وبالتالي نجاح صناديق الاستثمار يعتمد جزئياً على مدى قوة وفاعلية سوق الأوراق المالية بما تولده السوق من أسهم وسندات مختلفة، وكذلك شهادات الادخار والإيداع وأذون الخزانة وغيرها من أدوات التمويل، بالإضافة إلى ما تتضمنه صناديق الاستثمار من أموال المستثمرين في سوق الأوراق المالية بما يؤدي إلى تنشيط وتطوير سوق المال[١٤٩].

وكانت صناديق الاستثمار البديل العملي لشركات توظيف الأموال[١٥٠]، كما أن هناك عدد كبير من المدخرين يرفضون التعامل مع الفوائد البنكية خشية وقوعهم في الربا المحرم شرعاً والذين يرغبون في استثمار أموالهم نيابة عنهم عن طريق المشاركة وليس الإقراض، فكانت صناديق الاستثمار ضالتهم في تحقيق مبتغاهم[١٥١]، حتى لصغار المدخرين التي لا تكفي مدخراتهم في استثمارها بأنفسهم أو للمستثمرين الذين لا يملكون الخبرة في استثمار أموالهم، أو الذين يرغبون في استثمار أموالهم في سوق الأوراق المالية، فاعتُبرت صناديق الاستثمار طوق الحماية للمدخرات الوطنية لمنع تسريبها للاستثمار خارج البلاد[١٥٢].

ولبحث ماهية صناديق الاستثمار من الوجهة القانونية، لا بد من التعريف بها، وبيان أطرافها، والتعرُّف على خصائصها، كما أن لصناديق الاستثمار أنواع مختلفة تختلف باختلاف النظرة التي ننظر بها للصندوق، هذا وقد اختلف الفقه المصري في مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية من عدمها إلى فريقين، كما أنه لفهم الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار لا بد من البحث في العلاقات القانونية بين أطراف الصندوق فيما بينهم وأيضاً علاقتهم القانونية بالصندوق.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذا البحث بتركيزه على صناديق الاستثمار من الوجهة القانونية وفقاً لأسس وقواعد القانون التجاري، وبالإضافة إلى أن صناديق الاستثمار غير موجودة في العديد من الدول العربية بأسواقها المالية ومنها سورية، وهذا يعني الاستفادة من القانون والفقه المصريين في تناولهم لصناديق الاستثمار ورأي أساتذتنا المصريين فيها، وهذا فضلاً عن أن اختيار هذا البحث كان من قِبل أستاذتنا الدكتورة سميحة مصطفى القليوبي حفظها الله.

منهجية البحث:

تم اعتماد الباحث في دراسته لهذا البحث على المنهج التحليلي أو ما يسمى الاستنباطي، الذي يعتمد على المبادئ العامة والقواعد الكلية، لتطبيقها على الجزئيات والفروع.

خطة البحث:

---

[١٤٨] د. بدر حامد يوسف الملا، النظام القانوني لأسواق المال، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠١٢م، ص٣٩٠.

[١٤٩] د. أحمد عبد الصبور عبد الكريم أحمد، أثر صناديق الاستثمار في تطوير سوق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٩م، ص٤٧.

[١٥٠] د. عطية عبد الحليم صقر، صناديق الاستثمار (الإطار القانوني- التكييف الشرعي- المعاملة الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص١٣.

[١٥١] د.عطية عبد الحليم صقر، مرجع سابق، ص١٣.

[١٥٢] د. نزيه عبد المقصود محمد مبروك، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص١١٩.

سنتناول في هذه الدراسة بعد هذا التمهيد والتقسيم، البحث في ماهية صناديق الاستثمار من الوجهة القانونية، من خلال مبحثين وفق التالي:

المبحث الأول: المقصود بصناديق الاستثمار

المطلب الأول: التعريف بصناديق الاستثمار وخصائصها

المطلب الثاني: أنواع صناديق الاستثمار

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار ومدى تمتعها بالشخصية الاعتبارية

المطلب الأول: مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار

الخاتمة.

التوصيات.

المبحث الأول

المقصود بصناديق الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

لمعرفة المقصود بصناديق الاستثمار لابد من التعريف بصناديق الاستثمار، وبيان خصائصها (المطلب الأول)، ومن ثم البحث في أنواع صناديق الاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بصناديق الاستثمار وخصائصها

تمهيد وتقسيم:

سنستعرض التعريف بصناديق الاستثمار فقهاً وقانوناً، ومن ثم سنبين خصائص صناديق الاستثمار في ضوء التعريف بها.

أولاً: التعريف بصناديق الاستثمار

عرف المشرع المصري صناديق الاستثمار بأنها (وعاء استثماري مشترك يهدف إلى إتاحة الفرصة للمستثمرين فيه بالمشاركة جماعياً في الاستثمار في المجالات الواردة في هذه اللائحة ويديره مدير استثمار مقابل أتعاب)[١٥٣].

وعرف بعض الفقه[١٥٤] صناديق الاستثمار بأنها (وعاء مالي لتجميع مدخرات الأفراد واستثمارها في الأوراق المالية من خلال جهة ذات خبرة في إدارة محافظ الأوراق المالية).

كما عرفت صناديق الاستثمار بأنها (مؤسسات ذات طبيعة خاصة تهدف إلى تجميع المدخرات واستثمارها بصفة أساسية في الأوراق المالية نيابة عن أصحابها، وهي بهذا المفهوم تعتبر إحدى مؤسسات السوق الثانوي "سوق التداول" من سوق الأوراق المالية، كما يمكن اعتبارها –من حيث ما تصدره من أوراق مالية في شكل وثائق استثمار- إحدى مؤسسات السوق الأولي "سوق الإصدار" في سوق الأوراق المالية)[١٥٥].

وعرفها آخرون[١٥٦] بأنها (مؤسسة مالية تستهدف تجميع المدخرات واستثمار أموال المدخرين في الأوراق المالية، فتحقق هذه الصناديق عن طريق اقتناء الأوراق المالية التي تراها الإدارة القائمة على نشاط الصندوق أهداف المستثمرين).

وتم تعريف صناديق الاستثمار أيضاً بأنها (شركات تتلقى الأموال من مستثمرين من مختلف الفئات لتقوم باستثمارها في تشكيلات من الأوراق المالية التي تناسب كل فئة)[١٥٧].

كما قال بعض الفقه[١٥٨] عنها بأنها (كيانات مالية تعمل على تجميع مدخرات الراغبين في الاستثمار في الأوراق المالية في وعاء واحد واستثمارها في شراء وبيع الأوراق المالية المختلفة، حيث يقوم ذو خبرات متخصصة في مجال إدارة وتنظيم محافظ الاستثمار بشراء وبيع الأوراق المالية لتحقيق أهداف الصندوق، ومن الناحية القانونية

---

[١٥٣] المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
[١٥٤] د. منى قاسم، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ص٤٥.
[١٥٥] د. عطية عبد الحليم صقر، مرجع سابق، ص٧.
[١٥٦] د. سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص١٧٦.
[١٥٧] د. منير ابراهيم هندي، إدارة الأسواق والمنشآت المالية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢م، ص٣٢٢.
[١٥٨] د. صفوت عبد السلام عوض الله، صناديق الاستثمار، دراسة وتحليل من منظور الاقتصاد الإسلامي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص١٣.

فإن صناديق الاستثمار هي إحدى أشكال شركات المساهمة ذات الوضع الخاص، التي تهدف إلى تجميع المدخرات واستثمارها بصفة رئيسة في شراء وبيع الأوراق المالية نيابة عن أصحابها لتحقيق عائد أكبر مما تحققه أوجه الاستثمار الأخرى مع تخفيض عنصر المخاطرة).

كما عرفت بأنها (وعاء مالي لتجميع مدخرات الأفراد واستثمارها في الأوراق المالية من خلال جهة ذات خبرة في إدارة محافظ الأوراق المالية)[١٥٩].

أما بعض الفقه الآخر[١٦٠] فقد ركز على البنيان القانوني لصناديق الاستثمار بأطرافها الثلاثة بين الشركة المؤسسة ومدير الاستثمار والمستثمرين، بهدف تكوين وإدارة محفظة (محافظ) للأوراق المالية، ليشترك المستثمرون في أرباحها وخسائرها دون الحق لهم في إدارتها، وتتمثل حقوقهم في الصكوك التي يصدرها الصندوق.

ويمكن تعريف صناديق الاستثمار بأنها وعاء استثماري تتجمع فيه المدخرات لتكوين محفظة أوراق مالية أو أكثر بشكل يتناسب مع الهدف من إنشائه، ويدار حصراً من خلال جهة متخصصة ومستقلة عن الجهة المؤسسة له والمستثمرين فيه، ويكون نشاطها الاستثماري وفقاً لمبدأ توزيع المخاطر.

يتضح مما تقدم أن أطراف صناديق الاستثمار ثلاثة وهم:

١- **مؤسس الصندوق:** يجب أن يكون مؤسس الصندوق شركة مساهمة ومؤسسة وفقاً لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م[١٦١]، لكن يجوز أيضاً للبنوك وشركات التأمين بعد موافقة البنك المركزي المصري أو الهيئة المصرية للرقابة على التأمين حسب الأحوال، أن تؤسس صناديق استثمار مفتوحة، بعد الحصول على ترخيص من الهيئة[١٦٢]. والصندوق في الحالة الأولى يتخذ شكل شركة المساهمة وهو متمتع بالشخصية الاعتبارية، أما في الحالة الثانية فالصندوق لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية[١٦٣].

٢- **شركة الإدارة (مدير الاستثمار):** أوجب المشرع أن تُعهد إدارة الصندوق إلى جهة متخصصة تتمتع بالخبرة في إدارة الصناديق[١٦٤]، والتي قد تكون أجنبية أو وطنية، ولكن لم يحدد القانون شكل الشركة الأجنبية، بينما حدد شكل الشركة الوطنية بشركة مساهمة[١٦٥]. ويجب على مدير الاستثمار بذل عناية الرجل الحريص في إدارته للصندوق، وأن يعمل على حماية مصالح الصندوق في كل تصرف أو إجراء[١٦٦].

٣- **المستثمرون:** هم مالكي الحصص في الصندوق أي حاملي الوثائق أو المستثمرون، قد يقتصر الاكتتاب في الصندوق على الشركات دون الأفراد الطبيعيين، أو على الوطنيين دون الأجانب، ومن حق الصندوق المغلق طرح وثائقه للاكتتاب العام أو من خلال طرح خاص يقتصر على المستثمرين المؤهلين[١٦٧]، أما الصناديق المفتوحة وبسبب خاصيتها في حرية دخول وخروج المستثمرين، فلا يمكن اقتصار المستثمرين فيها على أشخاص اعتباريين أو طبيعيين.

أما بالنسبة إلى أمين الحفظ (البنك الوديع): فهو ليس أحد أطراف صندوق الاستثمار، ولكن المشرع اشترط بأن يُحتفظ بالأوراق المالية التي يستثمر الصندوق أموالاً فيها لدى أحد البنوك الخاضعة لإشراف البنك المركزي

---

[١٥٩] د. محمد حلمي عبد التواب، البورصة المصرية والبورصات العالمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص٢٨٧.

[١٦٠] د. حسني المصري، صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥م، ص٢٨.

[١٦١] المادة /١٤٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[١٦٢] المادة /١٧٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[١٦٣] انظر المطلب الأول من المبحث الثاني في هذا البحث، مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية.

[١٦٤] المادة /٣٥/ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[١٦٥] المادة /١٦٦/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[١٦٦] المادة /١٦٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[١٦٧] المادة /١٤٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

المصري[١٦٨]، ويشترط في أمين الحفظ ألا يكون مساهماً في الصندوق أو في مدير الاستثمار أو أي من الشركات المرتبطة بهما وفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة[١٦٩]، ولكن يجوز للصندوق المؤسس من قبل بنك أو يكون هذا البنك أميناً للحفظ، وذلك أن النص العام في المادة /٣٨/ (بأن لا يكون البنك مالكاً أو مساهماً في الشركة المالكة للصندوق) يقيده نص خاص في المادة /٤١/ قائم على أساس، إذا كان استثناءً للبنوك تأسيس ومباشرة نشاط صناديق استثمار لا تتمتع هذه الأخيرة بشخصية معنوية (استثناءً على الأصل بأن الصناديق شركات مساهمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية) فإنه من باب أولى أن يحق لذات البنوك أيضاً التي تباشر نشاط صناديق الاستثمار، أن تباشر نشاط أمين الحفظ بنفس الوقت بعد موافقة البنك المركزي المصري. مثل بنك فيصل الإسلامي هو أمين الحفظ للصندوق الذي أسسه بنك فيصل الإسلامي المصري.

ثانياً: خصائص صناديق الاستثمار

١- تعتبر صناديق الاستثمار صورة من صور الاستثمار الجماعي، وهي تنظيم هذا الاستثمار تنظيماً مالياً عن طريق تكوين وإدارة حافظة الأوراق أو القيم المالية لحساب المستثمرين وفقاً لمبدأ توزيع المخاطر، والابتعاد إلى أقصى حد عن العمليات المطبوعة بطابع المضاربة والغرر[١٧٠].

٢- وتعتبر صناديق الاستثمار من أهم وسائل الاستثمار أمناً في سوق المال، فبالإضافة إلى ما سبق فهي تتمتع بالإمكانيات والخبرات الفنية المتخصصة ورؤوس أموال ضخمة تمكنها من تشكيل سلسة من الأوراق المالية المتنوعة وحماية الاستثمارات من مخاطر تقلبات السوق[١٧١].

٣- كما أنه من حيث الأصل فإن عمل صناديق الاستثمار هو الاستثمار في الأوراق المالية ومن ثم في القيم المنقولة، ولكن المشرع المصري أجاز إنشاء صناديق أسواق النقد[١٧٢] وصناديق الاستثمار العقاري[١٧٣].

٤- ولصناديق الاستثمار خصائصها بالنسبة للأفراد المستثمرين الذين لا يتمتعون بالخبرة والمعرفة في التعامل بسوق المال، بل حتى الذين لديهم رأس مال صغير لا يستطيعون توظيفه بأنفسهم ويرغبون في استثماره[١٧٤]، أي أن صناديق الاستثمار تعد أهم أدوات سوق المال وأكثرها ملائمة لصغار المستثمرين، لأن الحصول على عائد مرتفع يتطلب توزيع الاستثمارات لتجنب مخاطر هبوط الأسعار، لأنه كلما زاد التنوع كلما قلت المخاطر[١٧٥].

٥- ومن مزايا صناديق الاستثمار في الخارج أنها تتيح للمستثمر شراء الوثائق بالتقسيط خلال مدة زمنية معينة، أو قد تنظم عملية استرداد رأس مال المستثمر كله أو جزء منه وفقاً لخطة السحب، وهذا يساعد المستثمر على اختيار النوع الذي يتناسب مع ظروفه[١٧٦].

٦- كما أن صناديق الاستثمار تحمي المدخرات الوطنية وتمنع تصديرها للخارج، حيث أن الصناديق تؤدي إلى تعدد خيارات الاستثمار أمام المدخرين بما يساعد على توطين المدخرات[١٧٧]، لأنها تقوم بتعبئة الموارد المالية وتوجيهها لتمويل المشروعات المختلفة، وتوسيع قاعدة الملكية بما يخدم الاقتصاد القومي[١٧٨].

---

[١٦٨] المادة /٣٨/ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
[١٦٩] المادة /١٦١/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
[١٧٠] د. حسني المصري، شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص١٦.
[١٧١] د. فارس محمد أعجيان العجمي، رقابة سوق المال على إدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م، ص٢٨٠.
[١٧٢] المادة /١٧٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
[١٧٣] المادة /١٧٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
[١٧٤] د. محمد حلمي عبد التواب، البورصة المصرية والبورصات العالمية (آليه عملها- الرقابة عليها- الربط بين البورصات)، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٥٣ وما بعدها.
[١٧٥] د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٣٨ وما بعدها.
[١٧٦] د. كمال طلبة المتولى سلامة، صناديق الاستثمار في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص٥٤.

٧- كما تلعب صناديق الاستثمار دور الوسيط بين المستثمرين والشركات الصناعية والتجارية والعقارية التي تطرح أسهمها وسنداتها في سوق الأوراق المالية[١٧٩].

٨- وتؤدي صناديق الاستثمار إلى امتصاص السيولة من المجتمع بما يؤدي إلى انخفاض معدلات التضخم، حيث أن زيادة السيولة بيد الأفراد يؤدي إلى زيادة الطلب الكلي على السلع المعروضة بما يؤدي إلى ارتفاع معدل التضخم[١٨٠].

٩- ولكن من أهم مخاطر الاستثمار في وثائق الاستثمار هو عدم التأكد من سعر استرداد الوثائق، لأنه في حالة الأسهم الفردية قد يتم بيع السهم بأي سعر لحظة وقوعه أثناء عمل يوم البورصة بين سعر الفتح وسعر الإقفال على حسب السعر، إلا أنه في صناديق الاستثمار يتم استرداد الوثائق على حسب سعر الإقفال في نهاية عمل البورصة حيث لا أهمية للوقت الذي يقدم فيه الطلب، بل من الممكن أيضاً ألا يتم تنفيذ الطلب إلا بعد عدة أيام وعندها قد يكون سعر السهم قد انخفض عن السعر الذي تم فيه لحظة تقديم الطلب[١٨١].

المطلب الثاني

أنواع صناديق الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

تتنوع صناديق الاستثمار وفقاً للمعيار الذي ينظر إليها به، وهذه المعايير يمكن إجمالها بما يلي:

أولاً: صناديق الاستثمار وفقاً لمعيار رأس المال

١- صناديق الاستثمار المغلقة:

يطلق على صناديق الاستثمار المغلقة صناديق الاستثمار ذات الرأس الثابت، لأن الصندوق يصدر عدد ثابت من الحصص ولا يجوز استرداد وثائقه إلا في نهاية مدة الصندوق، حيث يكون العدد الكلي للوثائق غير قابل للزيادة[١٨٢] ويتم طرح وثائق الصندوق للاكتتاب العام لمرة واحدة أو طرح خاص يقتصر على المستثمرين

---

(١٧٧) د. عز الدين فكري، تقييم في أداء صناديق الاستثمار في مصر مدخل محاسبي –ندوة صناديق الاستثمار في مصر- الجزء الأول، بدون دار نشر، ص١٢-١٣، مشار إليه في د. كمال متولي سلامة، مرجع سابق، ص٥٥. د. منى قاسم، مرجع سابق، ص٤٧.

(١٧٨) د. كمال طلبة متولى سلامة، مرجع سابق، ص٥٥.

(١٧٩) د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٤٦.

(١٨٠) د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٥٥.

(١٨١) د. عطية عبد الحليم صقر، مرجع سابق، ص٢١٨.

(١٨٢) *Fabozzi F-J , Inv estment management , ٣nd edition, prentice- Hall, new Jersey, ١٩٩٩, P.٨٠.*

المؤهلين[١٨٣]، وبالتالي صندوق الاستثمار المغلق يكون محدد رأس المال بحيث يصدر عدد محدد من الوثائق أو صكوك الاستثمار ولمرة واحدة أو لإصدار أول فقط، ولا يسمح بأي وقت باسترداد أصل الوثيقة من جهة الإصدار إلا في نهاية مدة الصندوق[١٨٤]، وبالتالي لا يستطيع المدخر دخول هذا الصندوق بعد انتهاء عملية الاكتتاب فيه إلا إذا وجد آخر يقبل التنازل له عما يملكه من حصص[١٨٥].

وثبات رأس المال هو ثبات نسبي حيث يمكن زيادة رأس المال أو نقصانه ولكن وفق إجراءات معقدة عن طريق تعديل النظام الأساسي للشركة بقرار عن الجمعية العامة غير العادية[١٨٦].

صندوق الاستثمار المباشر:

أحدثت إدارة الهيئة العامة لسوق المال صندوق جديد من صناديق الاستثمار المباشر بالقرار رقم /٤٦/ بتاريخ ١٩٩٦/١١/٢٦م، ويتمتع صندوق الاستثمار المباشر بالشخصية الاعتبارية ويأخذ شكل شركة مساهمة، ويجب ألا يقل رأس ماله عن عشرة ملايين جنيه نقداً مدفوعة بالكامل، ولا يجوز طرح أسهم الصندوق أو تلقي أموال المستثمرين عن طريق الاكتتاب العام، ويتم توزيع الأرباح بين مالكي أسهم الشركة وحاملي وثائق الاستثمار وفقاً للقواعد التي تضعها الهيئة العامة لسوق المال، ويجب أن يتضمن النظام الأساسي للصندوق أوجه نشاطه، ولا تزيد نسبة ما يستثمره الصندوق في أوراق مالية لشركة واحدة على ٢٥% من أموال الصندوق، وفيما لم يرد به تنظيم أو قواعد خاصة تضعها الهيئة العامة تسري الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م ولائحته التنفيذية المقررة لصناديق الاستثمار.

٢- صناديق الاستثمار المفتوحة:

يطلق على الصناديق المفتوحة، صناديق ذات رأس المال المتغير، لحرية المستثمرين في الدخول والخروج من الصندوق، حيث يمكن للصندوق إصدار وثائق استثمار بدلاً من الوثائق التي استرد قيمتها أصحابها خلال فترة حياته[١٨٧] أي أن رأس مال الصندوق يتغير على حسب حركة الوثائق بيعاً وشراءً، فهو قابل للزيادة والنقصان بسبب دخول شركاء جدد بدون حلول آخرون مكانهم أو خروج شركاء قدامى لا يحلون آخرون مكانهم[١٨٨]، وبالتالي فإن حجم الأموال المستثمرة فيه غير محددة بسبب دخول وخروج المستثمرين منه، بعرض الصندوق لوثائق استثمار جديدة للبيع والذي يكون على استعداد بأي وقت لاسترداد الوثائق المصدرة وسداد قيمتها وفقاً لقيمة صافي أصول الصندوق من تاريخ الاسترداد[١٨٩]. ومن أمثلة الصناديق المفتوحة، صندوق استثمار البنك الأهلي المصري الأول، وأيضاً صندوق استثمار شركة المستثمرون المتحدون للتأمين.

ثانياً: صناديق الاستثمار وفقاً لأهدافها

---

[١٨٣] **تنص المادة /١٤٢/ الفقرة /٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥م (كما يجوز إنشاء صندوق استثمار مغلق ذو رأس مال ثابت يتم طرح وثائقه للاكتتاب العام أو من خلال طرح خاص يقتصر على المستثمرين المؤهلين)**

[١٨٤] **د. عطية عبد الحليم صقر، مرجع سابق، ص١٦٢ وما بعدها.**

[١٨٥] **د. أحمد عبد الصبور عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص٧٩.**

[١٨٦] **د. عبد الفضيل محمد أحمد، توظيف الأموال، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون تاريخ نشر، ص١٨.**

[١٨٧] ***Fredman A-J and Wiles R. How mutual funds work, ٢nd edition, prentice- Hall, New Jersey, P. ٢٤.***

[١٨٨] **د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص١٧.**

[١٨٩] **د. عز الدين فكري التهامي، تقييم أداء صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل) مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول، المحور الثالث، ص٨. مشار إليه في د. علي عبد الله عبده، إدارة صناديق الاستثمار في الأوراق المالية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٧٥. ويضيف سيادته (إن قيمة الأصل: الصافي هي القيمة السوقية للأصول المكونة لمحفظة الصندوق مطروحاً منها الالتزامات المختلفة، ومقسومة على عدد الأسهم المصدرة للورقة).**

١- صناديق النمو:

هي الصناديق التي تهدف إلى إنجاز نمو مستقبلي بطول آجالها، إذ لا تسعى إلى تحقيق أرباح سريعة ودخول جارية بقدر ما تهدف إلى تحسين القيمة السوقية لمحفظة الأوراق المالية وبالتالي قيمة الوثائق وتحسين رأس المال، وذلك من خلال إعادة استثمار الأرباح المحققة والمحتجزة عوضاً عن توزيعها على حملة الوثائق، حيث أن المستثمرين في صناديق النمو لا يهدفون إلى تحقيق دخل منتظم، بل يهدفون إلى نمو الأصول، أي زيادة القيمة الاستثمارية وليس الأرباح الموزعة[١٩٠].
وبالتالي عادة ما تستهدف هذه الصناديق الأسهم العادية لمنشآت تتسم بدرجة عالية من النمو، سواءً كانت صناعية أو تجارية أو المنشآت الحديثة نسبياً ذات نمو متوقع، بهدف زيادة قيمة الأصول المستثمرة في تلك المنشآت[١٩١].

٢- صناديق الدخل:

تهدف هذه الصناديق إلى تحقيق دخل جاري منتظم للمستثمرين بصرف النظر عن نمو رأس المال، فهذه الصناديق تناسب المستثمرين الذين يعتمدون على عوائد استثماراتهم على هذه الصناديق في تغطية أعبائهم المعيشية، وأيضاً المستثمرين الذين يركزون على عامل الأمان والاستقرار ولا يرغبون في المخاطرة، بل يرغبون في استثمار أموالهم لفترة طويلة مع تجنب المخاطر، فهذه الصناديق تستهدف أساساً المستثمر المتحفظ والمستثمر ذو الدخل المحدود[١٩٢].
"لذلك يتم استثمار أموال تلك الصناديق عادة في السندات التي تحقق معدلات ثابتة من العائد المنتظم، فالسندات التي تشتمل على استثمارات مثل هذه الصناديق من صناديق الدخل قد تتكون من سندات حكومية، لا ينطوي الاستثمار فيها على أي نوع من المخاطر الائتمانية، وقد تكون سندات لشركات معينة والتي يتعرض الاستثمار فيها دائماً لاحتمال مخاطر أكبر، وبالتالي يكون معدل العائد المطلوب الوصول إليه من السندات الحكومية"[١٩٣].

٣- صناديق الدخل والنمو:

تهدف هذه الصناديق إلى تحقيق هدفين وهما تحقيق دخل جاري دوري وثابت للمستثمرين، بالإضافة إلى النمو في الأصول أو رأس المال طويل ومتوسط الأجل مع أقل قدر من المخاطر السوقية المتوقعة[١٩٤].
فهذه الصناديق تستثمر في الأسهم العادية ذات الكفاءة بوصفها مصدر المكاسب الرأسمالية، كما تستثمر في محفظتها أوراق مالية متحفظة تعطي دخلاً جارياً دورياً وثابتاً، مثل السندات والأسهم الممتازة[١٩٥]، والمستثمرون في هذه الصناديق يهدفون إلى الحصول على عوائد من استثماراتهم فيها لتغطية أعباء معيشتهم وبنفس الوقت يهدفون إلى تحقيق نمو مطرد لاستثماراتهم[١٩٦]، وهناك صناديق من يعطي الأولوية للدخل وصناديق من يعطي الأولوية للنمو[١٩٧].

---

(١٩٠) د. أحمد عبد الصبور عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص٨٣. د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٧٦ وما بعدها.
(١٩١) د. منير ابراهيم هندي، إدارة الأسواق والمنشآت المالية، مرجع سابق، ص٣٤٧.
(١٩٢) د. أنطوان الناشف وخليل هندي، العمليات المصرفية في السوق المالية، الجزء الثاني، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان- طرابلس، طبعة ٢٠٠٠م، ص٢٠٨. د. منى قاسم، مرجع سابق، ص٥١.
(١٩٣) د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٧٨.
(١٩٤) د. نزيه عبد المقصود محمد مبروك، مرجع سابق، ص٩٩.
(١٩٥) د. عاطف حسن النقلي، صناديق الاستثمار في الواقع والتجربة المصرية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول والثاني، ص١٠٤.
(١٩٦) د. عبد المنعم عبد الغني علي، محاضرات في النقود والبنوك، بدون دار نشر، أسيوط، ٢٠٠٢م، ص٢٣٥. مشار إليه في د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٨٤.
(١٩٧) د. منير ابراهيم هندي، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٤م، ص٣٩.

ثالثاً: صناديق الاستثمار وفقاً لعوائدها

١- صناديق الاستثمار ذات العائد الدوري

هي الصناديق التي تحقق للمستثمرين عائداً دورياً، كأن يكون ربع أو نص سنوي بحيث يمثل هذا العائد الأرباح الصافية عن تلك الفترة، وتناسب هذه الصناديق المستثمرين الراغبين بالحصول على عائد دوري ومنتظم في أوقات محددة[١٩٨]. ومثالها صندوق استثمار بنك مصر الأول، وصندوق استثمار بنك تنمية الصادرات.

٢- صناديق الاستثمار ذات العائد التراكمي:

هي الصناديق التي تضيف أرباحها إلى رأسمالها، ليعاد استثمار الأرباح مع رأس المال حيث لا توزع على المستثمرين، لأن المستثمرين في النهاية سوف يستردون قيمة أصول وثائقهم مع الربح التراكمي معاً.
وهذه الصناديق تناسب المستثمرين الذين لديهم ميول استثمارية متطورة نوعاً ما، لأنهم يستثمرون الربح أو العائد المتحقق من الورقة المالية مرة أخرى[١٩٩].

٣- صناديق الاستثمار ذات العائد الدوري والتراكمي:

هذا النوع هو مزيج بين النوعين السابقين، حيث يكون رأس المال مقسماً إلى قسمين، قسم منه توزع عوائده بشكل دوري، والقسم الثاني لا توزع أرباحه بل تضاف إلى قيمة أصل الوثائق ليعاد استثماره مرة أخرى.
وهذه الصناديق تناسب المستثمرين الراغبين بالحصول على عائد دوري منتظم بأوقات محددة، وبنفس الوقت يرغبون بأن يكون هناك استثمار لبعض الأرباح المتحققة مرة أخرى مع أصول وثائقهم.

رابعاً: الصناديق المتخصصة

١- صناديق الأسهم:

هي الصناديق التي توجه استثماراتها إلى الأسهم أياً كان نوعها دون غيرها من الأوراق المالية الأخرى.
وهذه الصناديق هي الأكثر انتشاراً في العالم لتنوعها ومعدلات نموها وأرباحها ولما تحققه من أهداف مختلفة للمستثمرين[٢٠٠]. وقد تكون هذه الأسهم هي أسهم محلية فتسمى بصناديق الأسهم المحلية، أو قد تكون الأسهم دولية فتسمى هذه الصناديق بصناديق الأسهم الدولية، كما قد توجد صناديق بأسهم متنوعة من أسهم محلية ودولية معاً، كما قد يوجد أسهم مقسمة جغرافياً بحيث أن الصندوق يقتصر استثماره على أسهم في منطقة جغرافية معينة مثل صناديق الأسهم الأوروبية.

٢- صناديق السندات:

هي الصناديق التي تكون استثماراتها مقتصرة على السندات أياً كان نوعها دون غيرها من الأوراق المالية الأخرى.
إذ قد تتألف أصول هذه الصناديق من سندات تصدرها المؤسسات والشركات أو حتى المؤسسات الحكومية أيضاً[٢٠١]، وقد يكون استثمار الصندوق في السندات المحلية فقط فيطلق عليه صندوق سندات محلية، كما يوجد صناديق السندات الدولية وهي التي تشمل إما على السندات الدولية والمحلية أو قد تقتصر على سندات دولية فقط.

---

[١٩٨] **د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨٤.**
[١٩٩] **د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨٤.**
[٢٠٠] **د. منير ابراهيم هندي، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص١٣٠.**
[٢٠١] **راجع د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨١ وما بعدها.**

كما يوجد صناديق ذات سندات خاصة، وهذه الصناديق تتألف من محفظتين من الأوراق المالية، الأولى هي صناديق سندات الدرجة الأولى والتي تتكون من سندات حكومية، والثانية هي صناديق السندات القابلة للتحويل إلى أسهم[٢٠٢].

٣- صناديق التوازن أو الصناديق المتوازنة (المتنوعة):

هي الصناديق التي تتنوع فيها محفظة أوراقها المالية من الأسهم والسندات والأوراق المالية الأخرى.

حيث أن الاستثمار في الأسهم يحقق نمواً كبيراً ذات درجة مخاطرة مرتفعة نسبياً، أما إذا كان هدف الصندوق تحميل المستثمر للحد الأدنى من المخاطر فيقوم بالاستثمار الأكبر في السندات التي تحقق دخل ثابت بدرجة خطورة أقل[٢٠٣].

٤- صناديق النقد:

عرف المشرع المصري صناديق النقد بأنها (الصناديق التي تستثمر جميع أصولها في استثمارات قصيرة الأجل مثل أدوات الدين الصادرة عن الحكومة والبنوك والشركات واتفاقيات إعادة الشراء وأذون الخزانة وشهادات الإيداع البنكية وشهادات صناديق أسواق النقد الأخرى.

ويجوز الترخيص للشركات التي تزاول نشاط المتعاملون الرئيسيون بإنشاء صناديق النقد. ويلتزم مجلس إدارة الصندوق بالمحافظة على تحقيق قيمة مستقرة لنصيب وثيقة الاستثمار الصادرة عن الصندوق من صافي قيمة أصوله وفقاً لما يحدده مجلس إدارة الهيئة وذلك بمراعاة ما يلي:

١- ألا يزيد الحد الأقصى لمدة استثمارات الصندوق على ثلاثة عشراً شهراً.

٢- أن يكون الحد الأقصى للمتوسط المرجح لمدة استحقاق محفظة استثمارات الصندوق مائة وخمسون يومياً.

٣- أن يتم توزيع استثمارات الصندوق بحيث لا تزيد الاستثمارات في أي إصدار على (١٠%) من صافي قيمة أصول الصندوق وذلك باستثناء الأوراق المالية الحكومية.

وفيما عدا الاستثمار في الأوراق المالية الحكومية يحدد مجلس إدارة الهيئة الحد الأدنى لمستوى تصنيف مخاطر بما يضمن القدرة على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن النشاط على ألا يقل التصنيف الائتماني عن –"BBB"[٢٠٤] [٢٠٥].

وتم تعريفها من قبل الفقه[٢٠٦] بأنها (التي تتشكل من الأوراق المالية قصيرة الأجل التي عادة ما تتداول في سوق النقد من خلال المؤسسات المالية، كالبنوك التجارية وشركات السمسرة المتخصصة في التعامل في مثل هذه الأوراق).

وغالباً لا تزيد نسبة استثمار صندوق النقد في الأوراق المالية على سنة واحدة، وتكون عادة بشكل خاص في الأصول قصيرة الأجل مثل الودائع المصرفية وشهادات الإيداع البنكية والكمبيالات المصرفية وأذونات الخزانة والأوراق التجارية، بسبب انخفاض المخاطر فيها وبالتالي يكون العائد منخفضاً[٢٠٧].

---

[٢٠٢] د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٩٤.

[٢٠٣] د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨٣.

[٢٠٤] "هو تصنيف ائتماني تضعه وكالات التصنيف الائتماني مثل ستاندرد أند يورز ، و BBB تعني درجة مخاطر منخفضة وقدرة سداد معقولة، ويزيد ذلك أو ينقص ب (+ أو –)". د. أحمد طلفاح، رموز التصنيف للجدارة الائتمانية السيادية، المعهد العربي للتخطيط، ابريل، ٢٠٠٥م. مشار إليه في د. فارس محمد أعجيان، مرجع سابق، ص٦٢.

[٢٠٥] المادة /١٧٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٩م.

[٢٠٦] د. منير ابراهيم هندي، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، مرجع سابق، ص٣٦.

[٢٠٧] د. أحمد فاروق وشاحي، د. أحمد فاروق وشاحي، التنظيم القانوني لصندوق الاستثمار العقاري وفقاً لأحكام القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٧.

وقد حصر المشرع المصري في المادة المذكورة أنفاً، إنشاء صناديق النقد بالبنوك وشركات التأمين، وأيضاً بموجب ترخيص من الهيئة العامة لسوق المال للشركات التي تزاول نشاط المتعاملين الرئيسيون[٢٠٨]. والمستثمر في هذا الصندوق يميل إلى أن تكون السيولة هدفاً له، لتوافرها في هذه الصناديق، لأنها تعطي المستثمر الحق في السحب منها متى يشاء ولكن وفق حدود معينة[٢٠٩]، وقد كان أول ظهور لهذه الصناديق في الولايات المتحدة الأمريكية[٢١٠].

٥ـ صناديق المؤشرات:

هي صناديق استثمارية مفتوحة تتبع حركة مؤشر معين، ويتم قيد وتداول الوثائق المكونة لهذه الصناديق في سوق الأوراق المالية كالأسهم والسندات[٢١١] وقد عرفها المشروع المصري بأنها (التي تصدر وثائق مقابل محفظة تتبع أغلبية الأوراق المالية الكونة لها أحد مؤشرات الأسعار في البورصة)[٢١٢].

وقد عرفت المؤشرات بأنها (مؤشرات لأسعار الأسهم يتم حسابها من واقع القيمة السوقية لمحفظة أوراق ماليه مستقرة زمنياً ووظيفتها الأولى قياس التطور الذي يحدث في الأوراق المالية صعوداً وهبوطاً)[٢١٣].

وقد عُرف المؤشر أيضا بأنه (عبارة عن قائمة من الأوراق المالية التي يقوم المستثمرون بمتابعة أدائها كمؤشر لحال جزء معين من الوضع في سوق الأوراق المالية محل هذا المؤشر)[٢١٤].

حيث يقوم مدير الاستثمار في صناديق المؤشرات بتكوين محفظة أوراق ماليه مماثله لما يشمله أو يتكون منه أحد المؤشرات العالمية شائعة الاستخدام من أوراق ماليه التي يتبعها الصندوق مثل مؤشر فينانشيال تايمز FT.SE ١٠٠ Shaves Index ١٠٠

وذلك حتى تحقق صناديق المؤشرات عائداً يساوي العائد على محفظة السوق[٢١٥]، وتعد استثمارات الصندوق في هذه الأسهم استثماراً في السوق كله، كما أن نسبة المخاطرة متوسطة والعائد أيضاً متوسط مثل متوسط العائد في السوق، ولذلك تعد هذه الصناديق مستهدفة المستثمرين المتحفظين الذين يريدون الاستثمار في قطاع معين أو أسهم معينة، فضلاً عن سهولة متابعة المستثمرين لأداء الصندوق من خلال متابعة أداء المؤشر، وبالإضافة إلى أن إدارة هذه الصناديق لا تتطلب خبره كبيرة من مدير الاستثمار[٢١٦].

ويُمَّكن صندوق المؤشرات المستثمرين من البيع على المكشوف، وكذلك الشراء بالهامش، وهذه الميزات لا تتوافر في صناديق الاستثمار العادية[٢١٧].

---

[٢٠٨] **نشاط المتعاملون الرئيسيون حسب قرار الهيئة العامة رقم ٤٨٠ لسنة ٢٠٠٢م بأنهم مؤسسات تقيد لدى وزارة المالية طبقاً للمعايير التي يحددها وزير المالية، وتلتزم بضمان الإصدارات الأولية للأوراق المالية الحكومية، وتنشيط التعامل في الأسواق الثانوية، وذلك وفقاً للنظم والأحكام والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير المالية. كما لا يجوز أن يكون من المتعاملين الرئيسين إلا البنوك وشركات التعامل والوساطة في السندات.**

وقد ذكر الموقع الرسمي للهيئة العامة لسوق المال ثلاث بنوك مرخص لها بممارسة هذا النشاط وهم: ١ـ البنك العربي الإفريقي. ٢ـ البنك التجاري الدولي بمصر. ٣ـ بنك مصر إيران للتنمية.

[٢٠٩] **د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨٣.**

[٢١٠] **د. منير ابراهيم هندي ،صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، مرجع سابق، ص٣٦.**

[٢١١] **د. فارس محمد أعجيان محمد، مرجع سابق، ص٢٧٦.**

[٢١٢] **المادة /١٨٣ مكرر من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لعام ١٩٩٢م.**

[٢١٣] **د. نشأت عبد العزيز معوض، مقال بعنوان الأوراق المالية الأوراق المالية، الأهرام الاقتصادي، القاهرة، ١٩٩٣/٨/٩م، العدد ١٢٨٢، ص١٨. مشار إليه في د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص١٠٥.**

[٢١٤] **د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٨٧.**

[٢١٥] **د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص١٠٦.**

Fischer D-E and Jordan R-J, Security analysis and portfolio management ٤e edition prentice – Hall, New Jersey, ١٩٨٧, P٦٦٥.

[٢١٦] **د. علي عبد عبده، مرجع سابق، ص٨٧.**

[٢١٧] **د. محمد فارس أعجيان العجمي، مرجع سابق، ص٧١.**

ونلاحظ أن المشرع المصري ميز هذه الصناديق عن غيرها، بأنه للشركة المنشئة لهذا الصندوق تغطية كامل رأس ماله بمفردها أو بالاشتراك مع آخرين أو عن طريق الاكتتاب العام[٢١٨]، وقرر بعض البيانات الإضافية في نشرة الاكتتاب العام[٢١٩].

كما نص المشرع على أن الشركة المنشئة للصندوق، التعاقد مع اثنين على الأقل من صانعي السوق تكون مهمة كل منهما التعامل على وثائق الاستثمار المصدرة، وألزمهم بالقيام بعدة واجبات، وأن يتم نقل ملكية الأوراق المالية فيما بين الصندوق وصانع السوق من خلال شركة الإيداع والقيد المركزي[٢٢٠]، كما يتم قيد وثائق صناديق المؤشر بجداول البورصة بناءً على طلب الشركة وفقاً لقواعد قيد وشطب الأوراق المالية[٢٢١]، كما ألزم المشرع المصري مدير الاستثمار بالتزامات إضافية بالإضافة إلى التزاماته العامة[٢٢٢].

٦- صناديق الاستثمار العقاري:

هي الصناديق التي تستثمر في المجالات العقارية المختلفة من أراضي وعقارات وبالعمليات الضرورية المرتبطة بها.

وقد عرف المشروع المصري صناديق الاستثمار العقاري[٢٢٣] بأنها (وعاءً استثمارياً مشتركاً يهدف إلى إتاحة الفرصة للمستثمرين فيه بالمشاركة جماعياً في الاستثمار في المجالات العقارية المختلفة. ويتضمن مجموعة من الأصول العقارية من أراضي وعقارات وغيرها من الأصول التي تضمن حداً معيناً من السيولة، وتصدر حصص الصندوق في صورة وثائق استثمار تخول المكتتب فيها حقوقاً متساوية قبل الصندوق.

وتهدف صناديق الاستثمار العقاري إلى الاستثمار في الأصول العقارية من أراضي وعقارات يتم تطويرها أو بنائها بغرض تأجيرها أو بيعها بما في ذلك المشروعات العقارية الجديدة التي سيتم تشييدها وتأجيرها أو بيعها خلال مدة الصندوق، وللصندوق القيام بالعمليات الضرورية المرتبطة ببنائها أو تجديدها أو إعادة تجهيزها بقصد تأجيرها أو بيعها، ولا يجوز أن يكون إعادة البيع هو الغرض الوحيد من تملك الأصول العقارية من قبل هذه الصناديق. ويجب أن تكون صناديق الاستثمار العقاري مغلقه ذات مدة محددة).

وأضاف المشرع مجموعة من شروط الترخيص في المادة /١٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال، بالإضافة لما ورد في المادة /١٤٤/ من اللائحة ذاتها.

كما أعطى المشرع اختصاصات جديدة والتزامات لمجلس إدارة الصندوق في المادة /١٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال بالإضافة إلى ما ذكر في المادة /١٤٦/ من اللائحة التنفيذية ذاتها. حيث نصت المادة /١٧٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م (ويتولى مجلس إدارة الشركة بالإضافة لما ورد بالمادة /١٤٦/ من هذه اللائحة، الموافقة على جميع العقود والقرارات والتقارير الجوهرية التي يكون الصندوق طرفاً فيها مع الأطراف ذوي العلاقة، ويشمل ذلك على سبيل المثال ما يلي:

١-عقد الخدمات الرئيسي مع شركة المطور[٢٢٤]. ٢- عقد الخدمات الرئيسي المبرم مع شركة إدارة العقارات[٢٢٥]. ٣- عقد حفظ الأوراق المالية مع أمين الحفظ. ٤- العقد المبرم مع شركة خدمات الإدارة[٢٢٦]. ٥-

---

[٢١٨] **انظر المادة /١٨٣/ مكرر (٢) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢١٩] **انظر المادة /١٥٤/ والمادة /١٨٣/ مكرر (٣) من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٢٠] **انظر المادة /١٨٣/ مكرر (٤) من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٢١] **المادة /١٨٣/ مكرر (٥) من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٢٢] **انظر المادة /١٨٣/ مكرر (٦) من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٢٣] **المادة /١٧٧/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنه ١٩٩٢م.**

[٢٢٤] **عرفت المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م المطور بأنه (شركة متخصصة مسئولة عن تنفيذ الجوانب الفنية لتنفيذ مشروعات الصندوق العقاري وتحقيق أغراضه وذلك بموجب عقد الخدمات المبرم بينها وبين مدير الاستثمار).**

[٢٢٥] **عرفت المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م شركة إدارة العقارات بأنها (شركة متخصصة تتولى إدارة المشروعات العقارية المملوكة لصندوق الاستثمار العقاري وصيانتها وتحقيق أغراضه وذلك بموجب عقد الخدمات المبرم بينها وبين مدير الاستثمار)**

عقد تسويق الأصول العقارية للصندوق. ٦- التعاقد مع المثمنين العقاريين[٢٢٧].٦-خطاب الارتباط الخاص بالتمويل اللازم لأنشطة الصندوق من إحدى المؤسسات المالية المتخصصة. ٧- اعتماد عقود تملك الأصول العقارية. ٨- عقد التأمين على الأصول العقارية للصندوق).

وتتكون أصول الصندوق من عقارات يتم تملكها أو بناؤها بغرض تأجيرها ثم بيعها، ومن الأوراق المقيدة في بورصة الأوراق المالية بشرط أن تكون معظم أصولها عقارية أو عن شركات تعمل في المجالات المرتبطة بالتنمية العقارية، ومن حصص في صناديق استثمار عقاري، ومن السندات الصادرة عن شركات التمويل العقاري والمضمونة بمحفظة قروض تمويل عقاري[٢٢٨].

ويجب أن تتوافر في أصول صندوق عدة شروط: في أن تكون ملكية الأصول العقارية في للصندوق ثابتة بموجب عقود رسمية أو مسجلة، وأن تستوفي الأصول العقارية للصندوق شروط الترخيص المقررة قانوناً، وأن يتم تثمين الأصول العقارية للصندوق بمعرفة اثنين من خبراء التقييم العقاريين المعتمدين لدى هيئة التمويل العقاري[٢٢٩].

كما تتوزع هيكل نسب أصول الصندوق على أصول عقارية وأوراق مالية ذات درجة تصنيف عالية وودائع تحت الطلب وأذون الخزانة ليست محلاً لضمانات أو لأية حقوق من أي نوع مقررة لصالح الغير - وذلك في الحدود وطبقاً للشروط التي يصدر بها الترخيص اللازم من الهيئة[٢٣٠].

كما يجب على الصندوق التأمين على أصوله العقارية خلال مرحلتي الإنشاء والتشغيل وكذلك التأمين ضد المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار التي تلحقها هذه الأصول بالغير[٢٣١].

وألزم المشرع مدير استثمار في إدارة الصندوق بالاستعانة بكافة الخبرات المتخصصة في إدارة الاستثمارات العقارية وذلك طبقاً للمادة /١٦٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال[٢٣٢]. كما ألزم مدير الاستثمار في المادة /١٨٠/ بالتزامات إضافية على التزاماته الواردة في المادة /١٦٩/، ومن أهمها توقيع عقد الخدمات الفنية المتعلقة بمشروع الصندوق وذلك قبل طرح نشرة الاكتتاب. ويعتبر مدير الاستثمار ضامناً لقيام المطور بتنفيذ التزاماته.

كما أن مدير الاستثمار مُلزم بتقييم الأصول العقارية قبل شرائها أو بيعها بواسطة اثنين من خبراء التقييم العقاري يتمتعان بالخبرة اللازمة في مجال النشاط العقاري والمنطقة محل الاستثمار، ومرخصاً لهما من الهيئة العامة للتمويل العقاري، ويجب أن يكون خبير التقييم مستقلاً عن أي من الأطراف ذوي العلاقة. كما أن خبيرا التقييم مسئولان في مواجهة الصندوق ومدير الاستثمار عن أية أضرار تلحق بهما نتيجة للإهمال أو الخطأ التي تقع منهما أثناء أداء عملهما[٢٣٣].

ولا يجوز لمدير الاستثمار الاعتماد على تقرير تقييم مضى على إعداده أكثر من ثلاثة أشهر عند شراء أو بيع أي أصول للصندوق[٢٣٤].

---

[٢٢٦] **عرفت المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة شركة خدمات الإدارة بأنها (شركة متخصصة تتولى عمليات تسجيل إصدار واسترداد وثائق استثمار الصناديق المفتوحة، وكذلك حفظ مستندات ووثائق أصول الصناديق العقارية).**

[٢٢٧] **المثمنين العقاريين هم خبراء التقييم عرفتهم المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة بأنهم (شخص أو شركة مرخص لها من الهيئة العامة لشئون التمويل العقاري لتقديم خدمات التثمين العقاري).**

[٢٢٨] **المادة /١٧٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٢٩] **المادة /١٧٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.**

[٢٣٠] **المادة /١٧٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.**

[٢٣١] **المادة /١٧٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.**

[٢٣٢] **المادة /١٨٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م. وتنص المادة /١٦٧/ من ذات اللائحة (وإذا رخص لصندوق استثمار بممارسة نشاط آخر غير الاستثمار في الأوراق المالية، فعلى مدير الاستثمار بعد موافقة الهيئة أن يعهد بإدارة هذا النشاط إلى جهة متخصصة ويظل مدير الاستثمار مسئولاً عن هذه الجهة).**

[٢٣٣] **المادة /١٨٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.**

[٢٣٤] **المادة /١٨٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.**

كما ألزم المشرع المصري شركة خدمات الإدارة في المادة /١٨٢/ بعدة التزامات بالإضافة إلى التزاماتها العامة الواردة في المادة /١٦٢/[٢٣٥]، كما أعطى المشرع السلطة التقديرية للصندوق لتوزيع أرباحه كلها أو بعضها التي يحققها على حملة الوثائق دورياً وذلك من كل أو بعض المصادر التالية: ١- الدخول المحققة من تشغيل أصول الصندوق العقارية. ٢- توزيعات أرباح الأوراق المالية التي يستثمر فيها الصندوق. ٣- الفائدة المستحقة على الاستثمارات في أسواق النقد. ٤- فائض القيمة المتولد عن بيع أصول الصندوق من عقارية وأوراق مالية. ٥- أية أرباح يتم تحقيقها من مصادر أخرى[٢٣٦].

٧- الصناديق القابضة (صناديق الصناديق)

عرف المشروع المصري الصندوق القابض بأنه (صندوق استثمار يستثمر جميع أمواله في شراء وثائق صادره عن صناديق استثمار أخرى)[٢٣٧].

وأضاف المشروع المصري (ودون الإخلال بالبند رقم (٤) من المادة /١٤٩/ من هذه اللائحة، يلتزم الصندوق القابض بالاستثمار في خمسة صناديق على الأقل)[٢٣٨].

وبالتالي الصناديق القابضة هي الصناديق التي تحتوي محفظة أوراقها المالية على الأسهم والحصص الصادرة من الصناديق الأخرى فقط، سواء كانت أجنبيه أو محلية، بما يؤدي أن يملك هذا الصندوق في محفظته إلى تشكيلة كبيرة من الأوراق المالية[٢٣٩].

وبالتالي لا يجوز للصندوق القابض شراء أوراق مالية إلا وثائق الاستثمار في الصناديق الأخرى، بحيث تكون جميع أمواله مستثمرة في الصناديق الأخرى، والتي يجب ألا تقل عن خمسة صناديق، ويجب ألا تزيد نسبة استثماره في أحد الصناديق عن ٢٠% من إجمالي قيمة أصوله، ولا تزيد عن ٥% من قيمة الصندوق المستثمر فيه[٢٤٠].

ومن أمثلة الصناديق القابضة في مصر، صندوق وافي القابض (بنك مصر إيران للتنمية)، صندوق البنك الأهلي المصري السابع، المرخصين في عام ٢٠٠٩م من الهيئة بالقرارين ٥٠٦ و٥١٣ على الترتيب[٢٤١].

وتمنى البعض[٢٤٢] أن يغير المشروع المصري اسم هذا النوع من الصناديق، من الصندوق القابض "لأنه اسم مأخوذ من فكرة الشركة القابضة" إلى صناديق الصندوق، لأن الصندوق هنا لا يسيطر على الصناديق الأخرى خاصة وأن المشروع المصري قد حدد نسبة استثمار هذا النوع من الصناديق في صندوق آخر بما لا يتجاوز ٥% من قيمة الصندوق المستثمر فيه[٢٤٣].

---

[٢٣٥] المادة /١٨٢/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م. وقد عرفت المادة /١٦٢/ شركة خدمات الإدارة بأنها التي (تتولى قيد وتسوية المعاملات التي تتم على وثائق الاستثمار غير المقيدة في البورصة).

[٢٣٦] المادة /١٨٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.

[٢٣٧] المادة /١٧٦/ الفقرة /١/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥لسنه ١٩٩٢م.

[٢٣٨] المادة /١٧٦/ الفقرة /٢/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

وتنص الفقرة /٤/ من المادة /١٤٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م (يجوز للصندوق استثمار أمواله في شراء وثائق الاستثمار التي تصدرها صناديق الاستثمار الأخرى بنسب لا تزيد على (٢٠%) من إجمالي صافي قيمة أصوله في صندوق واحد وبما لا يجاوز(٥%) من قيمة الصندوق المستثمر فيه).

[٢٣٩] د.منير ابراهيم هندي، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، مرجع سابق، ص٣٧.

[٢٤٠] المادة /١٤٩/ الفقرة /٤/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م (يجوز للصندوق استثمار أمواله في شراء وثائق الاستثمار التي تصدرها صناديق الاستثمار الأخرى بنسب لا تزيد على (٢٠%) من إجمالي صافي قيمة أصوله في صندوق واحد وبما لا يجاوز(٥%) من قيمة الصندوق المستثمر فيه).

[٢٤١] الموقع الرسمي للهيئة العامة لسوق المال المصرية.

[٢٤٢] انظر د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص١٠٠ وما بعدها.

[٢٤٣] المادة /١٤٩/ الفقرة /٤/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

٨- صناديق الملكية الخاصة:

عرف المشرع المصري صناديق الملكية الخاصة بأنها (الصناديق التي يتم طرح وثائقها للاكتتاب فيها من خلال طرح خاص للمستثمرين المؤهلين[٢٤٤]، ويتم استثمار جميع أصولها في أوراق مالية مقيدة أو غير مقيدة، كما يتم استرداد وثائقها في نهاية عمر الصندوق، ويجوز أن تنشأ صناديق ملكية خاصة لمزاولة نشاط رأس المال المخاطر وفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة)[٢٤٥].

ثم تابع المشرع بالنص (ويجوز سداد قيمة الوثائق على دفعات بما يتفق وتوقيت استثمارات الصندوق. ولمدير الاستثمار إذا تخلف أحد من حملة الوثائق عن سداد كامل دفعات قيمة الوثائق التي اكتتب فيها في المواعيد المقررة، وبعد مرور شهر من إعذاره، بيع الوثائق وفقاً للإجراءات القانونية الخاصة ببيع الأسهم المنصوص عليها بقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة١٩٨١م ولائحته التنفيذية.

ولا يجوز أن تزيد نسبة ما يُستثمره الصندوق في أوراق مالية لشركة واحدة عن (٢٥%) من إجمالي أموال الصندوق. ولا تسري على هذه الصناديق نسب ومجالات الاستثمار الواردة بهذه اللائحة.

وفيما لم يرد به تنظيم أو قواعد خاصة تضعها الهيئة تسري الأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل)[٢٤٦].

ويستنتج من ذلك أن استثمار أصول الصندوق قد يكون في الأوراق المالية المقيدة أو غير المقيدة.

كما تعد صناديق الملكية الخاصة صناديق مغلقه لأنها تطرح للاكتتاب فيها من خلال طرح خاص للمستثمرين المؤهلين فقط، حيث لا يجوز طرح وثائقها للاكتتاب العام[٢٤٧]، ويتم استرداد وثائقها في نهاية عمر الصندوق كما أجاز المشروع أن تنشأ صناديق خاصة لمزاولة نشاط رأس المال المخاطر[٢٤٨].

ويجدر الإشارة هنا إلى التعريف بالشركة القابضة بأنها (الشركة التي تسيطر بوسائل قانونية على شركة أو شركات أخرى مستقلة عنها قانوناً، وذلك بنية مباشرة السيطرة على إدارتها وعملياتها بحكم الواقع أو القانون، بهدف تحقيق إستراتيجية اقتصادية تضعها الشركة القابضة لشركاتها التابعة تحقيقاً لمصالحها). أحمد عبد المجيد قنوت، العلاقة القانونية ما بين الشركة القابضة والشركات التابعة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص٢١.

[٢٤٤] عرفتهم المادة /١٤١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنه ١٩٩٢م بأنهم (المستثمرون من ذوي الملاءة المالية وفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة، والأشخاص الاعتبارية من المؤسسات المالية وصناديق المعاشات وشركات وصناديق الاستثمار، وغيرها من الشركات والمؤسسات المتخصصة في الاستثمار في الأوراق المالية)

[٢٤٥] المادة /١٧٤/ الفقرة /١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[٢٤٦] المادة /١٧٤/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[٢٤٧] د. أحمد فاروق وشاحي، مرجع سابق، ص٥ وما بعدها.

[٢٤٨] إن ما يميز مشروعات رأس المال المخاطر، هو ارتفاع عنصر المخاطر فيها بالإضافة إلى احتمال نمو أفاقها الكبيرة. حيث يقصد بنشاط رأس المال المخاطر: هو تحويل المشروعات الاستثمارية التي لا تستطيع الحصول على التمويل اللازم من خلال الاقتراض من المؤسسات المالية لارتفاع نسبة المخاطرة فيها.
حيث يركز من يمارس نشاط رأس المال المخاطر على المشروعات ذات المخاطر العالية والمشروعات المتعثرة، لتمويلها مالياً أو إدارياً أو فنياً، بحيث إذا ما تغلب المشروع على أسباب التعثر وحقق أرباحاً عالية، تقوم الشركة أو الصناديق المستثمرة في رأس المال المخاطر هذا ببيع نصيبها محققة أرباح تتناسب ودرجة المخاطرة التي أقدموا عليها.

كما لا يجوز أن تزيد نسبة ما يستثمره الصندوق في أوراق مالية لشركة واحدة عن (٢٥%) من إجمالي أموال الصندوق، وقد حدد القانون في المادة /١٥٠/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال الحد الأقصى للأموال المستثمرة في الصندوق بأن لا تزيد عن خمسين ضعف رأس ماله، وبنفس الوقت يجب أن لا تقل عن خمسة ملايين جنيه مدفوعة نقداً[٢٤٩]، وبالتالي لا تسري أحكام المادة /١٢٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال هنا، لأن المادة /١٥٠/ هي نص خاص والمادة /١٢٥/ نص عام، والخاص مقيد العام[٢٥٠].

واستثناء من المادة /١٥٠/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال التي توجب أن يكون رأس المال مدفوعاً نقداً وأيضاً استثناء من المادة /١٥٥/ التي تنص على آلية الاكتتاب على كامل رأس المال للصندوق، أعطي المشروع في المادة /١٧٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المال صناديق الملكية الخاصة جواز سداد قيمة الوثائق على دفعات بما يتفق واستثمارات الصندوق، باعتبار المادة /١٧٤/ قيد خاص على المادة /١٥٠/ والمادة /١٥٥/ بالنسبة لصناديق الملكية الخاصة.

خامساً: صناديق الاستثمار وفقاً لمحلها

١- صناديق الاستثمار المحلية:

وهي الصناديق التي تباشر نشاطها الاستثماري في البلد التي نشأت فيه، وليس لها أي نشاط خارج ذلك البلد.

٢- صناديق الاستثمار الأجنبية:

وهي الصناديق التي تستثمر في بلدها المنشأ وخارجه أيضاً أو يقتصر نشاطها الاستثماري على خارج البلد الذي أنشئت به.

ولا شك أن عدد الصناديق المحلية المستثمر فيها غالباً أكثر بكثير من الصناديق الأجنبية. وأن تغيير سعر الصرف يؤثر على العائد الذي يحصل عليه المستثمر في الصناديق الأجنبية، إذ يزيد العائد كلما انخفض سعر الصرف للعملة الأجنبية المستثمر فيها الصندوق.

وبالتالي يتوجه المستثمر إلى الاستثمار في الأوراق المالية في الدول الأجنبية كلما ضعفت العملة المحلية أمام العملة الأجنبية، والعكس صحيح أيضاً إذ يتوجه المستثمرون إلى الاستثمار في الأوراق المالية المحلية كلما كانت العملة المحلية أقوى من العملة الأجنبية[٢٥١].

سادساً: صناديق الاستثمار الإسلامية

تقوم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي على مبدأين هما المضاربة والمشاركة، ولما كان صندوق الاستثمار بحكم كونه وعاء استثماري يضع به الأفراد أموالهم لاستثمارها من قبل مدير الاستثمار لتخصصه بهذا العمل، فإن العلاقة من الناحية الشرعية الإسلامية بين هؤلاء المستثمرين ومدير الاستثمار هي إما إن تكون علاقة

د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص١٩.

[٢٤٩] المادة /١٥٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[٢٥٠] نص المشروع في المادة /١٢٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م (يكون رأس مال الشركة المصدر والمدفوع للشركة التي تباشر نشاطاً أو أكثر من الأنشطة الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على النحو التالي:=

=أولاً:.....

ثانياً: عشرة ملايين جنيه مدفوعاً نقداً بالكامل للأنشطة التالية:

١- رأس المال المخاطر. ٢- صناديق الاستثمار المباشر. ٣- صناديق الاستثمار. ٤- التعامل والوساطة والسمسرة في السندات.).

[٢٥١] د.عبد الغفار حنفي، البورصات -أسهم وسندات وصناديق استثمار-، المكتب العربي الحديث، بدون تاريخ نشر، ص٣٠١.

شراكة، حيث المستثمرون يقدمون رأس المال والمدير يقدم عمله وهذه الصيغة التعاقدية عرفها المشروع الإسلامي باسم المضاربة، حيث يعمل المرء في مال غيره ويقتسم ما ينتج من ربح أو خسارة مع صاحب رأس المال[٢٥٢]، أو أن تكون العلاقة بين المستثمرين ومدير الاستثمار قائمة على أساس الوكالة المأجورة في الفقه الإسلامي.

كما أن العلاقة بين المستثمرين ومؤسس الصندوق هي علاقة مشاركة في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي أيضاً، سواءً تمتع الصندوق بالشخصية المعنوية أم لا، لأن الفقه الإسلامي يعترف بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، حيث أن بيت المال له ذمه مالية مستقلة، فله أن يطالب بما له من حقوق وأن يطالبه الغير بما عليه من التزامات[٢٥٣].

ولكن المُحرم شرعاً في الفقه الإسلامية هو التعامل في الأوراق المالية ذات العائد الثابت والمحدودة سلفاً كالسندات وصكوك التمويل وأذون الخزانة والودائع البنكية ذات الفائدة المحددة سلفاً، لأن ذلك يُعد ربا في الشريعة الإسلامية، وبالتالي يشمل تطبيق الشريعة الإسلامية على صناديق الاستثمار الإسلامية، على الهيكل التمويلي للصندوق وتكوين محفظته وإدارتها، وأيضاً على العمليات الاستثمارية المباشرة لهذا الصندوق بما يتوافق وقواعد الشريعة الإسلامية[٢٥٤].

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار ومدى تمتعها بالشخصية الاعتبارية

تمهيد وتقسيم:

لابد من البحث أولاً في مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية (المطلب الأول)، قبل البحث في الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار (المطلب الثاني)، لأن تحديد الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار تختلف بحسب تمتعها بالشخصية الاعتبارية من عدمها.

المطلب الأول

مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية

تمهيد وتقسيم:

(الشخص المعنوي كائن يتكون من مجموعة أشخاص أو أموال يخلع عليها القانون الشخصية المعنوية، والشخصية المعنوية للشركة وسيله للتشبيه بينها وبين الشخصية الطبيعية للأفراد، ذلك أنها تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات)[٢٥٥].

---

[٢٥٢] د. علي حسن عبد القادر، فقه المضاربة، مطبعة الوفاء، المنصورة، بدون تاريخ نشر، ص٣٨ وما بعدها.

[٢٥٣] عمر مصطفى أحمد، صناديق الاستثمار في مصر ـ الأموال والإدارة (دراسة مقارنه) ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول، ص٣٥. مشار إليه في د. أحمد عبد الصبور عبد الحكيم أحمد، مرجع سابق، ص٨٩.

[٢٥٤] د. صفوت عبد السلام عوض الله، مرجع سابق، ص٧٣.

[٢٥٥] د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص١١٥.

والقاعدة العامة في وقت اكتساب الشركة الشخصية المعنوية يكون بمجرد انعقاد العقد، أي بمجرد تكوين عقد الشركة[٢٥٦]، ولكن هناك استثناء خاص لشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة وفقاً للقانون /١٥٩ لسنة ١٩٨١م، حيث تشهر الشركة وتكتسب الشخصية الاعتبارية بعد مُضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري ما لم تقرر الجهة المختصة اكتسابها الشخصية الاعتبارية قبل انقضاء هذه المدة[٢٥٧].

وعدد المشرع المصري الأشخاص الاعتبارية على سبيل الحصر في المادة /٥٢/ من القانون المدني عندما نص فيها(الأشخاص الاعتبارية هي: ١-الدولة، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ٢-الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصيه اعتبارية. ٣-الأوقاف. ٤-الشركات التجارية والمدنية ٥-الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التي ستأتي لاحقاً. ٦-كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون).

وقد اختلف الفقه المصري في مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية المعنوية وفق التالي:

أولا: عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لصناديق الاستثمار

ذهب بعض الفقه[٢٥٨] إلى عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لصناديق الاستثمار مستندين في رأيهم إلى أن نص المادة /٥٢/ من القانون المدني المصري التي حددت على سبيل الحصر الشخصيات الاعتبارية وحالاتها، وصناديق الاستثمار ليست منها، ولا تنطبق عليها إحدى الحالات الستة التي حددها القانون، وصناديق الاستثمار ليست شركة فلا تنطبق عليها الفقرة الرابعة من المادة /٥٢/، حيث أن المقصود في المادة /٣٥/ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥م (ويجب أن يتخذ صندوق الاستثمار شكل شركة المساهمة) ليس صناديق الاستثمار بل الشركة المؤسسة لهذا الصندوق[٢٥٩].

بالإضافة إلى عدم انطباق الفقرة السادسة من المادة /٥٢/ مدني مصري على صناديق الاستثمار لعدم وجود نص خاص في قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م يقرر الشخصية الاعتبارية لصناديق الاستثمار.

وبالتالي صندوق الاستثمار ليس هو الشركة المؤسسة ذاتها بل هو أحد مشاريع الشركة المؤسسة له التي توكل إدارته لمدير الاستثمار ويشترك في هذا المشروع مساهمين آخرين غير الشركة المؤسسة، وهذه الشركة المؤسسة هي المتمتعة بالشخصية الاعتبارية دون الصندوق المؤسسة له، حيث يعتبر أنصار هذا الرأي أن المشرع وقع في الخلط بين الشركة ومشروعها، ولذلك فهو يستخدم (شركة الصندوق) أو (الصندوق) أحياناً للتعبير عن شركة الصندوق، ولفظ الصندوق كمشروع للشركة، وهذا الخلط هو الذي أدى إلى الاعتقاد بأن المادة /٣٥/ من قانون سوق المال تحدثت عن الصندوق بأنه شركة مساهمة، ولكن المشرع يقصد بالشركة هنا هي

---

[٢٥٦] المادة ٢/٥٠٦ من القانون المدني المصري.

[٢٥٧] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص١١٦م.

[٢٥٨] د. حسني المصري، صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص١٩٥ وما بعدها. د. عبد الرحمن السيد قرمان، المركز القانوني لمدير الاستثمار، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص٤٠ وما بعدها.

[٢٥٩] تنص المادة /٣٥/ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م (يجوز إنشاء صناديق استثمار تهدف إلى استثمار المدخرات في الأوراق المالية في الحدود ووفقاً للأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية. ولمجلس إدارة الهيئة أن يرخص للصندوق بالتعامل في القيم المالية المنقولة الأخرى، أو في غيرها من مجالات الاستثمار طبقاً للقواعد والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية.

ويجب أن يتخذ صندوق الاستثمار شكل شركة المساهمة برأسمال نقدي، وأن تكون أغلبية أعضاء مجلس إدارته من غير المساهمين فيه، أو المتعاملين معه، أو ممن تربطهم به علاقة أو مصلحة. وعلى الصندوق أن يعهد بإدارة نشاطه إلى إحدى الجهات المتخصصة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية).

الشركة المؤسسة له وليس الصندوق ذاته الذي هو مشروع تلك الشركة المتميز بإدارته المتخصصة (مدير الاستثمار) والمستقلة عن إدارة الشركة المؤسسة، وأيضاً بالمستثمرين فيه الذين ليسوا مساهمين في الشركة المؤسسة.

فالشركة المؤسسة تكتسب شخصتها الاعتبارية بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لعام ١٩٨١م، وبالتالي يجب عدم الخلط أيضا بين الوثائق المنشأة لشركة الصندوق كشركة مساهمة وإدارتها أيضاً والخاضعين للقانون رقم ١٩٥ لعام ١٩٨١م، وبين وثائق الصندوق ذاته وإدارته الخاضعين للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

ثانياً: الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لصناديق الاستثمار

يرى هذا الجانب من الفقه[٢٦٠] أنه يجب التفرقة بين صناديق الاستثمار التي تؤسس في شكل شركة مساهمة والتي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وبين صناديق الاستثمار (المفتوحة فقط)[٢٦١] التي تنشئها البنوك وشركات التأمين والتي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

لأن المشرع نص صراحةً على اتخاذ الأولى لشكل شركة مساهمة، بينما اكتفى في الثانية، على ذكر أنها نشاط من أنشطة البنك أو شركة التأمين.

وبالتالي هذا إقرار من المشرع بأن صناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك أو شركات التأمين لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، أما صناديق الاستثمار التي حدد لها المشرع شكلها بشكل شركة مساهمة فهي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية الشركة المؤسسة لها، إذ لا اجتهاد مع صراحة النص.

ويذهب الباحث إلى ما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني إلى تمتع صناديق الاستثمار التي لها شكل شركة مساهمة بالشخصية الاعتبارية، وعدم تمتع صناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك أو شركات التأمين بالشخصية الاعتبارية.

لأن المشرع نص صراحةً في المادة /٣٥/ من قانون سوق المال على أن يتخذ صندوق الاستثمار شكل شركة مساهمة، وفضلاً عن أنه لا اجتهاد مع صراحة النص، فإنه من المفترض أن المشرع منزه عن الخطأ، وبالتالي لا يمكن التسليم والقول بأن المشرع قد وقع في خلط، خاصةً وأن المشرع بعدما نص صراحةً على شكل الصندوق تناول فيما بعد من قانون سوق المال ولائحته التنفيذية آلية تشكيل إدارته[٢٦٢] ورأسماله، ونظامه الأساسي.....الخ

وهذا فضلا على أن المشرع جعل نصوص شركات صناديق الاستثمار من أحكام وإجراءات، قواعد عامة تسري على صناديق الاستثمار المنشأة من قبل البنوك أو شركات التأمين، حيث وصف الأولى بالشركات صراحةً، فضلاً عن مغايرة المشرع وتفريقه بين الأولى التي تتمتع بالشخصية المعنوية والثانية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية لأنه جعل لكل نوع أحكامه وإجراءاته الخاصة، واعتبر النوع الأول بمثابة الأحكام العامة التي تسري على النوع الثاني في حال خلو النص، حيث تنص المادة /١٧٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنه م١٩٩٢

---

[٢٦٠] د. نزيه عبد المقصود مبروك، مرجع سابق، ص١٤٢ وما بعدها. د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص٥٧ وما بعدها. د. أحمد صلاح عطية، مشاكل المحاسبة والإفصاح في صناديق الاستثمار، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥ م، ص١٨ ما بعدها. د. فارس محمد أعجيان العجمي، مرجع سابق، ص٢٠ وما بعدها.

[٢٦١] تنص المادة /١٣٧/ الفقرة /١/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م (يجوز للبنوك وشركات التأمين حسب الأحوال، أن تباشر بنفسها نشاط صناديق الاستثمار المفتوحة بعد الحصول على ترخيص من الهيئة ووفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة).

[٢٦٢] تنص المادة /١٤٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ سنة ١٩٩٢م (يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة تكون أغلبية أعضائه من غير المساهمين فيه، وكذلك حملة الوثائق أو المتعاملين معهم أو الأشخاص المرتبطة أو الأطراف ذوي العلاقة. ولا يجوز أن يقل عدد الأعضاء المستقلين عن اثنين. ويلزم تشكيل المجلس قبل طرح وثائق الصندوق للاكتتاب).

في الفقرة الأخيرة منها (وفيما عدا ما لم يرد به نص خاص في هذا الفرع، تسري على صناديق الاستثمار المؤسسة بواسطة البنوك وشركات التأمين الأحكام والإجراءات المقررة بشركات صناديق الاستثمار في الفرع الأول من الفصل الثاني من الباب الثالث من هذه اللائحة).

وإذا كان المشرع صريحاً بنصه في المادة /٣٥/ من قانون سوق المال بشأن شركات صناديق الاستثمار التي تتخذ شكل شركة مساهمة، والتي تتمتع بالشخصية المعنوية لحكم كونها شركة مساهمة، فإن المشرع أيضاً كان صريحاً بخصوص صناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك وشركات التأمين، حيث لم يصفها بالشركة بل وصفها بالنشاط التابع لشركة التأمين أو البنك حسب الحال، حيث تنص المادة /١٧٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال (يجوز للبنوك وشركات التأمين وبعد موافقة البنك المركزي المصري أو الهيئة المصرية للرقابة على التأمين حسب الأحوال، أن تباشر بنفسها نشاط صناديق الاستثمار المفتوحة بعد الحصول على ترخيص من الهيئة ووفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

تُنشأ صناديق الاستثمار من قبل شركة مساهمة[٢٦٣]، أو من قبل البنوك أو شركات التأمين، وفي الصورة الأولى يتمتع الصندوق بالشخصية الاعتبارية ويأخذ شكل شركة مساهمة، أما في الصورة الثانية فهو نشاط لمشروع بنك أو شركة تأمين المنشأة له، فلا يتمتع بالشخصية الاعتبارية.

وهذا وإن اشتراط المشرع بأن الصندوق لا يُنشأ إلا من خلال شركة مساهمة (وبطبيعة الحال البنوك وشركات التأمين شركات مساهمة) يعطي للصندوق ميزة وأهمية خاصة.

كما أن اشتراط المشرع أن يكون أغلبية أعضاء مجلس إدارة الصندوق من غير المساهمين فيه وكذلك حملة الوثائق أو المتعاملين معهم أو الأشخاص المرتبطة والأطراف ذي العلاقة[٢٦٤] يعطي للصندوق ميزة وأهمية خاصة أخرى.

هذا فضلاً عن أن إدارة الصندوق يتولاها مدير الاستثمار وهو شركة مساهمة[٢٦٥] تتمتع بالخبرة المتخصصة لإدارة الصندوق، حيث لا يحق لإدارة الصندوق مباشرة نشاطه إلا عن طريق مدير الاستثمار، ولهذا الأخير سلطات كبيرة تخوله الكثير من الحقوق بحكم كونه مسئول عن إدارة أصول والتزامات الصندوق.

---

[٢٦٣] **تنص المادة /١٤٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ مع عدم الإخلال بأحكام المادة /١٧٣/ من هذه اللائحة، تتولى الشركات المساهمة التي تؤسس وفقاً لأحكام هذا القانون طرح صندوق استثمار أو أكثر وفقاً للضوابط التي تضمنها الهيئة). وتنص المادة /١٧٣/ من ذات اللائحة لقانون سوق المال (يجوز للبنوك وشركات التأمين وبعد موافقة البنك المركزي المصري أو الهيئة المصرية للرقابة على التأمين حسب الأحوال، أن تباشر بنفسها نشاط صناديق الاستثمار المفتوحة بعد الحصول على ترخيص من الهيئة ووفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة).**

[٢٦٤] **تنص المادة /١٤٦/ (يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة، تكون أغلبية أعضائه من غير المساهمين فيه وكذلك حملة الوثائق أو المتعاملين معهم أو الأشخاص المرتبطة والأطراف ذوي العلاقة. ولا يجوز أن يقل عدد الأعضاء المستقلين عن اثنين. ويلزم تشكيل المجلس قبل طرح وثائق الصندوق للاكتتاب).**

[٢٦٥] **تنص المادة /١٦٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ (..... ويشترط في مدير الاستثمار ما يأتي: ١-أن يكون شركة مساهمة مصرية .....).**

وبالتالي سوف نتناول الطبيعة القانونية ما بين أطراف الصندوق أنفسهم، ثم علاقتهم مع الصندوق، وصولاً إلى الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار.

أولاً: العلاقة القانونية ما بين الشركة المؤسسة والمستثمرين

يعتبر كل من الشركة المؤسسة والمستثمرين شركاء في رأس مال الصندوق، حيث يعتبر كل واحداً منهم مالكاً لحصة معلومة في رأس المال، وبالتالي هم شركاء، ومحل شراكتهم هو صندوق الاستثمار سواء كان صندوق الاستثمار شركة مساهمة أو مشروع، وشراكتهم هذه في ملكية الصندوق تستند إلى حق الملكية، وهذه الملكية هي ما أشبه ما تكون ملكية شائعة فيما بينهم وفق القانون المدني، ولكن المشرع وضع لها نظاماً خاصاً في قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ لكيفية الدخول فيها والتصرف بها وإدارتها.
وإذا كان الصندوق شركة مساهمة فإن مسؤولية الشركاء محدودة بما يملكه كل طرف في صندوق الاستثمار، لأن الصندوق هنا هو شركة مساهمة والشركاء فيه مسئولون بنسبة ما يملكه كل واحد منهم بالشركة فقط، وهذا ما يسمى قصر حجم المخاطر على نسبة المساهمة فقط، فضلاً عن أنه لا مجال للحديث عن مسئوليتهم أمام الغير لأن صندوق الاستثمار كشركة مساهمة يتمتع بالشخصية الاعتبارية وهو المسئول أمام الغير وليس المساهمين فيه، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة القانونية هنا بين الشركة المؤسسة والمستثمرين هي علاقة ذات طبيعة نظامية.
أما إذا كان الصندوق ليس شركة مساهمة بل هو نشاط أو مشروع لا يتمتع بالشخصية المعنوية، كصناديق الاستثمار المفتوحة التي تنشئها البنوك وشركات التأمين[٢٦٦]، فلا شك أن الشركاء في هذا المشروع لا تكون مسئوليتهم مقتصرة على ما قدموه أو ما يملكوه من حصص في هذا المشروع، بل هم مسئولون في أموالهم الخاصة أيضاً وفقاً للقواعد العامة، ولكن يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على أن تكون مسئولية بعضهم محددة بما قدمه من مال فقط[٢٦٧]، ولكن هذا الاتفاق لا يسري على الغير، بل فيما بين الشركاء فقط، فالشركة المؤسسة والمستثمرين هم شركاء في ملكية هذا الصندوق، ويمكن وصف صورة ملكيتهم له بالملكية الشائعة، بنفس الوقت هم شركاء تجاريين في هذا الصندوق، ولكن كيفية دخولهم في الشراكة وإدارة مشروع شراكتهم لا ينطبق على مفهوم الشركة في القانون التجاري للشركات شكلاً وموضوعاً، وإن كانت ظاهرياً تقترب من شركة المحاصة لعدم تمتع الأخيرة بالشخصية الاعتبارية إلا أنها موضوعاً مختلفة وعاجزة عن توصيف علاقة الشركاء ببعضهم.
مما تقدم يعني أن مؤسس الصندوق والمستثمرين شركاء على وجه التضامن فيما بينهم، لأن التضامن مفترض في المسائل التجارية وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ذلك[٢٦٨]، لأنهم قانوناً هم أصحاب المشروع مباشرة والأشخاص القانونية الوحيدة المالكة لهذا المشروع، حيث لا يوجد رداء لشخصية معنوية لهذا الصندوق تحمي الشركاء فيه في قصر حجم المخاطرة على ما يملكوه في هذا الصندوق.
فتضامنهم هو تضامن سلبي[٢٦٩] فذمم الشركاء المالية تتضافر فيما بينها في ضمان الوفاء بالدين[٢٧٠]، وللمدين الحق في مطالبتهم جميعاً أو مطالبة أحدهم بكامل الدين[٢٧١] حيث أن وفاء أحد الشركاء بالدين مبرئ لذمة

---

[٢٦٦] راجع المادة /١٧٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[٢٦٧] تنص المادة /٥١٤/ مدني مصري (١- إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال.

٢- فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة.)

[٢٦٨] وذلك على عكس التضامن في القانون المدني حيث أنه لا يفترض، بل لا بد من اتفاق عليه، أو نص القانون في حال التضامن السلبي.

[٢٦٩] يقصد بالتضامن السلبي، حالة ما إذا تعدد الطرف المدين بالرابطة القانونية بحيث يكون من حق الدائن أن يرجع على أي من المدينين بالدين كله. د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص٣١٠.

الباقين[٢٧٢]، ويرجع الذي وفى الدين إلى بقية شركائه كلٌ بنسبة حصته بالدين[٢٧٣]. أما التضامن الايجابي[٢٧٤] فلا يمكن تصوره هنا في صناديق الاستثمار لأن صندوق الاستثمار يديره مدير الاستثمار الذي عليه تحقيق وتنفيذ حقوق والتزامات الصندوق.

علماً أن المادة /١٥١/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال قررت بنص عام، أن حملة الوثائق لا يسألون عن ديون الصندوق إلا في حدود ما يمتلكونه من حصص في الصندوق.

ولكن هل يسري هذا النص في مواجهة الغير؟ وما مدى قوته، خاصة وأنه جاء في اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال؟

يرى الباحث أن هذا النص يسري فقط فيما بين الشركاء، الشركة المؤسسة والمستثمرين فقط، ولا يسري في مواجهة الغير، بحالة أن الصندوق لا يتمتع بالشخصية المعنوية، خاصة وأن هذا النص قد جاء في اللائحة التنفيذية والتي ليس لها أن تضيف أحكام جديدة أو مخالفة لنصوص قانون. أما إذا كان الصندوق شركة مساهمة يتمتع بالشخصية الاعتبارية فإن جميع الشركاء فيه مسئولون بقدر مساهمتهم فقط فيه وفقاً للقواعد العامة للشركات المساهمة.

بالتالي إن حقوق والتزامات الشركاء في صندوق الاستثمار وكيفية إدارتها تجعل طبيعة العلاقة القانونية فيما بينهم تختلف حسب ما إذا كان الشركاء في صندوق استثمار شركة مساهمة، فطبيعة علاقتهم القانونية فيما بينهم هي طبيعة نظامية وفقاً لقانون شركات المساهمة، أما طبيعة علاقتهم القانونية فيما بينهم في صندوق استثمار لا يتمتع بالشخصية المعنوية، فهي علاقة ذات طبيعة قانونية خاصة.

ثانياً: العلاقة القانونية ما بين صندوق الاستثمار والشركة المؤسسة والمستثمرين

ـ إذا كانت صناديق الاستثمار تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فإن الشركة المؤسسة والمستثمرون هم مساهمون في صندوق الاستثمار الذي يتخذ شكل شركة المساهمة، وإن مسئوليتهم تكون محدودة بنسبة مساهمتهم في صندوق الاستثمار، كما أن المشرع المصري نص على عدم الجواز للصندوق بتملك أي أصل في أي كيان قانوني تكون فيها مسئولية الشركاء فيه غير محدودة[٢٧٥]، وان هذا النص تأكيد لحماية الشركاء المقررة أصلاً لهم (بحكم كونهم شركاء مساهمين في شركة مساهمة) في حالة تمتع صندوق الاستثمار بالشخصية الاعتبارية.

فالأحكام العامة التي تحكم هذه العلاقة هي نصوص قانون شركات المساهمة، فضلاً عن أنهم يخضعون للأحكام الخاصة في قانون سوق المال، وبالتالي إن طبيعة العلاقة القانونية هنا هي علاقة نظامية مزدوجة لها أحكامها العامة في قانون الشركات والخاصة في قانون سوق المال، ولا شك إن الأحكام الخاصة تقيد الأحكام العامة وفقاً لمبدأ الخاص يقيد العام.

ـ أما إذا كانت صناديق الاستثمار لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فإن كل الشركاء هم أصحاب المشروع مباشرة حيث لا يوجد رداء قانوني بينهم وبين صندوق الاستثمار لعدم تمتع الأخير بالشخصية الاعتبارية، حيث أن علاقتهم بالمشروع قائم على أساس حق الملكية، وإن مسئوليتهم من هذا المشروع هي مسئولية غير محدودة، وإن كان هذا المشروع يدار من قبل شركة متخصصة، لكن هذا المشروع هو تابع للشركاء المتبوعين مباشرة، لأن المشروع يمثل عقل وإرادة ولسان أصحابه، وبالتالي لا ينطبق والحال هذا مع نص المادة /١٤٩/ فقرة /٦/ من

---

(٢٧٠) **د. محمد شكري، مرجع سابق، ص٣١٢.**

(٢٧١) **المادة /٢٨٥/ فقرة /١/ من القانون المدني المصري.**

(٢٧٢) **المادة /٢٨٤/ من القانون المدني المصري.**

(٢٧٣) **المادة / ٢٩٨/ من القانون المدني المصري.**

(٢٧٤) **يقصد بالتضامن الايجابي، حالة ما إذا تعدد الطرف الدائن في الرابطة القانونية، بحيث يكون من حق أي من الدائنين أن يستوفي الدين كله من المدين بالنيابة عن الباقين، ليكون الوفاء به له مبرئاً لذمة المدين في مواجهة هذا الدائن وبقية الدائنين. د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص٣٥٠.**

(٢٧٥) **المادة /١٤٩/ الفقرة /٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تنص (لا يجوز للصندوق تملك أي أصل في أي كيان قانوني تكون مسؤولية الشركاء فيها غير محدودة).**

اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال، حيث أن هذه الفقرة من تلك المادة تسري على الشركاء في الصناديق المتمتعة بالشخصية الاعتبارية فقط، وبالتالي لا يستطيع الغير اختصام صندوق الاستثمار هنا لأنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية، بل يجب عليه اختصام المشروع المتمثل بأصحابه الشركاء ولهذا الصندوق، فالشركاء هم الأشخاص القانونية الوحيدة التي تملك هذا المشروع (صندوق الاستثمار) والذي لا يتمتع هذا الأخير بالشخصية المعنوية.

وبالتالي فإن طبيعة العلاقة القانونية التي تحكم الشركاء في الصندوق والصندوق هي علاقة نظامية قائمة على حق الملكية التي تخضع للأحكام العامة والأحكام الخاصة في قانون سوق المال.

والقانون نصّ على محدودية مسئولية حملة الوثائق عن ديون الصندوق بمقدار حصصهم فيه وذلك بنص المادة /١٥١/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال، والذي يسري فقط فيما بين الشركاء، الشركة المؤسسة والمستثمرين فقط، ولا يسري في مواجهة الغير، بحالة أن الصندوق لا يتمتع بالشخصية المعنوية، كما نص على أن الصندوق نفسه لا يسأل إلا عن الالتزامات الناشئة عن مباشرته لنشاطه.

علماً بأن صندوق الاستثمار الذي يتمتع بالشخصية الاعتبارية يعد تاجراً لأنه شركة مساهمة[٢٧٦]. والشركة المؤسسة له تعد أيضاً تاجراً لأنها شركة مساهمة، أما باقي الشركاء المساهمين، فهذا يتبع لطبيعة عملهم الأصلي، فإن كانوا تجاراً لحق هذا الوصف على شراكتهم في الصندوق، وإلا فإن مساهمتهم في شركة مساهمة (وهي هنا الصندوق) تعد عملاً مدنياً بالنسبة لهم[٢٧٧]. أما إذا كان صندوق الاستثمار لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية، فإنه لا يعد تاجراً لعدم تمتعه بالشخصية الاعتبارية، لكن مشروعه ونشاطه من الأعمال التجارية، والشركة المؤسسة له هي تاجر بحكم كونها شركة مساهمة وبقية الشركاء أيضاً تعد مشاركتهم هنا عملاً تجارياً وإن كان هناك وكيلاً عنهم يدير هذا العمل التجاري وهو مدير الاستثمار.

وجديراً بالذكر أن الشركة المؤسسة ولا أي من المستثمرين أيضاً يسيطر على صندوق الاستثمار، سواء كان هذا الأخير شركة مساهمة أو مشروع لا يتمتع بالشخصية المعنوية، لأن أغلبية أعضاء مجلس إدارة الصندوق من غير المساهمين فيه أو المتعاملين معه، أو ممن تربطهم به علاقة أو مصلحة[٢٧٨].

ثالثاً: العلاقة القانونية ما بين مدير الاستثمار وصندوق الاستثمار والشركاء فيه (عقد الإدارة)

إذا كان صندوق الاستثمار شركة مساهمة فإنه لا توجد علاقة مباشرة ما بين مدير الاستثمار والشركة المؤسسة والمستثمرين، لأن الذي يبرم عقد الإدارة مع مدير الاستثمار هنا هو صندوق الاستثمار بوصفه شركة مساهمة يتمتع بالشخصية الاعتبارية، والشركة المؤسسة والمستثمرون هم مساهمون فقط في صندوق الاستثمار.

أما إذا كان صندوق الاستثمار لا يتمتع بالشخصية المعنوية، فإن الذي يبرم عقد الإدارة مع مدير الاستثمار، هي إدارة المشروع، أي إدارة الصندوق الممثل للشركاء مباشرة.

أوجب المشرع المصري أن تكون إدارة صناديق الاستثمار من قبل جهة متخصصة ذات خبرة في إدارة صناديق الاستثمار تسمى هذه الجهة مدير الاستثمار[٢٧٩]. ولا شك بأن طبيعة العلاقة القانونية ما بين مدير الاستثمار

---

[٢٧٦] **تنص المادة /١٠/ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ (يكون تاجراً: ١ـكل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً. ٢ـكل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله).**

[٢٧٧] **إن معيار التفرقة بين الشركة التجارية والشركة المدنية عندما يكون موضوعياً، هو ذات المعيار الذي يفرق بين التاجر وغير التاجر. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص٩. لكن المشرع المصري اتخذ المعيار الشكلي البحت كما ذكرنا آنفاً في المادة /١٠/ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩.**

[٢٧٨] **المادة /٣٥/ الفقرة /٣/ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تنص (ويجب أن يتخذ صناديق الاستثمار شكل شركة مساهمة برأسمال نقدي، وأن تكون أغلبية أعضاء مجلس إدارته من غير المساهمين فيه، أو متعاملين معه، أو ممن تربطهم به علاقة أو مصلحة).**

[٢٧٩] **المادة /٣٥/ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الفقرة الأخيرة (وعلى الصندوق أن يعهد في إدارة نشاطه إلى إحدى الجهات المتخصصة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية). وتنص المادة /١٦٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م**

والصندوق (سواء كان هذا الأخير متمتعاً بالشخصية المعنوية أم لا) هي طبيعة عقدية، وبالتالي ما هي الطبيعة القانونية لعقد الإدارة؟

نص القانون المصري[٢٨٠] (يلتزم مدير الاستثمار بإبرام عقد إدارة مع شركة الصندوق ويتم إخطار الهيئة بصورة من هذا العقد قبل تنفيذه للتحقق من اتفاق أحكامه مع القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له. وعلى الهيئة إبلاغ الصندوق برأيها في العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار. ويجب أن يتضمن عقد إدارة الصندوق بصفة خاصة البيانات التالية:

أ- حقوق والتزامات طرفي العقد.

ب- مقابل الإدارة الذي يتقاضاه مدير الاستثمار.

جـ- حالات وإجراءات استرداد قيمة وثائق الصندوق طبقاً لأحكام نشرة الاكتتاب.

د- حدود سلطة مدير الاستثمار في الاقتراض من الغير لحساب الصندوق بما يتفق وأحكام المادة /١٥١/ من هذه اللائحة.

هـ- الإجراءات الواجب إتباعها في حالة تغيير مدير الاستثمار.

و- حالات إنهاء وفسخ العقد).

إن هذه البيانات هي على سبيل المثال وليس الحصر، ولكن ذهب البعض[٢٨١] إلى أن إغفال أحد هذه البيانات لا يؤدي إلى إبطال العقد بل يؤدي فقط إلى عدم إقرار الهيئة للعقد الذي لا يتضمن البيانات الجوهرية، لأن هذه البيانات هي إرشادية وتنظيمية لطرفي العقد، ولكن ذهب رأي آخر[٢٨٢] إلى أن إغفال أحد هذه البيانات الجوهرية يؤدي إلى أن العقد هو عقد باطل، لأن هذه البيانات تندمج في ركن الشكل لعقد الإدارة، كما أن المادة /١٦٩/ من اللائحة هي قاعدة آمرة.

ويرى الباحث إن إغفال أحد تلك البيانات في عقد الإدارة يجعل من هذا العقد قابلاً للإبطال فقط، وبالتالي إما أن تُجيزه الهيئة الذي أعطاها المشرع سلطة قضائية خاصة للتحقق من اتفاق أحكامه مع القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، فتصبغ عليه الهيئة وصف العقد الصحيح والمنتج لأثاره، أو أن ترفضه الهيئة لنقصان أحد تلك البيانات فينقلب هذا العقد باطلاً برفضها له، وبالتالي على مدير الاستثمار تقديم عقد جديد يُراعي فيه مع الصندوق أسباب إبطال الهيئة لعقدهم القديم، لأنه من المعروف وفق مبادئ القانون الخاص في العقود، إن تخلف أحد أركان العقد يجعل من العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا تخلف أحد شروط العقد فيجعل هذا العقد قابلاً للإبطال. وبالتالي إذا ما أقرت الهيئة عقداً ناقصاً لأحد تلك البيانات، فإنه بإقرارها له يجعل هذا العقد عقداً صحيحاً لما لها من سلطة بنص القانون، وقرارها هنا هو قرار مُنشئ، وهذا ما يحول والقول بأن تلك البيانات هي من أركان العقد، ولا شك إذا ما رفضته فيكون قرارها كاشفاً.

ولكن هل كتابة العقد هي للإثبات فقط أم أنها ركن من أركان عقد الإدارة؟ أي هل هو عقد رضائي أم عقد شكلي؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل لا بد وأن نوضح بأن عقد الإدارة ليس من العقود المسماة[٢٨٣] بل هو من العقود غير المسماة[٢٨٤] ولا شك بأن عقد الإدارة هو عقد شكلي لأن المشرع ألزم مدير الاستثمار بأن يخطر الهيئة بصورة عن هذا العقد[٢٨٥]، أي يجب أن يكون العقد مكتوباً، فهو عقد شكلي[٢٨٦]، وبالتالي تخلف ركن الكتابة في

(يجب على الصندوق أن يعهد بإدارة نشاطه إلى جهة ذات خبرة في إدارة صناديق الاستثمار ويطلق على هذه الجهة اسم مدير الاستثمار).

[٢٨٠] المادة /١٦٩/ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

[٢٨١] د. علي عبد الله عبده، مرجع سابق، ص١٢٧. د. عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص٢٨.

[٢٨٢] د. فارس محمد أعجيان العجمي، مرجع سابق، ص٢١٣ وما بعدها.

[٢٨٣] العقد المسمى: هو العقد الذي نظمه المشرع وخصهُ باسم معين لشيوعه بين الناس في تعاملهم. د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص٢٨.

[٢٨٤] العقد الغير مسمى: فهو الذي لم يخصه المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمه، لأنه لم يبلغ في أهميته وتداوله الدرجة التي يستحق معها مثل هذا التنظيم. د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص٢٨.

[٢٨٥] المادة /١٦٩/ من اللائحة التنفيذية القانونية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

عقد الإدارة يجعل هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً[٢٨٧]، هذا ولم يشترط المشرع أن تكون الكتابة على ورقة رسمية أو عرفية.

وذهب بعض الفقه[٢٨٨] إلى أن طبيعة عقد الإدارة هو عقد وكالة[٢٨٩] وذهب آخرون إلى أنه نوع من أنواع الوكالة التجارية وهي الوكالة بالعمولة[٢٩٠] وذهب جانب آخر[٢٩١] إلى أن طبيعة عقد الإدارة هو عقد وكالة وعقد مقاولة بدون تداخل ما بين العقدين، واعتبروا أن العقد هو عقد وكالة بالنسبة للتصرفات القانونية، وأنه عقد مقاولة بالنسبة للتصرفات المادية، كما رأى آخرون[٢٩٢] أن عقد الإدارة ذو مفهوم ثنائي لأنه يتضمن شقين، الأول تنظيمي فهي يخضع للقوانين القانونية والقرارات المتعلقة بسوق المال، والثاني هو شق تعاقدي، وهو عقد وكالة بالعمولة.

وفي الحقيقة وإن كان يميل عقد الإدارة هنا إلى عقد الوكالة أو الوكالة بالعمولة أكثر من أي عقد آخر، إلا أنه أوسع نطاق من عقد الوكالة، كما أن مسئوليات والتزامات وحقوق مدير الاستثمار لا تنطبق في كثير من الأحيان مع عقد الوكالة أو الوكالة بالعمولة، وبالتالي يرى الباحث أن عقد الإدارة هو عقد ذات طبيعة قانونية خاصة، ولكن بنفس الوقت يطبق عليه أحكام عقد الوكالة في حال عدم التعارض مع طبيعته الخاصة.

ومن مجمل ما تقدم يمكن القول:

لا شك إن صناديق الاستثمار التي تتخذ شكل شركة مساهمة، هي مبدئياً ذات طبيعة نظامية وفقاً لقانون الشركات، وإن كان المشرع في قانون سوق المال وضع بعض القيود والالتزامات والأحكام المختلفة والخاصة مثل الإدارة المتخصصة التي تتولى إدارة هذه الشركة من قبل شركة أخرى....الخ، فإن قواعد قانون شركات المساهمة هي القواعد العامة لصناديق الاستثمار، وقواعد قانون سوق المال هي القواعد الخاصة لصناديق الاستثمار، والخاص يقيد العام، أي لا تطبق قواعد قانون شركات المساهمة عند تعارضها مع قواعد قانون سوق المال، وبالتالي الطبيعة للقانونية لصناديق الاستثمار ذات شكل شركة المساهمة، هي طبيعة نظامية خاصة.

أما الصناديق التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، بل تعتبر مشروع أو نشاط للشركة المؤسسة مع المستثمرين، فإنها قائمة على عدة علاقات قانونية تم التعرض إليها جميعها آنفاً، حيث أن طبيعة العلاقة بين الشركة المؤسسة والمستثمرين هي علاقة ذات طبيعة خاصة، كما أن علاقة الشركاء (الشركة المؤسسة والمستثمرين) مع مشروعهم صندوق الاستثمار هي علاقة نظامية قائمة على حق الملكية، كما أن العلاقة ما بين مدير الاستثمار وصندوق الاستثمار والشركاء في الصندوق (عقد الإدارة) هي علاقة عقدية ذات طبيعة قانونية خاصة، وبالتالي يمكن القول عن الطبيعة القانونية لصندوق استثمار لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية، بأنه مشروع ذات طبيعة قانونية خاصة.

---

[٢٨٦] وهذا ما ذهب إليه د. عبد الرحمن سيد قرمان، مرجع سابق، ص٢٢. د. فارس محمد عجمان العجمي، مرجع سابق، ص٣١١.

[٢٨٧] لأن تخلف أحد أركان العقد يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

[٢٨٨] د. عبد الرحم سيد قرمان، مرجع سابق، ص٢٠.

[٢٨٩] تنص المادة /٦٩٩/ من القانون المدني المصري (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني كحساب الموكل).

[٢٩٠] د. نصر علي طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م، ص٣٨١.

يجدر الإشارة أن الفرق بين الوكيل العادي والوكيل بالعمولة هو أن الأول يتعاقد باسم ولحساب موكله، بينما الثاني يتعاقد باسمه الشخصي لحساب موكله.

[٢٩١] د. محمود مصطفى حسن، النظام القانوني لعقد إدارة الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣٥٩.

[٢٩٢] فارس محمد أعجيان العجمي، مرجع سابق، ص٣٠٨.

الخاتمة

تعد صناديق الاستثمار أحد أوجه الاستثمار الجماعي في سوق الأوراق المالية، ويمكن تعريف صناديق الاستثمار بأنها وعاء استثماري تتجمع فيه المدخرات لتكوين محفظة أوراق مالية أو أكثر بشكل يتناسب مع الهدف من إنشائه، ويدار حصراً من خلال جهة متخصصة ومستقلة عن الجهة المؤسسة له والمستثمرين فيه، ويكون نشاطه الاستثماري وفقاً لمبدأ توزيع المخاطر.

وأطراف الصندوق هم: مؤسس الصندوق ومدير الاستثمار (شركة الإدارة) والمستثمرين، ولا يعد أمين الحفظ (البنك الوديع) أحد أطراف الصندوق في القانون المصري.

وتتنوع صناديق الاستثمار وفقاً للمعيار الذي ينظر إليها به، وهذه المعايير يمكن إجمالها بما يلي: أولاً: صناديق الاستثمار وفقاً لمعيار رأس المال، ثانياً: صناديق الاستثمار وفقاً لأهدافها، ثالثاً: صناديق الاستثمار وفقاً لعوائدها، رابعاً: الصناديق المتخصصة، خامساً: صناديق الاستثمار وفقاً لمحلها، سادساً: صناديق الاستثمار الإسلامية.

وقد اختلف الفقه المصري في مدى تمتع صناديق الاستثمار بالشخصية المعنوية، إلى عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لصناديق الاستثمار مستندين في رأيهم إلى أن المادة /٥٢/ من القانون المدني المصري حددت على سبيل الحصر الشخصيات الاعتبارية وحالاتها، وصناديق الاستثمار ليست منها، ولا تنطبق عليها إحدى الحالات الستة التي حددها القانون، وصناديق الاستثمار ليست شركة فلا تنطبق عليها الفقرة الرابعة من المادة /٥٢/، حيث أن المقصود في المادة /٣٥/ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥م (ويجب أن يتخذ صندوق الاستثمار شكل شركة المساهمة) ليس صناديق الاستثمار بل الشركة المؤسسة لهذا الصندوق.

أما الجانب الآخر فهو يُفرق بين صناديق الاستثمار التي تؤسس في شكل شركة مساهمة والتي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وبين صناديق الاستثمار (المفتوحة فقط) التي تنشئها البنوك وشركات التأمين والتي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، لأن المشرع نص صراحةً على اتخاذ الأولى لشكل شركة مساهمة، بينما اكتفى في الثانية، على ذكر أنها نشاط من أنشطة البنك أو شركة التأمين. وهذا الذي يؤيده الباحث.

ويعتبر كل من الشركة المؤسسة والمستثمرين شركاء في رأس مال الصندوق، حيث يعتبر كل واحداً منهم مالكاً لحصة معلومة في رأس المال، وبالتالي هم شركاء، ومحل شراكتهم هو صندوق الاستثمار سواء كان صندوق الاستثمار شركة مساهمة أو مشروع، وشراكتهم هذه في ملكية الصندوق تستند إلى حق الملكية، هذا وإن طبيعة العلاقة القانونية ما بين الشركة المؤسسة والمستثمرين، إذا كان الشركاء في صندوق استثمار شركة مساهمة، هي طبيعة نظامية وفقاً لقانون شركات المساهمة، وإن مسئوليتهم عن ديون الصندوق مقتصرة على نسبة مساهمتهم فيه فقط وفقاً للقواعد العامة للشركات المساهمة.

أما طبيعة علاقتهم القانونية فيما بينهم، في صندوق استثمار لا يتمتع بالشخصية المعنوية، فهي علاقة ذات طبيعة قانونية خاصة، وهم مسئولون عن ديون مشروعهم (الصندوق)، وأن نص المادة /١٥١/ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال التي قررت "أن حملة الوثائق لا يسألون عن ديون الصندوق إلا في حدود ما يمتلكونه من حصص في الصندوق". يسري فقط فيما بين الشركاء، الشركة المؤسسة والمستثمرين فقط، ولا يسري في مواجهة الغير، بحالة أن الصندوق لا يتمتع بالشخصية المعنوية، خاصة وأن هذا النص قد جاء في اللائحة التنفيذية والتي ليس لها أن تضيف أحكام جديدة أو مخالفة لنصوص قانون.

أما طبيعة العلاقة القانونية ما بين صندوق الاستثمار والشركاء فيه، فإذا كان الصندوق شركة يتمتع بالشخصية الاعتبارية فهي علاقة نظامية مزدوجة لها أحكامها العامة في قانون الشركات والخاصة في قانون سوق المال، ولا شك إن الأحكام الخاصة تقيد الأحكام العامة وفقاً لمبدأ الخاص يقيد العام.

أما إذا كانت صناديق الاستثمار لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فإن كل من الشركاء هم أصحاب المشروع مباشرة حيث لا يوجد رداء قانوني بينهم وبين صندوق الاستثمار لعدم تمتع الأخير بالشخصية الاعتبارية، حيث أن علاقتهم بالمشروع قائم على أساس حق الملكية، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة القانونية التي تحكم الشركاء في الصندوق والصندوق هي علاقة نظامية قائمة على حق الملكية التي تخضع للأحكام العامة والأحكام الخاصة في قانون سوق المال.

أما عن العلاقة القانونية ما بين مدير الاستثمار وصندوق الاستثمار والشركاء فيه (عقد الإدارة). لقد أوجب المشرع المصري أن تكون إدارة صناديق الاستثمار من قبل جهة متخصصة ذات خبرة في إدارة صناديق الاستثمار تسمى هذه الجهة مدير الاستثمار، وهذا يكون عن طريق عقد بين الصندوق ومدير الاستثمار، سواء كان الصندوق يتمتع بالشخصية الاعتبارية أو لا، وبالتالي فإن الطبيعة القانونية لعقد الإدارة هنا وإن كان يميل إلى عقد الوكالة أو الوكالة بالعمولة أكثر من أي عقد آخر، إلا أنه أوسع نطاق من عقد الوكالة، كما أن التزامات وحقوق مدير الاستثمار وبالتالي مسؤولياته،ا لا تنطبق في كثير من الأحيان مع عقد الوكالة أو الوكالة بالعمولة، وبالتالي يرى الباحث أن عقد الإدارة هو عقد ذات طبيعة قانونية خاصة، ولكن بنفس الوقت يطبق عليه أحكام عقد الوكالة في حال عدم التعارض مع طبيعته الخاصة.

وبالتالي من مجمل ما تقدم من علاقات، فإن الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار التي تتخذ شكل شركة مساهمة، هي مبدئياً ذات طبيعة نظامية وفقاً لقانون الشركات، وهي القواعد العامة لصناديق الاستثمار، وبالإضافة إلى قواعد قانون سوق المال الخاصة لصناديق الاستثمار، والخاص يقيد العام. وبالتالي الطبيعة للقانونية لصناديق الاستثمار ذات شكل شركة المساهمة هي طبيعة نظامية خاصة.

أما الصناديق التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فإنها قائمة على عدة علاقات قانونية تم التعرض إليها جميعها آنفاً، وبالتالي يمكن القول عن الطبيعة القانونية لصندوق استثمار لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية، بأنه مشروع ذات طبيعة قانونية خاصة.

التوصيات

أن يسعى المشرع السوري إلى إصدار قانون شامل لسوق الأوراق المالية محتوياً على صناديق الاستثمار، وأن يكون واضحاً في إعطاء الصناديق الشخصية الاعتبارية من عدمها، وهذا فضلاً عن بيان طبيعة العلاقات القانونية لأطراف الصندوق بما يساعد على تحديد المسئوليات فيما بينهم وبين الصندوق وأمام الغير أيضاً. مستفيدين من الخبرة المصرية قانوناً وفقهاً.

قائمة المراجع

المراجع العربية

أولاً: الكتب

- د. أحمد فاروق وشاحي، التنظيم القانوني لصندوق الاستثمار العقاري وفقاً لأحكام القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهر، ٢٠٠٧م.

- د. أحمد صلاح عطية، مشاكل المحاسبة والإفصاح في صناديق الاستثمار، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

- د. أنطوان الناشف وخليل هندي، العمليات المصرفية في السوق المالية، الجزء الثاني، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان- طرابلس، طبعة ٢٠٠٠م.

- د. بدر حامد يوسف الملا، النظام القانوني لأسواق المال، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠١٢م.

- د. حسني المصري، صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥م.

- د. حسني المصري، شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.

- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

- د. سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

- د. صفوت عبد السلام عوض الله، صناديق الاستثمار، دراسة وتحليل من منظور الاقتصاد الإسلامي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.

- د. فارس محمد أعجيان العجمي، رقابة سوق المال على إدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.

- د.عبد الغفار حنفي، البورصات -أسهم وسندات وصناديق استثمار-، المكتب العربي الحديث، بدون تاريخ نشر.

- د. عبد الفضيل محمد أحمد، توظيف الأموال، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون تاريخ نشر.

- د. عبد الرحمن السيد قرمان، المركز القانوني لمدير الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- د. عطية عبد الحليم صقر، صناديق الاستثمار (الإطار القانوني- التكييف الشرعي- المعاملة الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

- د. علي حسن عبد القادر، فقه المضاربة، مطبعة الوفاء، المنصورة، بدون تاريخ نشر.

- د . كمال طلبة المتولى سلامة، صناديق الاستثمار في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

- د. محمد حلمي عبد التواب، البورصة المصرية والبورصات العالمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠م.

- د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- د. محمد حلمي عبد التواب، البورصة المصرية والبورصات العالمية (آليه عملها- الرقابة عليها- الربط بين البورصات)، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٤م.

- د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- د. منى قاسم، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.

- د. منير ابراهيم هندي، إدارة الأسواق والمنشآت المالية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢م.

- د. منير ابراهيم هندي، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٤م.

- د. منير ابراهيم هندي، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٩م.

- د. نصر علي طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م.

- د. نزيه عبد المقصود محمد مبروك، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

ثانياً: المجلات

- د. عاطف حسن النقلي، صناديق الاستثمار في الواقع والتجربة المصرية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني.

ثالثاً: الرسائل العلمية (دكتوراه، ماجستير)

- د. أحمد عبد الصبور عبد الكريم أحمد، أثر صناديق الاستثمار في تطوير سوق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٩م،

- أحمد عبد المجيد قنوت، العلاقة القانونية ما بين الشركة القابضة والشركات التابعة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢م.

- د. علي عبد الله عبده، إدارة صناديق الاستثمار في الأوراق المالية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦م

- د. محمود مصطفى حسن، النظام القانوني لعقد إدارة الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م.

رابعاً: القوانين

- القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م
- القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م
- القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.
- القانون المدني المصري.

المراجع الأجنبية

- Fabozzi F-J , Inv estment management , ٢nd edition, prentice- Hall, new Jersey, ١٩٩٩.

- Fischer D-E and Jordan R-J, Security analysis and portfolio management ٤e edition prentice – Hall, New Jersey, ١٩٨٧.

- Fredman A-J and Wiles R. How mutual funds work, ٢nd edition, prentice-Hall, New Jersey.

المعيار المحدد للطبيعة الإدارية للمنازعة

ـدراسة مقارنةـ

إعداد

أسامة حويل سليمان سالم

مقدمه

يعد القضاء الإداري قاضي القانون العام للمنازعات الإدارية في النظام القانوني المصري[٢٩٣] ، وقاضي محدد الاختصاص على سبيل الحصر لبعض المنازعات الإدارية في النظام القانوني الليبي[٢٩٤]. وكنتيجة لذلك ظهر تساؤل هام في هذا الصدد ، ألا وهو متى تعد المنازعة منازعة إدارية ، وبالتالي تدخل كأصل عام ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري ؟ ، وتحظى الإجابة على هذا التساؤل بأهمية كبرى في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي ، ذلك أن توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي ، يكون على أساس طبيعة المنازعة هل هي منازعة إدارية أم منازعة عادية ، وبالتالي لابد من وجود معيار واضح تتخذ على أساسه الطبيعة الإدارية للمنازعة ، التي تدخل كأصل عام ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى البحث عن معيار واضح تتحدد على أساسه الطبيعة الإدارية للمنازعة ، وظهرت المعايير التي قال بها الفقه والقضاء في هذا الشأن ، وأهم هذه المعايير[٢٩٥] ، معيار المرفق العام ، ومعيار السلطة العامة ، ومعيار المنفعة العامة ، والمعايير المزدوجة ، ومعيار القانون الواجب التطبيق ، ومعيار الإدارة العامة والإدارة الخاصة . وسوف نقوم في هذه الدراسة بالوقوف على تفاصيل مضمون كل معيار من هذه المعايير كما قال به أنصاره ، وتقديره من حيث مدى نصيبه من الصحة ، كأساس تتحدد عليه الطبيعة الإدارية للمنازعة ، التي تدخل – كأصل عام – ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري ونطاق تطبيق القانون الإداري ، ثم نختتم حديثنا في هذا الشأن برأينا في المعيار المحدد للطبيعة الإدارية للمنازعة ، وذلك بتقسيم هذا البحث إلى سبعة مطالب وفقاً للخطة الآتية:

المطلب الأول : معيار المرفق العام.

---

(٢٩٣) انظر في شأن نشأة القضاء الإداري وتطوره حتى أصبح قاضي القانون العام للمنازعات لإدارية في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠ ، ص ١٢١ وما بعدها . وانظر كذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٨ وما بعدها.

(٢٩٤) انظر في شأن اختصاص القضاء الإداري الليبي ، د. محمد عبد الله الحراري ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، الطبعة الخامسة ، منشورات المكتبة الجامعية ، الزاوية ، ليبيا ، ٢٠١٠ ، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٢٩٥) من المعايير القديمة التي قيل بها في هذا الشأن ، المعيار العضوي والذي يشترط في المنازعة لكي تعد منازعة إدارية أن يكون أحد أطرافها شخص إداري عام . انظر د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، ص ١٨٧ . وانظر كذلك ، د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية، ١٩٦٨ ، ص ١٦٢ وما بعدها.

وكذلك معيار الدولة المدين والذي يشترط في المنازعة لكي تعد منازعة إدارية ، أن يترتب على الحكم فيها إلزام جهة الإدارة بدفع مبالغ مالية . انظر د. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، مكتبة النصر بالزقازيق ، ص ١٥٢ . وانظر كذلك د. رأفت فودة ، دروس في قضاء المسئولية الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ١٨٧.

=

وكذلك معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة والذي يشترط في المنازعة لكي تعد منازعة إدارية أن تكون متعلقة بعمل صادر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة مسئولة عن تنظيم سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وكفالة احترام النظام العام ، وليس بوصفها سلطة إدارية عادية تقوم بأعمال مشابهة تماماً لأعمال الأفراد التي يقومون بها في تسيير شؤونهم . انظر د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والمقارن ، الجزء الأول ، السلطة الإدارية ، مطبعة نصر ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص ٧٩ . وانظر كذلك د. محمد باهي أبو يونس ، أحكام القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٢١٢ وما بعدها ، وانظر كذلك د. محمد كامل ليله ، مبادئ القانون الإداري ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٨ ، ص ٥٢ وما بعدها.

المطلب الثانـي: معيار المنفعة العامة.

المطلب الثالـث: معيار السلطة العامة .

المطلب الرابـع: المعيار المزدوج (المنفعة العامة والسلطة العامة).

المطلب الخامس: معيار الإدارة العامة والإدارة الخاصة.

المطلب السادس: معيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب السابع : رأينا في المعيار المحدد للطبيعة الإدارية للمنازعة.

المطلب الأول

معيار المرفق العام le éritère du service public

اتجه الفقه والقضاء في منتصف القرن التاسع عشر صوب معيار جديد تحدد وفقاً له الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري وهو معيار المرفق العام، ولقد حاز هذا المعيار قبولاً وتأييداً كبيرين من الفقه والقضاء لفترة طويلة من الزمن. فما المقصود بالمرفق العام؟ وما مضمون معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإداريةللمنازعة؟ وما مقدار نصيبه من الصحة والتخطئة؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه في التقسيم التالي:

الفرع الأول

المقصود بالمرفق العام

تعددت في فقه القانون الإداري معاني المرفق العام، ويتفاوت مفهومه تفاوتاً كان مرجعه الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، فهو يعرف بالنظر إليه من الناحية العضوية أو الشكلية على نحو يختلف تماماً عن تعريفه إذا ما نظر إليه من الناحية الموضوعية أو المادية كما أن له مفهوماً مغايراً إذا ما نظر إليه من الناحيتين العضوية والموضوعية معاً[٢٩٦].

أولاً- المعنى العضوي للمرفق العام:

يقصد بالمرفق العام وفقاً للمعنى العضوي المنظمة أو الهيئة أو المشروع (أي مجموعة من الأشخاص والأموال والوسائل والإجراءات القانونية) الذي تتولى الإدارة إنشاءه أو الخاضع لها لتحقق به خدمة عامة[٢٩٧].

فأنصار التعريف العضوي للمرفق العام يركزون على الهيئة أو الجهة التي تعمل أو تتصرف لا على العمل أو التصرف ذاته. فهو يعني لديهم جهة أو هيئة عامة، أو كما يقول البعض كل هيئة تتبع أحد الأشخاص العامة.

ومفهوم المرفق العام بهذا المعنى هو الذي كان سائداً في الفقه والقضاء الفرنسي لاسيما خلال القرن التاسع عشر، وسوف نرى أن حكم بلانكو الذي يعد حجز الزاوية فيبناء نظرية المرفق العام في فرنسا كان قد اعتمد في رؤيته للمرفق العام على هذا المفهوم العضوي. فقد أضفت محكمة التنازع في هذا الحكم وصف المرفق العام على مصنع الدخان على اعتبار أنه كان تابع لأكبر أشخاص القانون العام. وهو الدولة[٢٩٨].

ثانياً- المعنى الموضوعي أو المادي للمرفق العام:

يقصد بالمرفق العام وفقاً للمعنى الموضوعي أو المادي النشاط الذي يستهدف تحقيق النفع العام وسد الحاجات العامة للأفراد. فأنصار المعنى الموضوعي للمرفق العام يركزون على طبيعة النشاط المرفقي وأهدافه بغض النظر عن الجهة التي تمارس هذا النشاط[٢٩٩].

---

(٢٩٦) انظر د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٤٥.
(٢٩٧) د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، دراسة مقارنة، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص ٢٤٨.
(٢٩٨) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٤٦.
(٢٩٩) انظر د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ١٩٩٣، ص١٩١.

ولعل من أبرز الأحكام القضائية التي أخذت بهذا المعنى الموضوعي للمرفق العام حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد tierrier حيث أكد المجلس اختصاصه بنظر المنازعة على اعتبار أنها تتعلق بمرفق عام يتمثل في نشاط عام على أداء خدمة عامة هو قتل الأفاعي الذي تقتضيه المصلحة العامة[٣٠٠].

ثالثاً- المعنى المزدوج للمرفق العام:

إذا كان المرفقالعام على النحو السابق عضوياً بمثابة هيئة أو جهة عامة، وموضوعياً يعد نشاطاً يهدف إلى تحقيق النفع العام، فإنه من الناحيتين الموضوعية والعضوية يعني نشاطاً تمارسه هيئة عامة بقصد إشباع حاجة عامة[٣٠١].

فأنصار هذا المعنى وهم غالبية الفقه يركزون على الجمع بين المدلولين العضوي والموضوعي معاً لتحديد المرفق العام على وجه الدقة، ومن ثم لا يطلق هذا الاصطلاح إلا على المشروعات التي يلتقي فيها مدلولي المرفق العام العضوي والموضوعي، فمن ناحية لا يمكن الاستغناء عن المدلول العضوي ومن ثم فإذا كان هناك مشروع يتولاه الأفراد فإن هذا المشروع لا يجوز اعتباره من المرافق العامة حتى ولو استهدف تحقيق مصالح عامة أو نفع عام إذ يندر ألا يحقق مشروع ما مصلحة عامة أو نفع عام إلى جانب ما يحققه من مصالح خاصة لمن يمكلونه ويتولونه، وكذلك الأمر إذا خضع هذا المشروع لإشراف أو رقابة الإدارة، لأن هذا الإشراف أو الرقابة هو من قبيل ممارسة سلطات الضبط الإداري على أوجه النشاط الخاص، إلا إذا وصل الأمر إلى حد أن تكون الكلمة النهائية في إنشاء وإدارة المشروع للإدارة، فهنا يتحقق العنصر العضوي ويتحول هذا المشروع من دائرة النشاط الخاص للأفراد إلى نطاق المشروعات التي تتولاها الإدارة سواء بنفسها أو عن طريق غيرها من الأفراد الخاضعين تمامًا لسلطتها ولكلمتها بصدد مصير المشروع وتسييره.[٣٠٢]

ومن ناحية أخرى لا يعد كل مشروع تتولاه الإدارة مرفقاً عاماً بالضرورة، فحيث لا يحقق نشاط الإدارة المصلحة العامة مباشرة، فإنه لا يجوز اعتبار هذا النشاط من قبيل النشاط المرفقي[٣٠٣]. ومثال ذلك نشاط الإدارة المتعلق بالدومين الخاص أي إدارة أموالها الخاصة فهذا النشاط لا يعتبر مرفقاً عاماً بالرغم من توافر المعنى العضوي للمرفق العام وهو قيام الإدارة العامة بهذا النشاط[٣٠٤].

ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالمفهوم المزدوج للمرفق العام، وطبقة في العديد من المنازعات لاسيما في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية. ويعبر المفوض Lagrange عن هذا الاتجاه في مذكرته في قضية Bouguen بأنه لكي يتصف العمل بالصفة الإدارية، وينعقد بالتالي الاختصاص بالفصل فيه لمجلس الدولة لابد أن يصدر عن جهة أوهيئة بقصد تنفيذ خدمة عامة[٣٠٥]. ونؤيد من جانبنا ما ذهب إليه بعض الفقه[٣٠٦]

---

(٣) انظر محمد باهي ابو يونس ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها.
(٤) المرجع السابق ، ص ٢٤٩.
(٣٠٠) انظر محمد باهي أبو يونس ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها.
٣٠١

(٣٠٢) د. سامي جمال الدين ، المرجع السابق، ص١٩٢.
(٣٠٣) المرجع السابق، ص١٩٠.
(٣٠٤) انظر في هذا الشأن. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص٣٢٠.
(٣٠٥) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٥٠ وما بعدها.
(٣٠٦) د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص١١٤. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص١٨٨.

في تعريف المرافق العامة بأنها مشروعات تنشأ بقانون أو بناءاً على قانون لتحقيق أغراض النفع العام وتخضع في إدارتها للرأي الأعلى للسلطة الحاكمة.

فهذا التعريف أكثر دقة وأكثر تحديداً لجميع عناصر المرفق العام من التعريفات السابقة.فمن ناحية أولى فإن التعبير عن المرفق بأنه مشروع يشمل المنظمة التي تدير النشاط كما يشمل النشاط ذاته، فالتعليم مثلاً مرفق عام والمدارس والجامعات كذلك مرافق عامة. والقول بأن المرفق مشروع يفيد تقييد النشاط الذي يعتبر مرفقاً بأن يكون منظماً[٣٠٧].

ومن ناحية ثانية فإن المشروع لكي يتصف بوصف المرفق العام لابد أن تكون الكلمة العليا في إدارته للإدارة العامة وخاضع لسلطتها فيما يتعلق بتسيير هذا المشروع ومصيره سواءً تولت إدارته بنفسها أو كلفت به أحد الاشخاص الخاصة، ومن ناحية ثالثة وأخيرة فإن المشروع لكي يتصف بوصف المرفق العام لابد بالإضافة إلى ما تقدم أن يستهدف في نشاطه تحقيق النفع العام.

الفرع الثاني

مضمون معيار المرفق العام

بعد أن فشلت نظرية السلطة العامة بمفهومها التقليدي كمعيار محدد للطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، لجأ الفقه – من خلال الأحكام القضائية – إلى معيار المرفق العام. وقد نشأ هذا المعيار نتيجة لاتساع دور الدولة الحديثة، فهي فيما وراء حفظ النظام العام يجب أن تنظم الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بإدارتها للمرافق المفيدة للمجتمع. وعلى ذلك لجأ أنصار معيار المرفق العام إلى القول بأن كل ما يتعلق بإدارة وتنظيم المرافق العامة يدخل في ولاية القضاء الإداري ويخضع للقواعد الخاصة الخارقة للشريعة العامة، أي أن فكرة المرفق العام هي المبرر والأساس، سواء لاختصاص القضاء الإداري أو تطبيق القانون الإداري[٣٠٨].

وقد ظهرت فكرة المرفق العام بوضوح في الربع الأخير من القرن التاسع عشر كأساس جديد للقانون الإداري وتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، ومن زعماء هذه الفكرة من أقطاب الفقهاء نذكر: ديجي "Duguit" وجيز "Jeze"، وبونار Bonnard، ورولان Rolland[٣٠٩].

فالدولة في نظر ديجي Duguit مؤسس هذه النظرية ليست شخصاً يتمتع بالسيادة والسلطان له إرادة ذاتية أعلى من إرادة الأفراد، ولكنها مجموعة مرافق عامة تعمل لخدمة المجموع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة.

---

(٣٠٧) المرجع السابق، هامش ص١١٤.
(٣٠٨) د. رأفت فوة، المرجع السابق، ص١٢٠ وما بعدها.
(٣٠٩) انظر: محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٥٨ وهامش ص٥٨. وتجدر الإشارة إلى أنه من مؤيدي معيار المرفق العام في الفقه المصري، د. محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١١٤ ، ود. محمود حافظ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٢٤٥ وما بعدها ، وفي الفقه الليبي د. عبدالله زايد الكاديكي، القرار الإداري، دروس لطلبة الدراسات العليا، بأكاديمية الدراسات العليا، بنغازي، ٢٠٠٥، ص١٥ أما بعدها.

والقانون لا يستمد قوته الملزمة من سلطان الدولة وإرادتها العليا ولكنه يستمدها من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها وموافقتها لحاجات المجتمع أي لحاجات المرافق العامة.

والقانون الإداري وفقاً لهذه النظرية هو قانون المرافق العامة يستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام وإطراد في خدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة ، فهو ينشأ لتحقيق أغراض المرافق العامة ويستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة ويتحدد نطاق تطبيقه بالرجوع للمرافق العامة بمعنى أن السلطة العامة لا تمتلك أي حق من حقوق السلطة ولا يكون استخدامها لحقوقها وامتيازتها مشروعاً خارج نطاق المرافق العامة وأغراضها.

كذلك يتحدد – وهذا ما يهمنا – اختصاص القضاء الإداري بالرجوع إلى فكرة المرافق العامة فلا تكون محاكم القضاء الإداري مختصة بنظر النزاع إلا إذا كان متعلقاً بمرفق عام[٣١٠]. ويدين معيار المرفق العام بوجوده إلى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر لسنة ١٨٥٥. في قضية روتشيلد Rotschildففي هذا الحكم اعترف القضاء. لأول مرة بأن المرافق العامة التي تتشغل الإدارة بتنظمها، وتحديد الروابط التي توطد على أساسها علاقتها بالدولة، والأشخاص الذين يمثلونها في إدارتها، وجماعة المنتفعين بخدماتها، ما يتولد عنها من حقوق والتزامات لا يمكن أن تنظم وفقاً لذات مبادئ أو نصوص القانون المدني تلك التي تنظم الروابط لتي تنشأ بين الأفراد وبعضهم البعض لاسيما ما يتصل بنظام المسئولية في حالة الخطأ أو الإهمال الذي يقع من أحد عمالها. هذه المسئولية ليست عامة، وليست مطلقة، وإنما هي تتنوع تبعاً لطبيعة وأهمية كل مرفق[٣١١].

وعلى الرغم من أن حكم روتشيلد يعتبر أول حكم أثار فكرة المرفق العام إلا أن الفقه لم يعره الاهتام الكافي، ولم يحتل نفس المكانة التي احتلها حكم بلانكو الصادر من محكمة التنازع في ٨ فبراير سنة ١٨٧٣ وفقاً لتقرير المفوض DAVID. والذي اعتبر حجز الزاوية في بناء هذا المعيار الجديد[٣١٢].

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن والد فتاة تدعى "أنيس بلانكو" والتي أصابتها سيارة تابعة لمصنع تبغ في "بوردو" كان يدفعها عمال تابعين لمؤسسة التبغ تقدم بدعوى مطالباً فيها التعويض عن الأضرار التي أصابت ابنته. فتنازع كل من القضاء العادي والإداري على الاختصاص بنظر هذه الدعوى إلى أن رفع الأمر لمحكمة التنازع والتي قضت فيه باختصاص القضاء الإداري. وما يهمنا في هذا الحكم هو الأساس الذي بني عليه هذا الاختصاص والذي قالت فيه المحكمة: "إن المسئولية التي قد تقع على عاتق الدولة من جراء أفعال قام بها أشخاص تستخدمهم في المرفق العام ... هذه المسئولية لها قواعد خاصة تختلف باختلاف احتياجات هذا المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد"[٣١٣].

ولكن أنصار مدرسة المرفق العام لم يستندوا إلى حكم بلانكو مباشرة إلا بعد مضي ما يقرب على ثلاثين عاماً من صدور هذا الحكم وبعد صدور حكم "تريار" Terrier من مجلس الدولة الفرنسي في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ وتقرير مفوض الحكومة "روميو" في هذه القضية والذي أخرج هذه الفكرة إلى حيز الوجود إذ قال: إن اختصاص القاضي الإداري يمتد إلى قضاء العقود التي تبرمها الهيئات المحلية لأن – وهذا هو المهم

---

(٣١٠) انظر د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص٩٢ وما بعدها. وانظر كذلك د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٧٧ وما بعدها.
(٣١١) انظر د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ٢٥١.
(٣١٢) انظر د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.
(٣١٣) انظر د. رأفت فوده ، المرجع السابق، ص١٢١ وما بعدها.

– كل ما يتعلق بتنظيم إو إدارة المرافق العامة القومية والمحلية يشكل عملية إدارية تدخل – بطبيعتها – في مجال اختصاص القضاء الإداري[٣١٤].

ويلاحظ أن الجديد في هذا الحكم أيضاً أن مجلس الدولة قد تبين مدى التوسع في اختصاصه نتيجة الأخذ بمعيار المرفق العام وفقاً لما جاء في حكم بلانكو، فاتجه في هذا الحكم – حكم تريار – صوب تضييق هذا الاختصاص فاستبعد من اختصاصه أعمال الإدارة التي تحاك فيها تصرفات الأفراد وإن تعلقت بتنظيم مرفق عام أو تسييره فقد جاء في تقرير مفوض الحكومة روميو أيضاً أن مجلس الدولة يختص – باعتباره صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية – بالفصل في كافة الدعاوي التي تنشأ بين الأشخاص الإدارية والغير، أو فيما بين الأشخاص الإدارية وتكون وليدة تنظيم أو تسيير مرفق عام أو توقفه أو سوء نشاطه فيما عدا الأحوال التي يتضح فيها أن الإدارة قصدت بعملها محاكاة تصرف الأفراد[٣١٥].

وبناءً على ما تقدم فإن المرفق العام وإن كان شرطاً لازماً لرسم حدود اختصاصات مجلس الدولة فهو غير كافٍ وحده لتحقيق هذه الغاية. وعلة ذلك أن المرفق العام وإن قام قرينه على انطباق أحكام القانون العام، فهو ليس قرينة قاطعة لا يرد عليها الاستثناء. لأن الإدارة وإن كانت تلجأ بحسب الأصل إلى استعمال الرخص الاستثنائية التي يوفرها لها القانون العام في إدارة المشروعات العامة فهي ليست ملزمة باستعمال هذه الرخص في كل تصرفتجريه، فقد ترى من الأوفق – ولها في ذلك مطلق التقدير – أن تدير مرافقها العامة أو أن تأتي بعض التصرفات الخاصة بهذه المرافق وفقاً لأحكام القانون الخاص، كأن تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر طبقاً لما هو معمول به في علاقات الأفراد العاديين من غير أن تستشعر الحاجة إلى اتخاذ وسائل القانون العام كالحجز الإداري والاستيلاء ونزع الملكية للمنفعة العامة. والإدارة حين تفعل ذلك فإنها تتجرد بلا شك عن صفتها كسلطة عامة لتسعى مع الأفراد في فلك القانون الخاص كشخص من أشخاصه تحكمها قواعده مما تكون بسببه خاضعة لرقابة المحاكم العادية رغم اتصال نشاطها بالمرفق العام ، وهذه هي الحقيقة التي نبه إليها المفوض روميو في تقريره سالف الذكر، وهو ما قضت به محكمة تنازع الاختصاص حين قررت أنه "متى كان مبني الطعن هو طلب الحكم على الدولة بتعويض الأضرار المترتبة على وضع العقار تحت تصرف السلطات الحربية، عن طريق الاستيلاء، وإنما بموجب اتفاق يدخل بحسب طبيعته وآثاره ضمن عقود القانون المدني فإن ولاية النظر في الدعوى تكون للمحاكم العادية"[٣١٦].

وبناءً على ما تقدم نخلص إلى القول بأن أنصار هذا المعيار – معيار المرفق العام – يرون أن معيار المرفق العام هو الذي يحدد مجالات اختصاص القضاء الإداري، فكلما كانت المنازعة متعلقة بنشاط تديره الدولة ويستهدف تحقيق المنفعة لجميع المواطنين أو لقطاع من قطاعاتهم، مثل مرافق الدفاع والأمن وإقامة القضاء والبريد والسكك الحديدية ومرافق توريد الحاجات الأساسية كالمياه والنور والغاز، دخلت ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري. ويتميز هذا المعيار – كما سبق أن راينا –بأنه يميز في نطاق النشاط الإجمالي للدولة والأشخاص المحلية بين تلك الأنشطة المتصلة بالمرافق العامة والتي تخضع لاختصاص القضاء الإداري في كل نواحيها من حيث تنظيمها ومن حيث القرارات والعقود والأعمال المادية، وبين الأنشطة التي تمارسها الدولة والأشخاص المحلية لتحقيق منفعة مالية خاصة أي تهدف إلى تحقيق الربح والإيراد دون هدف تحقيق المنفعة العامة. ومن أهم هذه الأنشطة المالية الخاصة للإدارة الأعمال المتصلة باستغلال أموال الدولة الخاصة أي أموال الدومين الخاص المملوكة للدولة أو الأشخاص المحلية، مثل هذه

---

(٣١٤) المرجع السابق، ص١٢٢ وما بعدها.
(٣١٥) انظر د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص١٩٠.
(٣١٦) انظر د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ، ص١٥٨ وما بعدها، ونفس المعنى د. محمد مرغني خيري، اختصاص مجلس الدولة المصري بين العمومية والتجريد، مجلة العلوم الإدارية، س٩، ٢٣ ديسمبر ١٩٧٧، ص٧٧.

الأنشطة المالية الخاصة للإدارة لا ينطبق عليها وصف المرفق العام ومن ثم فهي تخضع لاختصاص القضاء العادي[٣١٧].

كما يرى أنصار هذا المعيار أنه وإن كان الأصل العام أن كل منازعة تتعلق بنشاط الدولة والأشخاص المحلية في إدارتها لجميع النشاطات المتصلة بالمرافق العامة تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري، إلا أنه على سبيل الاستثناء إذا رأت الإدارة مختارة أن تلجأ أحياناً في بعض الأحوال إلى استعمال وسائل القانون الخاص دون وسائل القانون العام فهنا لا مبرر لاختصاص القضاء الإدراي، ومن ثمتدخل المنازعة في هذه الأحوال الاستثنائية ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي. مثال ذلك أن تختار الإدارة أحياناً نظام العقود المدنية[٣١٨].

---

(٣١٧) قريب من ذات المعنى د. محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص٣٢٠.
(٣١٨) المرجع السابق، ص٣٢١. وانظر كذلك د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٤٥.

الفرع الثالث

تقدير معار المرفق العام

إن أهم ما يميز معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإدارية المنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري، هو أنه يفرض قيوداً على سلطان الإدارة خارجة عن إرادتها في صورة المرافق العامة. فلا يجوز لها أن تستخدم حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة إزاء الأفراد إلا حيث يكون عملها متعلقاً بمرفق عام[٣١٩].

كما أن هذا المعيار الذي ابتكره القضاء أولاً، ثم تلقفه الفقهاء من بعده[٣٢٠] كان بالفعل ولوحده كافياً في تعيين الحد الفاصل بين مجالات اختصاص القضاء الإداري ومجالات اختصاص القضاء العادي، في الوقت الذي كان فيه نشاط الدولة محصور في النطاق الإداري البحت، وكانت المرافق العامة كلها مرافق من نوع واحد تتكون من عناصر متجانسة كلها تدخل في دائرة القانون العام هذه العناصر هي على التحديد:

١. وجود شخص إداري (من أشخاص القانون العام).
٢. يباشر نشاطاً عاماً (هدفه النفع العام).
٣. وفقاً لأحكام القانون[٣٢١].

ولكن تظور وظيفة الدولة واتساع مجال نشاط الإدارة على أثر الحروب والأزمات التي اجتاحت العالم منذ قيام الحرب العالمية الأولى أدى إلى ظهور – إلى جانب المرافق الإدارية التقليدية أو البحتة – مرافق عامة أخرى ذات صبغة اقتصادية هي المرافق الصناعية والتجارية بالإضافة إلى المرافق الاجتماعية التي لا تختلف طبيعة نشاطها عن طبيعة نشاط المشروعات الخاصة، والتي لجأت الإدارة في تشغيلها في حدود كبيرة إلى وسائل القانون الخاص معما يستتبع ذلك من خضوع منازعتها للقضاء العادي، عندئذ أصيبت فكرة المرفق العام بأزمة وبات الاستناد إليها – لوحدها – غير صالح لتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري تحديداً دقيقاً. إذ أن تعلق النزاع بمرفق عام لم يعد الشرط الوحيد الكافي لاختصاص القضاء الإداري كما هو الشأن بالنسبة لبعض أنواع العقود الإدارية، وبعض المسائل المتصلة باستعمال واستغلال المال العام[٣٢٢].

أضف إلى ما تقدم ظهور موجة التأميم بعد الحرب العالمية الأولى والثانية والتي أدت إلى ظهور مشروعات عامة مملوكة للدولة ولكنها تخضع أساساً للقانون المدني ولاختصاص القضاء العادي، وبعض هذه المشروعات يتولى إدارة مرافق عامة[٣٢٣]، ناهيك عن اشتراك الأفراد في أعمال النفع العام التي تقوم بها الحكومات بعد ظهور نوع جديد من المؤسسات وهي المؤسسات العامة المهنية، ولأهمية الموضوع ولمزيد من التوضيح فإننا سوف نتطرق إلى أثر ظهور المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية، والمؤسسات العامة المهنية وموجات التأميم على معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإدارية المنازعة.

أولاً ـ أثر ظهور المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية على معيار المرفق العام: ظهرت المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية وازدهرت (منذ أوائل القرن الماضي)، وهي تعتبر مظهراً من مظاهر تطور الحياة الإدارية الحديثة، ونتيجة لازدياد تدخل الدولة في ميدان النشاط الاقتصادي. وقد اتجه القضاء الإداري – كما

---

(٣١٩) د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص٩٣.
(٣٢٠) د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص٦٣.
(٣٢١) د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص ١٠٥.
(٣٢٢) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص١٨٨ وما بعدها.
(٣٢٣) د. رأفت فوده ، المرجع السابق، ص١٢٤.

سوف نرى – إلى تحرير هذه المرافق من النظام القانوني الإداري، مما استتبع إخراج معظم المنازعات المتعلقة بها من اختصاص محاكم القضاء الإداري[٣٢٤].

ويعتبر المرفق العام اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به نشاطاً تجارياً بطبيعته، ويكون كذلك إذا كانت الأعمال التي يباشرها بصفةعادية ورئيسية أعمالاً تجارية وفقاً للقانون التجاري[٣٢٥]. أي أنها لا تختلف في طبيعتها عن المشروعات الاقتصادية التي يقوم بها الأفراد[٣٢٦]. اما المرافق العامة الاجتماعية فهي مرافق عامة ذات موضوع اجتماعي ومن أهمها مرافق التأمينات الاجتماعية للعمال والتأمينات الاجتماعية للأسر، وأهم ما يميز هذه المرافق الاجتماعة أنها وإن كانت تخضع لرقابة الدولة وتنظيم أساسه تشريعي ولائحي، إلا أن إدارتها المباشرة يتولاها الأفراد ممثلو العمال وأصحاب الأعمال في إطار شكل قانوني جديد ينتمي للقانون الخاص[٣٢٧]. ونظراً لطبيعة هذه المرافق فقد ارتأى القضاء أنه لا يوجد مبرر لأنتطبق عليها (كأصل عام) قواعد القانون الإداري فتنفرد دون غيرها من المشروعات المماثلة لها والتي تكون تحت يد الأفراد بقواعد مغايرة لقواعد القانون الخاص[٣٢٨].

وقد كان من أثر هذا التطور بالنسبة لنظرية المرافق العامة أن معيار المرفق العام لم يعد وحده كافيا لتعيين الحد الفاصل بين مجالات اختصاص القضاء الإداري ومجالات اختصاص القضاء العادي[٣٢٩].

وهذا ما أقرته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ يناير ١٩٢١ في قضية معدية إلوكا Bac D'Eloca، حيث ميزت بين نوعين من المرافق العامة: المرافق العامة الإدارية من ناحية، والمرافق العامة الصناعية أو التجارية من ناحية أخرى، هذه الأخيرة تدخل المنازعات المتصلة بها ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي[٣٣٠]. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مستعمرة ساحل العاج التي كانت خاضعة للإستعمار الفرنسي كانت تقوم بنقل الأشخاص والمنقولات بواسطة معدية من شاطئ لآخر، غيرأنهفي أحد المرات انقلب القارب وغرق بمن فيه وما عليه، وكان من ضمن هذه الأشياء التي غرقت سيارة نقل. فأقام صاحبها دعوى تعويض على إدارة المستعمرة على اعتبار مسئوليتها عن السير المعيب لمرفق عام – وهو مرفق النقل – ولما وصل الأمر إلى محكمة التنازع قضت بأن القضاء العادي هو المختص بالفصل في النزاع على أساس إن إدارة المستعمرة كانت تدير مرفق النقل –المعدية- على نحو ما يدير به الأفراد أنشطتهم المماثلة، وهو نشاط تجاري لا يغاير من حيث طبيعته ذات الذي يمارسه الأفراد بغية تحقيق الربح لا بدافع إشباع حاجة عامة. ومن ثم ينعقد الاختصاص به للمحاكم العادية، ولا يطبق عليه كأصلعام – القانون الإداري[٣٣١].

وبناء على ما تقدم فإن القضاء الفرنسي قد قرر في شأن المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية أن هذه المرافق برغم أنها تتمتع بوصف المرفق العام، إلا أنها تخضع كقاعدة عامة في مجموع نشاطها للقانون الخاص واختصاص محاكم القضاء العادي، باعتبار أنها تدار وفقاً لأساليب القانون الخاص وهو الأصل فيها، أما إذا اتبعت اساليب القانون العام في تصرفاتها المتعلقة بإدارة المرفق فإن ذلك يعد استثناءً من القاعدة

---

(٣٢٤) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٥٠.
(٣٢٥)المرجع السابق، ص٢٥٢، وانظركذلك في تعريف المرفق العام الاقتصادي د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الطبعة السابعة، ١٩٦٥، ص٤١٤ وما بعدها.
(٣٢٦) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٩٥.
(٣٢٧) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣٢٢.
(٣٢٨) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٧٣.
(٣٢٩) د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص٩٤.
(٣٣٠) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٩٦.
(٣٣١) انظر، د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٧٣.

العامة السابق ذكرها والتي مفادها أن المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية تدار وفقاً لأساليب القانون الخاص وبالتالي فإنها تخضع فيما يتعلق بهذه التصرفات للقانون الإداري واختصاص محاكم القضاء الإداري[٣٣٢].

وقد بدا هذا الاتجاه واضحاً في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي قضت في المنازعات الخاصة بالعقود المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية بأن العقد لا يعد إدارياً إلا إذا تضمن شروطاً تغاير الشروط التي توجد في عقود القانون الخاص[٣٣٣]، أي أن الإدارة اتبعت أثناء إبرامها لهذا العقد أساليب القانون العام متمثلة في الشروط غير المألوفة لدى الافراد في عقودهم المدنية التي يحكمها القانون الخاص.

وعلى الرغم من اتجاه أغلب الفقه سواءً في فرنسا أو في مصر[٣٣٤]– بعد ظهور المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية وأثرها على معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإداريةللمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري – إلى القول بانقضاء فكرة المرافق العامة. وزوالها نهائياً وبالتالي عدم صلاحية معيار المرفق العام في تحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري. إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي في جميع جوانبه، ذلك أنه إذا كان معيار المرفق لم يعد يصلح لوحده كأساس لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري، بعد تطور الحياة الإدارية وظهور المرافق العامة الجديدة السابق ذكرها، إلا أنه لا يزال عنصراً هاماً يدخل – كما سوف نرى – ضمن عدةعناصر تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٣٥]. ذلك أنه حتى في ظل الفترة التي كان يسود فيها معيار المرفق العام كمعيار أساسي في تحديد طبيعة المنازعة، وهي الفترة التي كان فيها نشاط الدولة محصوراً في النطاق الإداري البحت وكانت المرافق العامة كلها مرافق إدارية بحتة، فإن اعتبار المنازعة منازعة إدارية تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري كان مشروطاً باتباع الإدارة لوسائل أو أساليب القانون العام في إدارة المرفق[٣٣٦]. وإن كان هذا الشرط متوافر في أغلب المنازعات المثارة بسبب إدارة المرافق العامة الإدارية التقليدية، باعتبار أنها تدار – كقاعدة عامة – وفقاً لأساليب القانون العام[٣٣٧]، فإن هذا الشرط لا يتوافر في أغلب المنازعات المثارة بسبب إدارة المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية، باعتبار أنها تدار – كقاعدة عامة – وفقاً لأساليب القانون الخاص ولا تلجأ إلى استعمال وسائل القانون العام إلا في نطاق ضيق. ذلك أن اتباع أساليب القانون العام في إدارة هذه المرافق لا يتماشى مع طبيعة هذه المرافق وما تستلزمه من سرعة في البت، ومرونة في الإجراءات، وتيسير في التنفيذ لتحقيق أهدافها[٣٣٨].

وبناءً على ما تقدم فإن أغلب المنازعات المتعلقة بنشاطات الإدارة المتصلة بالمرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية تعد منازعات عادية تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي وذلك على الرغم من اتصالها بالمرافق العامة، بينما يعد جزء بسيط فقط من هذه المنازعات منازعات إدارية تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري، وهي تلك المنازعات المتعلقة بنشاطات الإدارة المتصلة بالمرافق العامة، والتي لجأت فيها إلى استعمال وسائل أو أساليب القانون العام.

---

(٣٣٢) انظر، محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٤٩.
(٣٣٣) انظر في ذلك د. محمد فؤاد مهنا المرجع السابق ص٩٥.
(٣٣٤) انظر في هذا الشأن د. محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها، وانظر كذلك د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.
(٣٣٥) قريب من ذات المعنى د. رأفت فودة ، المرجع السابق ص١٢٥.
(٣٣٦) انظر د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٤٩.
(٣٣٧) انظر د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص١٠٥.
(٣٣٨) انظر د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٩٨ وما بعدها.

وترتيباً على ما تقدم نخلص إلى القول بأن معيار المرفق العام إن كانت له الغلبة كمعيار أساسي ولوحده في تحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري في الوقت الذي كانت فيه المرافق العامة هي مرافق إدارية بحتة، تدار – كقاعدة عامة – وفقًا لأساليب القانون العام، إلا أنه بعد ظهور المرافق العامة الحديثة – المرافق الاقتصادية والاجتماعية –التي تدار كقاعدة عامة- وفقًا لأساليب القانون الخاص، لم يعد يحظى بتلك القيمة، ذلك أن أغلب المنازعات المتعلقة بإدارة هذه المرافق – كما سبق أن رأينا – تعد منازعات عادية تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي على الرغم من اتصالها بمرافق عامة، وإنما أصبح المرفق العام عنصراً يدخل ضمن عدة عناصر تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري.

وهذا المعنى قريبٌ جداً مما ذهب إليه الفقيه الفرنسي دي لوبادير "Delaubadere" (وهو من أنصار معيار المرفق العام)، فهو يرى أنه للحفاظ على فكرة المرفق العام كأساس لتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، لابد من تطويرها، ومعالجة قصورها لتواكب التطور الحديث للحياة الإدارية. ومن أجل ذلك ذهب إلى القول بأن وجود المرفق العام وإن كان شرطاً ضروريا لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، إلا أنه ليس دائماً الشرط الوحيد الذي يكفي وجوده لانعقاد الاختصاص للقضاء الإداري، لأن المرفق العام قد يخضع في إدارته لقواعد القانون الخاص وبالتالي لاختصاص القضاء العادي، وعلى ذلك فإنه لابد بالإضافة إلى توافر شرط المرفق العام من النظر إلى أسلوب إدارة المرفق، فإذا كان المرفق يدار بأسلوب القانون العام فعندئذ يكون الاختصاص للقضاء الإداري[٣٣٩].

ونؤيد من جانبا هذا الرأي فيما ذهب إليه من أن معيار المرفق العام لم يعد كافياً لوحده في تحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، غير أننا لا نتفق معه فيما ذهب إليه بشأن تقدير قيمة معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإداريةللمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، ففي حين يرى الفقيه أن معيار المرفق العام هو الأساس في تحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، وأن اتباع أساليب القانون العام في إدارة المرفق هو عنصر مكمل لمعيار المرفق العام، فإننا نرى أن كلا العنصرين بنفس القيمة وذات الأهمية، وبالتالي فإنه إذا انتفى أحدهما انتفى تبعاً لذلك اختصاص القضاء الإداري. وهذا المعنى يمكن استخلاصه من الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وليبيا، ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة قد قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٢٠-١٠-١٩٥٠ في قضية stein أن الدولة حين تدير مرفقاً صناعيًا أو تجاريًا توجد إزاء عملاء المرفق في المركز الذي يوجد فيه أي مقاول عادي، اللهم إلا إذا وجدت شروط خاصة أو ظروف خاصة متعلقة بسير المرفق تضفي على العقود المبرمة بين الإدارة والعملاء صفة العقود الإدارية[٣٤٠].

وقد استند بعض أنصار معيار المرفق العام إلى هذا الحكم في تبريره فكرة المرفق العام كأساس لتحديد مجالاتاختصاص القضاء الإداري دون فكرة السلطة العامة[٣٤١]. غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي ونرى أن مجلس الدولة قد قرر في هذا الحكم أن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية مع عملائها لكيتكون عقوداً إدارية بالتالي تدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري فإنه لابد من توافر شرطين:

---

(٣٣٩) انظر د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص٧٢، وما بعدها وانظر كذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣٣٠. د. محمد مرغيني خيري، المقال السابق، ص٧٨.

(٣٤٠) انظر هذا الحكم ومزيد من الأحكام لدى د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، هامش ص١٥٥ وما بعدها.

(٣٤١) د. محمد فؤاد مهنا، أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه، مجلة الحقوق، س٧، ع ٢٠١ ، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧، هامش ص٣٠٦.

الشرط الأول: أن يكون العقد متعلقاً بسير المرفق، هو ما عبر عنه المجلس بقوله (إلا إذا وجدت شروط خاصة متعلقة بسير المرفق).

أما الشرط الثاني: فهو أن يشتمل العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فيعقود القانون الخاص، وهو ما عبر عنه المجلس بقوله (إلا إذا وجدت شروط خاصة تضفي على العقود المبرمة بين الإدارة والعملاء صفة العقود الإدارية).

وبناء على ما تقدم نخلص إلى القول بأن فكرة المرفق العام في فرنسا على الرغم من أهميتها إلا أنها لا تصلح أو لا تكفي لوحدها أن تكون أساساً تتحدد بناءً عليه الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي نطاق تطبيق القانون الإدراي ومجالات اختصاص القضاء الإداري بمعزل عن فكرة السلطة العامة فيما يتعلق بالنشاطات الصادرة عن المرافق العامة الاقتصادية والمنازعات المثارة بشأن هذه النشاطات، وإنما تعد فكرة المرفق العام – كما سبق أن ذكرنا- عنصراً هاما يدخل ضمن مجموعة عناصر لها جميعاً ذات القيمة تتحد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي نطاق تطبيق القانون الإدراي ومجالات اختصاص القضاء الإداري.

ولا يختلف الوضع في مصر عما هو عليه في فرنسا حيث نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد قررت في حكمها، الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٨ أنه "..... من حيث إن مرفق قصر المنتزه للسياحة والاستثمار هو مرفق اقتصادي وأن من المستقر عليه أن العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص، إذ أن فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسير عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وهذه الخصائص والمقومات لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين الطرفين. المرفق الاقتصادي وبين المنتفعين به ...".[٣٤٢]

وبتحليل هذا الحكم نستطيع القول بأن المرفق العام في مصر على غرار فرنسا ما هو إلا عنصر يدخل ضمن مجموعة عناصر تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعات المتعلقة بالنشاطات الصادرة عن المرافق العامة الاقتصادية. فالمحكمة الإدارية العليا قررت في هذا الحكم أنه لكي يعد العقد عقداً إدارياً وبالتالي يدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري لابد من توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً في العقد.

الشرط الثاني: أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام.

الشرط الثالث: أن تتبع الإدارة في هذا العقد أساليب القانون العام وذلك بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

أما في ليبيا فعلى الرغم من قضاء المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء إداري باختصاصها بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات الصادرة من مصرف ليبيا المركزي في حق موظفيه باعتباره مؤسسة عامة.[٣٤٣] وتأييدنا لما انتهى إليه في اختصاص القضاء الإداري بهذه المنازعات، إلا أننا نختلف معه في الأساس الذي اعتمد

---

(٣٤٢) ط. رقم ٢٦٧٨ لسنة ٤٦ ق.ع.، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، س٤٩، من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣، إلى أخر سبتمبر سنة ٢٠٠٤، ص٦٤٢.

(٣٤٣) طعن إداري رقم ٢٣/٣ق، جلسة ١٩٧٧/٥/٥، م.م.ع. س١٤، ع.١، ص٣٦.

عليه في هذا القضاء وهو صفة المؤسسة العامة لمصرف ليبيا المركزي ؛ ونرى أن الأساس الصحيح لهذا الحكم هو أن مصرف ليبيا المركزي مرفق عام اقتصادي ونشاطاته في هذا الشأن متصلة بمرفق عام واتبع فيها وسائل القانون العام أو السلطة العامة، فضفة المؤسسة العامة لا يمكن الاعتماد عليها لوحدها كأساس لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة وإنما يجب الاعتماد في هذا الشأن على النشاط في حد ذاته من حيث خضوعه للرأي الأعلى للسلطة الإدارية العامة، واتصاله بمرفق عام، واتباع أساليب السلطة العامة بشأنه، وخير دليل على ذلك أن العديد من النشاطات الصادرة عن المؤسسات العامة لا تعد نشاطات إدارية ولا تعد المنازعات المثارة بشأنها منازعات إدارية على الرغم من صدورها من شخص معنوي عام، وهذا المعنى التمسناه في العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وليبيا.

ثانياً- ظهور موجة التأميم وأثرها على معيار المرفق العام: التأميم هو نقل ملكية مشروع أو نقل ملكية مجموعة من المشروعات الاقتصادية المملوكة للأفراد أو الهيئات الخاصة إلى ملكية الدولة، مع تعويض أصحابها تعويضاً عادلاً.

فالتأميم لا يعد طريقاً من طرق إدارة المرافق العامة، -وإنما هو في الغالب –هو إجراء تتخذه الدولة، ينحصر في نقل ملكية المشروع من الأفراد أو الهيئات الخاصة إليها[٣٤٤].

وإن كان التأميم – كما سبق القول – لا يعد طريقاً من طرق إدارة المرافق العامة، إلا أنه في الأغلبية الساحقة من الحالات قد يكون سبباً أو طريقاً من طرق إنشاء المرافق العامة، وذلك إذا أممت الدولة مشروعاً من المشروعات الخاصة، ثم جعلته بعد التأميم يستهدف تحقيق النفع العام، فإنه بذلك يتحول من مشروع خاص إلى مرفق عام.

ولكن تحول المشروع الخاص إلى مرفق عام في الصورة المتقدمة لا يعتبر نتيجة للتأميم ذاته وإنما يعتبر نتيجة للسياسة التي تتبعها الدولة إزاء المشروع من جعله يستهدف النفع العام، بعد أن كان يرمي إلى تحقيق الربح. ذلك أن هذا المشروع قد يظل بعد التأميم كما كان قبله مشروعاً خاصاً، فيصير بعد التأميم مشروعاً من المشروعات الخاصة المملوكة للدولة، وذلك كما حدث بالنسبة لمصانع سيارات رينو في فرنسا، فقد احتفظت بصفتها الخاصة بعد التأميم.

وقد يكون المشروع المؤمم مشروعاً خاصاً، ثم تحوله الدولة بعد التأميم، إلى مرفق عام، بأن تستهدف به سد الحاجة العامة وتحقيق النفع العام.

وقد يكون المشروع قبل التأميم، مشروعاً خاصاً ذات نفع عام ثم تؤممه الدولة وتظل مخصصة إياه لتحقيق النفع العام، وبذلك يتحول إلى مرفق عام.

وتحول المشروع في الصورتين الأخيرتين إلى مرفق عام، لا يرجع إلى التأميم ذاته، وإنما إلى توافر عناصر أو أركان لمرفق العام له بعد التأميم[٣٤٥].

وفيما يتعلق بأثر ظهور المشروعات المؤمة على معيار المرفق العام كمعيار محدد لمجالات اختصاص القضاء الإداري – وهذا ما يهمنا – فإننا يجب أن نفرق بين نوعين من هذه المشروعات:

النوع الأول هي تلك المشروعات الخاصة التي تهدف قبل وبعد تأميمها إلى تحقيق الربح، فهذه المشروعات لا تعد مرافق عامة ولو تولى إدارتها أحد أشخاص القانون العام، لانتفاء عنصر النفع العام كغاية لها، والذي يعد أحد أهم عناصر المرفق العام المتفق عليها فقهاً وقضاءاً، وبالتالي فإن هذه المشروعات تبقى

---

(٣٤٤) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٦٠.
(٣٤٥) المرجع السابق، ص٢٦٠ وما بعدها. وانظر كذلك: د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٩٩، وما بعدها.

مشروعات خاصة، تدخل – كأصل عام – ضمن نطاق تطبيق القانون الخاص، ويعد ما يثار بشأنها من منازعات منازعات عادية تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي.

أما النوع الثاني فهي تلك المشروعات التي تستهدف النفع العام بعد تأميمها، فهذه المشروعات سواءٌ كان هدفها النفع العام قبل تأميمها أم لم يكن، فهي تعد مرافق عامة، لتجمع عناصر المرفق العام لها بعد تأميمها[٣٤٦].

أما عن أثرها على قيمة معيار المرفق العام كمعيار محدد لطبيعة المنازعة ومجالات اختصاصي القضاء الإداري – وهذا ما يهمنا –فإن هذه المرافق أصبحت تدخل ضمن نطاق المرافق العامة الاقتصادية الصناعية والتجارية، وبالتالي فإنها نشاطاتها تدخل – كأصل عام – ضمن نطاق تطبيق القانون الخاص، ويدخل ما يثار بشأنها من منازعات ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي، إلا أن هذه القاعدة العامة – كما سبق أن ذكرنا – يرد عليها استثناء محدود الأثر، وهو أن تستعمل الإدارة في نشاطاتها المتصلة بهذه المرافق أساليب القانون العام، فهنا تخضع هذه النشاطات لأحكام القانون الخاص، وتدخل المنازعات المثارة بشأنها ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري.[٣٤٧]

وبناءً على ما تقدم نخلص إلى القول بأنه على الرغم من ذهاب بعض الفقه[٣٤٨] إلى القول بتفاقم أزمة المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري بعد ظهور موجة التأميم واختلاف النظم القانونية التي تخضع لها المشروعات المؤممة – كما سبق أن بينا -، إلا أننا نرى بناء على ما سبق ذكره أن معيار المرفق العام كمعيار محدد لطبيعة المنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري لا يزال – كما سبق أن ذكرنا – عنصراً يدخل ضمن عدة عناصر يتحدد على أساسها مجالات اختصاص القضاء الإداري.

ثالثاً- أثر ظهور المؤسسات المهنية على معيار المرفق العام: يمكن تعريف المؤسسات المهنية بأنها (جماعة من الناس لها مصالح مشتركة يمنحها القانون الشخصية المعنوية ويكون لها حق الإشراف على مصالحها بنفسها بواسطة هيئة ينتخبها الأشخاص المكونين لهذه الجماعة).

ومن أظهر أمثلة المؤسسات المهنية الغرف التجارية ونقابات الملاك والنقابات المهنية المختلفة (الأطباء، المحامين، المهندسين، إلخ)، هذه المؤسسات يمنحها القانون الشخصية المعنوية، ويجعل الانضمام إليها إجبارياً بالنسبة لجميع أفراد الجماعة التي تتكون منها ويخولها بعض امتيازات وسلطات القانون العام، كسلطة وضع اللوائح الإدارية الملزمة، وسلطة توقيع جزاءات تأديبية على من يخالف أحكام هذه اللوائح. ولهذه الأسباب مجتمعة تعتبر المؤسسات العامة المهنية أشخاصاً إدارية (من أشخاص القانون العام) تتمتع بالحقوق والمزايا المقررة للسلطات الإدارية بوجه عام[٣٤٩].

وعلى ذلك فإن المؤسسات المهنية تختلف عن المؤسسات العامة الإدارية والصناعية في أن هذه الأخيرة هي في حقيقتها مشروعات عامة تقدم خدمات وحاجات عامة، وبالتالي فهي تعد إذا ما منحت الشخصية المعنوية مرافق عامة بكل معنى الكلمة.

---

(٣٤٦) قريب من ذات المعنى، د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٦٢ وما بعدها.
(٣٤٧) ذات المعنى، د. سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص١٦٨، وما بعدها.
(٣٤٨) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٠٣.
(٣٤٩) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق، ص٢٨٠ وما بعدها. وانظر كذلك د. محمود حافظ ، المرجع السابق، ص٢٥٨ وما بعدها.

أما المؤسسات المهنية فإنها لا تقدم خدمات وحاجات مادية للجمهور ولا لأعضائها المكونين لها. ولهذا يرى بعض رجال الفقه أنها ليست مرافق عامة، ولكنها

سلطات إدارية تدير مرافق عامة[٣٥٠].

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ أيضاً بهذا الرأي حيث قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٤-٢ لسنة ١٩٤٣ في قضية Bouguen أن نقابة الأطباء تدير مرفقاً عاماً دون أن يحدد صفة النقابة ذاتها، أي أنه اعتبر النشاط في ذاته مرفقاً عامً وأغفل تحديد طبيعة المنظمة التي تدير النشاط[٣٥١].

أما عن أثر ظهور المؤسات المهنية – وهذا ما يهمنا – على معيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإدارية للمنازعة، فإنه على الرغم من ذهاب جانب من الفقه[٣٥٢] إلى القول بأن ظهور هذه المؤسسات المهنية أدى إلى إصابة معيار المرفق العام في عنصر من أهم عناصره وهو العنصر العضوي الذي يتمثل في إدارة المرافق العامة عن طريق الدولة أو الأشخاص المحلية والمؤسسات العامة. وبالتالي زاد ظهور هذه المؤسسات منتفاقم أزمة معيار المرفق العام. إلا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه، ذلك أن مجلس الدولة في فرنسا وهي الدولة التي نشأت وتطورت فيها نظرية المرافق العامة، لم يعتمد بشكل نهائي في قضائه على معنى معين في تحديد مدلول المرفق العام.فهو تارة يأخذ – كما سبق أن رأينا – في أحكامه بالمعنى العضوي أو الشكلي للمرفق العام، وتارة أخرى يأخذ بالمعنى المادي أو الموضوعي للمرفق العام. وإن كان ميالاً للأخذ بالمعنى الموضوعي للمرفق العام، أي أنه يركز على طبيعة النشاط ولا يركز على طبيعة المنظمة التي تدير هذا النشاط في تحديد مدلول المرفق العام.

وعلى الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي يميل إلى اعتبار النقابات المعنية أشخاصاً خاصة إلا أن تطبيق المعيار المادي أو الموضوعي للمرفق العام في فرنسا أدى إلى استثناءات عديدة لصالح القضاء الإداري في هذا الشأن وفقاً لنظرية "الإدارة" العامة للأشخاص الخاصة" والتي مؤداها أنه تعد منازعة إدارية وبالتالي تدخل ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري المنازعات الخاصة بأعمال السلطة العامة (الأعمال الإدارية المنفردة) والتي تصدر عن الهيئات الخاصة كالنقابات والتي تتم في إطار مهمة مرفق عام.[٣٥٣]

أما في مصر فعلى الرغم من أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون العام على خلاف الوضع في فرنسا إلا أن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات المثارة بشأن نشاطات هذه النقابات قد جاء على غرار القضاء الإداري الفرنسي تطبيقاً للمعيار المادي أو الموضوعي للمرفق العام، وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها إن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً في شأن التكيف القانوني لنقابات المهن أنها وإن لم تكن في نطاق المؤسسات العامة أي المصالح الإدارية العامة ذات الشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة إلا أن إنشائها يتم بقانون أو مرسوم أو بأية أداة تشريعية أخرى، وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام ولها على أعضائها سلطة تأديبية، ولهؤلاء الأعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم، فلا يجوز لغيرهم مزاولتها واشتراك الاعضاء في النقابات أمر ضمني ولها حق تحصيل رسوم الاشتراك في مواعيد

---

(٣٥٠) انظر : د. محمود فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق، ص٢٨ وما بعدها.
(٣٥١) نقلاً عن المرجع السابق، هامش ص١٠٥.
(٣٥٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص٣٢٤.
(٣٥٣) انظر حكم: Morpeurt وMagrier أشار لهما: =

M. Bourjol, Droit administratif, II, Le contrôle de l' action adm. Masson et cie, Editeurs, éd. ١٩٧٣, p. ٧٦.

دورية منتظمة وبناءً على ذلك اعتبرت محكمة القضاء الإداري قرارات نقابة المهن الهندسية قرارات إدارية، ومن ثم يختص مجلس الدولة بنظر الطعن فيها بالإلغاء.[٣٥٤]

ولا يختلف الوضع في ليبيا عما هو عليه في مصر حيث أن المشرع الليبي قد أخذ صراحة بهذا المعنى في التشريعات المنظمة للنقابات المهنية، فالمادة ٤٧ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ بشأن المهن الهندسية تنص على اختصاص القضاء الإداري بالطعون التي ترفع ضد القرارات الصادرة عن مجالس التأديب أو الانتساب إلى هذه المهن.[٣٥٥]

وأخيراً فإنه على الرغم من اختلاف الفقه حول أساس اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، حيث يرى البعض وعلى رأسهم العميد فيدل مؤسس نظرية السلطة العام الحديثة إرجاع اختصاص القاضي الإداري في مواجهة المنازعات التي تنشأ من هذه المهمة ولهذا النظام لفكرة السلطة العامة، بينما يرى البعض الآخر وعلى رأسهم الفقيه دي لوبادير وهو من أنصار معيار المرفق العام أن هذا الاختصاص يستمد من تطبيق المعيار العام الذي يستند إلى فكرة المرفق العام[٣٥٦]، فإننا نرى – كما سبق القول- أن كلا الفكرتين تمثل عنصراً لازماً وضرورياً يدخل ضمن عدة عناصر تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة، وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري، وهذا ما سوف يتضح لنا بعد تعرضنا لمعيار أو نظرية السلطة العامة بمفهومها الحديث.

المطلب الثاني

معيار المنفعة العامة L'idée d'utilité publique

بعد الانتقادات التي وجهت لمعيار المرفق العام كمعيار محدد للطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري والتي سبق ذكرها، اتجه بعض الفقه المناهض لمعيار المرفق العام إلى البحث عن معيار جديد يصلح لأن يكون أساساً لتحديد الطبيعة الإداريةللمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، وكنتيجة لذلك ظهر معيار المنفعة العامة الذي رأى فيه القائلين به أنه هو الأساس في تحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري – وتفصيلاً لما تقدم فإننا سوف نتعرض لمضمون هذا المعيار (معيار المنعة العامة) ومقدار نصيبه من الصحة والتخطئة وذلك وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول

مضمون معيار المنفعة العامة

تعود فكرة المنفعة العامة أو معيار المنفعة العامة في أصلها إلى الفقيه الفرنسي فالين "Waline" والذي كان فيما سبق من أنصار معيار المرفق العام ثم تراجع عن موقفه هذا نتيجة الانتقادات التي وجهت لمعيار المرفق العام كمعيار محدد لمجالات اختصاص القضاء الإداري ، وأصبح يرى أن معيار المرفق العام لم يعد سوى معيار لفظي أجوف خال من كل مضمون حقيقي، ولئن كان القضاء قد بقي مخلصاً لهذا المعيار، ولا يزال يستخدمه في

---

(٣٥٤) أشار له د. عبد الله الكاديكي، المرجع السابق، ص٢٥.

(٣٥٥) كذلك تقضي المادة ٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المحاماة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ باختصاص القضاء الإداري بالفصل في الطعون التي ترفع ضد قرارات مجالس تأديب المحاميين. راجع في تفاصيل ذلك د. عبد الله زايد الكاديكي، المرجع السابق، ص٢٦ وما بعدها.

(٣٥٦) انظر: M. Bourgol, Droit administratf, op. cit., p. ٧٦.

غير قليل من الأحكام، فإنه قد أحال كلمة المرفق العام إلى كلمة جوفاء يجري على استخدامها بحكم العادة دون أن يكون لها مدلول قانوني[٣٥٧].

وهو يرى الاستعاضة عن معيار المرفق العام كأساس لتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري بفكرة المنفعة العامة[٣٥٨]. ومضمون هذه الفكرة لدى الأستاذ فالين يكمن في أن غاية النشاط الإداري هي تحقيق النفع العام، وأن القواعد القانونية التي تحكم ذلك النشاط يجب أن ترتبط بهذه الغاية وتدور معها بصرف النظر عن الوسائل المستخدمة لتحقيق الغاية المذكورة . وعلى ذلك فإن الأستاذ فالين يرى أنه ما دام تحقيق النفع العام هو هدف جملة قواعد القانون الإداري فلابد من ارتباط هذا القانون بهدفه مع إبراز ذلك الهدف كأساس له ومجال[٣٥٩]. أي أن فكرة النفع العام تمثل الهدف النهائي الذي تسعى قواعد هذا القانون لتحقيقه. ومن ثم فلا يكون صحيحاً ما يقال بأن المرفق العام يمثل أساس القانون الإداري وأساس تحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، لأن المرفق العام ليس إلا وسيلة واحدة من جملة وسائل فنية تلجأ إليها السلطات الإدارية لتحقيق النفع العام، كما أنه ليس الوسيلة الوحيدة المعتمدة لذلك في القانون الإداري[٣٦٠].

كما أن فالين يعيب على فكرة السلطة أنها تربط القانون الإداري بالوسيلة دون الغاية، ويقول في النهاية أن غاية الإدارة هي التي تبرر ممارستها للسلطة العامة، وكذلك إنشاء المرافق العامة، ومن ثم فإنه يجب اعتبار هذه الغاية (أي النفع العام) الأساس الأول للقانون الإداري وكذلك تحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٦١].

الفرع الثاني

تقدير معيار المنفعة العامة

لئن كان مذهب الأستاذ فالين قد رافقه الصواب حينما ربط بين المنفعة العامة والقانون الإداري، فهي بكل تأكيد غايته وأساسه، إلا أن اغلب الفقه ونؤيده في ذلك يرى أن فكرة المنفعة العامة ليست إلا عنصراً يدخل في تكوين فكرة الرافق العامة أو فكرة السلطة العامة[٣٦٢]. ذلك أن الهيئات الإدارية ليست ملزمة دائماً أن تتخذ في سبيل ما تستهدفه من المصالح العامة والوسائل الفنية التي يرخص لها بها القانون العام. فقد ترى أنه من الأوفق لها أن تسلك سبيل الأفراد العاديين، فتلجأ إلى وسائل القانون الخاص لتحقيق غاياتها مما يخرجها عن مجالات القانون الإداري، ويخرج المنازعات المثارة بشأن نشاطاتها هذه عن ولاية القضاء الإداري[٣٦٣]. ومثال ذلك أن تلجأ الإدارة إلى أسلوب العقد المدني بدلاً من العقد الإداري تقديراً منها أنه أكثر تلاؤما مع هدف المصلحة العامة التي تسعى لتحقيقها، فالإدارة حرة في أن تلجأ إلى أسلوب العقد المدني أو أسلوب العقد الإداري. وهي في اختيارها تكون مقيدة باتباع الأسلوب الذي يحقق المصلحة العامة على أحسن وجه[٣٦٤].وعلى ضوء اختيارها يتحدد أي القضائين يختص بنظر المنازعات المثارة بشأن هذه العقود كما سوف نرى ذلك في الموقع المناسب من هذه الدراسة.

---

(٣٥٧) انظر د. ثروت بدوي ، المرجع السابق، ص٢٣٢.
(٣٥٨) انظر، د. محمد باهي أبونس، المرجع السابق، ص٢٧٨.
(٣٥٩) انظر د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص٧٣.
(٣٦٠) انظر د. طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٩٠.
(٣٦١) انظر د. محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٧٣ وما بعدها.
(٣٦٢) انظر د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق، ص١٠٤ وانظر كذلك د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٣٥.
(٣٦٣) د. طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٩٠ وما بعدها.
(٣٦٤) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٣٥.

أضف إلى ما تقدم أن فكرة المنفعة العامة هي فكرة عامة ومتسعة بحيث تعتبر في الواقع أساساً للقانون كله سواء في ذلك العام أوالخاص، لأن الدولة في كل ما يصدر عنها من قوانين أياً كان نوعها إنما تنشد النفع العام الذي هو الهدف النهائي للدولة من كل تصرفاتها في مختلف مجالات النشاط[٣٦٥].

وبناءً على ما تقدم نخلص إلى القول بأن معيار المنفعة العامة لا يصلح أن يكون أساساً مستقلاً لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري وتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، وليس أدل على ذلك من هجر من قال بهذه الفكرة (فكرة النفع العام) لهذا المعيار واعترافه بسعة فكرة النفع العام وعدم صلاحيتها لأن تكون معياراً دقيقاً لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٦٦].

المطلب الثالث

نظرية السلطة العامة الحديثة

إزاء الانتقادات التي وجهت لمعيار المرفق العام كمعيار أساسي في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، ظهرت السلطةالعامة من جديد كفكرة مذهبية يتحدد على أساسها نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري بعد ان تخلصت مما وجه إليها من انتقادات على يد اثنين من أكبر رواد فقه القانون العام في فرنسا هما: العميد هوريو وتلميذه العميد فيدل. غير انه إذا كانت رؤية كل منهما قد اتحدت على تأسيس القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري على فكرة السلطة العامة، إلا أنه كان لكل منهما منظوره الخاص لهذا المعيار والذي اختلف فيه إلى حد ما عن الآخر.

وللوقوف على مضمون معيار السلطة العامة بمفهومه الحديث وتقديره من حيث مدى نصيبه من الصحة والتخطئة فإنه لابد من الوقوف عند رؤية كل من الفقيهين هوريو وفيدل لمعيار السلطة العامة وهم القائلين بهذا المعيار وتقديرها وهذا ما سوف نتعرض له وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول

رؤية هوريو لمعيار السلطة العامة وتقديرها

أولاً – رؤية هوريو لمعيار السلطة العامة

إن معيار السلطة العامة في رأي هوريو ليس له ذات المفهوم الذي قال به أنصار معيار السلطة العامة التقليدية، وإنما وضع له مفهوماً وسع على أثره من نطاق القانون الإداري وكذلك نطاق اختصاص القضاء الإداري، وأدخل في إطارهما ما أخرجه منه الأولون. فالسلطة العامة تعني عند هوريو كافة الامتيازات والوسائل التي تجعل الإدارة في مركز أعلى من ذاك الذي يتمتع به الأفراد في القانون الخاص. ومن ثم فإنها ليست مجرد أوامر ونواه تصدرها السلطة الإدارية، وإنما هي تعني حقوق ووسائل غير مألوفة في القانون

---

(٣٦٥) د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص٧٤.

(٣٦٦) هجر الأستاذ فالين معيار المنفعة العامة لصالح معيار الظروف التي يتم فيها نشاط الإدارة، حيث قال أن القضاء الإداري يكون هو صاحب الاختصاص إذا تم هذا النشاط في ظروف مغايرة للنشاط الفردي. ثم تراجع عن هذا المعيار ليقترب من المعيار المختلط، حيث أصبح يرى أن القضاء الإداري يكون هو صاحب الاختصاص عندما تنشأ المنازعة عن ممارسة السلطة العامة، وكذلك عندما يتعلق الأمر بمرفق= =عام إداري في حالة عدم ممارسة نشاط بوسائل القانون الخاص. انظر د. ماجدراغب الحلو، المرجع السابق، هامش ص١٨٩.

الخاص تتمتع بها السلطة الإدارية في كل وضع قانوني تكون طرفاً فيه. وهذا يعني في منطق هوريو أن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها السلطات الإدارية على نوعين: حقوق السلطة العامة، وأساليب السلطة العامة. فأما حقوق السلطة العامة فإنها حقوق تتمتع بها غير مألوفة في القانون الخاص تتولى القيام بها بالجبر أو الإكراه مثل حق الدولة في تجنيد مواطنيها، أو حقها في الضرائب، أو حقها في تنظيم الأنشطة الفردية. في حين أن أساليب السلطة العامة المقصود بها الوسائل المتميزة التي لا نظير لها أيضًا في القانون الخاص، والتي تلجأ إليها السلطة الإدارية لممارسة حقوقها. وتتمثل في العمل المباشر كالقرارات التنفيذية، والبدء في تنفيذ القرارات. فالإدارة تنفذ قراراتها جبراً بالطريق الإداري دون أن تلجأ قبل إجرائه للقضاء بدءاً على نحو ما يجري عليه العمل بالنسبة للأفراد. فالقضاء لا يتدخل في هذه الحالة إلا بعد إجراء التنفيذ[٣٦٧].

وعلى هذا النحو تتمثل امتيازات السلطة العامة في نظرية القرار الإداري في أوامره ونواهيه، وقدرة على تنفيذه بالقوة الجبرية، وهي في العقود الإدارية شروط غير مألوفة في العقود المدنية تجعل للإدارة مكانة أعلى من المتعاقد معها تتجلى فيما تفرضه من شروط سواء عند إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذه، أو إنهائه، وهي في نظرية الأموال العامة حماية بالغة تحول دون جواز التصرف فيها، وانعدام تملكها بالتقادم، أو بوضع اليد مهما حسنت النية أو طالت المدة، وهي امتيازات لا تتمتع بها أموال الأفراد في القانون الخاص[٣٦٨].

وإذا كانت امتيازات السلطة العامة تجعل الإدارة في مركز أعلى من الأفراد، فإنها لا تعني في رأي هوريو أنها تجعلها في مركز متسلط عليهم، فالسلطة عنده ليست سلطة مطلقة أو مستبدة، لا يحدها حد، ولا يقيدها قيد، وإنما هي سلطة مقيدة بقيود موضوعية بحتة تتمثل في الأهداف التي يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وهي إشباع الحاجات العامة التي يطلق عليها اصطلاحاً المرافق العامة[٣٦٩].

وبناءً على ما تقدم يخلص هوريو إلى القول بأن – وهذا ما يهمنا – معيار السلطة العامة لا معيار المرفق العام هو أساس تحديد نطاق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، بمعنى أن القانون الإداري لا يطبق إلا حيث تستخدم الإدارة بعض الامتيازات المقررة للسلطة العامة، أو حيث يوجد عمل أو تصرف يقوم على أساس فكرة السلطة، أي أن طبيعة العمل ذاته وطبيعة الوسائل التي تستخدمها الإدارة هي التي يرجع إليها في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٧٠].

ثانياً- تقدير رؤية هوريو لمعيار السلطة العامة

تمتاز رؤية هوريو لمعيار السلطة العامة بأمرين أساسيين: الأول أنها وسعت من نطاق القانون الإدراي ومجالات اختصاص القضاء الإداري، على خلاف ما ذهب إليه أنصار نظرية السلطة العامة التقليدية، حيث أدخل طائفة من الأعمال والتصرفات القانونية كانت قد أخرجت تأثراً بفكر هذه النظريةبغير حق من نطاق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، ومن أبرزها العقود الإدارية[٣٧١].

---

(٣٦٧) انظر: د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٢٩، وانظر كذلك د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص١٨٧ وما بعدها. وانظر كذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص٣٢٦.
(٣٦٨) انظر د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٢٧ وما بعدها.
(٣٦٩) انظر نفس المرجع، ص٢٢٧.
(٣٧٠) انظر د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإاري المصري والمقارن ، المرجع السابق، ص٩٩ وما بعدها.
(٣٧١) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٣٠ وما بعدها.

أما الأمر الثاني فهو أن السلطة العامة في منطق هوريو هي سلطة مقيدة لا مطلقة، فهي مقيدة بالسعي إلى تحقيق هدف معين يتمثل في إشباع الحاجات العامة[٣٧٢].

بيد أن تصور هوريو للسلطة العامة كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري كان ناقصاً، ذلك أن فكرة السلطة العامة – كما يقول الفقيه الفرنسي جان ريفيرو – إذا كانت تقدم تفسيراً للسواد الأعظم من القواعد الإدارية، فإنها لا تقدم تفسيراً لها جميعاً، فالإدارة إذا كانت تتمتع في بعض الحالات بامتيازات تسمو بها على مكانة الأفراد في القانون الخاص، فإنها في حالات أخرى تخضع لقيود تجعلها في أقل من مكانتهم. ومن هنا فإنه في القانون الإداري توجد السلطة العامة ويقابلها الخضوع العام، ولذلك فإن مخالفة الشريعة العامة كمظهر للسلطة العامة في القانون الإداري لا يعني دائماً تمتع الإدارة بحقوق أكبر من تلك التي يتمتع بها الأفراد، وإنما يعني أيضاً أن يكون لها من الحقوق ما يقل عما يتمتع به الأفراد[٣٧٣].

فعلى سبيل المثال نجد أن الإدارة حين تبرم عقداً لا تكون حرة في اختيار من يتعاقد معها. وهذا على خلاف الفرد في القانون الخاص حيث تكون له هذه الحرية كاملة ذلك أن حرية اختيار المتعاقد تكون قاعدة في العقود الخاصة، ولكنها تلتزم باتباع أسلوب معين هو المناقصة أو المزايدة. الذي يجردها من مدى واسع من هذه الحرية.

وخلاصة ما تقدم أن الإدارة وإن تمتعت في القانون الإداري في بعض الحالات بمظاهر للسلطة تجعلها تتمتع بامتيازات لا يعرفها القانون الخاص، فإنها تخضع في حالات أخرىلقواعد في ذات القانون لا يعرفها أيضاً القانون الخاص، تجعلها في مركز أقل من مركز الأفراد العاديين.

وبناءً عليه إذا كانت نظرية هوريو تقدم تفسيراً مقنعاً للنوع الأول من القواعد، فإنها عجزت أن تقدم تبريراً للنوع الآخر، الأمر الذي جعلها نظرية قاصرة على أن تكون أساساً مبنياً لهذا القانون، ومعياراً دقيقاً لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة وبالتالي مجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٧٤].

أضف إلى ما تقدم أن هوريو وإن كان قد جعل من معيار السلطة العامة أساس القانون الإداري وتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري، إلا أنه لم يطلق يد السلطة العامة في استخدام حقوق السلطة وامتيازاتها إزاء الأفراد ولم يكتفي بما تفرضه هذه السلطة على نفسه من قيود بمحض إرادتها، وإنما يرى أن القيود المفروضة على حقوق السلطة العامة لم تعد قيوداً خاضعة لإرادتها وحدها، أي لم تعد قيواد إرادية اختيارية. ولكنها تحولت إلى قيود موضوعية فأصبحت بذلك نظاماً مفروضاً على السلطة العامة، وهذا النظام المفروض هو نظام المرافق العامة[٣٧٥]. وبالتالي فإن معيار السلطة العامة لا يصلح لأن يكون أساس القانون الإداري وتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري كما قال بذلك الفقيه هو ريو بمعزل عن معيار المرفق العام، طالما أن استعمال الإدارة لحقوق السلطة وامتيازاتها غير جائز خارج نطاق المرافق العامة. وهذا المعنى يظهر بوضوح في العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري ومحكمة التنازع في فرنسا، ومن هذه الأحكام نذكر حكم محكمة التنازع في قضية comites centraux de ravitaillement والذي قررت فيه بصدد بحث مسئولية هيئة التموين عن تلف مواد التموين التي تتولى نقلها – تطبيق أحكام المسئولية الإدارية واختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع على أساس (وهذا هو المهم) أن منظمة التموين

---

(٣٧٢) د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص١٠١ وما بعدها.
(٣٧٣) انظر، د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٣١.
(٣٧٤) انظر، محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٣١، وما بعدها.
(٣٧٥) انظرد. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق ص١٠١.

المنسوب إليها الضرر تقوم بمهمة إدارية تتعلق بمرفق عام وأن عنصر السلطة العامة كامنٌ في هذا النشاط المرفقي الذي تقوم به هذه الهيئة[٣٧٦].

وبتحليل هذا الحكم نستطيع القول بأن عنصر السلطة العامة لا يصلح لوحده أن يكون أسساً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري بمعزل عن عنصر المرفق العام.

وخلاصة ما تقدم أن معيار السلطة العامة كما قال به العميد هوريو وإن كان قد وسع من نطاق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري على نحو يختلف عما قال به أنصار معيار السلطة العامة بمفهومها التقليدي كما سبق أن راينا؛ إلا أنه لا يصلح لوحده أن يكون أساساً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري بمعزل عن معيار المرفق العام. أضف إلى ما تقدم أن مفهوم السلطة العامة كما قال به هوريو هو مفهوم ناقص غير قادر – كما سبق أن ذكرنا – على تقديم تفسير لبعض القواعد الإدارية التي تخضع لها الإدارة ولا يعرفها القانون الخاص، والتي تجعل الإدرة في مركز أقل من مراكز الأفراد العاديين.

هذا النقص هو ما دفع بالعميد فيدل إلى معالجة مفهوم السلطة العامة الذي قال به العميد هوريو، ليشمل هذا النوع الأخير من القواعد الإدارية، كما سوف نرى ذلك في رؤية فيدل لمعيار السلطة العامة.

الفرع الثاني

رؤية فيدل لمعيار السلطة العامة وتقديرها

أولاً- رؤية فيدل لمعيار السلطة العامة:

إن معيار السلطة العامة في نظر العميد فيدل لا يقتصر على الامتيازات والاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة والتي لا تجد لها مقابلاً في علاقات القانون الخاص، وتميز الإدارة وتجعلها في مركز أسمى من مركز الأفراد الذين تتعامل معهم، وتهدم قاعدة المساواة التي تقوم عليها علاقات الأفراد فيما بينهم، بل إن معيار السلطة يشمل فوق ذلك القيود والالتزمات التي يخضع لها النشاط الخاص[٣٧٧]، والتي أغفلتها نظرية السلطة العامة كما قال بها العميد هوريو.

وعلى هذا النحو يكون للسلطة العامة لدى فيدل معنى مزدوج: امتيازات للإدارة تتمتع بها في مواجهة الأفراد لا نظير لها في القانون الخاص، تقابلها قيود عليها غير مألوفة أيضاً في القانون الخاص[٣٧٨]. وهذه الصياغة الجديدة لنظرية السلطة العامة تختلف كثيراً عن الصياغة الأصلية التي قال بها العميد هوريو، وتتفق مع الرأي الذي قال به ريفيرو[٣٧٩].

ويرى فيدل أن فكرة السلطة العامة بهذا المعنى المزدوج جديرة بأن يؤسس عليها القانون الإداري، لاسيما وأنها أمر يقتضيه النظام في دولة القانون ذاك الذي يقتضي أنه إذا كانت الإدارة لقيامها على الصالح العام يجب أن تتمتع بامتيازات معينة، فإنه حتى لا يساء استخدام هذه الامتيازات، وللصالح العام أيضاً. يجب أن تفرض عليها قيود أشد من تلك القيود التي يفرضها القانون الخاص على الأفراد[٣٨٠].

---

(٣٧٦) نقلاً عن د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق، هامش ص٩٦. وانظر المزيد من الأحكام في نفس المرجع والصفحة.
(٣٧٧) انظر د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٤٦.
(٣٧٨) انظر: د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٤٦ وما بعدها.
(٣٧٩) انظر: د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٤٦ وما بعدها.
(٣٨٠) أنظر: د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٣٨

وبناءً على ما تقدم يخلص فيدل إلى القول بأن النشاط الإداري الذي يخضع للقانون الإداري وتخضع المنازعات المثارة بشأنه للقضاء الإداري، هو النشاط الذي يصدر عن السلطة التنفيذية بمناسبة أداء وظيفتها وتتبع في ممارسته أساليب السلطة العام[٣٨١].

هذا هو معيار السلطة العامة بمفهومة الحديث عند فيدل والذي رأى فيه أنه هو الأساس في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري.

ثانياً- تقدير رؤية فيدل لمعيار السلطة العامة:

إن معيار السلطة العامة بمفهومها الحديث كما قال به الفقيه فيدل يقدم تفسيراً مقنعاً للعديد من نظريات القانون الإداري، كما يبرر بمنطق خروج بعض التصرفات من نطاقه ونطاق اختصاص القضاء الإداري فمن ناحية أولى أخرج معيار السلطة العامة من نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري تصرفات الإدارة التي لا تنطوي على امتيازات غير عادية أو خضوع غير مألوف أي تلك التي تتبع في القيام بها أساليب القانون الخاص مثل إدارة أموالها الخاصة، وإبرام العقود المدنية لسير نشاطها، ومن ناحية ثانية أدخل في هذا النطاق نظريات تحمل جانباً من الامتيازات العامة، وطرفاً من الخضوع العام مثل نظرية القرارات الإدارية، والعقود الإدارية، والأموال العامة والوظيفة العامة[٣٨٢].

وعلى الرغم من أن فيدل تبنى إحياء وتوضيح فكرة السلطة العامة والدفاع عنها، إلا إنه لا ينكر أهمية فكرة المرفق العام وإنما يعارض فقط اتخاذ هذه الفكرة وحدها أساساً للقانون الإداري، إذ لابد من ربطها بفكرة أخرى هي فكرة السلطة العامة على أن تكون فكرة السلطة العامة في الطليعة. ونلاحظ أن هذا الرأي يتفق في الواقع مع ما ذهب إليه الفقيه "دي لوبادير" وهو – كما سبق عرفنا[٣٨٣]– من المدافعين بشدة عن فكرة المرفق العام وضرورة الإبقاء عليها مع تطعيمها وتزويدها بما يدرأ عنها تهمة القصور عن تحقيق الغرض منها، وعلى ذلك فكلا الرأيين يذهب إلى أنه لإيجاد معيار سليم وكافٍ لأن يكون أساساً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، يجب الربط والمزج بين فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام، وينحصر الخلاف بينهما على أي الفكرتين تظهر في المقدمة وتبدو أكثر أهمية من غيرها في هذا المعيار المزدوج[٣٨٤]. ففي حين يرى الفقيه لوبادير أن معيار المرفق العام هو الأساس وأن السلطة العامة ما هي إلا عنصر مكمل، فإن الفقيه فيدل يرى على العكس أن معيار السلطة العامة هو الأساس وأن المرفق العام ما هو إلا عنصر مكمل.

وقد سبق أن تعرضنا لرأي الفقيه دي لوبادير في تقدير قيمة المرفق العام في تحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، وانتهينا إلى القول بأن فكرة المرفق العام على الرغم من أهميتها في تحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري إلا أنها لا تكفي لوحدها فهي لا تعدو أن تكون عنصراً يدخل ضمن عدة عناصر يتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري.

وذات المعنى ينطبق على معيار السلطة العامة كما قال به فيدل. ذلك أنه وإن كنا نتفق مع الفقيه على أهمية فكرة السلطة العامة في تحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري، وكذلك عدم كفاية هذه الفكرة لوحدها في هذا الشأن، إلا أننا نختلف معه في تقدير قيمة فكرة السلطة العامة في تحديد

---

(٣٨١) انظر: د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن ، المرجع السابق، ص ١٠٣
(٣٨٢) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ٢٣٩ وما بعدها، وانظر كذلك في تحديد مجالات القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري وفقاً لمعيار السلطة العامة د. ثروت بدوي المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها.
(٣٨٣) أنظر في ذلك المطلب الرابع من هذا البحث.
(٣٨٤) د. محمد كامل ليلة ، المرجع السابق، ص٧٧ وما بعدها.

الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري ففي حين يرى الفقيه أن فكرة السلطة العامة هي المعيار الأساسي في هذا الشأن وأن فكرة المرفق العام ما هي إلا عنصر مكمل، فإننا نرى أن فكرة السلطة العامة هي أيضاً على الرغم من أهميتها لا تعدو أن تكون عنصراً يدخل ضمن عدة عناصر لها جميعاً ذات القيمة تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للمنازعة ومجالات اختصاص القضاء الإداري. وهذا المعنى ظاهر في الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري ومحكمة التنازع في فرنسا، والأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في مصر، والتي استند إليها أنصار معيار السلطة العامة في تبرير فكرة السلطة العامة كأساسلتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، كما يظهر هذا المعنى أيضاً في الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري الليبي. ففي فرنسا نجد أن محكمة التنازع قد أسست اختصاص القضاء العادي بنظر الدعوى في قضية معدية إلوكا السابق الإشارة إليها على أن إدارة المستعمرة كانت تدير مرفق النقل (وهو مرفق عام) على نحو ما يدير به الأفراد أنشطتهم الماثلة (أي دون اتباع أساليب السلطة العامة).

وقد استند أنصار معيار السلطة العامة إلى هذا الحكم في تبرير فكرة السلطة العامة كأساس لتحديد مجالات اختصاص القضاء الإداري وعدم صلاحية فكرة المرفق العام في هذا الشأن، بمعنى أنهم رأو أن محكمة التنازع قد أسست حكمها بعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر الدعوى على عدم اتباع الإدارة أساليب السلطة العامة في نشاطها.

بيد أننا بتحليل هذا الحكم لا نتفق مع هذا الرأي، وتستطيع القول بأن محكمة التنازع قد قررت أنه لكي يعد النشاط نشاطاً إدارياً وبالتالي يدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الإداري ويدخل ما يثار بشأنه من منازعات ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري، فإنه لابد من توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يتعلق هذا النشاط بتنفيذ مرفق عام. وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها إن إدارة المستعمرة كانت تدير مرفق النقل (وهو مرفق عام).

أما الشرط الثاني: فهو أن تتبع الإدارة في قيامها بهذا النشاط أساليب السلطة العامة أو القانون العام. وهو ما عبرت عنه المحكمة حين سببت حكمها بعدم اختصاص القضاء الإداري بقولها إن إدارة المستعمرة كانت تدير مرفق النقل على نحو ما يدير به الأفراد أنشطتهم (أي دون اتباع أساليب السلطة العامة)، وبناء على ما تقدم نخلص إلى القول بأن فكرة السلطة العامة في فرنسا على الرغم من أهميتها إلا أنها لا تصلح لوحدها أن تكون أساساً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، وإنما هي تعد – كما سبق أن ذكرنا – عنصراً يدخل ضمن عدة عناصر لها جميعاً ذات القيمة في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري.

أما في مصر فنجد أن محكمة القضاء الإداري قد قررت في حكمها الصادر بتاريخ ١٦-١٢-١٩٥٦ وهي بصدد تحديد صفات العقد الإداري والذي يخضع كأصل عام للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري "... أن علاقة العقد بالمرفق العام – إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً – فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون ليست ذات علاقة ضمنية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بمرفق عام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبع الأفراد في تصرفاتهم الخاصة؛ ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة

ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور".... مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد ..."[٣٨٥].

وقد استند أنصار معيار السلطة العامة في مصر[٣٨٦] إلى هذا الحكم في تبرير فكرة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري بمعزل عن فكرة المرفق العام، بيد أننا بتحليل هذا الحكم لا تتفق مع هذا الرأي ونرى أن محكمة القضاء الإداري قد قررت أنه لكي يعد العقد عقداً إدارياً وبالتالي يدخل كأصل عام ضمن مجالات تطبيق القانون الإداري. وتدخل المنازعات المثارة بشأنه ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري فإنه لابد أن يتوافر بشأنه عنصران: العنصر الأول: أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام، أما العنصر الثاني: فهو أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وهذان العنصران يشتركان وعلى درجة متساوية في منح العقد العقد الصفة الإدارية أي، أن لكل منهما ذات القيمة في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد وبالتالي تحديد مجالات تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الجهات الإدارية.

ومن الأحكام الحديثة نسبياً الصادرة عن القضاء الإداري في مصر والتي تحمل بوضوح ذات المعنى السابق حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٢٤ والذي جاء فيه "... إن المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً نشاطه بمرفق عام، ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ... وأنه بناءً على ذلك إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد في عقود القانون الخاص وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيماً أو تسيراً أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص".[٣٨٧]

ويلاحظ أن هذا الحكم أكثر وضوحاً من الحكم السابق في تحديد العناصر المطلوب توافرها في العمل لكي يكون عملاً إدارياً وبالتالي يدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الإداري وتدخل المنازعات المثارة بشأنه ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري، ذلك أنه تطلب بالإضافة إلى العنصرين السابقين (المرفق عام والسلطة العامة) أن يكون العمل صادراً من شخص معنوي عام، وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها (أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً).

ولا يختلف الوضع في ليبيا عما هو عليه الوضع في كل من فرنسا ومصر حيث نجد أن المحكمة العليا قد قررت في حكمها الصادر بتاريخ ١٣-١١-١٩٨٣ وهي بصدد تحديد صفات عقد التوريد الإداري "أن اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطة ان يكون هذا العقد وفقاً

---

(٣٨٥) قضية رقم ٢٢٢ لسنة١٥ ق ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، س١١، ص٨٧، وما بعدها وانظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم٧٨٠، لسنة ٥ ق، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، س١١، ص٧٦ وما بعدها.

(٣٨٦) د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر وديسمبر س٢٧، ع.٣-٤. ص١١٨ وما بعدها.

(٣٨٧) طعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق.ع، مجموعة المبادئ التي قرر تها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى الجزء الأول، من أكتوبر سنة ٢٠٠٦ حتي أبريل سنة ٢٠٠٧، ص٥٠٨. وانظر، كذلك الكعنان رقما ٣٠٩٥٢ و٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق.ع، الدائرةالثالثة، جلسة ٢٠١٠/٩/١٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قرتها المحكمة الإدارية العليا في السنتين الخامسة والخمسين والسادسة والخمسين، من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٩ إلى أخر سبتمبر سنة ٢٠١١، ص ٦١٤.

لمقصود المشرع منه في نص المادة الرابعة من القانون رقم ٧١-٨٨م بشأن القضاء الإداري إدارياً، بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتعلقاً بمرفق عام، ومحتوياً على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة أو متضمناً لما يفيد أن نيه الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاثة التي تتميز بها العقود الإدارية فإنه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه من اختصاص القضاء الإداري"[٣٨٨].

وقد رددت المحكمة العليا هذا المعنى في أحد أحكامها الحديثة نسبياً والصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٢٥ والذي جاء فيه بشأن تحديد مفهوم العقد الإداري "إن العقد الإداري هو الذي تبرمه جهة الإدارة ويكون متعلقاً بمرفق عام ومحتوياً على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، فإن فقد العقد إحدى هذه الخصائص فإنه لا يكون عقداً إدارياً ..."[٣٨٩].

ومفاد ما تقدم أن عقد التوريد لكي يعد عقداً إدارياً يدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الإداري وتدخل المنازعات المثارة بشأنه ضمن مجالات اختصاص القضاء الإداري لابد أن تتوافر فيه ثلاثة عناصر:

العنصر الأول هو أن يكن أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً والعنصر الثاني أن يكون متعلقاً بمرفق عام. أما العنصر الثالث فهو أن يحتوي على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة.

وهذه العناصر لها ذات القيمة في تحديد الطبيعة الإدارية لعقد التوريد فإن غاب أحدها انتفت تبعاً لذلك الصفة الإدارية لعقد التوريد وخرج النزاع بشأنه عن نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري.

ومن جملة ما تقدم نخلص إلى القول بأنه لا يمكن الاعتماد على فكرة واحده أو معيار واحد في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري أياً كانت هذه الفكرة أو هذا المعيار، وأنه لابد من الجمع بين عدة معايير واعتبار كل منها عنصراً يدخل ضمن مجموعة عناصر يتحدد على أساسها نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، وهذا ما اتجه إليه الفقه – كما سوف نرى – بعد فشل المعايير السابقة كلٌ على حدى في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري.

المطلب الرابع

المعيار المزدوج (المنفعة العامة والسلطة العامة)[٣٩٠]

([٣٨٨]) طعن إداري رقم ١٦ لسنة ٢٧ ق، م. م.ع، س١٤، ع.٢١، ص٢٥ وانظر كذلك حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم ٤٥ لسنة ٣٣ ق، جلسة ٦-٦-١٩٨٨، م.م.ع، ٢٠١٤، س٢٦، ص٩٥.

([٣٨٩]) طعن مدني رقم ٤٩/٢١٥ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء المدني الجزء الثالث، ٢٠٠٤، ص١٥٨.

([٣٩٠]) تجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى المعيار المزدوج المتكون من فكرتي المنفعة العامة والسلطة العامة، هناك معيار مزدوج آخر يتكون من فكرتي المرفق العام والسلطة العامة، وقد سبق أن تعرضنا إلى هذا العيار الأخير أثناء حديثنا عن رأي الفقيه الفرنسي دي لوبادير في معيار الرفق العام كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري. انظر المطلب الرابع من هذا الفصل ص ٣٥.

نتيجة للانتقادات الموجهة إلى المعايير التي قيل بها كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري كلٌ على حدى، اتجه بعض الفقه إلى عدم رد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري إلى فكرة واحده جامعة، كما هو الشأن في المعايير السابقة ذكرها، والاعتماد في هذا الشان على فكرتين متجانستين متلازمتين يواجه بهما ما أصاب نظام المعيار الواحد من قصور[٣٩١]. هاتين الفكرتين هما المنفعة العامة والسلطة العامة. وتفصيلاً لما تقدم سوف نتعرض لمضمون هذا المعيار المزدوج، وتقديره كأساس لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، وذلك وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول

مضمون المعيار المزدوج (المنفعة العامة والسلطة العامة)

يرى الفقيه الفرنسي جان ريفيرو وهو زعيم مذهب المعيار المزدوج أن مبادئ القانون الإداري تختلف عن مبادئ القانون الخاص من حيث كونها تعطي الإدارة سلطات لا يمكن أن تنشأ في علاقات الأفراد. ولكن في مقابل ذلك، يفرض القانون الإداري على الإدارة من الالتزامات والقيود ما يكون أشد وأثقل وطأة من الالتزامات والقيود التي يفرضها القانون الخاص على الأفراد، هذه الالتزامات الباهظة والقيود الثقيلة المفروضة على نشاط الإدارة، وتلك الامتيازات الخارقة التي تتمتع بها، تكون ما يسميه ريفييرو أساليب القانون العام. وهذه الأساليب التي تستخدمها الإدارة، يتحدد نطاقها بهدف النفع العام الذي تسعى إلى تحقيقه[٣٩٢].

وبهذا يتميز النشاط الإداري – في نظر ريفييرو – بأنه استخدام لأساليب معينة، هي أساليب القانون العام، وبكونه يستهدف تحقيق النفع العام للجماعة. وبالجمع بين هذين المعيارين، يرى ريفيرو تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري[٣٩٣].

الفرع الثاني

تقدير المعيار المزدوج

إذا كان يعود للفقيه ريفيرو الفضل في توجيه الفقه الإداري إلى عدم الاعتماد على معيار واحد في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري، والاعتماد في هذا الشأن على معيار مزدوج متكامل في عنصرية ويتفادى بجماعهما العيوب التي توجه إلى أي منهما منفرداً، إلا أن هناك من الانتقادات ما يمكن أن يوجه إلى نظريته وهي أن فكرة المنفعة العامة التي استعاض بها عن فكرة المرفق العام الغامضة في نظره هي أيضاً فكرة غامضة ولها من المرونة – كما سبق أن ذكرنا[٣٩٤]– ما يجعلها لا تصلح أساساً لأن تكون معياراً بذاتها ولاشقاً في معيار[٣٩٥].

---

(٣٩١) انظر: د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق، ص٢٦٨.
انظر: د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٧٥.
(٣٩٢) انظر د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق، ص٢٦٩.
(٣٩٣) انظر نفس المرجع، ص٢٦٩.
(٣٩٤) انظر المطلب الخامس من هذا المبحث .
(٣٩٥) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص٢٨٣.

ونحن من جانبنا وإن كنا نتفق مع ما ذهب إليه الفقيه ريفيير في الشق الأول من رأيه من عدم الاعتماد على فكرة أو معيار واحد كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، إلا أننا نختلف معه في الشق الثاني من رأيه والذي قال فيه بالاعتماد على عنصري أو فكرتي المنفعة العامة والسلطة العامة كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإدراي، ونرى أن هاتين الفكرتين ما هما إلا عنصرين يدخلان – كما سبق أن ذكرنا – ضمن مجموعة عناصر لها جميعًا ذات القيمة، يتحدد على أساسها نطاق تطبيق القانون الإداري ومجالات اختصاص القضاء الإداري. كما سوف نرى ذلك في المطلب الأخير من هذا البحث.

المطلب الخامس

معيار الإدارة العامة والإدارة الخاصة

يعد معيار الإدارة العامة والإدارة الخاصة من المعايير الحديثة التي قال بها جانب من الفقه الإداري كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري وعلى رأسه الفقيه الفرنسي الكبير رينيه شابيه R. Chapus[٣٩٦]. ويتلخص مضمون هذا المعيار في التمييز بين أسلوب الإدارة العامة وأسلوب الإدارة الخاصة؛ فيكون العمل أو النشاط إداريا يخضع لمبادئ القانون الإداري وتخضع المنازعات المثارة بشأنه لاختصاص القضاء الإداري متى كان في مضمونه أو جوهره مما يدخل تحت أسلوب الإدارة العامة. وعلى العكس لا تتحقق الصفة الإدارية للعمل ولا للمنازعة المثارة بشأنه متى كان داخلاً في عداد أساليب الإدارة الخاصة[٣٩٧]. ويعد العمل من أعمال الإدارة العامة متى كانت الإدارة تمارسه في ظروف غير مألوفة في القانون الخاص، إما باستعمال الإدارة لامتيازات غير عادية وإما لوجود الإدارة في مركز يتميز بقيود والتزامات غير عادية و غير مألوفة دائماً بالمقارنة بالأفراد فيما بينهم في نطاق القانون الخاص بينما يعد العمل من أعمال الإدارة الخاصة متى كانت الإدارة تمارسه في ظروف مماثلة ومألوفة في القانون الخاص تماماً مثل الأفراد[٣٩٨].

ويدخل في عداد أعمال الإدارة الخاصة على هذا النحو عقود الإدارة التي لا تتضمن شروط استثنائية أوغير مألوفة، وإدارة الدولة والأشخاص العامة لأموالها الخاصة، وكذلك المنازعات الإدارية الناشئة عن المرافق الصناعية والتجارية أو المرافق العامة الاجتاعية، ويعتقد أنصار معيار الإدارة العامة أنه هو المعيار الذي تستوجبه الأحكام الأساسية الصادرة من مجلس الدولة أو محكمة التنازع[٣٩٩].

وفي تقدير هذا المعيار يمكننا القول أننا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه[٤٠٠] من أن الفقيه شابيه من دعاة معيار السلطة العامة بمفهومه الحديث كما قال به الفقيه فيدل، وذلك أنه (أي الفقيه شابيه) قد انتهى إلى تلخيص فكرته في أن استخدام السلطة العامة، واستعمال أساليب مغايرة لأساليب القانون الخاص هو أسلوب الإدارة العامة، وهو الأساس الوحيد للقانون الإدار واختصاص القضاء الإداري، وهذا المعنى هو ما انتهى إليه العميد فيدل في نظرية السلطة العامة بمفهومها الحديث.

---

(٣٩٦) أهم أنصار هذه النظرية هم الفقيه جان لويس دكوراي، وروسيه، وعلى رأسهم رينيه شابيه ، انظر: د. محمد رفعت ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧.

(٣٩٧) أنظر: د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق، ص٢٧٠.

(٣٩٨) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٣٩٩) المرجع السابق، ص٣٢٧ وما بعدها.

(٤٠٠) د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق ص ٢٧٠.

المطلب السادس

معيار القانون الواجب التطبيق

يعد معيار القانون الواجب التطبيق أيضاً من أحدث المعايير التي قال بها جانب من الفقه الإداري في تحديد أساس اختصاص القضاء الإداري وعلى رأسه الفقيه الفرنسي أيزنمان Eisenmann، ومضمون هذا المعيار هو أن طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع هي التي تحدد جهة الاختصاص، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون المدني فإن الاختصاص يكون للقضاء المدني، أما إذا ارتأى القاضي أن النزاع يستدعي اللجوء إلى قواعد قانونية تختلف عن قواعد القانون المدني فإن الاختصاص سينعقد للقضاء الإداري[٤٠١].

ويختلف تطبيق هذا المعيار باختلاف موضوع النزاع وما إذا كان متعلقاً بالأعمال القانونية أم بالأعمال المادية للإدارة، أم بفعل الأشياء المستعملة لحساب الإدارة:

ففي المنازعات المتعلقة بالعمليات القانونية للإدارة فإن صدور عمل قانوني لحساب الإدارة يعني أن متخذة قد اختار الإطار القانوني لهذا العمل وبالتالي حدد أرضيته أهي القانون العام أم القانون الخاص، وعلى هذا الأساس فإن فحص العمل، كافٍ لتحديد جهة الاختصاص، سواء كان العمل القانوني قرار إداري أم عقد إداري؛ ففيما يتعلق بالقرارات التنفيذية فإنه سواءً أكانت الدعوى الموجهة ضد القرار دعوى تجاوز السلطة أو طلب تعويض عن الأضرار الناتجة عن قرار فردي أو لائحي، فإن العامل الحاسم هنا لاختصاص القضاء الإداري هو صفة مصدر القرار، لان سلطة إصدار القرارات مقصورة على الإدارة باعتبارها أحد امتيازات السلطة العامة[٤٠٢].

أما فيما يتعلق بالعقود فالمنهج المتبع هو تحديد طبيعة العقد أهو إداري وبالتالي تدخل المنازعات المثارة بشأنه ضمن اختصاص القضاء الإداري، أم عادي وبالتالي تدخل المنازعات المتعلقة به ضمن مجالات اختصاص القضاء العادي، ويعتبر العقد إدارياً إذا كان يساهم في تنفيذ مرفق عام ويحتوي على شروط استثنائية.

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعمليات المادية للإدارة فإن هذه المنازعات تكون أساساً في صورة دعوى مسئولية مرفوعة على الإدارة، وهي على العكس من الأعمال القانونية لا تحمل في طياتها ما ينبئ عن النظام القانوني الواجب التطبيق عليها، ومثالها حادث سيارة أو فقد ملف أو إصابة بطلق ناري، والمنهج المتبع بخصوص هذه المنازعات هو فحص المضمون القانونون الذي ينتمي إليه، وتطبيقاً لذلك إذا كانت العملية مرتبطة بمرفق عام يدار بأسلوب القانون الخاص مثل المرافق الصناعية أو التجارية أو الاجتماعية فإن المختص يكون هو القضاء المدني، أما إذا ارتبطت العملية بمرفق عام إداري فإن المختص بها هو القضاء الإداري أساساً[٤٠٣].

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بفعل الأشياء المستعملة لحساب الإدارة فهي تكون في صورة دعوى تعويض عن الأضرار الناتجة عن فعل الأشياء المادية، عقارات أو منقولات، ولتحديد أي القضائين الإداري أم العادي صاحب الاختصاص بنظر هذه المنازعات، فإنه ينظر إلى النظام القانوني الذي يخضع له الشيء،

---

(٤٠١) انظر د. سعاد الشرقاوي، المسئولية الإدارية ، دار المعارف بمصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢، ص٥٣.
وانظر كذلك د. محمد الشافعي ابو رأس، المرجع السابق، ص١٥٥ وما بعدها.
(٤٠٢) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص٥٦ وما بعدها.
(٤٠٣) نفس المرجع السابق، ونفس الصفحة.