

**” دور القضاء الإداري في حماية حق التعاقد**

**في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري”**

---

**اعداد**

**علي عدنان علوان البراك**

## مقدمة

من المسلم به أن العقد الذي تيرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم حيث أن كلا منهم يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة.

وبناء على ذلك فإن العقد الإداري يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، بيد أن العقدين - الإداري والمدني - يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما ومرجع هذا الاختلاف أن الإدارة تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوفر للمتعاقد معها وذلك بهدف تحقيق أهداف أو أغراض المرفق العام الذي من أجله تم إبرام العقد.

يترتب على ذلك، وعلى هذا الأساس، أن تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها تفوق بكثير حقوقه في مواجهتها لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعاقد لتحقيق المصلحة الخاصة.

وبما أن العقد الإداري لا يعدو أن يكون عقداً، يهدف فيه المتعاقد مع الإدارة إلى تحقيق الربح كما في العقود المدنية، فكان من الطبيعي أن يعمل القضاء الإداري على ضمان حقوق المتعاقد، وذلك لأن العقد الإداري يتميز بطبيعة خاصة، تجعل للإدارة سلطات واسعة تجاه المتعاقد منها الإنهاء والتعديل وتوقيع الجزاءات، والتي من الممكن أن تؤثر على حقوق المتعاقد المالية ولو بطريق غير مباشر، مما يؤدي إلى إخلال التوازن المالي لحقوق المتعاقد، وهو ما لم يتفق المتعاقد على أساسه.

وبما أن القضاء الإداري قد اعترف للإدارة بحقها في ممارسة سلطاتها على المتعاقد، فكان لا بد من وجود ما يقابل هذه السلطات بحيث يحفظ التوازن داخل العقد، فتستطيع الإدارة تعديل العقد وممارسة سلطاتها حفاظاً على المصلحة العامة وسير المرفق العام، ودون أن يلحق المتعاقد مع الإدارة أي إخلال بحقوقه المالية.

ومن هنا واستمراراً للدور الإبداعي الذي اعتاد القضاء الإداري على القيام به، في مجال العقود الإدارية، كان لزاماً على القضاء الإداري التدخل لمواجهة ما قد يعترض تنفيذ العقود الإدارية من عقبات، ومن ثم ابتداء بعض القواعد التي تتوافق مع الطبيعة الإدارية للمرفق العام والحفاظ على استمراريته بانتظام واضطراد، من خلال كفالة وضمان انتظام سير المرفق العام، وفي نفس الوقت كفالة وضمان حقوق الأفراد والمتعاقدين مع الإدارة.<sup>(١)</sup>

ومن هنا ظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية، بهدف إعادة التوازن بين حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته مرة أخرى، والتي ظهرت لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرافق العامة، والتي تولى "بلوم" صياغتها في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة في قضية "Cie française des tramways" والذي أكد على أنه "من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام، ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه، فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة، ففي كل عقد التزام يتضمن - كما لو كان حساباً- التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وما يتطلب منه، وهذا هو ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري، والتساوي المالي لعقد الامتياز"<sup>(٢)</sup>.

وبهذا يتضح أن تقرير فكرة التوازن المالي قد بدأت بعقود التزام المرافق العامة، ثم انتقلت بعد ذلك إلى عقود مقاولات الأشغال العامة والتوريد.

(١) - Joel CARBJO, Droit des services publics, Dalloz, paris, ٣<sup>e</sup> ed., ١٩٩٧, p. ٤٠

(٢) - د. هيثم حليم غازي: التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون رقم طبعة، ٢٠١٥، ص ٥٠.

والتوازن المالي للعقد الإداري يستهدف الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته المترتبة على العقد الإداري، وهو بذلك لا يعني مرادفاً لإدارة المشروع إدارة متوازنة، بل إن التوازن المالي يعنى الحرص على التوازن العادل والمعقول أو الشريف بين الالتزامات والحقوق التي اتخذها في الاعتبار عند إبرام العقد. فقط عندما يختل التوازن المالي للعقد.<sup>(٣)</sup>

ويقوم التوازن المالي للعقد الإداري على أساس من اعتبارات العدالة، وذلك نظراً لما هو مفترض من مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، وكفالة وانتظام سير المرافق العامة.

وتخضع فكرة التوازن المالي للعقد الإداري لعدد من الضوابط يمكن تلخيصها في:

- وجود ارتباط وثيق بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه في مرحلتي تكوين العقد الإداري أو تنفيذه، فالمتعاقد مع الإدارة لا يقبل بالالتزامات التي ستفرض عليه في العقد قبل التأكد من أنه سيحصل على ربح مناسب للأموال التي سيستثمرها في العقد الإداري، وفي أثناء تنفيذ العقد، فبالرغم من قدرة الإدارة على تعديل العقد لمقتضيات المصلحة العامة وسير المرفق العام، إلا أنها من ناحية أخرى يجب عليها ضمان تناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته في حالة الزيادة أو النقص، وذلك حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته.<sup>(٤)</sup>

- أن التوازن المالي كفكرة لا تعنى الموازنة الحسابية الدقيقة بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، بمعنى وضع نسبة حسابية محددة بين الحقوق والالتزامات، بل إنها مجرد توجه عام يراعى الإبقاء على طبيعة العقد على ما كان عليه عند إبرامه، أي أن ينسجم العقد بطابعه مع طبيعة كل عقد وظروف إبرامه.

وفي ذلك الرأي ذهب فريق إلى القول بأن المقصود بالتوازن المالي هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، خلافاً للرأي السابق، إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي، فالرأي الأول هو الغالب فقهاً وقضاءً.<sup>(٥)</sup>

- أن فكرة التوازن المالي وكما يقول الأستاذ الدكتور الطماوى تفسر على أنها التعويض الذي يحكم الإدارة في حالات الضرر الناتج عن فعل الإدارة وهو ما ينضج في نظرية فعل الأمير، أما في غير هذه الحالات فإنها تفسر على أساس التعويض بلا خطأ من الإدارة كما في حالة الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة.<sup>(٦)</sup>

ونجد لفكرة التوازن المالي للعقد صدق في القانون المدني المصري، حيث نصت المادة ١٤٧ منه على أن "١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون. ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"

كذلك نصت المادة ١٢٩ في فقرتها الأولى منه على أن "١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم

(٣) - د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٣٢

(٤) - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥١

(٥) - في هذا الرأي انظر د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون رقم طبعة، ٢٠١٢، ص ١٧٩

(٦) - أ. د. سليمان الطماوى: الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، ٢٠١١، ص

يُبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئياً أو هوىً جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يُبطل العقد أو أن يُنقِص التزامات هذا المتعاقد. "

وإذا كانت نظريات التوازن المالي للعقد من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي فإن القضاء الإداري قد استقر على الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري منذ خمسينات القرن الماضي ، ففي حكم مطول لها أوضحت محكمة القضاء الإداري أساس تلك الفكرة بالتوضيح بأن قضت أنه " إن الفقه والقضاء الإداري وقد خلق نظرية الظروف الطارئة والتوازن المالي للعقد وغيرها من القواعد والنظريات التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملاً، وتارة يكون جزئياً. وأياً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد، واختلاف الرأي في مبرراتها فإنه لا شبهة في أنها تتردد إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة. وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح. وإن المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية- التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التي وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن، إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمره التجارب حقبية طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها، وإن الإطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكرة، حاصلها أن يكون مفهوماً أن حق الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف، يقابلها من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو ربما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية. ولكن هذا الوضع لا يعني أن يقف كلاً منهما إزاء الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرصة، أو موقف الطرف المتخاصم في نزاع إن ظل كامناً فهو خليق بأن يتحول في أي لحظة إلى دعوى تطرح امام القضاء، بل إن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أن تنتظر إليه جهة الإدارة من زاوية تراعي فيه كثير من الاعتبارات الخاصة التي تسنه على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة، وأن الهدف الأساسي هو حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الخدمات المطلوبة وسرعة أدائها ، وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدي بأمانة وكفاية. "(٧)

وفي دراستنا لدور القضاء الإداري في حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للعقد فإننا سنتناول هذه النظريات بنوع من التفصيل من خلال ثلاث مباحث وتكون خطة البحث على النحو الآتي:-

المبحث الأول: نظرية عمل الأمير

المطلب الأول: ماهية نظرية عمل الأمير

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

المطلب الثالث: صور نظرية عمل الأمير

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

(٧) - محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق. ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧.

## المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

## المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الأول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أما عن المنهج الذي سنتبعه لتحقيق غايات البحث من خلال هذه الدراسة البسيطة سيكون منهج التحليل المقارن، حيث ستعتمد الدراسة على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية الخاصة بالموضوع سواء أكان ذلك في العراق أو مصر أو فرنسا حسبما أتيح للباحث، وأيضاً على تحليل آراء الفقهاء في هذا الصدد.

## المبحث الأول

## نظرية عمل الأمير

كان نتيجة لتدخل الإدارة المتعاقدة وسلطاتها، أن ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية عمل الأمير، وذلك لمواجهة تدخلات الإدارة المتعاقدة، وتعويض المتعاقد مع الإدارة وإعادة التوازن المالي للعقد، حيث أن إعادة التوازن المالي للعقد يعتبر أحد حقوق المتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة.<sup>(٨)</sup>

ونظرية عمل الأمير هي أحد أقدم النظريات التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، لتعويض المتعاقد مع الإدارة عما أصابه من ضرر ناتج عن أعمال الإدارة المشروعة وذلك كنتيجة لفهمه الصحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها من أجل تسيير المرافق العامة.<sup>(٩)</sup>

ويعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " zie labadine " الصادر في ١٩/١١/١٩٠٩، من أوائل الأحكام التي طبق فيها المجلس العمل بهذه النظرية، إلا أن مصر لم تعرف نظرية عمل الأمير إلا بعد نشأة مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦.

وسنتناول نظرية عمل الأمير من خلال توضيح مفهومها، والأساس القانوني لها وصورها، وشروطها وأثارها كل في فرع مستقل على النحو التالي.

(٨) - د. حمدي على عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٨٠

(٩) - م. د. محمد ماهر أبو العنين: القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٣، الطبعة السادسة، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠١٣، ص ١٧٨

## المطلب الاول

## ماهية نظرية عمل الأمير

يمكن القول بأن الفقه في مصر وفرنسا وكذلك العراق يعرف نظرية عمل الأمير تعريفات عديدة ومتشابهة ، تتفق جميعها على شروط واضحة وثابتة ومستقرة، إلا ان هناك البعض من الفقه ميز بين معنيان لعمل الأمير ، أحدهما واسع والأخر ضيق، فالمعنى الواسع يقصد به كافة الإجراءات الإدارية الصادرة عن السلطات العامة ، ومن ذلك تعريف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى عمل الأمير بأنه " عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينتج عنه إساءة مركز المتعاقدين في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"<sup>(١٠)</sup> .

كذلك عرفها بنفس المعنى الواسع الفقيه دي لوبادير<sup>(١١)</sup> بأنها " كل إجراء تصدره السلطة العامة ، ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد ، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الاقتصادية والتي تعالجها نظرية الظروف الطارئة" .

كما عرفها آخر<sup>(١٢)</sup> بأنها " مخاطر تنشأ عن ممارسة صلاحيات السلطة العامة ضج المقابلة الإدارية للسلطة العامة، والذي يزداد سوءاً بسبب شروط العقد، حيث تلعب النظرية أخذ الجهة المتعاقدة في تدابير نفقات عامة تقام على المقاول".

وفي نفس المعنى عرفها البعض<sup>(١٣)</sup> أيضاً بأنها " كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية".

أما المعنى الضيق فيتعلق بمصدر الإجراء ، أى أن يكون عملاً صادراً عن الإدارة المتعاقدة، وفي هذا المعنى عرفه البعض<sup>(١٤)</sup> بأنه " كافة الإجراءات الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، والتي لا تنطوي على خطأ منها ويترتب عليها التأثير على التوازن المالي للعقد الإداري".

وعرفها البعض الآخر<sup>(١٥)</sup> بأنها " جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها"

وعرفها آخر<sup>(١٦)</sup> بأنها " تصرف مشروع غير متوقع يصدر من سلطة عامة بغير خطأ منها ينتج عنه إساءة مركز المتعاقد معها في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة

(١٠) - أ.د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٩٨

(١١) - André DE l'aubader , Franck Modern et Pierre Del volve : Trait ; OP.CIT. p.٤٢٠ - des contracté administratifs

(١٢) - Marie Christine Rouault : droit administrative , ٤e édition , Giuliano éditeur , - E.J.A. Paris ٢٠٠٧ , p. ١٧٢

(١٣) - د. حمد محمد حمد الشلماني ود. مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ص ٢٣٦

(١٤) - د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٨٩، ص ٢٥

(١٥) - د. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٨٠

(١٦) - د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١، ص ٤١٧

الأضرار التي تلحقه من جراء تصرفاتها في هذا الشأن بما يعيد التوازن المالي للعقد لحالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد"

وتبدو هذه التعريفات متشابهة بدرجة كبيرة ، ولا يوجد فارق بينها إلا في المعنى الواسع والضيق ، فأنصار المعنى الواسع يجعلون من أعمال الجهات الإدارية بصفقتها سلطات عامة سبباً لتعويض المتعاقد مع الإدارة ، أما أنصار المعنى الضيق فيقصره على الأعمال المشروعة للسلطة الإدارية المتعاقدة والتي سببت ضرر للمتعاقد وإخلال بالتوازن المالي للعقد.

في حين أن محكمة القضاء الإداري المصري قد تناولت في حكم قديم لها معنى فعل الأمير بقولها " هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة".<sup>(١٧)</sup>

ومن هذا الحكم يتضح أن القضاء الإداري المصري قد أخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير ، ومن جانبنا فإننا نؤيد الاتجاه الذي يأخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير، لكونه يزيد من الحماية الفعالة للمتعاقد مع الإدارة بما يضمن استمراره في تنفيذ العقد ، وبالتالي تحقيق الصالح العام وضمان استمرار المرفق وانتظامه باضطراد.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا في حكم لها حددت شروط عمل الأمير دون تعريفه فقضت بأن " تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف احد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها"<sup>(١٨)</sup>

وعلى ذلك يمكن تعريف عمل الأمير بأنه كل عمل أو إجراء مشروع وغير متوقع صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، مما يؤثر على التوازن المالي للعقد الإداري، ويستتبع ذلك تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي تلحق به.

<sup>(١٧)</sup> - محكمة القضاء الإداري ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧ ، مشار إليه ، أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٥٩٨  
<sup>(١٨)</sup> - المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١١-٥-١٩٦٨ ، مجموعة أحكام المحكمة فى ١٥ عام ، ١٩٦٥ : ١٩٨٠ ، ص ١٨٧٥

## المطلب الثاني

## شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

استقر الفقه والقضاء المصري والفرنسي على وجود توافر عدد من الشروط ، حتى يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير، وترتيب أثارها ، وبالتالي تعويض المتعاقد المضرور من أعمال الإدارة، وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا هذه الشروط في حكم لها بقولها " ..... بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناء على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي :

- ١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية
  - ٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من الجهة المتعاقدة.
  - ٣- أن ينشأ ضرر للمتعاقد
  - ٤- افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ.
  - ٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.
  - ٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الاجراء العام." (١٩)
- وسنعرض لهذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي :

## الفرع الأول

## وجود عقد ادارى

ويقصد بهذا الشرط أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الإدارية ، أى رابطة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، وطبيعة خاصة لهذا العقد تميزه عن غيره من العقود المدنية، فنظرية عمل الأمير لا تنطبق على عقود القانون الخاص حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيها. (٢٠)

وهذا الشرط يعد شرط بديهي ومنطقي ، إذ أننا بصدد نظرية تتعلق بعقود القانون العام، والتي لها طابع خاص يميزها عن غيرها من العقود ، فنظرية عمل الأمير أرسى قواعدها مجلس الدولة الفرنسي في إطار من روابط القانون العام، واحتياجات المرفق العام وضمن تسييره بانتظام واضطراد ، بالتالي فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية عمل الأمير إلا في ظل رابطة تعاقدية بينه وبين الإدارة ، فإذا ما انتفت هذه الرابطة فلا مجال إذاً لإعمال نظرية عمل الأمير.

فلا بد من وجود علاقة تعاقدية إدارية قائمة بين الإدارة وطالب التعويض، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقضائها أن " .. متى كان الامر بين الشركة والحكومة خارج عن نطاق الرابطة العقدية وأن طالب التعويض عن الأضرار التي ترتبت على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على أساس سليم من القانون إذ أن المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق عمل الأمير لا تقوم إلا في حال إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد إضافة إلى وجود كون العقد إدارياً لإمكان إعمال نظرية عمل الأمير" (٢١)

(١٩) - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٧٩٤، لسنة ٣٧ ق. ع. ، جلسة ١٦-١٢-١٩٩٧

(٢٠) - د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية، بدون رقم طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص

١٨١

(٢١) - محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٧٧٩، سنة ١٠ ق. ، جلسة ٢٤-٢-١٩٥٧



## الفرع الثاني

## أن يكون الفعل الضار صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة بدون خطأ منها

يجب أن يكون الاجراء الضار الذي ترتب عليه الاخلال بالتوازن المالي للعقد صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة ، ذلك أنه يلزم تحديد الحد الفاصل بين فعل الأمير، والظروف الطارئة .

وذلك بصرف النظر عن الصورة التي يخرج فيها سواء كان الفعل صادراً عن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو عن أى سلطة أخرى، وأياً كانت صورة الفعل أو الإجراء الضار سواء كان خاص أو عام ، أو كان تصرفاً ايجابياً أو سلبياً .<sup>(٢٢)</sup>

وقد كان القضاء الفرنسي في أول الأمر تطبق نظرية عمل الأمير على كل الأعمال الصادرة من الجهات الإدارية العامة ، ففي حكمه في قضية " zeilab dine " الصادر في ١٩٠٩/١١/١٩ كان قد قضى بتعويض الأفراد المتطوعين عسكرياً الذين ألغيت عقودهم بسبب إصدار الدولة لمرسوم بحل الفرق التي ينتمون إليها ، تعويضاً كاملاً استناداً إلى نظرية فعل الأمير. إلا أن المجلس قد عدل عن ذلك الاتجاه واشترط لاحقاً أن يكون التعويض الذي يستحقه المتعاقد ناتج عن ضرر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وذلك ابتداء من حكمه في قضية " ville de Toulon " الصادر في ١٩٤٩/٣/٤ وبالتالي ضيق نطاق تطبيق النظرية وجعلها تنحصر في الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية.<sup>(٢٣)</sup>

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأن " تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل من شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا مات توافرت شروطها."<sup>(٢٤)</sup>

بالإضافة إلى ذلك فإنه يشترط أن يكون الفعل الصادر من الإدارة والضار بالمتعاقدين بغير خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة، لأن عدم وجود الخطأ من جانب الإدارة مفترض في نظرية عمل الأمير ، فإذا ما كان هناك خطأ من جانبها تنتفي شروط تطبيق نظرية عمل الأمير.

فإذا ما تصرفت الإدارة في حدود سلطاتها وترتب على تصرفها حدوث ضرر للمتعاقدين فإنها تسأل في إطار نظرية فعل الأمير ، ذلك أن إطار المسؤولية هنا هو نظرية المسؤولية العقدية دون خطأ ، أما إذا تصرفت تصرفاً ينطوي على خطأ من جانبها فإنها تسأل على أساس الخطأ في إطار المسؤولية العقدية ، وفقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ.<sup>(٢٥)</sup>

(٢٢) - د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٦ وما بعدها

(٢٣) - د. عبد العظيم عبد السلام ، المصدر السابق ، ص ٤٨ وما بعدها ، و د. السيد فتوح محمد هنداوي : دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢٢

(٢٤) - المحكمة الإدارية العليا ، الطعن ١٥٦٢ ، لسنة ١٠ ق. ع. ، جلسة ١١-٥-١٩٦٨

(٢٥) - " PIERRE Lebreton : responsabilité contractuelle répertoire de droit public ; " ، Dalloz ، ١٩٨٧ ، p.٢١٩

## الفرع الثالث

## عدم توقع فعل الإدارة وقت التعاقد

وقد استقر الرأي في الفقه والقضاء على شرط عدم توقع الفعل الصادر من الإدارة ، عند إبرام العقد ، فإذا ما كان الفعل متوقفاً فلا مجال لإبرام نظرية عمل الأمير.

إلا أن تساؤل يثور حول كيفية ألا يكون الفعل متوقفاً مادام يصدر في إطار من سلطة الإدارة في تعديل العقد ، وهو حق يكون معلوماً ومتوقفاً من جانب المتعاقد عند إبرامه العقد؟

والواقع فإن المقصود بتوقع التصرف هنا ليس توقع حق التعديل ، فهو حق أصيل في ذاته ، وبالتالي هو ثابت ومتوقع ، ولكن يقصد بعدم التوقع هنا هو حدود التعديل الذي تقوم به الإدارة ومداه ، فإذا ما تم تنظيم ممارسة وحدود هذا الحق في العقد فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية فعل الأمير لأن الفعل متوقع من جانب المتعاقد ، أما إذا لم يكن متوقفاً فهنا تطبق النظرية.

وهو ما تؤكدته محكمة القضاء الإداري بقولها " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة تنفيذه ، أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك ان تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضي العرق اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد فلا تطبق شروطه ، ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص لها ، هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادامت أنها ليست جزء من الاتفاق بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير" (٢٦)

والسؤال المثار هنا هو نوع المعيار الذي يمكن القول معه أن هذا الفعل متوقع من الإدارة دون غيره من الأفعال ؟

والحقيقة فإن معيار عدم التوقع هنا هو معيار موضوعي ، فاتفق الفقه على معيار الشخص العادي في هذه الظروف ، فإذا ما كان في مقدور الشخص العادي توقع فعل الإدارة في ظل ظروف إبرام العقد ، فالفعل في هذه الحالة متوقفاً ولا يكون هناك مجال لإعمال نظرية عمل الأمير ، والعكس كذلك ، فإذا كان الفعل غير متوقع فيكون للمتعاقد المضرور الحق في التعويض على أساس من عمل الأمير ، وعبء تقدير هذا المعيار يقع على عاتق القاضي الإداري ، فيرى مدى ما قام به شخص المتعاقد من جهد لتوقع هذه الأفعال في مثل هذه الظروف ، بحيث كان في إمكانه توقع الفعل الصادر من الإدارة أم أنه لم يبذل الجهد الكافي فلا يكون له الحق في التعويض ولا يلومن إلا نفسه في هذه الحالة. (٢٧)

وبناء على ذلك يمكن القول أن شرط عدم التوقع هو شرط مطلق في معنى المفاجأة وبالتالي يقتضى استبعاد كل احتمال لتحقق الفعل ، ويقوم على التقدير لأنه مسألة نفسية تختلف من شخص لآخر ، والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في ظل الظروف القائمة وعلى ضوءها. (٢٨)

(٢٦) - محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٩٨٣ ، لسنة ٩ ق. ، جلسة ٣٠ - ٦- ١٩٥٧

(٢٧) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، بدون رقم طبعة ، بدون تاريخ نشر ص ٢١٦

(٢٨) - د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي للعقد الإداري ، المصدر السابق ، ص ٨٣

## الفرع الرابع

## وقوع ضرر بالمتعاقد نتيجة لفعل الإدارة

ويتجسد هذا الشرط في زيادة أعباء تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة ، إلى الدرجة التي يُخل فيها بالتوازن المالي للعقد، إذ لا يكفي أن تتخذ الإدارة فعل من جانبها ودون توقع من المتعاقد ، بل يجب أن يترتب على هذا الفعل ضرر حقيقي وفعلي يلحق بالمتعاقد ، يستوجب التعويض .

ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، فسواء كان جسيماً أو يسيراً فإنه يستحق التعويض، ولكن يشترط أن يؤدي إلى الاخلال بالتوازن المالي للعقد ، كأن يزيد من خسائر المتعاقد مع الإدارة أو ينقص من أرباحه.<sup>(٢٩)</sup>

وإن كان لا يشترط في الضرر أن يكون جسيماً إلا أنه يشترط أن يكون خاصاً ، أي أصاب المتعاقد وحده ، أو على أقل تقدير أصابه بصورة أشد جسامة عن غيره ممن صدر في حقهم فعل الإدارة . كما يشترط أن يكون الضرر مؤكداً ومباشراً.<sup>(٣٠)</sup>

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها بأن قضت " ... أن الثابت في الأوراق بأن الأمور التي طرأت على أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهي مديرية الاسكان بسوهاج هذا فضلاً عن الضرر الذي تدعيه الشركة بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سرعانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالي فلا تكون شروط ومحل انطباق نظرية عمل الامير متحققة بالنسبة إلى النزاع المائل الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب."<sup>(٣١)</sup>

ويرى البعض<sup>(٣٢)</sup> أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول علي التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه من فعل الإدارة ، وبصرف النظر عن كون هذا الضرر عاماً أو خاصاً ، ويعلل ذلك بقوله أن " في حالة وقوع ضرر عام والقول بحرمان المتعاقد من التعويض لعمومية الضرر يحتاج لإعادة نظر، فمن أصابهم الضرر مع المتعاقد لا تربطهم علاقة تعاقدية مع الإدارة ويمكنهم الرجوع إلى الإدارة والحصول على تعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة ، ولا يستفيد منها المتعاقد لتخلف أحد شروطها وهو كون الفعل المسبب للضرر أجنبياً، مما يجعل من مسهم الضرر مع المتعاقد في وضع أفضل من المتعاقد" ، وذلك فإنه من الواجب أن تمكن العلاقة التعاقدية المتعاقد من التعويض حالة كون الضرر المترتب على فعل الإدارة خاص به أو كان عاماً يشترك فيه .

ومن جانبنا فإننا نتفق مع هذا الرأي الأخير ، ذلك أن هدف نظرية عمل الأمير هو تحقيق التوازن المالي للعقد ، وبالتالي إذا ما نتج إخلال بهذا التوازن ، وجب تعويض المتعاقد ، ضماناً لتحقيق المصلحة العامة وتسيير المرفق العام ، من خلال ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته وبصرف النظر عما إذا كان الضرر عام أو خاص.

(٢٩) - د. بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية ، بحث مقدم للحصول على الماجستير ،

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٤ ، ص ٢١

(٣٠) - د مطيع على حمود جبير : العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،

جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٦٤

(٣١) - المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٧٤٩ ، لسنة ٣٧ ق.ع. ، جلسة ١٦ - ١٢-١٩٩٧ .

(٣٢) - د. السيد فتوح هندواي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر

السابق، ص ٢٦٩

## المطلب الثالث

## صور نظرية عمل الأمير

أشرنا إلى أن عمل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة ، ويؤثر على التوازن المالي للعقد الإداري ، مما يكون من شأنه أن يزيد في أعباء المعاهد المالية أو في تنفيذ التزاماته ، فيرتب للمتعاقد الحق في التعويض، وهذه الاجراءات التي تتخذها جهة الإدارة قد تأخذ صورة إجراءات فردية خاصة ، أو تتخذ صورة إجراءات إدارية عامة ، وهو ما سنتناوله بالتوضيح فيما يلي :

## الفرع الأول

## عمل الأمير في صورة إجراءات فردية خاصة

ويقصد بها الاجراءات الفردية التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة وهي تمارس سلطاتها في تعديل العقد، والتي يترتب عليها المساس بنص أو مجموعة من النصوص في العقد ، مما تؤثر على التوازن المالي للعقد الإداري ، وتزيد في أعباء التنفيذ على المتعاقد.

والاجراءات الفردية الخاصة تأخذ شكلين ، فهي إما تكون إجراءات خاصة بتعديل العقد ذاته ، أو إجراءات تؤثر على ظروف تنفيذ العقد دون المساس به بشكل مباشر .

## ١- الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في

## شروط العقد :

قد تقوم الإدارة بما تتمتع به من سلطات في مواجهة المتعاقد معها بإجراء تعديلات على العقد وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة واحتياجات المرفق، واستناداً إلى تلك السلطات فقد تقوم الإدارة بالتعديل في العقد بإرادتها المنفردة ، فنقوم بزيادة كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد ، أو في شروط ومدة تنفيذ العقد ، أو تعديلات على طريقة تنظيم المرفق ذاته بشكل يجعل العقد مختلفاً عما كان عليه وقت إبرام العقد .

ومن أمثلة هذه الإجراءات تعديل الإدارة للرسوم المقتضى تحصيلها من الأفراد عند تقديم خدمات المرفق العام إليهم ، أو زيادة الأعمال التي عهد بها إلى المتعاقد ، أو إنقاص للثمن المتفق عليه في العقد. (٣٣)

ومثل هذا الإجراءات الفردية الخاصة التي تتخذها الجهة الإدارية في الحالات السابقة تؤدي إلى التأثير المباشر على العقد ، وهو ما يزيد من الأعباء والتكاليف الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة على نحو لم يعد في حسابه ، وهو ما يعد تطبيقاً لعمل الأمير بأوضح معانيه. (٣٤)

## ٢- الإجراءات الخاصة التي تؤثر في ظروف تنفيذ العقد :

ومن هذه الاجراءات التي تصدرها الإدارة سلطاتها في الرقابة والاشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقد ، والتي قد تؤدي إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة إلى تحميله أعباء جديدة.

ومن أمثلة هذه الإجراءات ، الإجراءات التي تصدرها سلطة الضبط الإداري للمحافظ على النظام العام فتؤدي إلى التأثير على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد وتحميل المتعاقد أعباء جديدة . مثل أمر إلغاء رخصة أشغال طريق

(٣٣) - د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، المصدر السابق ، ص ٢٧

(٣٤) - د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٨

عام كان سيستخدمه المتعاقد في عرض منتجات مرفق عام يديره عن طريق عقد التزام، أو منع استخدام عمالة رخيصة الثمن في مصنعه لظروف أمنية. أو قيام الجهة الإدارية بأشغال عامة يكون من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية.<sup>(٣٥)</sup>

### الفرع الثاني

#### عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية عامة

قد يتخذ عمل الإدارة صورة إجراءات عامة ، لا يقتصر أثرها على المتعاقد وحده بل تؤثر على غيره كذلك ، مثل أن تصدر قوانين ولوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدي عند تطبيقها إلى زيادة أعباء المتعاقد المالية مع الإدارة . وقد تؤدي هذه الإجراءات إلى إصدار تعديل شروط العقد بطريقة مباشرة أو إلى التنفيذ في شروط العقد بطريقة غير مباشرة .

١- الإجراءات العامة التي تعدل من شروط العقد :  
قد يصدر تشريع أو لائحة تؤدي إلى التأثير بشكل مباشر في شروط العقد ، إما بتعديلها أو تعطيلها بشكل مؤقت أ ونهائي ، وهو ما يزيد من أعباء المتعاقد المالية ، فيصبح من حق المتعاقد تطبيق نظرية عمل الأمير متى توافرت شروطها ، ومن ثم يمكن تعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار .

ولا يوجد ثمة صعوبة في تطبيق النظرية إذا ما نص التشريع أو اللائحة على تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر ، أما في حالة عدم النص فقد اختلف الفقه الفرنسي إلى اتجاهين أولهما ذهب إلى عدم جواز تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة صدور الاجراء في شكل إجراء عام لا يقتصر على المتعاقد فقط . وهو رأى انتقده الفقه المصري<sup>(٣٦)</sup> ، على أساس أنه غير صحيح ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، كما أن مجلس الدولة المصري لا يأخذ به ، ويذهب في أحكامه إلى تطبيق النظرية حتى في حالات اتخاذ الإجراء في صورة إجراء تنظيمي عام .

و هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها " المقصود بعبارة فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وده دون جموع الشعب ، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامه بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب"<sup>(٣٧)</sup> .

#### ٢- الإجراء العام الذي يعدل في ظروف تنفيذ العقد الخارجية :

في هذه الحالة يكون تأثير الإجراء العام الذي تصدره الإدارة مقتصر فقط على ظروف تنفيذ العقد الخارجية بحيث تجعله أكثر مشقة وصعوبة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، ومثال هذه الاجراءات التشريعات الضريبية والجمركية التي قد تصدرها الإدارة فيترتب عليها ارتفاع في أسعار المواد التي يلتزم المتعاقد بتوريدها أو تجهيزها ، وكذلك التشريعات العمالية التي قد ينتج عنها التزامات جديدة ، بالإضافة إلى لوائح الضبط الإداري والرسوم وغيرها .

ولقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم تعويض المتعاقد استناداً إلى نظرية فعل الأمير في هذه الحالات إلا في حدود ضيقة جداً وبشكل استثنائي<sup>(٣٨)</sup> ، ومن هذه الحالات الاستثنائية حالة النص على التعويض في القانون

(٣٥) - المصدر السابق ، ص ٦٩

(٣٦) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦١٣

(٣٧) - محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٩٨٣، لسنة ٩ ق ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧

(٣٨) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦١٥ وما بعدها

أو في العقد ، أو أن يمس الاجراء الذي اتخذته الإدارة موضوع جوهرى وحاسم كان هو الأساس الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

### المطلب الرابع

#### الأثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

يترتب على توافر شروط نظرية فعل الأمير عدد من الأثار أهمها هو حق المتعاقد في التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة الفعل الصادر عن الإدارة، وهذا هو الأثر الرئيسي المترتب على نظرية فعل الأمير ، بالإضافة إلى ذلك يكون من حق المتعاقد الإيعاف من غرامة التأخير ، وكذلك حقه في فسخ العقد في حالات استحالة التنفيذ.

ولقد تناولنا غرامة التأخير عند دراستنا للجزاءات الإدارية، وكذلك حق المتعاقد في الفسخ عند دراستنا حقوق المتعاقد مع الإدارة ، ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما سبق، ونتناول بمزيد من التفصيل التعويض كأثر رئيسي لتطبيق نظرية فعل الأمير، من خلال بيان عناصره وشروط الحصول عليه وطرق تحديده على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### عناصر التعويض

يتضمن التعويض الكامل عنصرين رئيسيين ، هما ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب. ويشمل العنصر الأول جميع النفقات التي تحملها المتعاقد بسبب عمل الأمير وهي تختلف بحسب طبيعة تدخل الإدارة.

فإما يترتب على تدخل الإدارة زيادة أعباء المتعاقد المالية فيجب أن يعوض عن هذه الأعباء الإضافية، وإما أن تنقص من التزامات المتعاقد في العقد ، فيترتب على ذلك أن تصبح الأدوات والمهمات التي جهزها المتعاقد للتنفيذ غير ذات فائدة ولا يستطيع استخدامها في عقد أخر وبالتالي يجب تعويضه في هذه الحالة، وإما أن يكون التدخل عن طريق تعديل مدة تنفيذ العقد المتفق عليها، سواء بالإطالة أو النقصان ، فالمتعاقد في هذه الحالة له الحق في التعويض عن الأضرار التي قد تلحق به ، فقد يصاب المتعاقد بخسائر نتيجة زيادة الأسعار أثناء فترة الإطالة أو تحمل أعباء إضافية نتيجة دفع أثمان مرتفعة في حالة خفض المدة.<sup>(٣٩)</sup>

والتعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد بعنصريه ، يجب ألا يتجاوز حجم الضرر الحقيقي له سواء كان هذا الضرر يتمثل في الخسارة التي لحقت بالمتعاقد أم الكسب الذي فاتته، نتيجة عدم تنفيذ العقد ، ويكون للقاضي الاستعانة بالخبراء لتحديد قيمة الخسائر التي لحقت بالمتعاقد والمكاسب التي فاتت.<sup>(٤٠)</sup>

(٣٩) - د. السيد فتوح هندواي ، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقد الإداري، المصدر السابق،

ص ٢٤٥

(٤٠) - على محمد عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ،

جامعة عين شمس، ١٩٩١ ، ص ٥٥١

## الفرع الثاني

## شروط الحصول على التعويض

يشترط لحصول المتعاقد على التعويض طبقاً لنظرية عمل الأمير توافر ثلاث شروط هم:

- ١- ألا يساهم المتعاقد مع الإدارة بخطأه في إحداث الأضرار التي تترتب على فعل الأمير أو المساعدة في زيادتها. فإذا ما ساهم المتعاقد في الخطأ فإن القاضي يستنزل من التعويض ما أسهم به المتعاقد بفعله من ضرر، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة في فرنسا في حكمه في قضية " tani " حيث قضي بأنه " يتضح من الدعوى أن زيادة أعباء المشروع لا يمكن إرجاعها فقط إلى القرارات الجديدة الصادرة من الحاكم العام ، وبالتالي فإن الضرر الذي لحق بالمورد يجب ألا تتحمله الإدارة كلية".<sup>(٤١)</sup>
- ٢- الشرط الثاني هو ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ التزامه بالرغم من خطأ الإدارة، وهو شرط بديهي ، ويتفق مع مبدأ تنفيذ الالتزام بحسن النية ، كما أنه يتفق مع نظرية عمل الأمير والتي تهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد بهدف ضمان استمرار تنفيذ المرفق العام باستمرار واضطراد. فيجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزامه حتى لو أصبح الالتزام مرهقاً له، وله بعد ذلك المطالبة بالتعويض.
- إلا أنه يجب التوضيح أن التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ مرهون باستطاعته على ذلك ، وبالتالي ففي حالة ما إذا كان الضرر الذي أصابه من فعل الإدارة، جعل من قدرته على تنفيذ الالتزام مستحيلة.
- وفي هذا الشرط تقول المحكمة الإدارية العليا " .. فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إراء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ، وإلا حقت مساءلته عن فعله السلبي"<sup>(٤٢)</sup>
- ٣- عدم تضمن العقد نص يعفى الإدارة من المسؤولية مستقبلاً ، والذي يعد بمثابة تنازل من المتعاقد للإدارة عن حقه في التعويض حالة الأضرار اتلى تصيبه من فعل الأمير ، فإذا ما تضمن العقد مثل هذا النص فلا محل للمطالبة بالتعويض في هذه الحالة.
- فمن ناحية يعد هذا النص في هذه الحالة شرطاً تعاقدياً تم التوافق عليه من أطراف العقد يجب احترامه ، ومن ناحية أخرى فإن توافر هذا الشرط ينفي شروط تطبيق نظرية عدم الأمير وهو شرط عدم التوقع ، وبالتالي لا يكون هناك محل لتطبيق هذه النظرية.

(٤١) د. السيد فتوح هندواي ، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقد الإداري، المصدر السابق ،

ص ٢٤٨

(٤٢) - حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن ٧٦٧ ، لسنة ١١ ق. ع. ، جلسة ٥-٧-١٩٦٩

## الفرع الثالث

## طرق تحديد التعويض

يتم تحديد التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة استناداً لنظرية عمل الأمير إما باتفاق الأطراف المتعاقدة سلفاً والنص على ذلك في العقد، أو من خلال تحديد المشرع لقيمة التعويض في بعض الحالات ، أو من خلال القاضي الإداري في حالة غياب الفرضين السابقين ، وتتناول كلاً منهم بالتفصيل:

## ١- النص في العقد على التعويض تحديده :

قد يقوم الأطراف في العقد بالاتفاق على التعويض الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد عما يلحق به من ضرر ناتج عن تصرفاتها بما يحقق المصلحة المشتركة لكل منهم ، فإذا ما نص على ذلك في العقد، التزم الطرفان بالتعويض المحدد ووجب تنفيذ هذا النص، ويجب في هذه الحالة أن يتضمن العقد طريقة تحديد التعويض خاصة في العقود طويلة الأمد. (٤٣)

## ٢- تحديد التعويض عن طريق المشرع :

قد ينص المشرع في حالات معينة على تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة عندما يكون الضرر ناتجاً عن فعل الأمير، فعلى سبيل المثال في فرنسا القانون الصادر في ٢ يولييه سنة ١٩٤٠، والقانون الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٤٠، ويتعلقان بفسخ العقود المبرمة لاحتياجات الدفاع الوطني، وتم النص على كل منهما على طريقة التعويض للمتعاقدين الذين تضرروا من جزاء فسخ العقود بقوة القانون. (٤٤)

## ٣- تحديد القاضي الإداري للتعويض :

في الحالة التي لا يتوافر فيها أي من الفرضين السابقين ، فيكون للمتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة اللجوء إلى القاضي من أجل الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من أضرار وما فاتته من كسب ، وعلى المتعاقد في هذه الحالة أن يقدر في صحيفة دعواه التعويض الذي يراه مناسباً لتغطية ما أصابه من أضرار وما فاتته من كسب، ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يحكم له بأكثر مما طلب ، ولذلك عليه أن يقيم خسائره جيداً وكتابة مبلغ التعويض الذي يغطي هذه الخسائر .

ذلك ، ويستعين القاضي بالعديد من الوسائل الفنية التي تساعده على الوقوف على حجم الضرر الحقيقي الذي أصاب المتعاقد مع الإدارة ، وله أن يستعين بالخبراء الفنيين لتحديد قيمة التعويض، ويكون له الاستعانة الاسترشاد بطرق تحديد الثمن في دفاتر الشروط العامة . (٤٥)

وتقدير القاضي في هذا الصدد يكون موضوعياً في ضوء ما يراه من خسارة وضرر لحق بالمتعاقد وما فاتته من كسب.

(٤٣)- د. محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣

، ص ١٢٧

(٤٤)- د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٩٤

(٤٥)- د. السيد فتوح هندواي ، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقد الإداري ، المصدر السابق،

ص ٢٥١



## المبحث الثاني

## نظرية الظروف الطارئة

شُيدت نظرية فعل الأمير من قبل القضاء الفرنسي لتعويض المتعاقد عن المخاطر الإدارية التي تصدر من الإدارة وتؤثر في تنفيذه للعقد ، ولكن ماذا عن المخاطر الخارجية التي لا دخل للمتعاقد ولا للإدارة فيها ؟ والتي يترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمدين؟

في الواقع كما تصدى مجلس الدولة بنظرية فعل الأمير للمخاطر الإدارية الناشئة عن أفعال الإدارة ، فقد ابتدع أيضاً نظرية لمواجهة الظروف التي ليست من صنع الإدارة ولا دخل للمتعاقد فيها ، ويكون من شأنها أن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً أو بمعنى آخر تقلب اقتصاديات العقد، وهي نظرية الظروف الطارئة.<sup>(٤٦)</sup>

فليس من العدالة أن يترك المتعاقد وحده في مواجهة هذه الظروف الاستثنائية التي قد تعيق تنفيذ التزامه ، ولم يكن في توقعه حدوثها ، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن تترك المتعاقد وحده لمواجهةها فيتوقف عن تنفيذ المرفق العام وهو ما يضر بالمصلحة العامة في نهاية الأمر .

ولذلك ومنذ حكم مجلس الدولة في قضية " بوردو " عام ١٩١٦ ، أقر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة ، والتي يكون الهدف منها تمكين المتعاقد مع الإدارة من مواجهة الظروف الاستثنائية التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد أيًا كانت صورتها بهدف ضمان استمرار المرفق العام وعدم توقفه.<sup>(٤٧)</sup>

وعلى ذلك سنتناول نظرية الظروف الطارئة من خلال توضيح ماهية هذه النظرية وشروط تطبيقها والآثار القانونية المترتبة عليها كل في فرع مستقل على النحو التالي :

## المطلب الأول

## ماهية نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تعد أحد الأسس العامة التي تقوم عليها نظريات العقود الإدارية بحيث لا يجوز النص على عدم تطبيقها ذلك أن الهدف منها هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية التي قد يمنعه الطرف الطارئ من الوفاء بها<sup>(٤٨)</sup> ، ومعناها ببساطة هو أنه في حالة حدوث ظروف أو أحداث استثنائية خارجة عن إرادة طرفي العقد أثناء تنفيذ العقد الإداري فترتب عليها إخلال بالتوازن المالي للعقد، يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد ، فيكون من حق المتعاقد في هذه الحالة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في تحمل هذه الظروف الطارئة والنتائج المترتبة عليها.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا نظرية الظروف الطارئة بأن " ... قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة أخرى غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دعواً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً بما يستوجب إلزام

(٤٦) - د. جابر جاد نصار، مركز المتعاقدين في العقد الإداري بين النظرية التقليدية وضرورات التطوير ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٠ ، ص ٢٨

(٤٧) - د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري ، دار الولاء للطبع والنشر ، ١٩٩٠ ، ص ٢١

(٤٨) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص ٢٢٠

جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة الطرف الطارئ ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر أن يشاركه في الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً<sup>(٤٩)</sup>

وعرفها جانب من الفقه بأنها " عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة."<sup>(٥٠)</sup>

وقد نشأت هذه النظرية مع الحكم الشهير في قضية "بورديو" والتي تتلخص في أن شركة الاضاءة لمدينة بورديو التزمت بمقتضى عقد امتياز بتوريد الكهرباء بمقتضى سعر محدد، إلا أنه عقب نشوب الحرب العالمية الأولى زادت أسعار الفحم وارتفعت بشكل كبير مما ترتب عليه زيادة التكاليف على الشركة الملتزمة، فطالبت الشركة الإدارة برفع الأسعار إلا أن الإدارة لاقت الطلب بالرفض على أساس أن هذا الارتفاع لم يجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً، وأن الغاز موجود، وأن المتعاقد لا يجوز له التحلل من التزاماته إلا في حالة القوة القاهرة.

وعند عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، أقر المجلس نظرية جديدة وهي نظرية الظروف الطارئة، وكان مقتضاها أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإن ذلك يستدعي مساهمة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لهذه الظروف.<sup>(٥١)</sup>

فكانت وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذه النظرية هي أنه لو التزم بتطبيق النصوص المدنية على إطلاقها لترتب على ذلك توقف الملتزم على تنفيذ التزاماته في نهاية الأمر، لعجزه عن تسيير المرفق نتيجة لارتفاع التكلفة عن الدخل، ولو حدث ذلك فإن أول المتضررين هم المنتفعون من المرافق العامة، وهو ما يمثل ضرراً بالمصلحة العامة ككل.<sup>(٥٢)</sup>

وفي مصر فقد أخذ القانون والقضاء المصري بنظرية الظروف الطارئة، بداية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، والذي نص في مادته السادسة على أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول".، هذا بالإضافة إلى ما قرره القانون المدني في المادة ١٤٧ منه والتي نصت على " ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون. ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

(٤٩) - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٦٦٩، لسنة ٤١ ق.ع.، جلسة ٢٥-١١-١٩٩٧

(٥٠) - د. جابر جاد نصار، عقود B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون

تاريخ نشر، ص ١٧٤

(٥١) - أ.د. سليمان الطماوى، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٤٣

(٥٢) - د. إبراهيم محمد على د. جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية،

٢٠٠٢، ٢٠٠١، ص ٣٩٠

ومن ذلك يتضح أن نظرية الظروف الطارئة قد أقرت في مصر بنصوص تشريعية، سواء للعقود الإدارية أو المدنية على حد سواء ، بالإضافة إلى ذلك فإن مجلس الدولة المصري كان قد سلم بالنظرية وتطبيقها منذ نشأتها عام ١٩٤٦ ، واعتبرها من الأحكام الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري ، للدرجة التي جعلت من محكمة القضاء الإداري تعتبر نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لم يكن إلا مجرد نص كاشف فقط وليس منشأ لنظرية الظروف الطارئة.<sup>(٥٣)</sup>

وتأخذ نظرية الظروف الطارئة حيز كبير من التطبيق في أحكام القضاء المصري، وذلك على العكس من نظرية عمل الأمير والتي ما يكون تطبيقها نادراً ، ومن أحكام الإدارية العليا في هذا الصدد قضائها بأن " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان آخر، لم يكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دعفاً. ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً. متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة في مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. وفي تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ يتعين الأخذ في الاعتبار جميع عناصره المؤثرة في اقتصاداته وفيها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص في مجموعه دون التوقف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة. ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع مهما كانت قيمته أيما كان مقداره أو الخسائر العادية المألوفة في التعامل ، وإنما أساسه تحمل جهة الإدارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تدرج في معنى الخسارة الجسيمة ، بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه."<sup>(٥٤)</sup>

### المطلب الثاني

#### شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يجب لكي تطبق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط ، وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا هذه الشروط في حكم لها فقضت بأنه " يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان آخر، لم يكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دعفاً. ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً. متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة في مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، يكون من حق الطرف المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد - ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب ان تكون الخسارة واضحة متميزة - نتيجة ذلك : يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصاداته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع عناصر العقد التي يتألف منها، أساس ذلك : قد يكون بعض هذه العناصر الأخرى التي

(٥٣) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦٣٨

(٥٤) - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٥٦٢ ، لسنة ٢٩ ق. ع. ، جلسة ١٦-٥-١٩٨٧

أدت إلى الخسارة ، لا تنطبق هذه النظرية إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقاً للسير الطبيعي للأمر للنظام المعتاد للعمل في الإدارة العاملة<sup>(٥٥)</sup>

ووفقاً لهذا الحكم فيجب أن تتوافر شروط محددة في الطرف الطارئ حتى يصلح أن يكون سبباً للتعويض وهذه الشروط إما تتعلق بطبيعة الطرف الطارئ نفسه من حيث كونه عام واستثنائي، أو بطبيعة الظروف التي حدث فيها من كونه غير متوقع الحدوث ولا يمكن دفعه وأن يؤثر في اقتصاديات العقد بالإضافة لوقت وقوعه وهي الفترة التي ينفذ فيها العقد ، وعلى ذلك نتناول كل من هذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي :

### الفرع الأول

#### من حيث طبيعة الطرف الطارئ

##### أن يكون عاماً واستثنائي

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع ظرف عام واستثنائي ، بمعنى أن يكون هذا الظرف غير خاص بالمتعاقد وحده ، فيكون أصاب مجموعة كبيرة من الأفراد من بينهم المتعاقد ، كما يشترط فيه أن يكون استثنائياً، وفي معنى الاستثناء قالت محكمة النقض أن الحادث الاستثنائي هو " الذي يشذ عن المجرى العادي للأمر فيخرج على الأصل الذي ألفه الناس بما يجعله نادر الوقوع وإن لم يكن غير مسبوق، وذلك أن سبق وقوعه في أحوال متباعدة وغير رتيبة لا ينفي عنها وصف الاستثنائية، فالحروب يتكرر وقوعها على مر العصور ولكنها لا تنسم بالرتابة الدورية أو التلاحق حتى تصبح أمراً معتاداً لدى الناس يرتبون عليه معاملاتهم"<sup>(٥٦)</sup>

هذا وقد ذهب القضاء الفرنسي في أول الأمر إلى أن هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون اقتصادياً، وذلك على أساس أن هذه النظرية تتعلق بحماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية ، وتمييزاً لنظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي تحمي كلا منهما المتعاقد من المخاطر الإدارية والمخاطر الطبيعية.

إلا أن الفقه قد استقر في النهاية على نسبية هذا التقسيم ، ويرجع ذلك لتدخل الدولة في ظروف الإنتاج مما يجعل الثلاث صور السابقة متداخلة مع بعضها البعض، فإذا ما كانت نظرية الظروف الطارئة تستوجب إخلالاً جسيماً في اقتصاديات العقد ، إلا أن هذا الإخلال قد يكون بسبب العديد من العوامل سواء الطبيعية منها أو الإدارية . وبذلك يمكن التأكيد على أن نطاق الظرف الطارئ ومع تطور أحكام مجلس الدولة في مصر وفرنسا قد اتسع جداً ، ليشتمل العديد من الظروف المختلفة ، فقد يكون ظرفاً طبيعياً كالفيضانات والزلازل ، وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأسعار والأجور ، وقد يكون ناتجاً عن فعل جهة إدارة غير متعاقدة ، وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي فطبق الحالات الثلاث في كثير من أحكامه.<sup>(٥٧)</sup>

(٥٥) - المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٤٩ ، لسنة ٣٥ ق.ع. ، جلسة ٤-٤-١٩٩٣

(٥٦) - حكم محكمة النقض الصادر في ١٨-٤-١٩٦٣ ، مشار إليه في د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي للعقود

الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١١٢

(٥٧) - أ. د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٤٦

وهو ما أقره مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه فطبق حالات الظروف الثلاثة ومن هذه الأحكام حكم الإدارية العليا بأنه " مناط أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن في حساب المتعاقد ... " (٥٨)

### الفرع الثاني

#### أن يكون الطرف طارئ وغير متوقعاً

يشترط في الطرف الطارئ أن يكون غير متوقع الحدوث من المتعاقد مع الإدارة حال إبرامه للتعاقد ، ولم يكن بوسع توقع حدوثه وفقاً للمجرى العادي للأمر ويكون للقاضي سلطة تقدير مدى توقع المتعاقد لوقوع الطرف الطارئ أو امكانية وقوعه في ضوء معيار الرجل العادي . (٥٩)

ويعد هذا الشرط هو الشرط الجوهرى في نظرية الظروف الطارئة ، وهو الذي سميت باسمه النظرية ، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يجب عليه أن يقدر هذه المخاطر فإذا قصر في ذلك فعليه تحمل نتيجة تقصيره ، أما الطرف الذي يستحق عليه المتعاقد التعويض فهو الطرف الخارج عن كل توقع . (٦٠)

ويتفرع عن ذلك الشرط عدم امكانية دفعه ، فإذا كان بالإمكان دفع الطرف الطارئ عن المتعاقد ، يستوى في هذه الحالة أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ، فلا يصلح سنداً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. (٦١)

وتاريخ الاعتداد بعدم التوقع هو تاريخ إبرام العقد ، إلا أنه نظراً لما تمر به العقود من إجراءات ، ووجود فوارق زمنية بين تقديم العطاءات والتزام المتعاقد بالبقاء على ايجابه ، وبين تاريخ إبرام العقد ، فلذلك يجب الأخذ في الاعتبار التاريخ الذي يلتزم فيه المتعاقد مع الإدارة حيث انه يصبح ملتزم بعدم الرجوع في عطائه وبين التاريخ النهائي لإبرام العقد. (٦٢)

وقد أكدت على هذا الشرط المحكمة الإدارية العليا بقضائها أنه " .. الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبة طارئة أو غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها ، هذا الشرط ينطوى إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه في إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناء على دفتن الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع ، أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذته من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق والتعاقد بشأنه" (٦٣)

وفي نفس السياق قالت محكمة التمييز العراقية أنه " .. إن المميز يستند في دعواه بطلب الفسخ إلى حكم المادة (٨٧٨) مدنى عراقى، حيث أن الحكم الذي جاءت به المادة المذكورة هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التى تقرر مبدأ ما في المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ولما كان من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد

(٥٨) - المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١١٨٦ ، لسنة ١٠ ق.ع. ، جلسة ٢٥ - ١١ - ١٩٦٧ ، ومن تطبيقات مجلس الدولة أيضاً فتواه رقم ٣٦٠ الصادرة الصادرة في ١٧ - ٧ - ١٩٥٤ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٨ ، ص ٨٦٩

(٥٩) - د. عبد المنعم عبد العزيز ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣

(٦٠) - أ.د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٥٠

(٦١) - د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٢٦

(٦٢) - د. السيد فتوح هندواى ، دور القاضي الإدارى في إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى ، المصدر السابق ، ص ٣٧٩

(٦٣) - المحكمة الإدارية العليا ، الدعوى رقم ٧٨٩٢ ، لسنة ٨ ق.ع. ، جلسة ٢٠ - ١ - ١٩٥٧

المقولة أن يحدث أثناء تنفيذ عقد المقولة حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يترتب عليها زيادة تكاليف العمل زيادة فاحشة تجعل تنفيذ المقاول التزامه مرهقاً وعسيراً وحيث أن الثابت في أوراق الدعوى أن فيضان سنة ١٩٧٨ كان غير اعتيادي بالمقارنة بالفيضانات السابقة ، وأنه لم يكن متوقعاً لذا كان على المحكمة أن تتحقق عما إذا كانت الفيضانات تعتبر من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة وهل تترتب عليها زيادة فاحشة تجعل تنفيذ المقاول لالتزامه بإكمال العمل مرهقاً وعسيراً أم لا ؟<sup>(٦٤)</sup>

### الفرع الثالث

#### أن يقع الظرف أثناء تنفيذ العقد

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد، وهو ما يقتضى أن يكون تنفيذ العقد ممتد لفترة طويلة من الزمن، حتى تجد الظروف الطارئة سبيلها إلى الإخلال بالعقد، ولذلك فإن النظرية تجد أغلب تطبيقاتها في عقد التوريد والنقل والأشغال العامة.<sup>(٦٥)</sup>

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها " أن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية...". وبالرغم من ذلك فإنه إذا كان العقد فوري وغير متراخ في تنفيذه ، وطرأت ظروف استثنائية عقب إبرامه، فلا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإن كان هذا الفرض نادر الحدوث نسبياً.

وعلى ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة تقتضي حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد ، ولكن السؤال المثار هنا حول الظروف الطارئة التي تحدث قبل إبرام العقد وتلك التي تحدث بعد المدة المحددة لتنفيذه ؟

والواقع فإن الأصل أن القاضي لا يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تنتج عن الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد ، ذلك أن هذه الظروف وقعت قبل إبرام العقد وتقديم العطاء من المتعاقد فمن المفترض علم المتعاقد بها وإدخالها في حساباته ومن ثم قبوله بها، فلا يجوز له بعد ذلك الاحتجاج بها على أساس أنه لم يكن على علم أو توقع بها.

إلا أنه في حالة ما إذا كان المتعاقد قد قدم العطاء، ثم حدثت الظروف الاستثنائية ففي هذه الحالة يستطيع المتعاقد الاحتجاج بها نظراً لأنه لم يكن على علم بها، ولم يكن بمقدوره تعديل عطائه بعد تقديمه.<sup>(٦٦)</sup>

أما بالنسبة للظروف التي تطرأ بعد المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري فإن القاعدة هي عدم التعويض عن هذه الظروف لانعدام أثرها على التنفيذ بالنسبة للعقد الذي تم تنفيذه ، إلا أنه في حالة ما إذا امتد تنفيذ العقد عن المدة المحددة أصلاً للتنفيذ لظروف ترجع إلى المتعاقد أو للجهة الإدارية ، وحدثت ظروف طارئة أثرت على التنفيذ خلال هذه المدة ، فإن التساؤل المثار في هذه الحالة يكون حول مدى امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة؟

والواقع فإن المحكمة الإدارية العليا قد فرقت في هذا الفرض بين الظروف التي تطرأ بيد المتعاقد نتيجة تأخره في التنفيذ ، والظروف التي تطرأ عن تأخر الإدارة في التنفيذ ، فبخصوص الفرض الأول فإن المحكمة الإدارية العليا قد استقرت على أن المتعاقد لا يستحق التعويض في هذه الحالة لأنه كان سبب التأخر في التنفيذ وبالتالي

(٦٤) - محكمة التمييز العراقية ، دعوى رقم ٥٨٨ مدنى ، جلسة ٢٢-٤-١٩٧٤ ، مشار إليه في د. بوحنيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالى للعقد للصفحة العمومية ، مذكرة مكملة لمتطلبات شهادة الماجستير ، جامعة حمد خضير بسكر ، كلية الحقوق والسياسة ، ٢٠١٣، ٢٠١٢ ، ص ٢٩  
(٦٥) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ٦٥٤  
(٦٦) - د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٢٣

عليه تحمل نتيجة أفعاله ، وحيث قضت بأنه " الثابت بخصوص العقد محل المنازعة أن المدعى عليه تعاقد في ١٩٧٣/٩/١١ على إنشاء مبنى نقطة شرطة ، بمحافظة المنيا على أن يتم التنفيذ في موعد ١٩٧٣/١٢/٣١ ، إلا أن المدعى عليه تأخر في تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف حوالى سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه في ١٩٧٥/٩/٢٣ إلا حوالى ٩٠% من مجموع الأعمال التى تتألف منها المقاوله ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حساب المقاول .. قد أسفر عن زيادة فى الأسعار بلغت... إلا أن هذه الزيادة لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر ١٩٧٣ إذ يتعين فى المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة - وليس بعدها- مؤثر في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً له . ولما كانت مدة التعاقد مع الطعون ضده تنتهى بنهاية سنة ١٩٧٣ ، ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها فى يوم ١٩٧٣/١٢/٣١ فيما يخل باقتصاديات العقد ويجعل تنفيذه مرهقاً... لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها"<sup>(٦٧)</sup>

أما فى حالة ما إذا كان سبب التأخير هو الإدارة المتعاقدة ، فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها بالتعويضات المستحقة، وكذلك فى الحالة التى يطلب فيها المتعاقد الاجل وتوافق الإدارة على هذا الاجل ، وحدثت ظروف استثنائية خلال مدة الاجل فإن الإدارة تكون ملزمة بتعويضه عن هذه الظروف ، وهو ما أكدته الإدارية العليا بقضائها " إذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة فى العقد للتنفيذ، ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذى سبق أن وافقت عليه الإدارة فتأخذ حكم المحددة فى العقد"<sup>(٦٨)</sup>

### الفرع الرابع

#### أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

يشترط كذلك لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد، أى تحدث خسائر جسيمة تخلل بالعقد إخلالاً غير عادى، فلا يكفى أن تحدث خسائر عادية ، بل يجب أن تتجاوز الأضرار الموجبة للضرر العادى ، ذلك أن مجرد حدوث ضرر عادى للمتعاقد هو أمر متوقع الحدوث للمتعاقد أثناء تنفيذ العقد، فإذا ما أردنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يصبح الالتزام مرهقاً للمتعاقد، وبحيث يكون الضرر الذى أصابه جسيماً وغير عادى، ونتج عنه خسائر فادحة للمتعاقد<sup>(٦٩)</sup>

والواقع فإن فكرة قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية، تقدر في كل حالة على حدة ووفقاً لظروف العقد وموضوعه، وفي ذلك يضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الاعتبارات نصب عينيه في تقديره لهذه الظروف، مثل رقم الاعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ، ومقدار احتياطياتها ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطاتها... وغيرها .<sup>(٧٠)</sup>

واستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على تحديدها لمدى جسامه الضرر الذى يصيب المتعاقد بسبب الظرف الطارئ على إدخال جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصاداته وقضت بأن " يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات

(٦٧) - المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ ، لسنة ٢٦ ق.ع. ، جلسة ٢٠ - ١١ - ١٩٨٢

(٦٨) - المحكمة الإدارية العليا ، طعن ٢١٥٠ ، لسنة ٦ ق.ع. ، جلسة ٩ - ٦ - ١٩٦٢

(٦٩) - د. السيد فتوح هندواوى ، دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالى للعقود الإدارية ، مصدر سابق، ص

٣٨٢

(٧٠) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦٥٧

العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصاداته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد العناصر فقط .." (٧١)

وقلب اقتصاديات العقد لا يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً إلا أنه يجعل منه مرهقاً إلى حد كبير بالنسبة للمتعاقد ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري " مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصاداته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أن تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً بل أنقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناتجة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً " (٧٢)

### المطلب الثالث

#### أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض بالإضافة إلى وجوب استمراره في تنفيذ العقد ، وسنتناول كل من هذين الأثرين على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد

أشرنا إلى أن قلب الظروف الطارئة لاقتصاديات العقد الإداري ، لا تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً وإنما فقط تجعل من التنفيذ أكثر مشقة وكلفة بالنسبة للمتعاقد، وعليه ففي حالة توافر الظروف الطارئة التي تجعل من الالتزام مرهقاً للمدين، لا يحق للمدين أن يتوقف عن تنفيذه العقد ، بل يجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري حتى في ظل الظروف المرهقة الناتجة عن ظرف الطارئ، وله بعد ذلك المطالبة بالحصول على التعويض إذا كان له مقتضي.

والواقع فإن التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ، هو من اللوازم الناتجة عن طبيعة العقد الإداري وخصائصه الذاتية، من كونه يهدف لاستمرار سير المرافق العام وانتظامه، وبالتالي فليس من حق المتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ بحجة أن هناك ظروف طارئة قد أثرت عليه في التنفيذ، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ، ثم مطالبة جهة الإدارة بالتعويض. (٧٣)

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بعد أن أوضحت شروط تطبيق النظرية بأنه " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد" (٧٤)

(٧١) - المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٧ - ٦ - ١٩٧٢ ، مشار إليه في د. هيثم حليم غازى ، المصدر السابق، ص

١٣٢

(٧٢) - محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٠٢٤٢ ، لسنة ٥٠ ق. ، جلسة ١٦ - ٣ - ٢٠٠٨

(٧٣) - د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٣٥

(٧٤) - المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٥٤١ و لسنة ٢٩ ق.ع. ، جلسة ٣٠ - ١١ - ١٩٨٥



ليس ذلك فقط ، بل كذلك لا يجوز للمتعاقد في حالة توفقه عن التنفيذ أن يطالب الإدارة بالتعويض، فحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض يسقط إذا ما توقف عن تنفيذ التزاماته ، بل ويحق للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة ومن بينها غرامات التأخير.

وهو ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا بقولها " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد وإن كانت تتيح له دعوة الإدارة المتعاقدة للمشاركة معه في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية"<sup>(٧٥)</sup>

## الفرع الثاني

### حق المتعاقد في الحصول على تعويض

إن شرط التزام المتعاقد بالاستمرار في التزاماته في ظل الظروف الطارئة ، يقابله حق المتعاقد في الحصول على التعويض من الإدارة، حيث تلتزم الإدارة بتحمل جزء من الخسائر التي تحملها نتيجة الظروف الطارئة وذلك ضماناً لاستمراره في تنفيذ العقد تحقيقاً لمصلحة المرفق العام.

ويعد التزام الإدارة هنا بمثابة معونة مالية ، فالقاضي في ظل الظروف الطارئة لا يستطيع الحكم بغير إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها ، وذلك يعد هو الفارق الجوهرى بين نظرية الظروف الطارئة في القانون المدنى والإدارى، فبينما يستطيع القاضي في ظل القانون المدنى أن يغير من التزامات المتعاقدين ، فإنه في ظل القانون الإدارى لا يملك أكثر من الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة.<sup>(٧٦)</sup>

والإدارة فى ظل نظرية الظروف الطارئة لا تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها عن كل ما لحق به من خسائر وما فاته من كسب على غرار نظرية فعل الأمير، ولكنها فقط تكون ملزمة بتعويض جزئى يغطى جزء الخسارة الجسيمة التى لحقت بالمتعاقد، وبالقدر الذى يعيد التوازن المالى للعقد حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته التعاقدية كاملة وذلك ضماناً لسير المرافق العامة حتى لا يضار المستفيدين من خدماته.

ووفقاً لذلك، فإن التعويض هنا يتسم بالطابع المؤقت وذلك لحين إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى وإنهاء الظرف الاستثنائى الذى تسبب فيه، فالتعويض هنا يرتبط بالظرف الاستثنائى وجوداً وهدماً.<sup>(٧٧)</sup>

وتقدير التعويض لا يحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعى فيه القاضي مقتضيات الحال وظروف المتعاقد، وقدر التعويض اللازم حتى لا يتوقف التنفيذ<sup>(٧٨)</sup>، ويكون التعويض بالقدر اللازم الذى يزيل العسر عن المتعاقد ويمكنه من الاستمرار فى التنفيذ، فلا مجال لتعويض المتعاقد عن الأرباح الذى نقصت أو ضاعت عليه مثلاً ، وهو ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا بقولها " ولما كان التعويض الذى يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى سوى جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه"<sup>(٧٩)</sup>

(٧٥) - الحكم السابق الإشارة إليه

(٧٦) - السيد فتوح هندواوى ، دور القاضي الإدارى فى إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى، المصدر السابق، ص ٣٨٨

(٧٧) - د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى فى العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٣٩

(٧٨) - د. جابر جاد نصار ، الوجيز فى العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص ٣٤٤

(٧٩) - المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٩٥٥ ، لسنة ٤٣ ق.ع. ، جلسة ٢٠٠٣-٥-٨

ولا يخضع القاضي في حكمه بتقدير التعويض لأسس ثابتة، بل يراعى القاضي ظروف التعاقد وسلوك أطرافه في كل عقد على حدة، وبشكل عام يمكن الرجوع إلى عدد من القواعد عند الحكم بالتعويض وهي :

- تحديد بداية الظروف الطارئة ، حيث أنها اللحظة التي سببها من وقتها حساب الخسائر لتقدير التعويض، ويبدأ تاريخ التعويض منذ اللحظة التي تبدأ فيها الأسعار بالارتفاع مما يزيد من مشقة التعاقد في التنفيذ.
- أيضاً أهمية تحديد ما لحق المتعاقد من خسارة ناتجة عن الطرف الطارئ ، بحيث يكون التقدير غير شامل لكل الخسائر بل يكون تعويضاً جزئياً بحيث يتحمل المتعاقد جزء من تلك الخسائر وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر.<sup>(٨٠)</sup>
- وأخيراً توزيع عبء الخسائر بين الإدارة والمتعاقد، ويتفق مجلس الدولة الفرنسي والمصري على هذه القاعدة<sup>(٨١)</sup>، إلا أن القضاء استقر على تحميل الإدارة الجانب الأكثر من الخسائر وذلك تشجيعاً للمتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته وضماناً لمصلحة المرفق العام.<sup>(٨٢)</sup>

### المبحث الثالث

#### نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يواجه المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية معينة لم يكن يتوقعها عند تنفيذه العقد الإداري ، ويكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، وجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ولذلك عمل مجلس الدولة الفرنسي على ابتداء نظرية تسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لمواجهة الصعوبات التي تقابل المتعاقد أثناء تنفيذه العقد ، ويرجع تطبيق هذه النظرية إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر، حيث طبق القضاء الفرنسي لأول مرة في قضية " Duche " وذلك في ١٨٦٤-٦-٢٤ ، حيث قضى المجلس بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ.<sup>(٨٣)</sup>

وسرعان ما تواترت أحكام القضاء الفرنسي في تطبيق هذه النظرية حتى استقرت وظهرت معالمها وأسسها بوضوح ، ثم ظهرت هذه النظرية في مصر عقب نشأة مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦ ، وكان أول حكم قضائي بتطبيق النظرية هو حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الخامس من مايو ١٩٥٣ ، وستتناول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال بيان ماهيتها وشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها كل في فرع مستقل على النحو التالي :

(٨٠) - د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين

شمس، ٢٠٠٣ ، ص ٣٢٥

(٨١) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٧٤

(٨٢) - د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ، أثر نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد

الإداري ، مصدر سابق، ص ٧٤

(٨٣) - د. أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٨، العدد

الأول والثاني ، ١٩٨٠ ، ص ٨٢٥

## المطلب الأول

## ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أشرنا إلى أن القضاء الإداري الفرنسي هو من ابتدع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وبالتالي فهي نظرية ذات نشأة قضائية شأنها في ذلك شأن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لحماية المتعاقد من الصعوبات المادية التي قد تواجهه بدون توقع منه فتجعل من تنفيذ التزاماته مرهقة وأكثر كلفة، وهو ما قد يعرض المرفق العام لخطر الوقوف وعدم الانتظام، إذا لم يكن باستطاعة المتعاقد مواجهة هذه الظروف.

وقد تعددت التعريفات الفقهية والقضائية لهذه النظرية فقد عرفها البعض بأنها "تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد وتكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل العقد أكثر تكلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية"<sup>(٨٤)</sup>.

وعرفها الأستاذ الدكتور الطماوي بأنه "إذا ما صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فيكون من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"<sup>(٨٥)</sup>.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا النظرية وشروطها بقولها "إن مقتضى هذه النظرية حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقد الإداري وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ..، وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية ترجع إلى طبيعة الأرض وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة"<sup>(٨٦)</sup>.

والواقع أن هذه التعريفات جميعها تتفق على معنى واحد وإن كانت تختلف في صياغتها من تعريف لأخر، إلا أن البعض من الفقه يقصرها على عقود الأشغال العامة دون غيرها من العقود الإدارية، فقد عرفها البعض<sup>(٨٧)</sup> بأنها "نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدان توقعها ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق".

(٨٤) - م. د. ماهر ابو العينين ، الكتاب الثالث ، المصدر السابق ، ص ٥٤١

(٨٥) - أ. د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق ، ص ٦٨٦

(٨٦) - المحكمة الإدارية العليا ، الطعن ٥٦٧ ، لسنة ٣٩ ق.ع. ، جلسة ١٢-٣٠-١٩٩٧ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ٤٩ ، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٨٧) - Lajoye Christophe : droit des marches publics , Giuliano editor, ٢<sup>e</sup> ed, ٢٠٠٥ , p. ١٧٩

إلا أن الغالب في الفقه الفرنسي والمصري قد استقر على أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية عامة تنطبق على جميع العقود الإدارية متى توافرت شروطها ، ولا يجوز قصر مجال تطبيقها على عقود الأشغال العامة بصفة خاصة.<sup>(٨٨)</sup>

هذا وإن كانت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتشابه مع غيرها من نظريات التوازن المالي كفعل الأمير والظروف الطارئة، إلا أن ثمة اختلافات رئيسية يمكن التمييز بينهم من خلالها تتمثل في : من حيث طبيعة كل منهم فإن نظرية الصعوبات المادية تقوم على مخاطر طبيعية لم يمكن للمتعاقدين توقعها أو اكتشافها بالرغم من وجودها وقت إبرام العقد في حين أن نظرية فعل الأمير تقوم على مخاطر إدارية تقوم بها جهة الإدارة ، أما نظرية الظروف الطارئة فهي ناتجة عن مخاطر وظروف لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها ولم تكن موجودة وقت إبرام العقد، ومن حيث النتائج المترتبة على كل منهم فإن نظرية فعل الأمير تتميز بكون تطبيقها يقضي بتعويض المتعاقد تعويض كامل وهو نفس الأمر بالنسبة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك على العكس من نظرية الظروف الطارئة التي تقضي بتعويض المتعاقد تعويض جزئي عما لحقه من خسارة وبهدف إعادة التوازن المالي للعقد ومساعدته على تنفيذ التزامه.

وبناء على ما سبق، فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية ابتدعتها القضاء الإداري بغرض تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة ، نتيجة مواجهته صعوبات مادية استثنائية أثناء تنفيذ العقد لم يتوقعها ولم يكن في إمكانه توقعها وقت إبرام العقد.

### المطلب الثاني

#### شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لكي تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري، وبالتالي يستحق المتعاقد التعويض يلزم توافرها عدد من الشروط ، تتعلق معظمها بالصعوبات، كأن تكون الصعوبات مادية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين ، وبالطبع يلزم أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن ترهق المتعاقد مع الإدارة وتجعل من تنفيذه التزامه أكثر كلفة وأثقل مشقة. ونتناول هذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي :

### الفرع الأول

#### أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية

يتعين لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد ذات طبيعة مادية بحتة ولا يمكن له توقعها عند إبرامه العقد<sup>(٨٩)</sup>، وذلك كوجود طبقات صخرية في مكان تنفيذ عقد أشغال عامة، مما يجعل من أعمال الحفر أكثر كلفة، أما إذا كانت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد تتعلق بظروف أخرى اقتصادية أو إدارية، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بل تنطبق نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة متى توافرت شروط تطبيقهم.

وفي حقيقة الأمر فإن الوضع الغالب يكون مصدر الصعوبات المادية هذه ظواهر طبيعية، كأن تكون طبيعة الأرض التي يتم عليها تنفيذ المشروع محل التعاقد طبقات صخرية مما يستلزم تفتيتها، أو هشاشة غير متماسكة مما

(٨٨) - د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٥٦

(٨٩) - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ، في الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٣٩ ق.ع ، مشار إليه سابقاً ، الموسوعة

الإدارية الحديثة ، ص ١٧١

يستلزم تدعيمها، أو ارتفاع غير عادي في منسوب المياه الجوفية مما يستلزم سحبها ومعالجة التربة، وفي كل هذه الحالات تعتبر صعوبات مادية تجعل من تنفيذ الالتزام أكثر كلفة ومشقة على المتعاقد الملتمزم.

ولا يكفي أن تكون الصعوبات مادية، بل يجب أن تكون استثنائية ولا يستطيع المتعاقد توقعها، وهو ما تواترت عليه أحكام الإدارية العليا، ومن ذلك قضائها بأن " منطاط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي تعطي المتعاقد مع جهة الإدارة حقاً في طلب التعويض، هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، لا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد"<sup>(٩٠)</sup>

### الفرع الثاني

#### ألا تكون الصعوبات متوقعة عند إبرام العقد

يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة بالنسبة للمتعاقد حتى تنطبق النظرية ويحق له المطالبة بالتعويض، فإذا كان المتعاقد متوقعاً لهذه الصعوبات أو كان في إمكانه توقعها عند إبرام العقد، فلا مجال لتطبيق النظرية، ذلك أن المتعاقد ما دام كان عالماً بهذه الصعوبات ولم يبدي تحفظاته عليها وقت إبرام العقد، فإنه بذلك يكون مخطئاً ومقصر في عمله وعليه ان يتحمل نتيجة تصرفاته.

وتؤكد على ذلك الشرط اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مادتها ٨٠ بقولها " يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه."

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها " يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، لا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد"

والوقت الذي يعتد فيه بتوقع هذه الصعوبات هو من تاريخ إبرام العقد، وكذلك إذا ما قامت الإدارة بتعديل مدة تنفيذ العقد فيعتد بوقت وتاريخ هذا التعديل، لمعرفة ما إذا كان بإمكان المتعاقد توقع هذه الصعوبات من عدمه<sup>(٩١)</sup>، ويقع عبء إثبات وجود صعوبات مادية وعدم توقعها على عاتق المتعاقد المطالب بالتعويض، ويخضع تقدير عدم التوقع وتوافر الصعوبات لقاضي العقد وفقاً لظروف كل حالة على حدة، مع الأخذ في عين الاعتبار ما قام به المتعاقد من جهد للوقوف على تلك الصعوبات وفقاً لمعيار الرجل العادي الحريص.<sup>(٩٢)</sup>

### الفرع الثالث

#### أن تؤدي الصعوبات إلى جعل التنفيذ مرهقاً للمتعاقد

يشترط أيضاً أن يترتب على الصعوبات التي تواجه المتعاقد أن تجعل من التزامه صعب التنفيذ، فيكون مرهقاً بالنسبة له، فتزيد من الأعباء الملقاة على كاهله، وبالتالي فإن هذه النظرية لا يمكن أن تطبق تلقائياً لمجرد اعتراض العقد صعوبات مادية غير متوقعة، بل يجب لتطبيقها أن تزيد هذه الصعوبات من حجم الأعباء الملقاة

(٩٠) - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٨٠٠، لسنة ٣٤ ق. ع.، جلسة ١٩-٥-١٩٩٢

(٩١) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٤٤

(٩٢) - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٠

عليه في تنفيذ التزامه، وهو ما يعني أنه إذا تمكن المتعاقد من مواجهة هذه الصعوبات دون تحمله لأي تكلفة مالية زيادة، فإن هذه النظرية لا يكون لها محل للتطبيق، ولا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض استناداً عليها.

ومن ناحية أخرى، إذا بلغت هذه الصعوبات حداً جعلت من تنفيذ الالتزام مستحيلًا على المتعاقد، فلا مجال أيضاً لانطباقها، وبالتالي يشترط أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلًا.

ولا يشترط في هذه الصعوبات أن تقلب اقتصاديات العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي فقط أن تكون صعوبات استثنائية ترتب عليها ضرراً بالمتعاقد في صورة ارتفاع في تكلفة عملية تنفيذ العقد. ولا يشترط في الضرر جسامته بل يكفي أن يكون الضرر بسيطاً.<sup>(٩٣)</sup>

ولكن السؤال هنا يثور حول طبيعة هذا الشرط بالنسبة للعقود الجزافية؟ والعقود الجزافية هي تلك العقود التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال في مقابل ثمن إجمالي تؤديه الإدارة لقاء التنفيذ، فتحدد هذه العقود الثمن الأصلي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الاجمالية التي يلتزم بها المتعاقد.<sup>(٩٤)</sup>

والواقع أنه في إطار تطبيق النظرية في هذه العقود فإنه لا بد من أن يصل الضرر إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، أي أن تتجاوز الخسائر لتنفيذ محل العقد الحد الأقصى للأسعار وهو الحد الاحتمالي لارتفاع الأسعار الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد.<sup>(٩٥)</sup>

وهو ما أكدته فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة بأن قررت في فتواها أنه "مما يجب التنبيه إليه بالنسبة للعقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم به الجهة الإدارية من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية - في هذه الأحوال - أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانتهيار الأساس الذي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه"<sup>(٩٦)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن المتعاقد يجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وفقاً لمبدأ حسن النية بين المتعاقدين، ولا يجوز له الاحتجاج بوجود صعوبات مادية للتوقف عن تنفيذ التزاماته، ولكنه بالمقابل يكون له حق اقتضاء التعويض الكامل من الإدارة، متى توافرت شروط تطبيق النظرية.

وهذا يعني أن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عليها أثاران هما استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وحقه في الحصول على التعويض الكامل من الإدارة على النحو الذي سنوضح تفصيلاً:

(٩٣) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها

(٩٤) - أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩٧، ٦٩٨

(٩٥) - د. السيد فتوح هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، المصدر السابق، ص

٤١٨

(٩٦) - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ٩٥ الصادر بتاريخ ٤-٢-١٩٦٤، الموسوعة الإدارية

الحديثة، الجزء ١٨، ص ٩١٢

## الفرع الأول

## استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته

على المتعاقد في حالة مواجهته صعوبات مادية غير متوقعة أن يستمر في تنفيذ التزاماته وذلك على غرار نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، ذلك أن الهدف من هذه النظريات هي مساعدة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية تحقيقاً لاستمرار المرفق العام بانتظام واضطراباً.

إلا أن وجود الصعوبات المادية نفسها قد يترتب عليها إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لانتهائه من الأشغال موضوع العقد، وذلك بقدر الفترة الزمنية التي واجه فيها هذه الصعوبات.<sup>(٩٧)</sup>

## الفرع الثاني

## حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل :

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واستمر المتعاقد في تنفيذ التزامه، فيكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الصعوبات التي واجهها.

وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على أحقية المتعاقد في الحصول على تعويض كامل، على عكس من نظرية الظروف الطارئة التي يحصل فيها المتعاقد على تعويض جزئي.

وفي حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى السعر المتفق عليه في العقد، ويقدر التعويض على هدى منه، إلا أنه يقدر التعويض على أساس مستقل، وعلى أساس من الأسعار الجديدة، إذا ثبت تغيرها عند مواجهة الصعوبات المادية الغير متوقعة. أو إذا أدت الصعوبات إلى تغيير كامل في الأسس التي قام عليها تحديد الأسعار عند إبرام العقد.<sup>(٩٨)</sup>

وهو ما استقرت عليه أحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري، حيث انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها إلى أنه " قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وتجعل تنفيذه أمراً مرهقاً، ففي هذه الحالة ولاعتبارات العدالة يتعين تعويض المقاول بزيادة مقابل الأعمال زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها نتيجة حدوث هذه الصعوبات المادية"<sup>(٩٩)</sup>.

وهو ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا بقولها " ومن حيث أنه بالنسبة للوجه من الطعن المتعلق بعدم انطباق نظرية الظروف المادية غير المتوقعة على النزاع المائل، فإن مقتضى هذه النظرية على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لن تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب (من باب العدالة) تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى إلا على الأعمال المادية المتوقعة فقط، وإن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض المستحق للمتعاقد هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية

(٩٧) - د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٧٤

(٩٨) - أ. د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٠٢

(٩٩) - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، رقم ٥١٨ ، ملف رقم ٢٣١/١/٤٧، بتاريخ ٢١-٦-٢٠٠٤

تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تحملها بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها<sup>(١٠٠)</sup>.

### الخاتمة والتوصيات

أفردنا خلال هذه الدراسة، لدور القضاء الإداري في حماية التوازن المالي لأطراف العقد الإداري ، من خلال موازنة السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد معها.

وفي خاتمة الدراسة فإننا سنعرض لأهم ما توصلنا له من نتائج وتوصيات بصدد هذا الموضوع، إلا أننا قبل ذلك يجب أن ننوه إلى أن بعض الصعوبات قد واجهت الباحث أثناء رحلة هذه الدراسة ، أهمها غياب نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري العراقي، ونقص عام في التشريعات والأحكام الإدارية التي تتناول هذا الموضوع الهام ، إلا أن الباحث حاول وحسبما أتيح له أن يبرز أهم الأحكام القضائية في العراق التي تناولت هذه النظرية، مع العرض لأهم التشريعات والتنظيمات الداخلية التي تناولت هذه النظرية بالتطبيق.

وسنعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة وما نراه من توصيات بصدد الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في نظرية العقود الإدارية وحماية أطراف العقد الإداري ، والتي تتمثل أهمها في :

- ١- أن للمتعاقد حقوق على جهة الإدارة الالتزام بها وضماتها ، فإذا كانت حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة تستمد أساسها من العقود الإدارية ، في حين أن الإدارة تستمد حقوقها من فكرة المنفعة العامة ، فإن الأساس الأول يظهر بوضوح هنا في مجال هذه الحقوق، وأن أهم هذه الحقوق هي حقوقه المالية ، كذلك حقه في اقتضاء التعويضات ، وحقه في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري .
- ٢- أن التوازن المالي إذا كان حقاً أصيلاً للمتعاقد إلا أنه لا يقصد به التوازن الحسابي الدقيق ، ولكن يقصد به فقط التوازن الشريف بين التزامات المتعاقد وبين حقوقه المنصوص عليه في العقد.
- ٣- أن الحفاظ على التوازن المالي وإن كان يعد حقاً أصيلاً للمتعاقد إلا أنه في ذات الوقت يمثل ضماناً حقيقية وهامة لاستمرار المرفق العام، من خلال مساعدة المتعاقد على الاستمرار في التنفيذ لالتزاماته التعاقدية، وذلك بصرف التعويضات المستحقة له لمواجهة الظروف التي يتعرض لها أياً كان نوعها ، وبالتالي يتمكن من ضمان الحفاظ على المرفق العام واستمراره.
- ٤- أن اختلال التوازن المالي للعقود الإدارية قد يكون بسبب العديد من تدخلات وتصرفات طرفي العقد أو بسبب ظروف خارجية بعيدة عن طرفي العلاقة التعاقدية ، وتلتزم الإدارة بالتعويض في كافة الحالات سواء كان بخطأ منها أو بدون خطأ، وأن سبب ذلك هو الحرص على تنفيذ العقد ، وبالتالي ضمان سير المرفق العام وانتظامه.
- ٥- أن حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة التي يتعرض لها، يقابلها التزامه بالاستمرار في التنفيذ لالتزاماته التعاقدية رغم وجود العقبات أو الظروف الطارئة أو الصعوبات غير المتوقعة ، فالاستمرار شرط لتطبيق نظريات التوازن المالي ، ذلك أن الهدف من هذه النظريات هو استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته من خلال مساعدته على الوفاء بها.
- ٦- أن القاضي الإداري هو صاحب الدور الرئيسي والأهم في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، وذلك تبدي بوضوح من ابتداعه لنظريات التوازن المالي بغرض تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار جعلت التزامه مرهقاً ، وتطويرها ، من خلال إقرار

(١٠٠) - المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٦٧ ، لسنة ٣٩ ق.ع. ، جلسة ٣-١٢-١٩٩٧



شروط تطبيق هذه النظريات وأحكام أعمالها في ضوء الأوضاع والظروف الاقتصادية والسياسية، فقد كان للقاضي الإداري الدور الرئيسي في إرساء مبادئ ونظريات ليس فقط التوازن المالي للعقد ، بل مبادئ نظرية العقود الإدارية بكاملها .

أما عن أهم ما نوصي للعمل به في إطار السعي المستمر والدؤوب نحو تطوير قواعد القانون الإداري، وبهدف إثراء مكتباتنا العربية بالحلول القانونية للمعضلات القانونية التي تواجه المجتمع فإننا نوصي بالآتي :

١- نوصي بضرورة النص على التزام الإدارة بالحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري طول مدة تنفيذه بما يحقق الضمانة والثقة للمتعاقدين طوال مدة تنفيذ العقد ، بما يضمن اكتمال التنفيذ في المواعيد المحددة وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

٢- نوصي بالقاضي الإداري في مصر والعراق بضرورة تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار نتيجة فعل الأمير، حتى لو كان الضرر الذي أصابه ضرراً عاماً أصاب غيره من الأفراد ، مادام كان لهذا الضرر مساس بمسألة جوهرية في العقد. ذلك أنه إذا كان الضرر عاماً فإن الأفراد المتضررين ليسوا على مركز متساوي بالنسبة للمتعاقد الذي تحمل بالتزامات تعاقدية، وبالتالي نرى وجوب استحقاق المتعاقد التعويض في هذه الحالة

وفي الختام ، وبعد انتهائي من كتابة هذا البحث المتواضع بفضل من الله تعالى، فلا يسعني إلا أن أسأل الله عز وجل أن يكتبه لى في ميزان الحسنات ، وأن ينفعني به وبالمؤمنين ، وأن يكون ثمرة مفيدة ، ولبنة جهد خالصة ، تعين من سيأتي بعدى لمزيد من البحث والانطلاق للعديد من الأفكار القانونية البناءة .

وهذا إن كنت قد أصبت في هذا البحث فالحمد لله حمداً كثيراً على فضله ، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أجر المجتهد ، أسأل الله ألا يحرمني منه ، والحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله

## قائمة المصادر :

أولاً : الكتب القانونية:-

- د. حمد محمد حمد الشلماني ود. مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨
- د. حمدي علي عمر: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣
- د. سعاد الشرفاوي: العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨
- د. سليمان الطماوي: الأسس العامة في العقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر
- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري ، دار الولاة للطبع والنشر ، ١٩٩٠ .
- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية، ١٩٨٩.
- د. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، بدون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
- د. مازن ليلو راضي: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ٢٠١٢
- د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- د. محمد ماهر أبو الغنين: القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٣، الطبعة السادسة، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠١٣.
- د. هيثم حليم غازي: التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون رقم طبعة، ٢٠١٥

ثانياً: الرسائل والمجلات العلمية:

- د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف: عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
- د. السيد فتوح محمد هنداوي: دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .
- د. أنور رسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٨، العدد الأول والثاني ، ١٩٨٠ .

- د. بوحتم سليم: نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي للعقد للصفحة العمومية ، مذكرة مكملة لمتطلبات شهادة الماجستير، جامعة حمد خيضر بسكر، كلية الحقوق والسياسة ، ٢٠١٣، ٢٠١٢
- د. بوشارب الزهرة: نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية ، بحث مقدم للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٤ .
- د. جابر جاد نصار: عقود B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر .
- د. جابر جاد نصار: مركز المتعاقدين في العقد الإداري بين النظرية التقليدية وضرورات التطوير ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٠
- د. محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ،جامعة الزقازيق، ١٩٩٣
- على محمد عبد المولى : الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩١ .
- مطيع على حمود جبير : العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦ .

#### ثالثاً: المصادر الاجنبية :

- **André DE l'aubader, Franck Modern et Pierre Del volve:** Trait des contracté administratifs, T.١ L.G.D.J. PARIS, ١٩٨٣
- **Joël CARBJO:** Droit des services publics , Dalloz , paris , ٣e éd. , ١٩٩٧
- **Lajoye Christophe :** droit des marches publics , Giuliano editor, ٢e éd, ٢٠٠٥.
- **Marie Christine Rouault :** droit administrative , ٤e édition , Giuliano éditeur , E.J.A. Paris ٢٠٠٧
- **PIERRE Lebreton :** responsabilité contractuelle répertoire de droit public ; " responsabilité administrative." , Dalloz , ١٩٨٧

#### رابعاً: أحكام المحاكم :

- الموسوعة الإدارية الحديثة مبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة منذ عام ١٩٩٣ وحتى عام ١٩٩٧ ، الجزء التاسع والأربعون ، إعداد أ. حسن الفكهاني ، أ. نعيم عطية ، الدار العربية للموسوعات.
- الموسوعة الإدارية الحديثة مبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة منذ عام ١٩٤٧ وحتى عام ١٩٩٣ ، الجزء الثامن عشر، إعداد أ. حسن الفكهاني ، أ. نعيم عطية ، الدار العربية للموسوعات ، ١٩٩٩ .

## مسئولية العضو المنتدب للإدارة بوصفة المدير الفعلي لشركة المساهمة

---

اعداد

فادى محمد عماد الدين أبو السعود توكل

تعد شركة المساهمة احد اعظم الانجازات التي ابتدعها الفكر القانوني خلال تاريخه الطويل وهي بذلك اداة للتطوير الاقتصادي فى العصر الحالى ، حيث انها اكثر شركات التجارية قدرة على تجميع رؤوس الأموال من كبار المساهمين وصغار المدخرين ، كما تتميز بضخامة رؤوس اموالها ومن اهم ما يميز هذه شركات ما جرت عليه التشريعات من اقرار مسؤولية محدودة للمساهمين.

يُمثل مجلس الإدارة الجهة التنفيذية لقرارات الجمعية العمومية باعتبارها صاحبة السلطة العليا فى الشركة، ويعتبر العضو المنتدب فى شركات المساهمة وكلياً عن مجلس الإدارة فى تنفيذ قراراته وتصريف شئونه وتمثيلها أمام القضاء ما لم تحدد سلطاته<sup>(١٠١)</sup>، وعليه فانه المسئول عن كافة الأعمال الإدارية كإعداد الميزانية وحساب الأرباح والخسائر التي تعرض على الجمعية العمومية للشركة وعن النتائج المالية للشركة وحيث يعتبر العضو المنتدب الشخص المنوط له بالإدارة الفعلية لشركة المساهمة وينهض بالإدارة اليومية للشركة بوصفه المدير الفعلي لها، فهو ليس عضواً عادياً فى مجلس الإدارة ويمنح العضو المنتدب من الناحية العملية بالسلطة الفعلية داخل الشركة فله سلطات واسعة فى اتخاذ ما يراه مناسباً من قرارات سواء داخلياً لحسن سير الشركة أم خارجياً بالتصرفات التي تجري مع الغير باسم الشركة ولحسابها، وحيث تحرص التشريعات عادة على حماية الشركة والمساهمين والغير من أخطاء مجلس إدارة شركة المساهمة أو أحد أعضائه نتيجة السلطات الواسعة التي يملكها عادةً العضو المنتدب وعدم الرقابة الفعالة من مجلس الإدارة والجمعيات العامة العادية واستناداً لهذا المركز تقع عليه التزامات عديدة، لذلك لا يتصور أن يُخل بأي من هذه الالتزامات مما يشكل مخالفة تقيم مسؤولية مشددة سواء مدنية أو جنائية.

وعليه نجد موضوعات شركات المساهمة بشكل عام وآليات ادارتها على وجه الخصوص ثارت اهتمام الباحثين وحيث ان مسؤولية العضو المنتدب للإدارة بوصفه المسئول عن الإدارة الفعلية لشركة المساهمة احد تلك الجوانب القانونية الهامة التي لم يسلم عليها الضوء فى دراسة قانونية فى ضوء احكام القانون المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وقانون سوق راس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ واحكام المحاكم المصرية وحتى تحدد مدى مسؤولية العضو المنتدب بصفته المسئول عن الإدارة الفعلية سواء كانت تلك المسؤولية مدنية تخضع للقواعد العامة للمسئولية المدنية من حيث الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما أو المسؤولية الجنائية عن مخالفته لأحكام القانون المصرى اثناء ممارسته لاعمال الإدارة داخل الشركة ومدى مسئوليته امام السادة المساهمين - الشركة - او امام الغير هي أبرز الاشكاليات التي تثيرها تلك الدراسة حيث ان نجاح اى نشاط اقتصادى يعتمد فى المقام الاول على الإدارة السليمة لهذا النشاط ، وعليه فان الإدارة السليمة تتطلب تنظيم تشريعي شامل يبين حدود تلك المسؤولية.

وهذه المخالفات قد تكون عمدية الأمر الذي ينبغي معه تشديد الجزاء إن توافرت شروط المسؤولية، سواء كانت مدنية أو جنائية.

(١٠١) جلسة ١٩٦٦/١١/٢٣ طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٢ ق لسنة ١٧ ص ٧١٢.

يتضح هنا أن الخطأ الموجب للمسئولية هو ذاته معيار التخفيف أو التشديد منها، ومن ناحية أخرى، فإن الخطأ الموجب للمسئولية، والمتمثل في الإخلال بالتزامات العضو المنتدب ينعكس على قوام المسئولية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية.

وعليه فقد تعرضنا في هذه الدراسة الى المسئولية الجنائية العضو المنتدب عن مخالفات الشركة، سواء كانت هذه المخالفات عمدية مثل نشر بيانات غير صحيحة في نشرات الاكتتاب الخاصة بالشركة، التزوير في سجلات الشركة، توزيع ارباح صورية أو الامتناع عن التوزيع، قيام العضو المنتدب اساءة استغلال المعلومات الداخلية المتعلقة بشركة وافشاء الاسرار ثم نعرض الى المخالفات الغير عمدية للعضو المنتدب سواء من خلال اهمال العضو المنتدب في ادارة الشركة، والتعسف في استعمال سلطته داخل الشركة، أو تجاوز حدود تلك السلطات الممنوحة له داخل الشركة، ثم تكلمنا عن المسئولية المدنية للعضو المنتدب عن مخالفات الشركة وانعكاسها على عناصر المسئولية المدنية وعلى علاقة الشركة بالغير تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: المسئولية الجنائية للعضو المنتدب عن مخالفات الشركة.

المبحث الثاني: المسئولية المدنية للعضو المنتدب عن مخالفات الشركة.

## المبحث الأول

المسئولية الجنائية للعضو المنتدب عن مخالقات الشركة

أثناء انهماك العضو المنتدب في أعمال الإدارة اليومية، قد يرتكب مخالقات إدارية يترتب عليها مسائلته جنائياً عن هذه المخالفات وعليه نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: المخالفات العمدية التي قد يرتكبها العضو المنتدب. وفي المطلب الثاني: المخالفات غير العمدية التي قد يرتكبها هذا العضو.

المطلب الأول: المخالفات العمدية للعضو المنتدب للإدارة.

المطلب الثاني: المخالفات غير العمدية للعضو المنتدب للإدارة.

## المطلب الأول

المخالفات العمدية للعضو المنتدب

يُقصد بالمخالفات العمدية أو الخطأ العمدي الإخلال بواجب قانوني بقصد الإضرار بالغير، وهذا الخطأ لا بد فيه من فعل أو امتناع يؤدي إلى الإخلال بواجب قانوني، ولا بد من أن يكون ذلك الخطأ مصحوباً بقصد الإضرار بالغير، أي باتجاه إرادة العضو المنتدب إلى إحداث الضرر، إذ لا يكفي اتجاه إرادة هذا العضو إلى ارتكاب الفعل في ذاته، فذلك هو الفعل الإرادي، ولكن يجب أن تتجه النية إلى إحداث النتيجة الضارة<sup>(١٠٢)</sup>.

وحيث اتَّجهت إرادة المشرع لتحقيق المسئولية الجنائية للعضو المنتدب بصفته المسنول عن الإدارة الفعلية في الجرائم العمدية فقط حيث يُسأل إذا ثبت علمه بالجريمة واتَّجهت إرادته لارتكابها وتحقيقاً لمصلحة نفسه وغيره<sup>(١٠٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه في فترة تأسيس الشركة قد تهم الجمعية التأسيسية للشركة بتكليف بعض المؤسسين بالقيام ببعض الأعمال الضرورية أو اللازمة لتأسيس الشركة.

(١٠٢) انظر في نفس المعنى: د. سليمان مرقص: الوافي في الالتزامات: المجلد الثاني: الفعل الضار والمسئولية المدنية، مطبعة السلام، القاهرة، طبعة ١٩٨٨، ص ٢٦٠.

وبشأن واجبات المؤسس، انظر في ذلك: د. أبو زيد رضوان، ود. حسام عيسى، ود. رضا السيد عبد الحميد: الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٦٤ وما بعدها.

(١٠٣) انظر نص المادة (٧ مكرر) من قانون ضمانات وحوافر الاستثمار والصادر بموجب القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٥ والتي تنص على: « في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة باسم ولحساب الشخص الاعتباري لا يُعاقب المسنول عن الإدارة الفعلية إلا إذا ثبت علمه بالجريمة واتَّجهت إرادته لارتكابها تحقيقاً لمصلحة نفسه وغيره ». »

وبشأن واجبات المؤسس، انظر في ذلك: د. أبو زيد رضوان، ود. حسام عيسى، ود. رضا السيد عبد الحميد: الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٦٤ وما بعدها.

وفي هذه الفترة لا يُعد عمل المؤسس عملاً متجرّداً من المصلحة؛ أي يكون للمؤسسين مصلحة في فترة التأسيس مثل تقدير مزايا خاصة لهم؛ كاعتبار أسهمهم ممتازة، أو الاحتفاظ لهم ببعض المناصب الإدارية أو الفنية<sup>(١٠٤)</sup>.

وتظهر خطورة هذا الأمر من ناحية عملية، فقد يلجأ المؤسسون إلى تشجيع رؤوس الأموال أو المستثمرين للمساهمة في تأسيس الشركة والنهوض بها، عن طريق الاكتتاب بأكثر عدد من الأسهم، ومقابل ذلك يتعهد المؤسسون بمنح هؤلاء المستثمرين المكتتبين بأسهم هذه الشركة فيما بعد، منصب العضو المنتدب في مجلس إدارتها.

وهذا الأمر مُخالف لشرط من شروط صحة الاكتتاب، وهو أن يكون الاكتتاب بآناً وناجزاً، لذلك فإن حكم هذه المسألة أن الشرط يبطل الوعد بمنصب العضو المنتدب ويصح الاكتتاب، وإذا كان الاكتتاب مضافاً إلى أجل بطل الأجل، وكان الاكتتاب فورياً<sup>(١٠٥)</sup>.

أمّا عن المؤسس الذي يصبح فيما بعد عضواً في مجلس الإدارة، وتبين أنه قد ارتكب أخطاء خلال فترة تأسيس الشركة، في تقديرنا أن مسنوليته هي في جميع الأحوال تنحصر في مسنولية المؤسس عن أخطاء التأسيس، وعليه إن تعيين المؤسس عضواً منتدباً لمجلس الإدارة لا يؤدي إلى حجب مسنوليته كمؤسس، أو إعاقة إثارة مسنوليته عن أخطاء التأسيس.

أمّا حال حياة شركة المساهمة يُعد منصب العضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة من أهم المراكز الإدارية العليا فيها فهو بحكم هذا المنصب يطلع على قاعدة كبيرة من البيانات والمعلومات السرية المتعلقة بهذه الشركة.

فمن خلال هذا المنصب قد يسعى العضو المنتدب لارتكاب مخالفات عمدية لتحقيق مكاسب شخصية له، أو لغيره ممن تربطه بهم علاقة خاصة.

لذلك يستعرض الباحث لبعض صور المخالفات العمدية التي يرتكبها العضو المنتدب أثناء حياة الشركة مستغلاً لمنصبه، والتي قد تؤدي أحياناً إلى حل الشركة، وهي كما يلي:

(١٠٤) راجع في ذلك: د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٥ ص ١٧٧.

(١٠٥) راجع في ذلك: د. مصطفى كمال طه: نفس المرجع، ص ١٩٩.



## الفرع الأول

## نشر بيانات غير صحيحة عن الشركة

يسعى العضو المنتدب، من خلال تضمين نشرة الإصدار بيانات غير صحيحة عن حجم الشركة وموجوداتها ومركزها المالي، إلى دفع الآخرين أو جمهور المستثمرين لتضليلهم لشراء أكبر عدد من أسهم هذه الشركة التي يتولى إدارتها<sup>(١٠٦)</sup>. وقد يتلاعب العضو المنتدب في السجلات أو الوثائق المتعلقة بالشركة<sup>(١٠٧)</sup>، وذلك لتضليل الجمعية

(١٠٦) انظر في ذلك: قضية (GrhamMamm) ضد شركة (FAC)، في يوم ١٦ أغسطس ٢٠٠٢.

تتلخص هذه القضية في أن رئيس مجلس الإدارة قدّم بيانات مضللة عن صناديق الحسابات (FAC) ليشرح المستثمرين على التعاقد مع هذه الشركة التي يتولى إدارتها، رغم أن الواقع يثبت عكس ذلك، فالشركة تعاني من عجز في ميزانيتها، وبالتالي يُمكن للغير أن يسأل رئيس مجلس الإدارة عن الأضرار التي ألحقها بهم نتيجة البيانات المضللة، وكذلك لهم حق مساءلة مجلس إدارة الشركة المساهمة عن تقصيره في الرقابة عن أعمال رئيس مجلس الإدارة. منشورة على الموقع الإلكتروني: [www.sfo.gov.uk](http://www.sfo.gov.uk)

- بشأن نشر بيانات غير صحيحة عن الشركة، انظر أيضاً القضايا الإنجليزية الآتية:

- Standard Chartered Bank V Pakistan National Shipping Corp Others (No.٢). (٢٠٠٢) UKHL٤٣.
- Williams v Natural Life Health Foods Ltd (١٩٩٨) ٢ ALLER ٥٧٧, (١٩٩٨) ١ WLR٨٣٠. HL: rvsg (١٩٩٧) ١ BCLC ١٣١. CA.
- Reves v Comr of Police of the Metropolis (١٩٩٩) ٣ ALLER ٨٩٧, (٢٠٠٠) ١ AC ٣٦٠. (١٩٩٩) ٣ WLR ٣٦٣ III.

(٢) وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الاقتصادية في الجلسة رقم ١٣٢٨ لسنة ٢٠٠٩ جنح اقتصادي القاهرة بما يلي: وحيث أنه عن الموضوع وكانت المادة رقم (٢٠) من قواعد وإجراءات قيد واستمرار قيد وشطب الأوراق المالية تنص على أنه: «على الشركة موافاة البورصة بما يلي: صورة من القوائم المالية السنوية فور إعدادها من مجلس إدارة الشركة مرفقاً بها تقرير مراقب الحسابات على أن يكون ذلك قبل بداية انعقاد جلسة التداول في اليوم التالي على الأكثر من إعدادها كما يتم موافاة البورصة بصورة من تلك القوائم خلال عشرة أيام من تاريخ اعتمادها بالجمعية العامة، وذلك على قرص حاسب آلي مُعد وفقاً للبرامج التي تحددها البورصة بالتنسيق مع الهيئة. ويرفق بالقوائم المالية السنوية تقرير مجلس الإدارة السنوي المشار إليه بالمادة (١٧) من ذات اللائحة. وصورة من القوائم المالية الربع سنوية مرفق بها

العامة، وإخفاء المخالفات العمدية التي يرتكبها هذا العضو عند نهوضه بأعمال الإدارة اليومية<sup>(١٠٨)</sup>.

تقرير الفحص المحدود من مراقب حسابات الشركة خلال (٤٥) يوماً على الأكثر من تاريخ الفترة المذكورة على أن تُسجل أيضاً على قرص حاسب آلي مُعد وفقاً للبرامج التي تحددها البورصة بالتنسيق مع الهيئة».

وكانت المادة (٦٥ مكرر) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المضافة بقانون رقم ١٤٣ لسنة ٢٠٠٤ تنص على أنه: «يُعاقب بغرامة قدرها ألفا جنيه على كل يوم من أيام التأخير في تسليم القوائم المالية وفقاً لقواعد الإفصاح المرتبطة بها والمتعلقة بقواعد قيد وشطب الأوراق المالية المنصوص عليها في المادة رقم (١٦) من هذا القانون، ويجوز لرئيس مجلس إدارة الهيئة أو من يفوضه أن يعرض التصالح عن هذه الجريمة في أية حالة كانت عليها الدعوى مقابل أداء نصف الغرامة المستحقة ويترتب على التصالح وتنفيذه انقضاء الدعوى الجنائية».

لمّا كان ما تقدّم وكان المستقر عليه في يقين المحكمة وجدانها وما اهتدت إليه من أوراق الدعوى أنها قد اطّأنت إلى ما ورد بتقرير الخبير المنتدب في الدعوى، وثبت في يقينها قيام المتهم بارتكاب الجريمة الواردة بوصف النيابة العامة بصفته المسؤول عن الإدارة الفعلية لشركة ترويكانا للمشروعات لم يوافق الهيئة العامة لسوق المال بصورة من القوائم المالية عن الفترات المبينة بتقرير هيئة سوق رأس المال وبتقرير الخبير الذي تطمئن إليه المحكمة، وثبت في يقينها من أوراق الدعوى ثبوتاً لا يدع مجالاً للشك والريبة قيام المتهم بارتكاب الجريمة سائلة البيان بركنيها المادي والمعنوي، ذلك أنه بوصفه المسؤول عن الإدارة الفعلية ورئيس مجلس إدارة الشركة كان يتعين عليه الالتزام بموافاة الهيئة بالقوائم المالية في المواعيد المقررة قانوناً وقد خلت أوراق الدعوى مما يفيد ذلك، مما يتعين معه عقابه بمواد الاتهام بتغريمه مبلغ وقدره ٢،٤٨٩،٠٠٠ جنيه قيمة الغرامة المقررة عن كل يوم تأخير بالعقوبة المنصوص عليها بالمواد (٣/٦، ٤، ٧، ١٦، ١٥، ٦٥ مكرر، ٦٨) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨، والمادة (٢٠) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٢، عملاً بنص المادة (٢/٣٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية مع إلزام المتهم بالمصروفات بوصفه المحكوم عليه عملاً بنص المادة (٣١٣) من قانون الإجراءات الجنائية.

فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة حضورياً بتوكيل: بتغريم المتهم ألفي جنيه عن كل يوم تأخير عن مدة ١٥٨٤ يوم بإجمالي ٢،٤٨٩،٠٠٠ جنيه والمصروفات الجنائية.

وحيث تم استئناف الحكم وقيدت القضية تحت رقم ٩٠٢ لسنة ٢٠١٠ جنح مستأنف والتي حكمت بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع رفضه وتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بالمصروفات.

(١٠٨) المادة (٦٣) بند (٥) من قانون سوق رأس المال المصري.

- Colin Thomas: Company Law, Teach Yourself Books Hodder and Stoughton, ١٩٨٥,

ويؤثر ذلك سلباً في القرار الصادر عن الجمعية العامة بتوزيع الأرباح. ويعاقب كل من نشر مثل هذه المعلومات بالحبس بمدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين<sup>(١٠٩)</sup>. ويكون العضو المنتدب مسئولاً مسؤلية جنائية عما يحدث منه أثناء عمله داخل الشركة وذلك كالآتي:  
أولاً: إثبات بيانات غير صحيحة في نشرات الاكتتاب:

من المقرر أن المشرع المصري نصَّ في المادة (١/١٦٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه -يتحملها المخالف شخصياً- أو بإحدى هاتين العقوبتين «كل من أثبت عمداً في نشرات إصدار الأسهم أو السندات بيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية، وكل من وقع على تلك النشرات تنفيذاً لهذه الأحكام».

والحقيقة أن المادة (١/١٦٢) تخص في شطرها الأول مديري شركة المساهمة -القائمين على الإدارة الفعلية- الذين يثبتون عمداً في بيانات إصدار الأسهم أو السندات بيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام القانون أو اللائحة التنفيذية.

وحيث نظم القانون طرق الاكتتاب العام في شركات المساهمة وذلك عن طريق دعوة الجمهور للاكتتاب العام في الأسهم أو السندات عن طريق نشرة تعلن في الصحف وتشتمل على بيانات معنية<sup>(١١٠)</sup>.

وقد اشترطت اللائحة التنفيذية أن تتضمن نشرات الإصدار أيضاً تقريراً من مراقب الحسابات بصحة البيانات الواردة فيها ومطابقتها لمتطلبات القانون واللائحة، في حالة الاكتتاب في الأسهم، أو تقريراً منها عن نشاط الشركة، منذ بداية السنة المالية التي يجري فيها الاكتتاب والسنة السابقة عليها إذا لم تكن الجمعية العمومية قد اعتمدت ميزانيتها بعد، وكذلك العناصر الأساسية التي ترد في الميزانية<sup>(١١١)</sup>.

وتهدف هذه الإجراءات مع غيرها إلى إحاطة الجمهور علماً بوضع الشركة حتى يقبل على الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها وهو يعرف حقيقتها، وبالتالي حمايته من احتمال الغش الذي يمكن أن يمارس في

p. ٥٢.

(<sup>١٠٩</sup>) المادة (٦٣) من نفس القانون.. وجدير بالذكر ما تناولته المادة ١٤٦ من قانون الخدمات المالية الإنجليزي (FSA) لسنة ١٩٨٦، أنه إذا أعد العضو المنتدب بيان نشرة الإصدار، وهو يعلم أن البيان مبني على معلومات غير صحيحة، فسوف يكون مسئولاً في أي قضية غش يرفعها مستثمر تعرض لخسارة نتيجة اعتماده على هذا البيان، وقد يتحقق الغش متى أغفل العضو المنتدب ذكر حقيقة معروفة له، ويجب ذكرها في النشرة، أو عن طريق التمثيل (العرضي) الذي قد يتخلله كلمات مكتوبة أو منطوقة تكون أساساً لإقامة دعوى الغش.

كذلك يراعى أن التقنين التجاري الفرنسي الجديد يعاقب على هذا الفعل بالحبس مدة خمس سنوات وبغرامة قدرها ثلاثمائة وخمسة وسبعون ألف يورو، المادة ٢٤٢ ق.

(<sup>١</sup>) المواد (١٢٠، ١٥، ١٦٩، ١٧٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(<sup>٢</sup>) المادة (١٣) والمادة (١٧٠) من اللائحة المشار إليها.

مواجهته في هذا الخصوص<sup>(١١٢)</sup>.

لا يشترط في البيانات المخالفة للقانون أن تكون غير صحيحة، إذ يذهب بعض الفقه إلى القول بوقوع هذه الجريمة بإثبات بيانات مخالفة لأحكام القانون حتى لو كانت هذه البيانات حقيقية، فالفرض هنا يعتمد على إثبات بيانات صحيحة وتم اعتمادها من الجهة الإدارية المختصة، وذلك كموافقة الهيئة على التأسيس أو التراخيص في ظل وجود هذه البيانات الصحيحة المخالفة لأحكام القانون.

ومثال ذلك: الموافقة على تأسيس شركة لم يقدم مؤسسوها حصصهم العينية فيها، أو الموافقة على تأسيس شركة تجمع بين أنشطة لا يمكن الجمع بينها قانوناً، إذ لا يخرج هذا السلوك عن حالة إثبات بيانات مخالفة للقانون في الأوراق المعروضة على الهيئة<sup>(١١٣)</sup>.

إلا أن المشرع جاء بنص المادة (٣/٦٣) من قانون سوق رأس المال أكثر اتساعاً وشمولاً، ومقررًا عقوبة أشد من نص المادة (١/١٦٢) من قانون الشركات وذلك حرصاً على الثقة في سوق رأس المال وتحقيق الشفافية وحماية مصالح المتعاملين.

يُشترط لقيام هذه الجريمة، وفقاً لنص المادة (٣/٦٣) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ركناً مفترضاً يتمثل في إصدار نشرة للاكتتاب في الأسهم أو السندات في إحدى شركات المساهمة - الخاضعة لقانون سوق رأس المال-، وتضمنها لبيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام القانون أو اللائحة.

وحيث أنه وفقاً لنص المادة (٤) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ لا يجوز لأي شخص اعتباري مصري أو غير مصري أيًا كانت طبيعته، وأيًّا كان النظام القانوني الخاضع له طرح أوراق مالية في اكتتاب عام للجمهور إلا بناء على نشرة اكتتاب معتمدة من الهيئة يتم نشرها في صحيفتين مصريتين يوميتين واسعتي الانتشار، إحداهما على الأقل باللغة العربية، وذلك كله وفقاً للأوضاع والشروط التي تضعها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ويُشترط لصحة الاكتتاب أن يكون كاملاً وباتاً غير معلق على شرط، وفورياً غير مضافاً إلى أجل، وجدياً لا صورياً، وألا يقل ما يدفع المكتتب عند التأسيس عن ربع القيمة الاسمية للأسهم النقدية، وأن يتم الوفاء بكامل القيمة بالنسبة للأسهم التي تمثل الحصص العينية<sup>(١١٤)</sup>.

(٣) دكتور: مظهر فرغلي، الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال، جرائم البورصة، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(١) دكتور: خالد موسى توني، المسؤولية الجنائية عن ترويج البيانات والمعلومات غير الصحيحة في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨، ص ١٢٣.

(٢) راجع نص المادة (٣) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٣) وتطبيقاً لذلك، فقد قضت المحكمة الاقتصادية في الجنحة رقم ١٣٩٧ لسنة ٢٠١١ جنح اقتصادية القاهرة. وحيث كان الثابت للمحكمة بعد أن محصت الدعوى عن بصر وبصيرة وأحاطت بها وألمت بمستنداتها، واطمأنت لثبوت التهمة قبل المتهم، وذلك تأسيساً على ما ورد بالشكوى المقدمة من المدعين بالحق المدني والذي تظمن إليها المحكمة، وهم مجموعة من صغار المساهمين بشركة أوراسكوم للفنادق والتنمية المصرية والمملوكة بنسبة ٩٨،١٦% لشركة أوراسكوم القابضة للتنمية السويسرية، للسيد المستشار النائب العام ضد المتهم بصفته رئيس مجلس إدارة الشركتين، حيث أن المتهم قد قام بتزوير في نسبة ملكية أوراسكوم القابضة في الدعوى لانعقاد الجمعية العمومية بذكر أنها تمتلك ٩٦% فقط، وأن نسبة التداول الحر هي ٤% من أسهم الشركة، كما أنه تم التزوير في البيانات في الدعوى لانعقاد الجمعية العمومية مما يؤكد تواطؤ الهيئة مع الشركة، أم أنها لا تعلم شيء عن نسبة ١٦، ٢ المستحوذ عليها من قبل شركة أوراسكوم القابضة لحساب المساهمين الرئيسيين، والتي تم تحويلها إلى أسهم البورصة السويسرية، كما تم التزوير أيضاً في ملخص قرارات الجمعية = العامة المنعقدة يوم ٢٠ مايو، والمنشور على شاشات البورصة، حيث ذكر أن نسبة التداول الحر هي ٤% وأن الجمعية وافقت بنسبة ٩٩،٣% من نسبة الأقلية الممثلة في حضور ٣٥، ٧٢% من إجمالي نسبة التداول الحر أي أنهم أثبتوا حضور ما يزيد عن ستة ملايين وأربعمائة ألف سهم من أسهم الأقلية، في حين أن أسهم التداول الحر لا تزيد عن أربعة ملايين سهم، كما أن الشركة خالفت قرار الهيئة العامة لسوق المال بتعديل قواعد قيد واستمرار قيد وشطب الأوراق المالية بالبورصة وذلك من أجل تحسين نطاق الإفصاح عن الصفقات التي يقوم بها أعضاء مجلس الإدارة. وقد ورد كتاب الهيئة العامة للرقابة المالية مهور بتوقيع رئيس الهيئة يفيد أنه تم دراسة الوقائع المثارة بالشكوى المقدمة من صغار المساهمين، وانتهت الهيئة إلى الموافقة على اتخاذ إجراءات التحقيق ورفع الدعوى الجنائية عملاً بأحكام المادة (١٦) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، كما أن المحكمة تظمن لتقرير الهيئة بأكمله وتأخذ به وتعول عليه لسلامة الأسس التي بني عليها والذي تضمن فحص موضوع الدعوى، وأرسل للنيابة العامة بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١١ وتضمن تقرير قطاع الأدوات والتقارير المالية إلى نتيجة مؤداها:

- أن نسبة ملكية شركة أوراسكوم القابضة للتنمية في رأسمال شركة أوراسكوم للفنادق والتنمية ١٦، ٩٨% من رأسمال الشركة البالغ ٢٢١٩٦٢٣٢٤ سهم بقيمة اسمية للسهم ٥ جنيه، بإجمالي رأسمال ١١٠٩٨١١٦٢٠ جنيه، وذلك وفقاً للوارد بالقوائم المالية المجمع لشركة أوراسكوم القابضة للتنمية في ٢٠٠٩/٩/٣٠، ٢٠٠٩/١٢/٣١.

- وفقاً لما تضمنته القوائم المالية لشركتي أوراسكوم القابضة إيه جي وأوراسكوم للفنادق والتنمية، فإن

عَرَفَ الفقه التزوير على أنه: « هو تغيير للحقيقة مقترن بقصد الغش، يقع في محرر بإحدى الطرق التي بيّنها القانون، ويكون من شأنه أن يُسبب ضرراً للغير»<sup>(١)</sup>.

ما تم نشره على شاشات البورصة في ٢٧/٥/٢٠١٠، وفي البيان الصحفي للشركة المتضمن ملخص الجمعية العامة من أن نسبة مساهمة شركة أوراسكوم القابضة تبلغ ٩٦%، وأن نسبة التداول الحر تبلغ ٤% لا يمثل الواقع وذلك بالمخالفة لأحكام المادة (٦٣) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، والمادة (٢٢١) من اللائحة التنفيذية.

- كما أنه تبين مخالفة الشركة لما ورد بعرض الشراء من تعهدات بالحفاظ على استمرار القيد لمدة ٣ سنوات (حيث أن شركة أوراسكوم القابضة للتنمية إيه جي قد تعهدت بعدم شطب شركة أوراسكوم للفنادق من القيد بالبورصة وذلك لمدة ٣ سنوات)، إلا أنها قد خالفت ذلك ممّا كان له الأثر في قيام البورصة بإيقاف التداول على أسهم الشركة، وحدثت أضرار بالأقلية من المساهمين نتيجة ذلك إذ أن الشطب إنما كان جزءاً لعدم التزام الشركة لما التزمت به من تعهدات.

- وأن ما تم نشره من إعلانات عن الشركة اتضح منه أن رصيد أسهم الخزينة لدى الشركة هو ٢٧١١٣٦، في حين أن رصيد أسهم الخزينة وفقاً لآخر جمعية عامة عادية في ٢٨/٨/٢٠١٠ هو ٣٠٠٨٤٩ بنسبة ١%، وقد تم مخاطبة الشركة للإفصاح للهيئة عن تطور أسهم الخزينة لدى الشركة طبقاً لكتاب الهيئة في ١٣/٩/٢٠١٠ ولم تلتزم الشركة بالرد.

وحيث أنه ومن جماع ما تقدم، فإن المحكمة يستقر في وجدانها ممّا لا يدع مجالاً للشك أن التهمة ثابتة قبل المتهم ثبوتاً يقينياً يكفي لتكوين عقيدتها حيث أنه بصفته المسؤول عن الإدارة الفعلية لشركة أوراسكوم للفنادق والتنمية طرح أوراقاً مالية في اكتتاب عام للجمهور بالمخالفة لأحكام القانون ولائحته التنفيذية على النحو المبين بتقرير الهيئة العامة للرقابة المالية.

فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة حضورياً: بحبس المتهم بصفته المسؤول عن الإدارة الفعلية لشركة أوراسكوم للفنادق والتنمية سنين مع الشغل وكفالة قدرها عشرين ألف جنيه لإيقاف التنفيذ، والمصاريف الجنائية وغرامة قدرها خمسين ألف جنيه وأمرت بحرمانه من مزاولة مهنته لمدة عام، وإحالة الدعوى المدنية للمحكمة المدنية المختصة بلا مصاريف، وخمسة وسبعون جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة.

وحيث تم استئناف الحكم وقيدت تحت رقم ٥٥٧ لسنة ٢٠١١ جنح مستأنف وحكمت المحكمة بقبول والغاء وبانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح مع الهيئة.

(١) دكتور مظهر فرغلي على محمد، الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال «جرائم البورصة»، مرجع

وقد نص المشرع المصري على جرائم التزوير في المحررات في المواد من (٢١١) إلى (٢٢٧) من قانون العقوبات، وذلك لكفالة الثقة في المحررات باعتبارها وسيلة لا غنى عنها لإثبات الحقوق والمراكز القانونية، ومن ضمن هذه المواد المادة (٢١٤) مكرراً فقرة (١) من قانون العقوبات التي يجري نصها على أن: « كل تزوير أو استعمال يقع في محرر لإحدى الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات التعاونية أو ..... تكون عقوبته السجن مدة لا تزيد على خمس سنين ».

جرّم المشرع في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ كل صور تغيير الحقيقة التي يمكن أن تقع في نطاق سوق رأس المال، وذلك لكفالة الثقة في سوق رأس المال، وتحقيق الضبط والانتظام لهذا السوق الذي يعد مرآة الاقتصاد الوطني، وملتقى الادخار والاستثمار فعاقب في المادة (٦٣) من القانون المذكور كل من زور في سجلات الشركة أو أثبت فيها عمداً وقائع غير صحيحة أو عرض تقارير على الجمعية العامة للشركة تتضمن بيانات كاذبة، وعاقب في المادة (٦٤) من ذات القانون كل من أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها.

ويلاحظ أن نص المادة (٥/٦٣) لم يقتصر على العضو المنتدب، ولكن يمكن أن يطبق على أي شخص يقوم بالتزوير في سجلات الشركة.

ويرى جانب من الفقه أن نص المادة (٣/٦٣) من قانون سوق رأس المال شاملة لكافة أوجه تغيير الحقيقة في أوراق ومستندات الشركة، وبالغت في استخدام المرادفات والبدائل<sup>(١١٧)</sup>، إلا أن الباحث يرى أن النص السابق قد اقتصر على تزوير في سجلات الشركة، ولا يشمل جريمة التزوير في أي مستند آخر من مستندات الشركة.

وحيث نصت المادة (٨/١٦٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه: « مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه، ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه -يتحملها المخالف شخصياً- أو بإحدى هاتين العقوبتين..... كل من زور في سجلات الشركة أو أثبت فيها عمداً وقائع غير صحيحة أو أعد أو عرض تقارير على الجمعية العمومية تضمنت بيانات كاذبة أو غير صحيحة كان من شأنها التأثير على قرارات الجمعية».

والتزوير هنا لا يتميز، من حيث أركانه، بأحكام خاصة، سوى أنه يقع من العضو المنتدب أو غيره وفي سجلات شركة المساهمة<sup>(١١٨)</sup>، ولم يبين المشرع في قانون سوق رأس المال طرق التزوير، ومن ثم يتعين الرجوع إلى قانون العقوبات الذي حدّد هذه الطرق في المادتين (٢١١، ٢١٣) وهي تشمل كل حالات التزوير المادي والمعنوي حيث أن المادة (٦٣) من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ لم تحدد طرق التزوير.

ويذهب رأي بعض من الفقه والقضاء إلى أن القصد الجنائي في التزوير هو قصد خاص يتطلب لتوافره إرادة ارتكاب الفعل المكون للجريمة ونية استعمال المحرر المزور في الغرض الذي زور من أجله، فقد قضت محكمة النقض بأن استعمال المحرر المزور مع العلم بتزويره يقوم به القصد الجنائي الخاص<sup>(١١٩)</sup>، كما قضت بأن القصد الجنائي في جريمة التزوير يتحقق بتعمد تغيير الحقيقة في المحرر

(١) د: مظهر فرغلي، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩ ص ١٤

(٣) نقض جنائي رقم ٧٥٩٤ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٦/٥/١٩٨٥.

مع انتواء استعماله في الغرض الذي زور من أجله<sup>(١٢٠)</sup>، وعلى ذلك يتوافر القصد الخاص في جريمة التزوير في سجلات الشركة، أو إثبات وقائع غير صحيحة فيها بتوافر علم الجاني بأنه يرتكب الفعل الموثم قانوناً، أو إدراكه أنه يغير الحقيقة في سجلات الشركة بإحدى الطرق أو الوسائل المنصوص عليها قانوناً، وأن من شأن هذا التغيير للحقيقة أن يرتب ضرراً بالمصلحة التي يحميها القانون، وأن يقترب نية استعمال السجل المزور فيما زور من أجله<sup>(١٢١)</sup>، وأن تقدير توافر القصد الجنائي من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>(١٢٢)</sup>.

يُعاقب على هذه الجريمة أيضاً بالعقوبات التي نصت عليها المادة (١٦٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وهي الحبس مدة لا تقل عن سنتين والغرامة التي لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة العود أو الامتناع عن إزالة المخالفة التي حكم فيها نهائياً تضاعف الغرامة في حديها الأدنى والأقصى.

إلا أن المشرع قد تشدد في العقوبة على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية حيث نص في المادة (٦٣) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أنه يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على عشرين مليون جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين ..... كل من زور في سجلات الشركة، أو أثبت فيها عمداً وقائع غير صحيحة أو عرض تقارير على الجمعية العامة للشركة تتضمن بيانات كاذبة».

ولمّا كانت هذه الجريمة تمثل تزويراً في سجلات شركة مساهمة، فيُطبق عليها أيضاً نص المادة (٢١٤) مكرراً من قانون العقوبات، التي تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ترتفع إلى السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان للدولة أو لإحدى الهيئات العامة نصيب في مال الشركة بأية صفة كانت. ولا شك أن القاضي سيجد نفسه ملزماً بتطبيق عقوبة الجناية الواردة في النص العام، خصوصاً وأن المواد (١٦٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، والمادة (٦٣) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ قد اشترطت لتوقيع العقوبات الواردة فيهما ألا يكون في ذلك إخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى. ولذا يثور التساؤل عن الحكمة من إيراد نص خاص يعاقب على التزوير في سجلات شركات المساهمة.

حيث أنه في هذه الحالة صورة من التنازع الظاهري بين النصوص الجنائية فيما يبين نص المادة (٥/٦٣)، والمادة (٢١٤) عقوبات مكرر، وذلك يقتصر تطبيق المادة (٥/٦٣) في حالة عدم توافر شرط من شروط قيام جريمة التزوير طبقاً للقواعد العامة كما لو تخلف شرط الضرر على سبيل المثال<sup>(١٢٣)</sup>.

(٢) نقض جنائي رقم ١٠١٧ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٨٥/٣/٢١.

(٣) دكتور مظهر فرغلي علي محمد، الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال «جرائم البورصة»، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٤) نقض جنائي رقم ٤٨٠٣ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٥/٣/٢١.

(١) د: خالد موسى توني، مرجع سابق، ص ١٣٢.



توزيع أرباح صورية أو الامتناع عن توزيع أرباح

يقصد بالربح الصوري الربح الذي يوزع رغم عدم تحقيق الشركة لأرباح، أو الذي يتجاوز مقدار الأرباح المحققة<sup>(١٢٤)</sup>.

وقد تتشكل الأرباح الصورية من الأموال التي يتم اقتطاعها من رأس المال، بل أيضاً الاقتطاعات التي تقع على الاحتياطي القانوني أو النظامي<sup>(١٢٥)</sup>.

ولعل الحكمة من عدم جواز اقتطاع أرباح من رأس المال، أو من تلك الاحتياطات أن رأس المال يعد الحد الأدنى للضمان العام للداننين<sup>(١٢٦)</sup>.

كما أن هذه الاقتطاعات لا تمثل المركز الحقيقي للشركة، فقد تكون خصوم الشركة أكبر من أصولها، وعندها لا يجوز توزيع مثل هذه الأرباح؛ لما يترتب على ذلك من منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها<sup>(١٢٧)</sup>.

والغاية من التوزيع لجوء العضو المنتدب لتوزيع أرباح صورية هي دفع جمهور المستثمرين لتغطية الأوراق المالية التي تطرحها هذه الشركة، فمن المعروف أن الشركة التي لا توزع أرباحاً أو توزع أرباحاً ضئيلة، قد لا تلقى إقبالاً من المستثمرين، وإن قررت الشركة توزيع أرباح صورية كان لداننيها أن يطلبوا من المحكمة المختصة بإبطال مثل هذا القرار، ويكون أعضاء مجلس الإدارة ومراقبي الحسابات أيضاً الذين وافقوا على التوزيع مسنولين بالتضامن تجاه الداننين في حدود الأرباح التي أبطل توزيعها<sup>(١٢٨)</sup>.

(١٢٤) راجع في ذلك: د. مصطفى كمال طه: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(١٢٥) راجع:

- Denis Keenan: Business Law. British Library Cataloguing in Publication Data. ١٩٨٧, p. ٨٤.
- Geoffery Morse: Company Law. Charles Worth's. London, Stevens and Sons ١٩٨٧, p. ١٨٣.

(١٢٦) المادة (٤٣) فقرة (١) من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(١٢٧) المادة (٤٣) فقرة (١) من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(١٢٨) المادة (٤٣)، فقرة (٢) من نفس القانون.

وجديرٌ بالذكر أن الشركة قد تحقق أرباحاً، ويتخذ العضو المنتدب قراراً مع باقي أعضاء المجلس ومراقب الحسابات قرار بالامتناع عن توزيعها على المساهمين، وهذه الأرباح الحقيقية الواجب توزيعها تمثل الأرباح الناتجة عن مباشرة الشركة لأعمالها، أو بيع أحد أصولها الثابتة أو التعويض عنه<sup>(١٢٩)</sup>.

وبذلك فإن تبين أن أموال الشركة تجاوزت خصومها، وقرر مجلس الإدارة توزيع هذه الأرباح على المساهمين في هذه الشركة، فإن على العضو المنتدب تنفيذ هذا القرار، إلا أنه قد يمتنع عن تنفيذه، أو يتأخر في تنفيذه لتحقيق مكاسب شخصية.

وحيث نص المشرع في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في المادة (٥/١٦٢) على أنه: « مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف ..... » كل عضو مجلس إدارة ورَّع أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو نظام الشركة وكل مراقب صادق على هذا التوزيع.»

فالشرط الأول من هذا النص يخص جريمة العضو المنتدب لشركة المساهمة الذي يقوم بمساعدة مراقب الحسابات بتوزيع أرباح أو فوائد على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركة. أما الشرط الثاني فيخص جريمة مراقب الحسابات الذي يصادق على هذا التوزيع، وحيث أنه لم يرد نص خاص في هذا الشأن في القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال وعليه فإن القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ هو الذي يطبق في هذا الشأن.

وقد نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على قواعد معينة يتعين إتباعها عند توزيع الأرباح التي تحققها شركات المساهمة<sup>(١٣٠)</sup>، كما أن نظام الشركة يتضمن قواعد معينة لتوزيع الأرباح والفوائد بما يتفق مع أحكام القانون واللائحة. وقد تلجأ الشركة إلى توزيع أرباح وهمية أو تقوم بتوزيع أرباح أو فوائد مخالفة لأحكام القانون أو نظام الشركة، ويمثل ذلك غشاً في مواجهة المساهمين أو جملة السندات أو الدائنين. ولضمان عدم اللجوء إلى هذا النوع من الغش اشترطت اللائحة التنفيذية مصادقة مراقب الحسابات على هذا التوزيع<sup>(١٣١)</sup>.

تقع هذه الجريمة، وفقاً للنص الذي سبقت الإشارة إليه، بقيام العضو المنتدب بإعداد التقارير وقيام مراقب الحسابات بالمصادقة على توزيع أرباح أو فوائد مخالفة لأحكام القانون أو لنظام الشركة.

يُعاقب على هذه الجريمة كذلك بالحبس الذي لا يقل عن سنتين، والغرامة التي لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه. وتضاعف عقوبة الغرامة، في حالة العود (م ١٦٢ و ١٦٤).

(١٢٩) راجع في ذلك: د. هاني محمد دويدار: مبادئ القانون التجاري، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي،

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٩٧، ص ٢٢١.

(١) المادة (١٩١) وما بعدها من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٢) المادتان (١٩٢، ١٩٣) من اللائحة المشار إليها.

## الفرع الثالث

إساءة استغلال المعلومات السرية المتعلقة بالشركة<sup>(١٣٢)</sup>

يقصد بالمعلومات السرية المتعلقة بالشركة تلك المعلومات لا يُمكن للغير الاطلاع عليها أو العقود التي أبرمتها الشركة مع غيرها<sup>(١٣٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، قد يستغل العضو المنتدب مركزه في الشركة، وتوجيهات مجلس الإدارة في زيادة الأرباح المقرر توزيعها على المساهمين، فيلجأ لشراء أكبر عدد من الأسهم طمعاً في تحقيق أكبر قدر من الربح<sup>(١٣٤)</sup>.

وعلى العكس، قد يستغل العضو المنتدب المعلومات السرية التي يطلع عليها بحكم دوره، فيلجأ إلى بيع أكبر عدد من أسهمه متى علم بتدهور المركز المالي للشركة. وممّا تقدّم يُمكن القول بأنه يقع على عاتق العضو المنتدب للإدارة واجب المحافظة على مثل هذه المعلومات، وعدم إفشائها.

لذلك قضى المشرع المصري بأن من أفشى هذه المعلومات يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين<sup>(١٣٥)</sup>.

(١٣٢) راجع:

- Julia Bailey: Company Law, Billing & Sons Ltd, Worcester. ١٩٩٠. P. ٢٤٥.

(١٣٣) انظر في ذلك: د/ حسين فتحي: تعاملات المطلعين على أسرار الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٩.

بشأن إفشاء المعلومات السرية المتعلقة بالشركة انظر القضايا الإنجليزية الآتية:

- Giles v Rhind (٢٠٠٢) EWCA Civ, ١٤٢٨.
- Barings plc (in administration) v Coopers Lybrand (a Firm) (١٩٩٧) ١ BCLC ٤٢٧, CA.
- Christensen v Scott (١٩٩٦) ١ NZIR ٢٧٣. N٢ CA.

(١٣٤) انظر في ذلك: د. محمد فريد العريني: القانون التجاري: الشركات التجارية: شركات الأشخاص والأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣٣٦.

(١٣٥) المادة (٦٤) من قانون سوق رأس المال المصري.. ومن القضايا الهامة التي عُرضت أمام القضاء

الإنجليزي بهذا الشأن قضية فشل وإفلاس مجموعة شركات Tank container manufacturer Universal Bulk handling limited حيث قام المدعى عليه الأول Christophe Freeman ويمثل المدير الإداري لمجموعة الشركات بإخفاء الوضع الحقيقي للمركز المالي للمجموعة عن المحاسبين وأصحاب الشركات، إذ بلغ العجز المالي في الميزانية ٢٢ مليون جنيه استرليني وعمالة تقدر بـ ٢٧٠

يُعد عمل العضو المنتدب من الأعمال المهنية التي تتطلب سرية عالية نظراً لما يطلع عليه من مستندات ودفاتر سرية، وغالباً ما تتضمن هذه المستندات أسرار النشاط الذي تقوم به الشركة.

ولذا فإن استخدام العضو المنتدب لما بحوزته من معلومات غير معلنة للكافة لصالحه أو لصالح غيره، دون أن تتحقق هذه الفرصة للغير من المساهمين أو للمستثمرين بشكل عام في بعض العمليات المالية للبورصة، في البداية متعارضاً مع مبادئ الأخلاق والعدالة.

إذ من غير المنصف أن يتمتع البعض ممن هم على قدم المساواة من حيث المراكز القانونية بميزة يستفيدون منها على حساب الأطراف الأخرى<sup>(١٣٦)</sup>.

وغالباً تُتاح للعضو المنتدب ومراقب الحسابات معلومات عن مركز الشركة قد لا تتاح للكثيرين خاصة مواطن الضعف والقوة في مشروعاتها، وهذه المعلومات عن أسهم الشركة دون أن تكون لدى غيره ستؤدي إلى أن تكون حيدته واستقامته لتحقيق غرض الشركة وسيرها سيراً حسناً من ناحية، ورغبته في المتاجرة والتعامل في أسهمها بشكل يعود عليه بالنفع من ناحية أخرى خاصة فيما يتعلق بشرائه لبعض الأوراق المالية، على طرفي النقيض، وستأتي المصلحة العليا للشركة في المرتبة الثانية بعد مصالحه هو<sup>(١٣٧)</sup>.

ويُقصد باستخدام المعلومات غير المعلنة، استخدام المتعامل تلك المعلومات في إجراء تعاملات على الأوراق المالية، فإذا كانت تلك المعلومات ممتازة فيقدم على شراء الأوراق المالية للشركة التي تتعلق بها تحسباً لارتفاع أسعار تلك الأوراق إثر الإعلان عن المعلومات المميزة، ومثال ذلك اكتشاف ثروة طبيعية في أرض الشركة أو تحقيق الشركة أرباحاً مجزية أو فوز الشركة بإبرام عقود تعود عليها بالربح الوفير. أما إذا كانت المعلومات سيئة فيقدم المتعامل على بيع الأوراق المالية التي لديه، وتحسباً لانخفاض سعرها إثر الإعلان عن تلك المعلومات، ومثال ذلك اكتشاف عدم سلامة الموقف المالي للشركة أو ظهور منتج جديد ينافس منتجات الشركة.

وحيث أنه لم يتضمن القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ نصاً خاصاً يعاقب العضو المنتدب الذي يُفشي الأسرار التي علم بها أثناء مباشرته لعمله، كما لم يتضمن نصاً يحيل صراحة إلى النص العام في قانون العقوبات الذي يعاقب على جريمة إفشاء سر المهنة، وذلك خلافاً لما فعله المشرع الفرنسي في

موظفاً، وحتى يحافظ المدعى عليه الأول على شكل الشركة قام بتزوير حساباتها، عاونه على ذلك المدعى عليه الثاني في هذه القضية المدير Alon Hodgkinson مما أدى إلى تدهور مركزها المالي وإفلاسها.

الحكم: قررت: محكمة التاج في (ليفربول) Liverpool Crown Court بمسئولية المدعى عليهما الاثنيين عن تفاقم حالة الشركة وإفلاسها والخسائر التي حلت بها والتي تقدر بـ ١٢ مليون جنيه استرليني، وحكمت على المدعى عليه الأول بالحبس مدة عامين، والحبس لمدة ٩ أشهر على المدعى عليه الثاني، والحكم بعدم صلاحيتهما للعمل كمدراء للشركات بالنسبة للأول لمدة ١٠ سنوات والثاني لمدة ٥ سنوات.

راجع الموقع الإلكتروني: [www.sfo.gov.UK.com](http://www.sfo.gov.UK.com)

(٢) د: محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية للأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٢.

(١) د: حسين فتحي، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، مرجع سابق، ص ١١، وما بعدها.

المادة (٤٥٧) من قانون الشركات الصادر في سنة ١٩٦٦، وقد عاقبت المادة (٧/١٦٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ «كل موظف عام أفشى سراً اتصل به بحكم عمله.

وحيث يتضح من نص المادة (١٠٨) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أنه لكي يرتبط السر بعمل العضو المنتدب، ويعد من الأسرار المهنية في هذا المجال لا بد من أن يتوافر في السر موضوع النشر أربعة شروط:

١] أن يكون السر قد عهد به إلى العضو المنتدب بمناسبة مهنته<sup>(١٣٨)</sup>، فالسر الذي يعلم به من صديق له أو يعرفه بالمصادفة، ولا يرتبط بوقائع تتصل بعلمه، لا ينطبق عليه وصف سر المهنة في هذا المجال.

٢] أن يكون منسوباً لشخص معين يؤدي الكشف عنه إلى أضرار معنوية أو مادية، وذلك لأنه في حالة عدم ذكر وقائع دون نسبتها لشخص معين لا يوجد هناك إفشاء<sup>(١٣٩)</sup> فالعضو المنتدب الذي يتحدث عن إحدى المشروعات دون ذكر تفاصيل عنه أو عن موقعه لا يعد ذلك إفشاءً لسر المهنة.

٣] أن تكون الوقائع المراد إفشاء السرية عليها تتصل بمصلحة العميل المتعاقد معه.

٤] أن لا تكون الوقائع متصلة بتحقيق جنائي قائم أو دعوى قضائية منظورة أمام المحاكم، والسبب في ذلك هو أن المصلحة العامة من الكشف عن الوقائع في هذه الحالة أمام القضاء، تفوق المصلحة العامة من الاحتفاظ بسريتها.

وحيث يكفل القانون المصري حماية الأسرار الإدارية<sup>(١٤٠)</sup>، وأسرار الأفراد الخاصة من جانب الموثمين عليها، فقد نصت المادة (٦٦) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه: «لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعه بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة.

مع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم».

(١) دكتور عبد المولى علي متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٠٨.

(٢) دكتور أحمد سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٨، ص ٥٩.

(٣) حظر القانون المصري بموجب القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الحصول على البيانات والتصريحات من الموظفين فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم إلا بإذن الجهة المختصة، فقد نصت المادة (٧/٧٧) من القانون ١٩٧٨ على أنه: «يحظر على العامل: - (٧) أن يفشي بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غيرها من طرق النشر إلا إذا كان مصرحاً له بذلك كتابة من الرئيس المختص».

ونصت المادة (١٣/٧٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ على أنه: «يحظر على العامل بالذات أو بالوساطة ما يأتي: (١٣) التصريح بمعلومات أو بيانات تتصل بعمل الشركة بغير تصريح سابق من الجهة المختصة بالشركة».

وقد نصّت المادة (٦٥) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري على أن: « الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عمّا يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تُنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها، ومع ذلك الخصوم».

وفى معظم الأحيان يكون التعدي على سر المهنة من خلال نشر مستندات والخطابات التي يتحصل عليها من الموثمين على السر في الصحافة، وفقاً للمادة (٦٦) من قانون الإثبات في المواد والتجارية المصري، والمادة (٢٢٦-١٣) من قانون العقوبات الفرنسي يعاقب الشخص المؤتمن على السر بصفته فاعلاً أصلياً للجريمة والصحفي بصفته شريكاً فيها، ولكن الوقائع المعروضة للرأي العام لا تتمتع بهذه الصفة<sup>(١٤١)</sup>.

فإنه يجب، لبيان مدى تحقق عناصر الجريمة في حقه، أن تطبق الأحكام التي أوردها هذا النص: فيجب أن تكون المعلومات التي تم إفشاؤها من المعلومات التي وقف عليها العضو المنتدب أثناء مباشرة مهمته في إدارة الشركة. ويتحقق الركن المادي من الجريمة بالإفشاء، أي باطلاع الغير على السر، أيًا كان هذا الغير وأياً كانت الطريقة التي يتم بها الإفشاء.

وعلى كل حال فإن الجريمة لا ترتكب إذا توافر أحد أسباب الإباحة وفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات<sup>(١٤٢)</sup>. وأبرز أسباب الإباحة في هذه الجريمة أداء العضو المنتدب لواجباته القانونية، وعلى ذلك، لا يرتكب العضو المنتدب هذه الجريمة إذا كان يؤدي واجباته في إبلاغ معلومات معينة أو تقديم تقارير لجهات حددها القانون وبصفة خاصة التقرير الذي يقدمه مجلس الإدارة إلى الجمعية العمومية عن أوضاع الشركة. كما لا تقع الجريمة إذا تم الإفشاء بالمعلومات بناء على رضاء صاحب السر، ونعتقد أن الرضاء هنا يجب أن يصدر من مجلس إدارة الشركة بإفشاء معلومات معينة.

وهنا يثور التساؤل عن مدى انطباق نص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات على العضو المنتدب:

حيث تنص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات على الآتي: «كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيدالنة أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو تمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه». وحيث أن العضو المنتدب يُعد فيما يتعلق بما يقف عليه من أسرار بمناسبة عمله بالشركة من الأمناء على الأسرار وفقاً للنص السابق، ممّا يعني خضوعه لهذا النص العام.

وعليه يجب الاعتراف بأن العضو المنتدب يُعد من الأمناء على الأسرار وفقاً للنص العام في قانون العقوبات، وقد اعتبرت المادة (١٠٨) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المساهمين في الشركة من الغير بالنسبة للأسرار التي يقف عليها العضو المنتدب وتتعلق بالشركة، وبالتالي فإن اطلاعهم عليها سواء في مقر الجمعية العامة أو في غيره يعد إفشاء للأسرار وتقع به هذه الجريمة. ولكن لا يعد من الغير منطبقاً أعضاء مجلس الإدارة بالشركة، أو مساعدو مراقب الحسابات<sup>(١٤٣)</sup>، أو العاملون بالشركة الذين يفترض بحكم عملهم الاطلاع على السر.

(١) دكتور خالد رمضان، المسؤولية الجنائية لمراجع الحسابات، (المحاسب القانوني)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ٥٩.

(١) دكتور جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٣.

(١) دكتور محمود كبيش، المسؤولية الجنائية لمراقبي الحسابات في شركات المساهمة دراسات مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية ١٩٩٢، ص ١٤٦.

تعتبر جريمة إفشاء الأسرار من جانب العضو المنتدب من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي لدى الفاعل، وبالتالي لا تتوافر هذه الجريمة حتى ولو توافر الخطأ تسبب في علم الغير بأسرار الشركة طالما أنه لم يعتمد الإفشاء وإن كان للعميل الرجوع عليه بالحق في التعويض.

والقصد الجنائي المتطلب هنا هو القصد العام وليس القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الإضرار بالعميل الذي أفشى سره.<sup>(١٤٤)</sup> ويقوم القصد العام هنا على عنصر العلم والإرادة، فيجب أن يعلم العضو المنتدب أن الإفشاء يتعلق بوقائع مؤتمن عليها باعتبارها من الأسرار، وأن يتوافر لديه العلم بأن الإفشاء قد تم في غير الحالات المصرح بها قانوناً، وكذلك يجب أن تتجه إرادة المراقب إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر.

وتعد جريمة إفشاء سر المهنة المنصوص عليها في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات من الجرائم العمدية التي يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي، فإن وقع الإفشاء خطأ فلا تتحقق الجريمة مهما كانت جسامة هذا الخطأ<sup>(١٤٥)</sup>.

- إفشاء العضو المنتدب لسر المهنة وفقاً لنصوص القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢:

إلا أنه وفقاً لنص المادة (٢٠) مكرر من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والمضافة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨ والتي تنص على: « يحظر على الأشخاص الذين تتوافر لديهم معلومات عن المراكز المالية للشركات المقيدة بالبورصة أو نتائج أنشطتها وغيرها من المعلومات التي يكون من شأنها التأثير على أوضاع هذه الشركات، التعامل عليها لحسابهم الشخصي قبل الإعلان أو الإفصاح عنها للجمهور، كما يحظر على هؤلاء الأشخاص إفشاء تلك المعلومات للغير بصورة مباشرة أو غير مباشرة».

وقد حددت المادة (٣١٩) من اللائحة التنفيذية لذات القانون المعلومة الداخلية على أنها «أي من المعلومات الجوهرية التي لم يتم إعلانها لجمهور المتعاملين وتكون مرتبطة بأعمال شركة من الشركات المتداولة أوراقها المالية أو أي من الأطراف أو الكيانات المرتبطة بها»، كما عرّفت ذات المادة في فقرتها (د) المطلع على المعلومات الداخلية على أنه: « كل من اطلع على معلومات بشأن الشركة أو ما تصدره من أوراق مالية من شأنها تحقيق منفعة لصالحه أو لصالح شخص آخر، وسواء تم الاطلاع بصورة شرعية أو غير شرعية وسواء اطلع بنفسه على المعلومات أو وصلت إلى علمه عن طريق شخص آخر بصورة أو بصفة مباشرة أو غير مباشرة».

وقد نص المشرع في المادة (٦٤) من ذات القانون على أنه: « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تزيد على عشرين مليون جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أفشى سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون، أو حقق نفعاً منه هو أو زوجه أو أولاده أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها أو تعامل في الأوراق المالية بالمخالفة للأحكام المنصوص عليها بالمادة (٢٠) مكرراً من هذا القانون».

ومن خلال النص السابق بيانه يتضح أن العضو المنتدب وفقاً لطبيعة عمله داخل على الشركة يعتبر من المطلعين على المعلومات الداخلية داخل الشركة وعليه تنطبق عليه أحكام المادة (٢٠) مكرر من

(٢) د. عمر سالم ، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية ، مرجع

سابق

(١) دكتور محمود كبيش، المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات، مرجع سابق، ص ١٤٦.

القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والمعاقب عليها بأحكام المادة (٦٤) من ذات القانون وهي عقوبة أشد من العقوبة المقررة في قانون العقوبات أو القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

وقد نصّت المادة (٦/٤٩) من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على أنه: « ..... يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تتجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ..... كل مدير أو عضو مجلس إدارة أو مراقب حسابات أو معاون له أو عامل لديه وكل شخص يعهد إليه بالتفتيش على الشركة أفشى ما يحصل عليه بحكم عمله من أسرار الشركة أو استغل هذه السر لجلب نفع خاص له أو لغيره».

كما نصّت المادة (٥٦) من قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه: « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشى سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون أو حقق نفعاً منه بطريق مباشر أو غير مباشر».



## المطلب الثاني

المخالفات غير العمدية للعضو المنتدب للإدارة

نتناول في هذا المطلب المخالفات غير العمدية التي قد يرتكبها العضو المنتدب في الشركة، حيث نتعرض للصورة العامة للمخالفات غير العمدية المتمثلة في الإهمال، ومن ثم نعرض للتعسف في استعمال السلطة، وتجاوز حدود السلطة أو التفويض المنوط بالعضو المنتدب. وعلى هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: الإهمال.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال السلطة.

الفرع الثالث: تجاوز حدود السلطة.

## الفرع الأول

الإهمال

يعد الإهمال الذي يقع من قبل العضو المنتدب، أثناء نهوضه بأعمال الإدارة يومية في شركة المساهمة، أساس المخالفات غير العمدية، وتتحقق هذه المخالفات متى ثبت خطأ هذا العضو أو إهماله في تصريف شئون الشركة، أو عدم بذله العناية المطلوبة منه عند أدائه لواجباته<sup>(٤٦)</sup>.

(٤٦) راجع:

- S. B Marsh: Business Law MCGRAW – Hill Book Company, ١٩٨٥, p. ٨٧.

وتجدر الإشارة إلى صورة الإهمال التي تناولها قانون الشركات وتأمين الأسواق الإنجليزية، وجعلها على رأس مسؤوليات الشركة ومديريها؛ فهو الإهمال في دقة الحسابات الختامية السنوية للشركة مما يعرض المتعاملين مع الشركة للخداع، وقد يعزى ذلك للفروق بين مهارة المديرين ومدى حرفيتهم، لذلك فإن القانون الذي وضع في السنوات الأخيرة يعطي العملاء الحق في مقاضاة الشركة، واستعادة مليارات الجنيهات والدولارات، ليس في إنجلترا وحدها، بل في عدة دول منها: هونج كونج، وساحل الهادي، وأمريكا الشمالية في الغرب، كما أن القرارات العامة المعلنة والقضايا التي راجعها مجلس اللوردات في تلك السنوات من مثل هذا النوع، أنت نتائجها في صالح المتعاملين مع الشركة أكثر من كونها في صالح المستثمرين، كما أن مجلس اللوردات تفحص وناقش الإطار القانوني لحسابات الشركة، والتي انتهت إلى تأسيس العلاقة القانونية بين حسابات الشركة، ونشر النتائج الختامية، علاقة بعض الأفراد بالشركة والمهام المفروضة عليها، وبين مديري الشركة نفسها كجزء متكامل مع الاحتياطات القانونية، فالمديرون جزء من هذه العلاقات القانونية، ولم يتعرض للعلاقة بين أصحاب الحق في الحصول على نسخ من الحسابات الختامية أو عدم الشفافية، وبذلك يكون المشرع الإنجليزي قد وضع إطاراً قانونياً لمقاضاة الشركة والمديرين ومحاسبتهم على نشر بيانات مثل: النتائج الختامية السنوية غير الدقيقة للشركة.

ومن الأمثلة على إهمال العضو المنتدب في تصريف شئون الشركة توظيف أموالها في مضاربات خاسرة، أو التقاعس عن تسجيل عقد بيع اشترت بموجبه الشركة عقاراً يُعد الضمان الوحيد للشركة<sup>(١٤٧)</sup>.

كما أن الإهمال يتحقق في حالة إبرام عقود خاسرة، أو سوء اختيار الموظفين؛ مما يترتب عليه خسارة الشركة<sup>(١٤٨)</sup>.

### الفرع الثاني

#### التعسف في استعمال السلطة

هنا سوف نتناول فكرة التعسف في استعمال السلطة، دون التعرض للآراء الفقهية التي قيلت في شأنها، إلا أننا سوف نشير لمدلولها، ونركز دراستنا على تطبيقاتها على العضو المنتدب في شركة المساهمة.

تخول السلطة صاحبها صلاحية اتخاذ القرارات والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف التي من أجلها تقرر له هذه السلطة. وبالتالي يُمكن القول بأن العضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة يتمتع بسلطة إدارية ضمن حدود المهام الموكولة إليه والتي تتمثل بصفة أساسية في وضع قرارات مجلس الإدارة موضع التنفيذ.

وحيث أن سلطة العضو المنتدب للإدارة ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها القيود التي تضمن بقاء هذه السلطة ضمن حدود الغاية من تخويل العضو المنتدب للإدارة إياها، والمتمثلة في تحقيق المصلحة الجماعية لشركة المساهمة أي إنجاح مشروع هذه الشركة.

ويعتبر الانحراف عن تحقيق المصلحة الجماعية لشركة المساهمة فيما يتخذه العضو المنتدب للإدارة من قرارات أو فيما يقوم به من أعمال تعسفاً من جانبه في استعمال السلطة، وهو ما يُمكن اعتباره خطأ يستوجب إثارة مسئوليته تجاه من تسبب بتعسفه هذا في إلحاق الضرر به. فالتعسف في استعمال السلطة يعد مظهرًا لانحراف العضو المنتدب للإدارة في السلوك الواجب عليه اتباعه، فإن أدى هذا إلى إلحاق الضرر بالغير يكون الانحراف بمثابة خطأ في مفهوم نظام المسئولية المدنية<sup>(١٤٩)</sup>.

- Paul L. Davies: *Gower's principles of modern company law*, Sweet & Maxwell. London. Sixth edition, ١٩٩٧, p. ٥٥٢-٥٦١.

<sup>(١٤٧)</sup> استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٥٥، البلتان ١٨٩٨-١٩٠٨، ص ٣٩٢، استئناف مختلط ٢ يونيو ١٩٣١، البلتان ١٩٢٨-١٩٣٨، ص ٦٤٦. مشار إليها في د. علي سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٤٦١.

<sup>(١٤٨)</sup> انظر في ذلك: د. مصطفى كمال وصفي: المسئولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن ومشروع قانون الشركات التجارية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة فؤاد الاول ١٩٥١، ص ٦٢-٦٣.

- Terry Price: *Mastering Business Law*, ١٩٨٢-١٩٨٩, p. ١٢٩.

<sup>(١٤٩)</sup> انظر في ذلك: د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ٣٧٦.

وأهم مظاهر تعسف العضو المنتدب للإدارة في استعمال السلطة توجيه شئون الشركة فيما يخدم مصلحة فئة من المساهمين ظناً منه أن بذلك تتحقق المصلحة الجماعية لشركة المساهمة التي يساهم في إدارتها. وقد يمثل التعسف في انحراف شديد في تفسير مضمون قرارات مجلس الإدارة مما يؤدي إلى تنفيذها على نحو لا يتحقق معه الغرض الذي قصده مجلس الإدارة. وقد يخرج العضو المنتدب للإدارة عن الوسائل المألوفة لتنفيذ تلك القرارات.

ويزيد من حدة التعسف في استعمال السلطة أن يجمع العضو المنتدب للإدارة بين صفته هذه وبين رئاسة مجلس إدارة الشركة، إذ يمكنه في هذه الحالة الانحراف في توجيه مجلس الإدارة إلى القرارات اللازمة لنجاح مشروع الشركة أو لتحقيق مصلحتها الجماعية. فلا يقتصر أثر التعسف على تنفيذ القرار وإنما يسبقه أيضاً انحراف في كيفية صدور القرار<sup>(١٥٠)</sup>.

### الفرع الثالث

#### تجاوز العضو المنتدب حدود السلطة أو التفويض المنوط به

يتمتع العضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة بسلطة نظامية متى كان النظام الأساسي للشركة قد حدد له المهام الموكولة إليه، وإلا تحددت السلطة المخولة له في قرار مجلس الإدارة بتعيينه عضواً منتدباً للإدارة فيما يأخذ عادة شكل التفويض في تنفيذ القرارات الصادرة عن شركة المساهمة.

ولا نجد مفهوماً منصبياً للتفويض في السلطة في القانون الخاص، ولا يجوز في تقدير الباحث القياس على تجاوز الوكيل حدود وكالته، بل الأوفق هو القياس على تجاوز حدود التفويض في ممارسة السلطة في القانون الإداري.

فمن باب القياس قد يصبح ملائماً تبني بعض تطبيقات تجاوز التفويض الإداري على العضو المنتدب في شركة المساهمة.

(١٥٠) وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، إذ أعفت أعضاء مجلس إدارة الشركة من المسؤولية في قضية ثبت فيها أن رئيس مجلس الإدارة كان يتولى إدارة الشركة بشكل ديكتاتوري، ليس فقط على الموظفين التابعين له، بل على أعضاء مجلس الإدارة، وفي ظل تلك السلطة المطلقة قام بتوزيع أرباح صورية، معتمداً على ميزانية ملفقة أعدها ونشرها على المساهمين.

انظر في ذلك: نقض جنائي ١/٣/٩٤٥ دالوز ٩٤٦-٩٤٦ مشاراً إليها لدي د. هاني سمير عبد الرازق ، مرجع سابق.

أما عن مظاهر التعسف التي عرضت على القضاء الفرنسي؛ حيث قضت بأن مدير عام شركة المساهمة تعسف في استعمال سلطته عندما أصدر قراراً يتضمن تخصيص مكافآت مالية مبالغ فيها، ودون النظر للأزمة المالية التي تعيشها الشركة، مما يضاعف من خسائرها، وينقص من رأسمالها. انظر في ذلك: مشاراً إليها لدي د. هاني سمير عبد الرازق ، مرجع سابق.

وهنا سوف نتناول تجاوز العضو المنتدب غير المقصود لحدود التفويض المنوط به، أو تصرفه بعد سحب هذا التفويض أو إلغائه، وهو يجهل ذلك، موضحين التزام الشركة تجاه الغير حسن النية في التعامل معه من خلال هذا التفويض<sup>(١٥١)</sup>.

لقد استحدثت المشرع المصري في قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، خصوصاً مقابلة لدى بعض التشريعات العربية<sup>(١٥٢)</sup>.

ويعود ذلك الحكم لتأثر واضعي هذا القانون بقانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦<sup>(١٥٣)</sup>، حيث أُلزم المشرع الشركة بأي عمل يصدر عن مجلس إدارتها، أو من ينوب عنه من أعضائه (العضو المنتدب) عند قيامه بعمله على الوجه المعتاد، وللغير حسن النية أن يتمسك بذلك في مواجهة الشركة، ولو تجاوز هذا العضو حدود السلطات المنوطة به، أو لم يراع الإجراءات المقررة قانونياً<sup>(١٥٤)</sup>، كما لا تستطيع الشركة أن تدفع مسئوليتها عن ذلك العمل بحجة أن نظامها لم يصرح لها بالقيام بمثل تلك الأعمال<sup>(١٥٥)</sup>، ولا أن تحتج في مواجهة الغير حسن النية من المتعاملين معها بأن نصوص عقد الشركة أو لوائحها لم تراعى بشأن هذا التصرف<sup>(١٥٦)</sup>.

ومن جهة أخرى، لا يكون حجة على الغير حسن النية بنشر وثيقة أو عقدها، الذي يتضمن حدود اختصاصات العضو المنتدب في غير الوسائل المنصوص عليها في القانون<sup>(١٥٧)</sup>.

<sup>(١٥١)</sup> وتقوم نظرية حماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة على عنصرين رئيسيين؛ إحداهما: عنصر ظاهر، والآخر: نفسي، ويقصد بالعنصر الأول توافر شواهد مادية خارجية تمثل حقيقة مرئية، تبدو كمظهر لمركز قانوني، وهذا يولد لدى الغير المتعامل مع الشخص (العضو المنتدب) الذي اتخذ معه التصرف إحساساً بإرادة الشركة في الواقع المادي والقانوني، أما العنصر الثاني (النفسي) فهو حسن نية الغير، ويقصد به جهل الغير بالعيب الذي شاب التصرف نيابة عن الشركة لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: د. سعودي حسن إبراهيم سرحان: نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة التجارية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص ٣١ وما بعدها.

<sup>(١٥٢)</sup> لا يوجد نصوص مقابلة لتلك التي استحدثتها المشرع المصري لدى قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٦٤، وقانون التجارة اللبناني لسنة ١٩٤٢.

<sup>(١٥٣)</sup> انظر في هذا المعنى: د. محمد فريد العريني: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ٢٠٠٣، ص ٢٥٧.

<sup>(١٥٤)</sup> المادة (٥٥) فقرة (١) من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

<sup>(١٥٥)</sup> المادة (٥٥) فقرة (٢) من نفس القانون.

<sup>(١٥٦)</sup> المادة (٥٧) فقرة (١) من نفس القانون.

<sup>(١٥٧)</sup> المادة (٥٨) فقرة (٢) من نفس القانون.

وقد بيّن المشرع المصري ما المقصود بسبب النية، وهو من يعلم بالفعل، أو في مقدوره أن يعلم به، بحسب موقعه بالشركة أو علاقته بها، بالعيب الذي شاب التصرف المراد التمسك به في مواجهة الشركة<sup>(١٥٨)</sup>.

ويجمع أغلب الفقهاء<sup>(١٥٩)</sup>، على أنه رغم توسع المشرع في حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة، إلا أن هذا النهج سليم، ويساعد على استقرار المعاملات التجارية، وحماية الوضع الظاهر الذي تقوم عليه أسس التعامل التجاري، وبذلك يكون المشرع قد وازن بين الاعتبارات المتناقضة التي تكيف هذا الموضوع.

وجدير بالذكر أن ما أخذ به القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في هذا الصدد قد أدى إلى توحيد الحكم بين جميع الشركات التجارية إذ كانت محكمة النقض المصرية تأخذ بذات الحلول بشأن شركات الأشخاص<sup>(١٦٠)</sup>.

ويممّا تقدّم يمكن القول أن المشرع المصري كان موفقاً في حماية الغير حسن النية من المتعاملين مع الشركة، فترة صدور قانون الشركات لسنة ١٩٨١؛ أي كان الحكم يتناسب وتلك الفترة الزمنية؛ إذ من غير المعقول أن نلزم الغير في كل مرة يتعامل فيها مع الشركة بأن يعود لمراجعة السجل التجاري، والتحقق من حدود اختصاصاته المفوض بها، لما سينفقه من وقت وجهد للتحقق من ذلك.

### المبحث الثاني

#### المسئولية المدنية للعضو المنتدب عن مخالقات الشركة

<sup>(١٥٨)</sup> المادة (٥٨) فقرة (١) من نفس القانون ولتوضيح هذه المسألة نضرب المثل الآتي: إذا فرضنا أن الغير المتعامل مع الشركة هو أحد موظفيها أو مستخدميها، أو تربطه علاقة قرابة مع ممثلها العضو المنتدب، وقد علم بحكم وظيفته، أو بحكم صلة القرابة، أن العضو المنتدب تم إقالته من منصبه، ومع ذلك تعافد معه، هنا لا يستطيع أن يحتج هذا الغير بحسن النية، ولا يملك أن يلزم الشركة بمثل هذا التصرف.

<sup>(١٥٩)</sup> راجع في ذلك: د. أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص ٢٠٦.

- راجع أيضاً: د. علي البارودي: القانون التجاري، المكتب العربي للطباعة، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣١٦.

- راجع أيضاً: د. سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص ٤٥٢.

<sup>(١٦٠)</sup> نقض ٢١ يناير ١٩٧١، س ٢٢، ع ١، ص ١٠٠. مشار إليه: د. محمد فريد العريني: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

يُشترط لقيام المسؤولية المدنية أن يقع من العضو المنتدب للإدارة خطأ في الإدارة، وبسبب هذا الخطأ يتحقق ضرراً للغير وفقاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية، والخطأ في الإدارة هو الشرط العام لقيام المسؤولية، وهذا الخطأ قد يُشكّل مخالفة لأحكام القانون أو مخالفة للنظام الأساس للشركة... إلخ، وبدون الخطأ لا مسؤولية عليه إذا أصاب الشركة أو المساهمين أو الغير ضرراً<sup>(١٦١)</sup>.

والأصل ألا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين إلا عن الأخطاء التي يرتكبونها في إدارة الشركة، إلا أنهم غير مسؤولين عن فشل الشركة طالما لم ينسب ذلك إلى إيلهم<sup>(١٦٢)</sup>.

ويكون من الصعب دائماً تقدير الضرر نظراً لتعقيد وتداخل التصرفات والقرارات بل إن إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر يكون أمراً صعباً، فالوقائع المتنازع فيها عادة ما تكون ارتكبت خلال عدة سنوات قبل التحقيق فيها في ظل بيئة مادية مختلفة من المستحيل عملياً إعادتها.

وتأسيساً على ما تقدّم فإن مسؤولية العضو المنتدب تنشأ عن مخالفته للواجبات الملقاة على عاتقه أو عمّا قد يرتكبه من أخطاء أثناء نهوضه بأعباء الإدارة، نوالي في هذا المقام تحديد نطاق مسؤولية العضو المنتدب للإدارة من حيث العناصر الأخرى للمسئولية عن ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وكذلك من حيث انعكاس أخطاء العضو المنتدب للإدارة على علاقة الشركة بالغير.

وعليه سوف تنقسم الدراسة في هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول: انعكاس المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب للإدارة على عناصر المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: انعكاس مخالفات العضو المنتدب للإدارة على علاقة الشركة بالغير.

#### المطلب الأول

انعكاس المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب للإدارة

##### على عناصر المسؤولية المدنية

تحدد عناصر المسؤولية المدنية بالخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ويتحدد عنصر الخطأ في معرض الحديث عن المسؤولية المدنية للعضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة في المخالفات التي يرتكبها هذا الأخير. ويبقى لزاماً على الباحث بيان صور تلك المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب للإدارة وبيان كيف تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر في هذا المقام.

#### الفرع الأول

##### صور المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب للإدارة

تعدد صور المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب للإدارة<sup>(١٦٣)</sup>. ويمكن إجمالها فيما يلي:

(١٦١) انظر في ذلك: د. علي جمال الدين عوض: الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٦٠.

(١٦٢) انظر في ذلك: د. محمد فريد العريني، د. هاني محمد دويدار: مبادئ قانون المشروع الاقتصادي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٧٤.

أولاً: أن ينتج عن الفعل المرتكب من قبل العضو المنتدب جريمة:

وفي هذه الحالة يسمح للمضروب (الشركة أو المساهم أو الغير) من جراء هذا الفعل الادعاء والمطالبة بالحق المدني أمام المحكمة الجنائية أو المدنية المختصة.

ثانياً: أن يشكل هذا الخطأ مخالفة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ولائحته التنفيذية:

ويتحمل من يتولى إدارة الشركة المسنولية عند عدم مراعاة الأحكام التي وردت القانون أو في لوائح الشركة أو في قرار تعيينه، ويكون مسئولاً أيضاً عن الأخطاء المرتكبة في إدارته وعن كل التصرفات التي تكون ضد مصالح الشركة.

ولقد تعرض القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لحالة من حالات المسنولية المدنية لعضو مجلس الإدارة المنتدب، حيث نص على أنه: « يجب أن تقدم أسهم شركات المساهمة مستندات التي تصدر بطريق الاكتتاب العام خلال سنة على الأكثر من تاريخ قفل باب الاكتتاب إلى جميع بورصات الأوراق المالية في مصر لتقيد في جداول أسعارها طبقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها في لوائح تلك البورصات.

ويكون عضو مجلس الإدارة المنتدب مسئولاً عن تنفيذ أحكام هذه المادة وعن التعويض الذي يستحق بسبب مخالفتها عند الاقتضاء<sup>(١٦٤)</sup>.

ويتضح من هذا النص أنه يتعين على العضو المنتدب، كما سبق وبيننا، كحد أعلى أن يقيد أسهم شركات المساهمة وسنداتها في البورصة المصرية<sup>(١٦٥)</sup>، فإن أهمل هذا العضو في تنفيذ أحكام هذه المادة فإنه سوف يكون ملزماً بدفع التعويض الذي يستحق بسبب مخالفتها عند الاقتضاء<sup>(١٦٦)</sup>.

وقد يخالف العضو المنتدب أحكام القانون عن طريق الاتجار في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة دون الحصول على موافقة أو ترخيص بذلك من قبل الجمعية العامة، أو أن تكون له مصلحة تتعارض مع مصلحة الشركة في عملية تعرض على مجلس الإدارة لإقرارها دون أن يبلغ المجلس بذلك<sup>(١٦٧)</sup>.

(١٦٣) انظر في نفس المعنى: د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٣٧ - ٣٣٨.

(١٦٤) المادة (٤٧) من القانون.. وجدير بالذكر أن نعرض للمادة (١٠٧) فقرة (١) من قانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢، (ولقد ألغيت بالقانون الصادر بالمرسوم رقم (٩٧٩٨) بتاريخ ٤/٥/٦٨) واستبدلت بالنص الآتي: « كل توزيع لأنصبة أرباح صورية يجعل أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين مدنياً تجاه أي شخص يصيبه ضرر من ذلك، كما يجعل مفوضي المراقبة مسؤولين أيضاً إذا ارتكبوا أخطاء في المراقبة ».

(١٦٥) راجع المادة (١٥) فقرة (٢) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(١٦٦) وجدير بالذكر أن نتعرف على المخالفات القانونية التي يرتكبها مديرو الشركات في ظل قانون الشركات الإنجليزي، ومن هذه المخالفات ما تضمنته المادة (٦٢٢) من هذا القانون، وجاء فيها: أنه من الممكن أن يتعرض المديرين للمساءلة القانونية من الأشخاص الذين يكتتبون في الأسهم أو السندات اعتماداً على عروض تحتوي على تحريف للواقع من جانب هؤلاء المديرين، ومن الممكن أن يتعرضوا أيضاً للمساءلة عن أي تقرير تضمن بيانات كاذبة من جانبهم عن الشركة وذلك بغرض جذب المستثمرين لتلك القروض.

ويندرج أيضاً ضمن تلك المخالفات القانونية قيام أعضاء مجلس الإدارة في سبيل تكوين احتياطي مستتر<sup>(١٦٨)</sup>، باستخدام بعض الوسائل الاحتياطية التي من شأنها تصوير ميزانية الشركة تصويراً غير صحيح، أي لا يُعبر عن البيانات الحقيقية لهذه الموازنة، وذلك إما عن طريق المبالغة في خصوم الميزانية أو تقييم موجودات الشركة بأقل من قيمتها الحقيقية.

ثالثاً: الخطأ الناشئ عن مخالفة النظام الأساسي للشركة<sup>(١٦٩)</sup>:

تُعد مخالفة العضو المنتدب أو المدير العام - المسئول عن الإدارة الفعلية - لحدود سلطاته المنصوص عليها في النظام الأساس للشركة، من أكثر المخالفات وقوعاً، وبذلك فإن عدم احترام ما ورد في هذا النظام يترتب عليه ما يترتب على مخالفة القانون؛ لأنه بمثابة قانون اتفاقي بالنسبة للمساهمين، بل إنه يوفر ضماناً لمن يتعامل مع الشركة، كما يستطيع كل من أصابه ضرر بسبب مخالفة نظام الشركة أن يطالب بالتعويض سواء كان المضرور الشركة أم المساهم أم الغير.

ومن التطبيقات العملية لهذه المسئولية: حالة الجهل بشرط مقيد من السلطات مدرج في النظام الأساس مثل المضاربة في صكوك الشركة، وهو ما يخالف أبسط القواعد القانونية ويخالف نظام الشركة، أو مباشرة أعمال من شأنها الخروج بالشركة عن غرضها الذي أنشئت من أجله بموجب النظام.

وبما أن العضو المنتدب ينهض بمهمة تنفيذ قرارات مجلس الإدارة، فمن واجبه إذن التأكد من صدور قرارات هذا المجلس بموافقة أغلبية الأعضاء التي يشترطها نظام الشركة قبل تنفيذه لهذا القرار، وإلا اعتبر مسئولاً عن مخالفة أحكام النظام<sup>(١٧٠)</sup>.

<sup>(١٦٧)</sup> راجع في ذلك: المواد (٩٧)، (٩٨) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

وهنا تجدر الإشارة لأزمة الأوراق المالية التي شهدتها سوق المال الكويتي، والتي كانت نتيجة مخالفات خطيرة ارتكبت من جانب أعضاء بعض مجالس إدارة شركات المساهمة، وخاصة المقفلة منها، تمثلت في التعامل مع هذه الشركات بدون موافقة الجمعية العامة وبدون علمها، وفي التلاعب بأموالها لمصلحة الأعضاء وأقاربهم ومن يرتبطون معهم بعلاقات ومصالح شخصية. أنظر في ذلك: تقرير لجنة التحقيق في أوضاع الشركات المساهمة المقفلة، مشار إليه: د. طعمة الشمري: إدارة الشركة المساهمة: دراسة مقارنة في القانون الكويتي وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية مؤسسة الكويت للتقدم العلمي الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥.

<sup>(١٦٨)</sup> ويعرف الاحتياطي بأنه: « الأرباح التي لم توزعها الشركة وتحفظ بها لمواجهة الخسائر الاحتمالية والنفقات المنظورة أو لضمان توزيع أرباح على وجه مستقر».

<sup>(١٦٩)</sup> ويعرف نظام الشركة بأنه دستورها الذي يحكم العلاقات بين المساهمين وينظم مختلف جوانب حياتها منذ تأسيسها وحتى يتم حلها وتصفياتها. راجع في ذلك: د. أبو زيد رضوان، د. حسام عيسى، د. رضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق، ص ٢٧٣.

<sup>(١٧٠)</sup> تنص المادة (٢٩) فقرة (٣) من النظام الأساس لشركة مصرفون للاتصالات على أنه: "ومع مراعاة السلطات المقررة للجمعية العامة العادية والغير عادية طبقاً للقانون، ويكون لمجلس الإدارة سلطة الموافقة



ومن الأمثلة أيضاً على القيود التي ترد في النظام الأساس ويلزم مراعاتها واحترامها، اشتراط النظام أن يحصل العضو المنتدب أو المدير العام على إذن سابق من المجلس للتنازل عن عقارات الشركة، وإنشاء الرهون الرسمية أو الرهون الحيازية، والعقود التي تتجاوز مبلغاً محدداً، وأجور الوظائف العليا أو ابرام عقود المعاوضة.

رابعاً: الخطأ في الإدارة<sup>(١٧١)</sup>:

يُعد الخطأ في الإدارة من أبرز موجبات المسؤولية المدنية، بل هو شرط لقيام مسؤولية العضو المنتدب، فإذا لم يثبت هذا الخطأ فإن العضو لا يكون مسؤولاً ولو ترتب على عمله ضرر<sup>(١٧٢)</sup>.

على جميع الشئون الموضحة أدناه، ولكي تصبح واجبة التنفيذ فيجب أن تصدر جميع القرارات الموضحة أدناه بأغلبية ٦٥% (خمسة وستون بالمائة) من إجمالي عدد الأعضاء أو نسبة أعلى إذا تطلب القانون ذلك:

أ [ إدماج الشركة في شركة أخرى أو شراء شركة عدا حالات الشراء المسموح بها التي يتفق عليها المساهمون.

ب [ بيع الشركة.

ج [ التصرف في كل أو معظم أصول الشركة.

د [ حل الشركة أو تصفيتها.

هـ [ توزيع أرباح غير المتفق عليها طبقاً للمادة (٥٥).

و [ أي تعديل جوهري في هذا النظام أو مستندات الشركة الإدارية.

ز [ أي تعديل جوهري في غرض الشركة المبين في المادة (١٣) في حدود المجالات الواردة، القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧.

انظر في ذلك: النظام الأساس لشركة مصرفون للاتصالات شركة مساهمة مصرية، صحيفة الاستثمار - العدد ألف وثلاثمائة وواحد وأربعون، ١٩٨٨، ص ٢٤.

(١٧١) يقصد بالخطأ الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد. راجع في ذلك: د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٦٧١.

(١٧٢) انظر في ذلك: د. محمد محمد هلالية: مبادئ الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٤٤.

ولكي تكتمل موجبات المسؤولية فإنه يقع على عاتق المدعي (الشركة أم المساهم أم الغير) إثبات الخطأ المنسوب إلى المدعي عليه (العضو المنتدب) ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ولا يقتصر هذان الشرطان على المسؤولية العقدية، بل يسريان أيضاً على المسؤولية التقصيرية، وللقاضي سلطة تقدير وجود العلاقة السببية، فإذا لم تتحقق هذه العلاقة انتفت المسؤولية، ومثال ذلك: من اشترى أسهماً انخفضت قيمتها وهو يعلم بذلك، بغرض المضاربة بها بانتظار ارتفاع أسعارها، فلا يستطيع مساءلة المجلس بسبب ما لحقه من خسارة ناشئة عن سوء تصرفه.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نعرض للخطأ الذي قد يرتكبه العضو المنتدب، وهو على صورتين<sup>(١٧٣)</sup>:

الأولى: تتمثل في ارتكاب العضو المنتدب خطأ ناشئاً عن عمل إيجابي - وهو الصورة الغالبة - ومثال ذلك: تشجيع العضو المنتدب للشركة التي يتولى إدارتها على شراء أسهم في شركات تعاني من أزمة مالية، أو تقديم قروض دون أن تحصل الشركة على الضمانات اللازمة، أو تجاوزه لحدود التفويض الممنوح له من قبل مجلس الإدارة.

والثانية: تتمثل في ارتكاب العضو المنتدب خطأ ناشئاً عن سلوك سلبي، ومثال ذلك: إهمال العضو المنتدب الرقابة على من يعمل تحت إشرافه<sup>(١٧٤)</sup>.

كما أن القضاء الفرنسي لا يتطلب تصرفاً أو سلوكاً إيجابياً لتحقيق الخطأ في الإدارة، فقد يتكون الخطأ نتيجة تصرف سلبي، ومثال ذلك: واقعة عدم قيام عضو مجلس الإدارة بشركة المساهمة بالتبليغ عن تصرفات احتيالية ارتكبت بواسطة رئيس مجلس الإدارة.

## الفرع الثاني

### علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لم يفرد المشرع المصري قواعد خاصة لتحديد نطاق مسؤولية العضو المنتدب في الإدارة الناشئة عن الخطأ، فإنه يتم اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة في هذا المقام، وتحدد بالتالي علاقة السببية بين الخطأ الذي يرتكبه العضو المنتدب وبين الضرر الذي لحق بالغير في ضوء القواعد العامة. إلا أن حكم هذه الأخيرة يختلف باختلاف عدد الأعضاء المشتركين بالخطأ، فمجلس الإدارة مخول وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بتعيين عضواً منتدباً واحداً للإدارة، وقد يعين أكثر من عضو منتدب للإدارة بما ينسجم وحجم المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه الشركة، وبذلك يتعين أن نفرق بين المسؤولية الفردية والمسؤولية الجماعية عن الخطأ المشترك.

أولاً: المسؤولية الفردية<sup>(١٧٥)</sup>:

(١٧٣) راجع في نفس المعنى: د. محمد محمد هلالية: مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(١٧٤) طبقاً لنص المادة (٨٢)، فقرة (٢) من القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١، يباشر مدير عام الشركة أعماله تحت إشراف العضو المنتدب أو رئيس مجلس الإدارة إذا كان يقوم بأعمال الإدارة الفعلية.

فالأصل أن يسأل الفرد عن أفعاله، ولا يكون مسئولاً على وجه التضامن عن أفعال غيره، وفي حالة تعدد المسؤولين مسئولية عقدية فإن التضامن غير مفترض، ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضي بذلك، وهذا ما قضت به القواعد العامة بقولها: «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون»<sup>(١٧٦)</sup>.

كما أكد هذا المبدأ نصوص قانون التجارة المصري لسنة ١٨٨٣، والتي قضت: «الوكلاء المديرون ليسوا مسئولين إلا عن وفاء العمل الذي أحيل على عهدهم، أي أنه لا يترتب على ما يجرونه من الإدارة إلزامهم بشيء ما فيما يختص بتعهدات الشركة إلزاماً خاصاً بأشخاصهم أو على وجه التضامن»<sup>(١٧٧)</sup>.

وبذلك لا يتحمل العضو المنتدب وزر غيره من الأعضاء، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾<sup>(١٧٨)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق تكون مسئولية العضو المنتدب فردية إذا قام وحده، دون اشتراك باقي الأعضاء المنتدبين للإدارة أو أعضاء مجلس الإدارة العاديين، بارتكاب الخطأ، وذلك ما لم يثبت أنه لو قام باقي الأعضاء بالإشراف والرقابة على أعماله لحال ذلك دون ارتكاب الخطأ المنشئ للضرر المستوجب للتعويض عنه<sup>(١٧٩)</sup>، فإن اعترض العضو المنتدب على القرار الخاطئ، وأثبت ذلك في محضر الجلسة، فلا يسأل عن هذا القرار<sup>(١٨٠)</sup>.

ثانياً: المسئولية عن الخطأ المشترك:

إذا اشترك الأعضاء المنتدبون للإدارة في تصرف خاطئ أصاب الشركة بضرر، فإنهم سوف يخضعون للمسئولية التضامنية عن هذا الخطأ المشترك، هذا ما نصت عليه القواعد العامة في المسئولية

<sup>(١٧٥)</sup> راجع:

- John H. Farrer: Company Law. Butterworth & Co. Publishers Ltd. Third edition. ١٩٩١. p.٧٠.

<sup>(١٧٦)</sup> المادة (٢٧٩) من القانون المدني المصري.

<sup>(١٧٧)</sup> المادة (٣٥) فقرة (١) من ذلك القانون، وتجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين العربية تناولت صراحة المسئولية الفردية لعضو مجلس الإدارة، ومن هذه النصوص ما تضمنته المادة (١٧٠) فقرة (١) من قانون التجارة اللبناني، وجاء فيها: "تكون التبعية إما فردية مختصة بعضو واحد من أعضاء مجلس الإدارة وإما مشتركة فيما بينهم جميعاً..." وكذلك أيضاً المادة (١٤٩) من قانون الشركات التجارية الكويتي، والمادة (٣٥٢) من قانون الشركات المغربي.

<sup>(١٧٨)</sup> سورة الأنعام، الآية: (١٦٤).

<sup>(١٧٩)</sup> راجع في ذلك: د. مصطفى كمال طه: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣١٧.

<sup>(١٨٠)</sup> راجع في ذلك: د. علي البارودي: القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣١٧. راجع أيضاً: د. محمد فريد العربي، د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

التقصيرية: «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض»<sup>(١٨١)</sup>.  
واستناداً لهذه القاعدة فإن المسؤولية التضامنية للأعضاء المنتدبين عن الخطأ المشترك تتحقق في إحدى الحالتين الآتيتين:

الأولى: إذا كان تفويض الأعضاء المنتدبين غير قابل للانقسام.

الثانية: إذا أصاب الشركة ضرر نتيجة خطأ مشترك.

ويقصد بالخطأ المشترك طبقاً للقواعد العامة وقوع ضرر واحد اشترك في إحداثه الفاعل (العضو المنتدب) والمصاب (الشركة) كل منهما بمقدار خطئه، مما يساهم -الاشتراك في الخطأ- بتخفيف المسؤولية عن المطالب بالتعويض<sup>(١٨٢)</sup>.

ولعل الخطأ المشترك الصادر عن الأعضاء المنتدبين له معنى مختلف عما هو مستقر في مجال المسؤولية التقصيرية، إذ يترتب عليه تشديد المسؤولية لا تخفيفها، وبذلك تصبح مسؤولية هؤلاء الأعضاء تضامنية لتعويض الضرر الناتج عن خطئهم، خلافاً للأصل واستثناء من القاعدة العامة، وهي المسؤولية الفردية<sup>(١٨٣)</sup>، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن الخطأ المشترك يقصد به أن يكون أعضاء مجلس الإدارة قد ساهموا فعلاً إلى جانب العضو المنتدب بارتكاب الخطأ أو المخالفة الموجبة للمسؤولية.

وثمة حالة تعرض من خلالها القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لمبدأ التضامن بين أعضاء مجلس الإدارة، وهي حالة ما إذا صدر عن هؤلاء الأعضاء قرار باطل، حيث قضى بأنه: «وفي حالة تعدد من يعزى إليهم سبب البطلان تكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن فيما بينهم»<sup>(١٨٤)</sup>.

وترتيباً على ما سبق فإن هذا التضامن يجد أساسه في «مبدأ وحدة السلطة» الذي يحكم علاقة وعمل الأعضاء المنتدبين<sup>(١٨٥)</sup>.

فإذا أصدر مجلس الإدارة قراراً بالإجماع، ونتج عن هذا القرار ضرر أصاب الشركة، فإن هذا العمل يُعد من قبيل الخطأ الذي يستتبع التضامن بين أعضاء المجلس فيما يتعلق بالتعويض عن هذا القرار<sup>(١٨٦)</sup>، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، قد يصدر عن أغلبية أعضاء المجلس قرار خاطئ، فإن المسؤولية تمتد إلى الأعضاء الغائبين بدون عذر مقبول؛ لأن الغياب في هذه الحالة يُعد إهمالاً نحو الشركة أو المساهم أو الغير<sup>(١٨٧)</sup>.

(١٨١) المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري.

(١٨٢) انظر في ذلك: د. سليمان مرقص: الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٦، ص ١٢٦.

(١٨٣) انظر في ذلك: د. فريد مشرفي: مرجع سابق، ص ٥٤٧.

(١٨٤) المادة (١٦١) فقرة (٢) من القانون.

(١٨٥) انظر في ذلك: د. هاني دويدار: مبادئ القانون التجاري والبحري، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٣١٥.

(١٨٦) انظر في ذلك: د. محمود مختار أحمد بربري: قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

وفي تقديرنا أن الحكم سالف الذكر ينصرف أيضاً على العضو المنتدب، فإذا غاب هذا العضو بدون عذر تحمل المسؤولية عن الضرر الناشئ عن قرار مجلس الإدارة؛ إذ أن غيابه عن حضور اجتماعات المجلس يُعد انتهاكاً لأبسط واجب من الواجبات الملقاة على عاتقه، فالعضو المنتدب كما سبق وبيننا ينهض بتصريف شئون الشركة الاعتيادية.

ويثار تساؤل هنا عن مقدار المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس الإدارة، فالأصل أن تكون مسؤولية الأعضاء متساوية إلا أنه يُمكن للقاضي أن يحدّد مقدار مسؤولية كل منهم بحسب جسامة الخطأ الذي ارتكبه<sup>(١٨٨)</sup>.

وبذلك يكون للقاضي أن يعتبر الخطأ الصادر عن رئيس المجلس أو عن العضو المنتدب أكثر جسامة من خطأ غيره من الأعضاء، فتوزع المسؤولية على هذا الأساس.

ومن التطبيقات العملية على تشديد مسؤولية العضو المنتدب تقديم ميزانية مزورة أو توزيع أرباح صورية، أو التلاعب ببيانات نشرة الإصدار بغرض تشجيع المستثمرين للاكتتاب بأسهم الشركة، ووفقاً للمثاليين السابقين لن تتساوى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، بل سوف تكون مسؤولية العضو المنتدب أشد من باقي الأعضاء، وذلك بسبب معرفتهم بما تتضمنه هذه الميزانية أو النشرة من مخاطر، ونتيجة لذلك قد تكون مسؤولية العضو المنتدب أشد من (أو ضعف) مسؤولية باقي أعضاء المجلس.

#### المطلب الثاني

#### انعكاس مخالفات العضو المنتدب للإدارة على علاقة الشركة بالغير

تنعكس المخالفات التي يرتكبها العضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة على علاقة الشركة بالغير. ويتحدد ذلك بالمسائل الثلاث الآتية: مدى التزام الشركة بأعمال العضو المنتدب للإدارة تجاه الغير، وفي رجوع الشركة على العضو المنتدب للإدارة عند ثبوت مسؤوليتها تجاه الغير، وأخيراً في رجوع الغير على العضو المنتدب للإدارة بالمسؤولية.

#### الفرع الأول

#### التزام الشركة بأعمال العضو المنتدب للإدارة

عندما يتعاقد العضو المنتدب مع الغير باسم الشركة ولحسابها، من خلال قيام هذا العضو بالتوقيع بالاسم التجاري للشركة<sup>(١٨٩)</sup>، فهو بذلك يقوم بالتعبير عن إرادة الشركة والتصرف لحسابها<sup>(١٩٠)</sup>.

(١٨٧) راجع في ذلك: د. أبو زيد رضوان: شركة المساهمة والقطاع العام، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(١٨٨) تنص المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض».

(١٨٩) تنص المادة (٢) فقرة (٣) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، على أنه: «يكون للشركة اسم تجاري يشق من الغرض من إنشائها، ولا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً لها». كما أوجبت المادة (٦) فقرة (١) من القانون نفسه على أن: «جميع العقود والفواتير والأسماء والعناوين التجارية والإعلانات وجميع الأوراق، والمطبوعات الأخرى التي تصدر عن الشركات، يجب أن تحمل

كما أن تعاقد العضو المنتدب باسم الشركة يجعلها تلتزم بأثار هذا التعاقد<sup>(١٩١)</sup>. ويمكن القول قياساً على التزام شركات الأشخاص بأعمال المدير بأنه إذا أبرم العضو المنتدب عقداً لحساب الشركة، ولكنه وقع عليه باسمه الخاص وليس باسم الشركة، فإن هذا التعاقد لن يلزم الشركة، ما لم يثبت هذا العضو أو الغير الذي تعاقد معه أن التعاقد قد تم لحساب الشركة وليس لحساب العضو المنتدب، وهنا يتعين القول إن تعاقد العضو المنتدب باسمه الخاص مع الغير ينشئ قرينة بسيطة مفادها أن هذا العمل يحقق مصلحة شخصية لهذا العضو وليس لحساب الشركة، إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يجوز للغير الذي تعاقد معه العضو المنتدب أن ينفي هذه القرينة بكافة طرق الإثبات<sup>(١٩٢)</sup>.

عنوان الشركة ويبين فيها نوعها قبل العنوان أو بعده، وذلك بأحرف واضحة مقروءة مع بيان مركز الشركة الرئيسي وبيان رأس المال المصدر بحسب قيمته في آخر ميزانية». ويمكن أن نعرض لما جاء في الأجزاء (٣٤٨) و(٣٥١) من قانون الشركات الإنجليزي لسنة ١٩٨٥، الذي اعتبر عضو مجلس الإدارة قد ارتكب جريمة إذا لم يعرف بالشركة ومقر عملها على كافة الخطابات أو الشيكات الصادرة منها أو النماذج الخاصة بها، ويكون عضو مجلس الإدارة معرضاً أيضاً للعرامة المقررة بموجب هذا القانون، كما أن الجزء (٣٥٠) من نفس القانون ينص على ضرورة ذكر اسم الشركة وعملها وعنوانها على أي أختام خاصة بها. انظر في ذلك:

- Neil Sinclair (and others): Company Directors law and liability, volume ٢, op. cit., paragraph (١١, ١٣).
- A.W.B Simpson: A history of the Common Law of Contract, the rise of the action of assumpsit. Oxford University press. ١٩٩٦, p. ٢٤٨.

(١٩٠) انظر في ذلك: د. محمود مختار أحمد بربري: الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(١٩١) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها: "تشترط المادة ٢٢ من القانون التجاري لالتزام الشركاء المتضامنين بالتعهد الموقع عليها من أحدهم أن يكون توقيعها بعنوان الشركة..". نقض مدني ١٨ مايو لسنة ٢٦ القضائية، جلسة ١٨ من مايو ١٩٦١، ق ٧٣ ع ٢، ص ٤٨٩.

انظر أيضاً: نقض مدني ٢٦ ديسمبر ١٩٨٨، س ٣٩، ص ١٤١٤، وتجدر الإشارة إلى توجه القضاء الإنجليزي بهذا الخصوص، إذ اعتبر عضو مجلس الإدارة مسئولاً شخصياً إذا كان الاسم الخاطئ الذي وضع للشركة تسبب في تضليل الغير، ويمكن له أن يتفادى الوقوع في هذه المسئولية إذا قام عضو مجلس الإدارة بتوضيح الخطأ للغير، ويكون هذا العضو مسئولاً لأنه لا بد أن يتأكد من وجود الاسم الصحيح للشركة على المستندات والفواتير التي يوقع عليها.

(١٩٢) انظر في ذلك:

وفي هذا المقام يُمكن أن تثار مسؤولية العضو المنتدب إن أساء استعمال اسم الشركة. ولا مجال للتمييز بين الغير حسن النية والغير سيئ النية بشأن تجاوز العضو المنتدب حدود سلطاته، خلافاً لما عليه الحال في شركات الأشخاص. ذلك أن القانون ألزم شركة المساهمة بأعمال مجلس الإدارة، ومن باب أولى بأعمال العضو المنتدب للإدارة. في جميع الأحوال<sup>(١٩٣)</sup>. فسواء كان الغير يعلم أو لا يعلم بأن العضو المنتدب للإدارة قد تجاوز حدود سلطاته، وكان العمل يتم لحساب الشخص الاعتباري، تبقى الشركة ملتزمة بأعمال العضو المنتدب للإدارة.

كذلك لا يلزم البحث عمّا إذا كان العضو المنتدب للإدارة قد التزم حدود سلطاته أم أنه تجاوزها عند تعامله مع الغير حتى تكون الشركة ملتزمة بأعمال العضو المنتدب للإدارة. ويبقى لهذا التجاوز أهميته عند رجوع الشركة على العضو المنتدب للإدارة إبرازاً لعنصر الخطأ الذي يكون قد ارتكبه<sup>(١٩٤)</sup>.

ممّا تقدّم يُمكن القول إن المشرع المصري ومن خلال الحكم الوارد في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يكون قد خرج عن الأصل وعمّا هو مطبق على مدير شركات الأشخاص بحيث ألزم شركات المساهمة بتصرفات من يتولى إدارتها التي تتجاوز بها حدود سلطاتهم، نظراً للاعتبارات سالفة الذكر، وفي المقابل يكون من حق الشراة أن ترجع على العضو المنتدب على أساس المسؤولية التعاقدية، باعتباره قد جاوز حدود سلطاته.

- Neil Sinelair (and others): *Company Directors Law and Liability*. Volume ٢, op. cit., paragraph (١١.١٧).

وفي ذلك سارت محكمة النقض المصرية بقولها: "توقيع الشريك المدير في شركة التضامن باسمه على تعهد من التعهدات دون ذكر عنوان الشركة وإن كان يقوم قرينة على أن هذا الشريك يعمل لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، إلا أنه يجوز للغير الذي تعافد معه أن ينقض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات". انظر في ذلك: نقض مدني، الأول من نوفمبر ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١٦٥.

(١٩٣) المواد (٥٥) وما بعدها من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(١٩٤) ويأتي هذا الحكم أيضاً خروجاً على القواعد العامة في الشركات التي يعمل بها بشأن شركات الأشخاص والتي بمقتضاها لا تلتزم الشركة بأعمال المدير التي يتجاوز بشأنها حدود سلطاته. انظر في ذلك: د. علي يونس: الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات التضامن والتوصية والمحاصة، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٢٣. وجدير بالذكر أن قانون الشركات الفرنسي صار يأخذ بالحكم الوارد بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١: انظر حكم المادة ق ٢٢٥-٥٦ فقرة ثانية من التقنين التجاري الفرنسي الجديد لعام ٢٠٠٠، وهو حكم استحدثه القانون رقم ٢٠٠١-٤٢٠ بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٠١، إذ تنص على أن الشركة في علاقتها بالغير تلتزم بأعمال العضو المنتدب وإن تجاوز في ذلك غرض الشركة ما لم تثبت الشركة أن الغير كان على علم بهذا التجاوز أو كان يفترض فيه العلم في ضوء ظروف الحال، مع عدم جواز افتراض العلم من واقع إشهار النظام الأساس للشركة. بل إن القيود الواردة على سلطة العضو المنتدب للإدارة في نظام الشركة أو قرارات مجلس الإدارة لا يحتج بها في مواجهة الغير: الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.

## الفرع الثاني

## مسئولية العضو المنتدب نحو الشركة

ينهض العضو المنتدب بمهمة تصريف شئون الشركة الاعتيادية، فإن خالف هذه المهمة بأن أساء استعمال اسم الشركة أو تجاوز حدود سلطاته... إلخ. تحققت مسئوليته نحو الشركة.

وتتعدد أوجه مسؤولية العضو المنتدب للإدارة، بعضها يتحدد بوصف العضو المنتدب للإدارة من المساهمين في الشركة يلتزم بما تفرضه عليه القواعد العامة من عناية يجب عليه بذلها في تصريف شئون الشركة، وبعضها الآخر يرجع إلى تكليفه بمهام إدارية على النحو السابق بيانه<sup>(١٩٥)</sup>:

أ [ عدم بذل العضو المنتدب عناية الرجل المعتاد:

يلزم أن يبذل العضو المنتدب في تدبير مصالح الشركة عناية الرجل المعتاد متى كان منتدباً للإدارة بأجر، وهذا ما أوجبه القواعد العامة بقولها: «وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد»<sup>(١٩٦)</sup>.

وتأسيساً على المبدأ ذاته فإن الوكيل بأجر مطالب دائماً ببذل عناية لا تقل عن عناية الرجل المعتاد، وهذا ما أكدته أيضاً القواعد العامة وجاء فيها: «فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد»<sup>(١٩٧)</sup>.

وبما أن العضو المنتدب يتقاضى مكافآت ومرتببات وبدلات، أي ما يقابل الأجر لقاء تأدية عمله في الشركة<sup>(١٩٨)</sup>، فالأصل أن يبذل هذا العضو أثناء قيامه بتصريف شئون الشركة الاعتيادية عناية الرجل المعتاد، إلا أن المشروع الاقتصادي الذي يتولى إدارته العضو المنتدب بحاجة إلى عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد<sup>(١٩٩)</sup>.

<sup>(١٩٥)</sup> راجع في نفس المعنى: د. رضا السيد عبد الحميد: الشركات التجارية في القانون المصري، الجزء الأول، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٢٥٣-٢٥٤. وفي نفس المعنى أيضاً: د. عبد الرحمن السيد قرمان: الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢١٥-٢١٦.

<sup>(١٩٦)</sup> المادة (٥٢١) فقرة (٢) من القانون المدني المصري.

<sup>(١٩٧)</sup> المادة (٧٠٤) فقرة (٢) من نفس القانون.

<sup>(١٩٨)</sup> المادة (٨٨) فقرة (٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

<sup>(١٩٩)</sup> لاحقاً سوف نعرض لأهمية بذل العضو المنتدب عناية تفوق عناية الرجل العادي. وتجدر الإشارة إلى ذكر بعض نصوص التشريعات الأجنبية التي نصت صراحة على واجب بذل عناية الرجل المعتاد من قبل عضو مجلس الإدارة أو من يتولى إدارة الشركة. حيث تضمنت المادة (٦٢٠) من قانون الشركات الإنجليزي أنه: يكون المدير مسؤولاً مسؤلاً قانونية عن الإهمال إذا فشل في ممارسة تلك الدرجة من العناية المتوقع



وإذا أثبت أن العضو المنتدب قام بواجباته في حدود سلطاته وفقاً للنظام الأساسي والتفويض الممنوح له ولو ساءت أحوال الشركة وتعرضت لخسائر؛ لأن الأعمال التجارية معرضة دائماً للتقلبات سواء بالأرباح والخسائر طبقاً لنص المادة (٣٥) من قانون التجارة المصري والذي نص على أنه: « هؤلاء الوكلاء المديرون ليسوا مسؤلين إلا عن القيام الذي أحيل إليهم لا تيرتب على ما يجرؤونه في الإدارة إلزامهم بشيء فيما يخص متعهدات الشركة إلزاماً خاصاً بأشخاصهم أو على وجه التضامن».

ب] قيام العضو المنتدب بنشاط يلحق الضرر بمصالح الشركة أو يخالف الغرض الذي تأسست من أجله: هناك بعض القيود التي وردت نصاً بالقانون والتي يلتزم بها أعضاء مجلس الإدارة ومن ثم العضو المنتدب عند ممارستهم لسلطاتهم أثناء حياة الشركة ومن هذه القيود قيام العضو المنتدب بتعطيل أو عرقلة تمتع تحقيق غرض الشركة.

تقدّم أن من واجبات العضو المنتدب أن يتمتع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه.

فإذا كان الواجب الذي فرضته القواعد العامة سائلة الذكر بغرض الالتزام على الشريك بصفة عامة يتمثل في الامتناع عن القيام بنشاط من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة أو يخالف الغرض الذي تأسست من أجله، فإنه يُعد واجباً أساسياً من باب أولى على عاتق العضو المنتدب أو المدير<sup>(٢٠٠)</sup>.

وترتيباً على ذلك يتعين أن تكون تصرفات العضو المنتدب في حدود غرض الشركة، وأن يبتعد هذا العضو عن ممارسة أي نشاط من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة، أو أحل بهذا الواجب وترتيباً على ذلك يتعين أن تكون تصرفات العضو المنتدب في حدود غرض الشركة، وأن يبتعد هذا العضو عن ممارسة أي نشاط من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة، أو أحل بهذا الواجب فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك نحو الشركة<sup>(٢٠١)</sup>.

ومن التطبيقات العملية لقيام العضو المنتدب بنشاط يلحق الضرر بمصالح الشركة أو غرضها، قيامه بنشاط تجاري ينافس به نشاط الشركة التي يتولى إدارتها، أو استخدام العضو المنتدب أموال الشركة في أغراض لم تكن الشركة تنوي استغلال أموالها بها، ويكون هذا العضو الذي أجرى هذه التصرفات

اتخاذها من أي شخص عاقل في مثل تلك الظروف بالأصالة عن نفسه، وعانت الشركة من خسائر نتيجة لذلك. كما قررت المادة (١٥٣) من القانون البرازيلي (BCA) هذا المبدأ وجاء فيها: إن المدير أو عضو مجلس الإدارة عليه أن ينفذ عمله بقدر من الحرص والأمانة التي سيبدلها الرجل المعتاد، وهذا الحرص والأمانة يجب أن يوظف من أجل تحقيق مصلحة الشركة. انظر في ذلك:

- Planpain and Geens: International Encyclopedia of Laws Corporations and partnerships suppl. ٣٨ (August ٢٠٠٥). P.٦٤.
- Keith Abbott: Company Law. DP. Publications Sons. London. ١٩٩٠. P.١٥٣.

(٢٠٠) راجع في ذلك: د. رضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق، ص ٢.

(٢٠١) ذلك يرى القضاء الإنجليزي أنه إذا ثبت أن عضو مجلس الإدارة قد استخدم أموال الشركة في أغراض لم تكن الشركة لتتجأ لها، فإن هذا العضو يكون مسؤولاً عن تعويض هذه الأموال حتى وإن كان هذا التصرف قد حدث من جانبه بحسن نية أو بإخلاص.

مسئولاً عن تعويض الشركة عن هذه الأموال حتى وإن كان هذا التصرف قد حدث من جانبه بحسن نية أو بإخلاص.

ج] امتناع العضو المنتدب عن استغلال موقعه في تحقيق منافع له على حساب الشركة:

يكون العضو المنتدب مسؤولاً عن المنافع التي حصل عليها دون إذن من الشركة ومن خلال ممارسة عمله، ومسئولاً أيضاً عن أي سمسة يحصل عليها من وراء القرارات أو الخدمات التي تقدمها الشركة، فإن اكتتب عضو مجلس الإدارة بجزء من أسهم الشركة التي يتولى إدارتها فعليه أن يدفع ثمن هذه الأسهم وفقاً لسعر السوق (البورصة)<sup>(٢٠٢)</sup>.

وعليه فإن حصل العضو على تلك الأسهم بسعر أقل من السعر الحقيقي كان مسؤولاً عن الفرق في السعر، وإذا تم بيع هذه الأسهم لابد أن يسأل عن أرباح بيع هذه الأسهم<sup>(٢٠٣)</sup>.

(٢٠٢) ويبدو أنه كان لدى المحاكم الفرنسية بصفة عامة حتى الآن ميل لتبدو قاسية تجاه مديرين الشركات والآخرين المطلعين الذين يستفيدون من المعلومات غير المنشورة والتي يملكونها للمضاربة على سندات الشركة.

وفي نفس السياق قد ظهر مؤخراً إلى جانب سلطات البورصة جهة معينة تسمى «هيئة محلفي المدينة»، وهذه الجهة منظمة تنظيمياً ذاتياً، وذلك من حيث لوائحها الداخلية المقررة في مدونة تسمى «مدونة المدينة»، وتضمنت هذه المدونة جزاءات مدنية تتراوح ما بين التأييب الخاص والانتقاد الرسمي وسحب الإذن بالحصول على تسهيلات البورصة، وتوقع هذه الجزاءات المدنية الواردة بتلك المدونة بتنسيق مع بورصة لندن في حالة استخدام أي مطلع معلومات داخلية هامة تتعلق بأسعار العروض المقدمة للشركة لمنفعة خاصة تصب في مصلحة المطلع. راجع في ذلك: د. حسين فتحي: المرجع السابق، ص ٦٣-٦٤.

(٢٠٣) راجع:

- Robert R. Pennington, Company law, seventh Edition, Butterworths London, Dublin and Edinburgh, ١٩٩٥, p. ٧٨٢.

لتوضيح المبدأ السابق أيضاً نورد القضية التي بدأ التحقيق بشأنها من قبل مكتب التحقيقات Serious Fraud Office في يناير ٢٠٠٠، وبعد ذلك تم إحالة الدعوى إلى محكمة Belfast magistes court، وتتلخص أحداث القضية فيما يلي:

قام المدعى عليه الأول David Mahood والمدعى عليه الثاني Michael Cuzner-Charles باستخدام أموال المستثمرين وتحويلها والقيام بأفعال من شأنها تضليل المستثمرين الذين يستثمرون أموالهم في شركتي Regal Brook Ltd, Atrium Trading Ltd ولقد قام المدعى عليهما باستخدام أموال المستثمرين في شراء الصكوك والأسهم وبعض البضائع التي أدت إلى انهيار وتصفية الشركتين عام ١٩٩٩، ولقد بلغ عدد المتضررين من هذه المخالفات مائة وستين مستثمراً يستثمرون أموالاً تصل إلى (٨.٢) ملايين جنيه استرليني. راجع في ذلك: [www.sfo.gov.UK.com](http://www.sfo.gov.UK.com)

[د] تبديد العضو المنتدب لأموال الشركة التي تم وضعها تحت تصرفه:

لكي ينهض العضو المنتدب بأعباء الإدارة اليومية فإنه يتم وضع جزء من أموال الشركة تحت تصرفه، وبذلك يعد العضو المنتدب أميناً على أموال الشركة، فلو بددها كان مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة<sup>(٢٠٤)</sup>. وهكذا عامل المشرع الإنجليزي أعضاء مجلس الإدارة على أنهم أمناء أو أوصياء على ممتلكات الشركة التي يتولون إدارتها، وبين أنه لا بد أن يتعاملوا مع هذه الممتلكات لما جاء في القانون ولانحة الشركة وبندوها والقانون العام المحدد لها، ويجب أن يتصرفوا بحسن نية من أجل تحقيق مصلحة الشركة، فإن خالف عضو مجلس الإدارة هذا الشرط كان ملزماً بتعويض الشركة عن الخسائر<sup>(٢٠٥)</sup>.

الفرع الثالث

#### مسئولية العضو المنتدب نحو المساهم أو الغير

الأصل ألا توجد علاقة مباشرة أو رابطة عقدية تربط بين العضو المنتدب لإدارة الشركة وبين المساهم أو الغير من المتعاملين مع الشركة، فهو لا تربطه بالمساهم أو الغير علاقة مباشرة بصورة شخصية. إلا أن العضو المنتدب قد يرتكب مخالفات عمدية أو غير عمدية، كما سبق وبيننا، تلحق ضرراً بالمساهم أو الغير، مما يجعل هذا العضو مسؤولاً مسئولاً تقصيرية في مواجهة المضرور من تلك المخالفات. ويلاحظ أن المشرع المصري لم يفرد قواعد خاصة لتحديد حالات المسؤولية التقصيرية للعضو المنتدب، بخلاف معظم التشريعات العربية<sup>(٢٠٦)</sup>، التي نصت صراحة على هذه المسؤولية، حيث قضت هذه

<sup>(٢٠٤)</sup> وفي ذلك قضت المادة (٣٤١) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ على أنه: « كل

شخص اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ.. إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن، أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلاً بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في معين لمنفعة المالك لها أو غيره، يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري».

<sup>(٢٠٥)</sup> تضمنت المادة (٦١٨) من قانون الشركات الإنجليزي حكماً للأشخاص الذين يتعاملون مع مدير الشركة ويعلمون أنه يخون الأمانة، بأنهم يتحملون المسؤولية القانونية إلى جانب المدير عن الأضرار التي تصيب الشركة نتيجة هذه الخيانة.

كما كان للقضاء الإنجليزي الفضل في إرساء العديد من القواعد التي ساهمت في تطوير واجبات والتزامات مجلس إدارة الشركة، ومن القضايا التي عرضت أمام القضاء القضية الآتية: حيث قام عضو مجلس الإدارة بتبديد (٣.٤٩٦) جنيه استرليني من ممتلكات الشركة على منزله الخاص، لهذا حكم القاضي بإلزامه بضرورة رد هذا المبلغ كاملاً.

- Case Russe LL v wakefield water works co (١٨٧٥) R٢٠ Eq ٤٧٤ at ٤٧٩.
- Case thus in Re George Newman Co (١٨٩٥) ch. ٦٧٤.

<sup>(٢٠٦)</sup> وتجدر الإشارة إلى ما تناولته بعض التشريعات العربية بهذا الخصوص، حيث نصت المادة (١٥٧) فقرة (أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: «رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة

التشريعات بمسئولية عضو مجلس الإدارة نحو الشركة أو المساهم أو الغير، عن أعمال الغش وغيرها من الأمور المخالفة لأحكام القانون أو نظام الشركة، وكذلك أخطاء الإدارة.

وترتيباً على ذلك، فإنه يتم اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة، لذلك سوف نتناول مسئولية العضو المنتدب عن أعمال الغش أو الخطأ الجسيم، ومن ثم نعرض لمسئولية هذا العضو عن الخطأ العادي، وأخيراً نعرض لمسئولية العضو المنتدب للإدارة عن أعمال المدير العام.

[أ] مسئولية العضو المنتدب عن الغش أو الخطأ الجسيم:

تقدّم أن العضو المنتدب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد أثناء نهوضه بأعباء الإدارة، فالقواعد العامة قضت بأنه: « في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدير هو يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن الدين يكون قد أوفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك»<sup>(٢٠٧)</sup>.

وبما أن العضو المنتدب يقوم بتصريف شئون الشركة، فإنه يكون مديناً أمام الشركة بتنفيذ واجبات الإدارة اليومية، بحيث يكون قد أوفى الالتزام الملقى على عاتقه إذا بذل في تنفيذه من العناية ما لا يقل عما يبذله الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض، وفي هذه الحالة يبقى المدين (العضو المنتدب) مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم<sup>(٢٠٨)</sup>.

ومن التطبيقات العملية للخطأ الجسيم أو الغش: إهمال مجلس الإدارة أو العضو المنتدب في دفع الضرائب المستحقة على الشركة، مما يؤدي إلى الحجز على أموالها استيفاء الضرائب، أو إقراض المجلس أو العضو أموال الشركة لأشخاص ظاهرين دون أن يأخذوا تأمينات لضمان القرض أو إن

المساهمة العامة مسئولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن كل مخالفة ارتكبتها أي منهم أو جميعهم للقوانين والأنظمة المعمول بها ولنظام الشركة، وعن أي خطأ في إدارة الشركة...».

كذلك قضت المادة (١٦٦) من قانون التجارة اللبناني لسنة ١٩٤٢، وجاء فيها: « إن أعضاء مجلس الإدارة مسئولون حتى لدى الغير عن جميع أعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون أو لنظام الشركة ». وهكذا جاءت المادة (٣٥٢) من قانون الشركات المغربي لسنة ١٩٩٦، على أنه: « يكون المتصرفون وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة مسئولين إما فرادى أو متضامنين، حسب الحالة، تجاه الشركة أو الأعيان سواء عن مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، أو عن خروقات النظام الأساسي للشركة، أو عن الأخطاء».

(٢٠٧) المادة (٢١١) فقرة (١) من القانون المدني المصري.

(٢٠٨) المادة (٢١١) فقرة (٢) من نفس القانون.

أخذوا تأمينات تكون قيمتها غير كافية، فيكون هذا الخطأ جسيماً يستوجب المسؤولية، أو أن يفشي العضو المنتدب أسرار الشركة لشركة أخرى منافسة يكون هذا أيضاً عُشاً يشدد من المسؤولية<sup>(٢٠٩)</sup>.

ب] مسؤولية العضو المنتدب عن الخطأ العادي:

في مجال المسؤولية التقصيرية يسأل الفاعل، كما سبق وبيننا، عن كل خطأ مهما كان يسيراً ولو لم يستطع الرجل المعتاد تفاديه<sup>(٢١٠)</sup>.

ويجب على أعضاء مجلس الإدارة بذل عناية الرجل المعتاد، بمعنى أنه إذا لم يبذل العضو أثناء قيامه بأعباء الإدارة هذه العناية، وترتب على ذلك ضرر أصاب الشركة التي يتولى إدارتها، فإنه يكون مسئولاً في مواجهتها عن ذلك<sup>(٢١١)</sup>.

كما تنتفي مسؤولية العضو المنتدب عن الضرر الناشئ عن السبب الأجنبي، فإذا كان الضرر الذي أصاب الشركة من جراء تنفيذ مهام الوكالة يعود إلى قوة قاهرة أو خطأ بفعل الشركة ذاتها (المضروب) أو خطأ الغير، فإن العضو المنتدب غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك<sup>(٢١٢)</sup>.

ومن التطبيقات العملية على انتفاء المسؤولية تعرض المصانع (المملوكة للشركة) حريق بفعل القوة القاهرة أو في غارة جوية، مما يجعل تنفيذ العضو المنتدب لمهامه أمراً مستحيلاً، وذلك للسبب الأجنبي سالف الذكر.

وثمة حالة من حالات المسؤولية التقصيرية تناولها قانون التجارة الجديد المصري، يتمثل في مد إفلاس الشركة لكل شخص قام تحت ستار الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله<sup>(٢١٣)</sup>.

وفي ذلك قضت نصوص القانون نفسه أنه: «وإذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي لوفاء ٢٠% على الأقل من ديونها جاز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أن يفي بالزام أعضاء مجلس الإدارة أو

(٢٠٩) انظر في ذلك: المستشار/ محمود فهمي: مسؤولية أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة سواء بصفتهم الشخصية أو بصفتهم ممثلين عن الغير وأحوال الجمع بين العضويات، مصر المعاصرة، القاهرة، السنة السادسة والسبعون - العدد (٤٠١) - يوليو ١٩٨٥، ص ٢٨١.

(٢١٠) كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر المسؤولية عن الخطأ اليسير وتضمن القرار أنه: إذا كان التزام الشخص هو التزام ببذل عناية فإنه يسأل عن كل خطأ يقع منه جسيماً كان أو يسيراً طبقاً للأصل الذي وردت فيه المادة (١٦٣) من القانون المدني. صدر هذا الحكم في ٢ مارس ١٩٥٧ في القضية رقم ١٧٣١ لسنة ٢ق، السنة الثانية، العدد الثاني رقم ٦٦، ص ٥٩١. راجع أيضاً: د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٤.

(٢١١) راجع في ذلك: المستشار/ محمود فهمي: مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٢١٢) المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري.

(٢١٣) المادة (٧٠٤) من القانون.

المديرين كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شئون الشركة عناية الرجل الحريص»<sup>(٢١٤)</sup>.

ويتضح من النص سالف الذكر أن المشرع لم يشترط تحقيق القائمين على إدارة الشركة، ومنهم العضو المنتدب، لمكاسب شخصية من جراء الخطأ في إدارة الشركة، وربط بين إلزام أعضاء مجلس الإدارة والمديرين بديون الشركة كلها أو بعضها وبين الإدارة السيئة التي يدل عليها وجود عجز في أصول الشركة، بحيث لا تكفي للوفاء بـ ٢٠% على الأقل من ديونها<sup>(٢١٥)</sup>.

كما أن المشرع المصري لم يطلب من المحكمة أن تتبين إن كان أيًا من العضو المنتدب أو المدير هو المتسبب في أخطاء إدارة الشركة، وبذلك يكون هذا المشرع قد خرج عن القواعد العامة بأن أقام المسؤولية في هذه الحالة بناء على الخطأ المفترض، وليس الخطأ الواجب الإثبات، أي أنه أقام قرينة على ارتكاب الخطأ وقرينة أخرى على وجود علاقة سببية المتمثلة في وجود العجز في موجودات الشركة، بحيث لا تكفي هذه الموجودات للوفاء بـ ٢٠% على الأقل من ديونها<sup>(٢١٦)</sup>.

ومن ناحية أخرى، أجاز لأعضاء مجلس الإدارة أو المديرين نفي قرينة الخطأ المفترض بإثبات العكس، أي عليهم أن يثبتوا أنهم بذلوا في تصريف شئون الشركة عناية الرجل الحريص.

ومما سبق يمكن القول بأن مسؤولية العضو المنتدب عن ديون الشركة المفلسة هي مسؤولية تقصيرية، فالهدف من تحميل العضو لهذه المسؤولية هو تعويض دائني الشركة عما لحقهم من أضرار ناتجة عن أخطاء ارتكبتها في إدارته للشركة، تدهور حالتها المالية وإفلاسها، مما حال بين الدائنين وبين تحصيلهم لديونهم من موجودات الشركة، ويسأل العضو أيضاً عن الأضرار التي أصابت الشركة أو المساهم نتيجة تلك الأخطاء التي أدت إلى إفلاس الشركة<sup>(٢١٧)</sup>.

(<sup>٢١٤</sup>) المادة (٧٠٤) فقرة (٢) من نفس القانون.

وجدير بالذكر أن قانون التجارة المصري القديم الصادر في ١٣ الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ لم يعرض حلاً لمشكلة تزايد عدد حالات الإفلاس بين شركات المساهمة التي تعرض دائنيها لأزمة عدم استيفاء ديونهم بسبب انهيار الحالة المالية للشركة وعجزت أصولها عن الوفاء بديونها نتيجة المخالفات التي يرتكبها القائمون على إدارتها.

انظر في ذلك: د. عبد الرحمن السيد قرمان: مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المفلسة طبقاً لقانون التجارة الجديد: مرجع سابق، ص ٨، ٩.

(<sup>٢١٥</sup>) لمزيد من التفاصيل، انظر: د. هاني مسير عبد الرزاق: مسؤولية أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة في حالة إفلاس الشركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٧ وما بعدها.

(<sup>٢١٦</sup>) راجع في ذلك: د. عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

(<sup>٢١٧</sup>) راجع في نفس المعنى: د. عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ١٨٩، وتجدر الإشارة للقضية التي عرضت أمام محكمة Liverpool crown court وصدر الحكم فيها في يناير ٢٠٠٢، وتدور أحداث هذه القضية حول إفلاس مجموعة شركات ( Tank container manufacturer Universal Bulk )

ج] مسئولية العضو المنتدب للإدارة عن أعمال المدير العام:

تبدو الحاجة جلية لتعيين مدير عام لشركة المساهمة، وذلك بالنظر لضخامة المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه الشركة، مما جعلها بحاجة لجهاز تنفيذي يترجم القرارات التي تم اتخاذها من قبل أجهزة الإدارة الرئيسية في هذه الشركة إلى أعمال سواء في عملية إنتاج السلعة أو الخدمة في الشركة أو في علاقات الشركة بالغير<sup>(٢١٨)</sup>.

ولقد تنبه المشرع المصري لهذه الحاجة بأن أورد نصوصاً تُجيز تعيين مدير عام الشركة، وجاء فيها: « يجوز لمجلس الإدارة أن يعين مديراً عاماً للشركة بعد أخذ رأي العضو المنتدب أو رئيس مجلس الإدارة إذا كان يقوم بأعمال الإدارة الفعلية، ويشترط أن يكون شخصاً طبيعياً من غير أعضاء مجلس الإدارة ».

ويتضح من النص سالف الذكر أن مدير عام الشركة يشترط أن يكون شخصاً طبيعياً من غير أعضاء مجلس الإدارة، ولا يعتبر مدير عام الشركة وكيلاً عنها، بل يعد عاملاً بالشركة تسري عليه أحكام قانون العمل<sup>(٢١٩)</sup>.

(Handing lamitd) حيث قام المدعى عليه الأول (المدير الإداري) Christ Freeman والمدعى عليه الثاني Hodgkinson بإخفاء الوضع الحقيقي للشركة عن المحاسبين وصاحب الشركة، وكانت هذه الشركة تعاني من عجز في ميزانيتها نتيجة خسارة مالية تعرضت لها، بل قام المدعى عليه الأول بتزوير حسابات الشركة وعاونه على ذلك المدعى عليه الثاني في هذه القضية بإخفاء الوضع الحقيقي للشركة عن المحاسبين وصاحب الشركة.

الحكم: قررت محكمة التاج في (ليفربول) مسئولية المدعى عليه الأول والثاني عن تفاقم حالة الشركة وإفلاسها والخسائر التي حلت بها والتي تقدر بـ(١٢) مليون جنيه استرليني، كما حكمت على المدعى عليه الأول Freeman بالحبس لمدة عامين، والحبس لمدة ٩ أشهر على المدعى عليه الثاني (Hodgkinson) والحكم بعدم صلاحيتهما للعمل كمدرء للشركات بالنسبة للمدعى عليه الأول لمدة ١٠ سنوات والثاني لمدة ٥ سنوات. راجع في ذلك: [www.sfo.gov.uk.com](http://www.sfo.gov.uk.com)

راجع في ذلك: د. هاني محمد دويدار: مبادئ قانون المشروع الرأسمالي، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢١٨) المادة (٢٤٧) من اللاحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١. وتجدر الإشارة إلى أن تعيين المدير العام في فرنسا يتم أيضاً من قبل مجلس الإدارة بناء على اقتراح من الرئيس (مادة ١١٥ L.) والشروط الواجب توافرها في هذا المدير هي:

- أن يكون شخصاً طبيعياً.

- ألا يزيد سنه عن ٦٥ عاماً؛ إلا باستثناء ينص عليه في النظام الأساس، لا يشترط أن يكون المدير العام من المساهمين ولا عضواً بمجلس إدارة الشركة.

(٢١٩) راجع في ذلك: د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩١.

وفي حال جمع عضو مجلس الإدارة المنتدب بين عضويته للمجلس وبين وظيفة مدير عام الشركة، فإن المدير العام يبقى رغم هذا الجمع عاملاً طالما توفرت الخصيصتان الرئيسيتان اللتان تعتبران جوهر عقد العمل وهما التبعية القانونية من جانب والأجر من جانب آخر<sup>(٢٢٠)</sup>.

وفي تقديرنا أن خلو القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ من نصوص تحرم الجمع بين منصب عضو مجلس الإدارة المنتدب ووظيفة المدير العام أو تفصل بين المنصبين، يؤدي إلى تركيز السلطة بيد العضو المنتدب، مما يؤدي إلى ارتكابه مخالفات من شأنها الإضرار بمصالح الشركة التي يتولى إدارتها.

وفي نفس المقام يثار تساؤل حول ما إذا كان للمدير العام سلطة تمثيل الشركة أمام القضاء أم لا؟ طبقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، فإن صفة تمثيل الشركة أمام القضاء من سلطات رئيس مجلس الإدارة، وهذا ما أكدته نصوص هذا القانون حيث: «يمثل رئيس المجلس الشركة أمام القضاء»<sup>(٢٢١)</sup>.

كذلك أيضاً منح المشرع المصري رئيس مجلس إدارة شركات القطاع العام الحق في تمثيلها أمام القضاء<sup>(٢٢٢)</sup>.

وفي المقابل لم يحصر المشرع الفرنسي صفة تمثيل شركة المساهمة بمنصب رئيس مجلس الإدارة، بل منح هذه الصفة لمدير عام الشركة، وقد بين هذا المشرع أن من حق المدير العام الترافع أمام القضاء باسم الشركة مثله مثل رئيس مجلس الإدارة<sup>(٢٢٣)</sup>.

- انظر أيضاً: د. علي البارودي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٩١.

- راجع أيضاً: د. هاني محمد دويدار: مبادئ قانون المشروع الرأسمالي، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٢٢٠) راجع في ذلك: د. علي البارودي: القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

وتجدر الإشارة إلى حكم محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص، حيث قررت أنه ليس في نصوص القانون ما يمنع من ن يجمع عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة المساهمة بين صفتين: الأولى كوكيل، والثانية كأجير، بحيث تحكم كلاً منهما القواعد الخاصة بها، فيخضع ما يحصل عليه مقابل عمله كأجير لضريبة المرتبات والأجور.

انظر في ذلك: نقض الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٦٩ جلسة ١٢/٢١/١٩٦٩، س ٢٢، ع ٢٤، ص ١٣٧٨.  
انظر أيضاً: نقض الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٧١، جلسة ٢٠/٤/١٩٧١، س ٢٢، ع ٢٤، ص ٥٠٠.

(٢٢١) المادة (٨٥) فقرة (٣) من ذلك القانون.

(٢٢٢) المادة (٨) فقرة (١) بند (١) من قانون شركات قطاع الأعمال المصري رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١. كما قررت محكمة النقض المصرية هذه الصفة بقولها: «شركات القطاع العام رئيس مجلس إدارة الشركة هو صاحب الصفة في تمثيلها أمام القضاء وفي صلاحيتها بالغير. م ٣ من أحكام القانون».



على ضوء ما سبق يمكن القول إن المشرع الفرنسي منح المدير العام نفس سلطات رئيس مجلس الإدارة، فهذا الأخير يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير وأمام القضاء، بل ويملك السلطات الأوسع نطاقاً للتصرف باسم الشركة، ويستطيع المدير العام ممارسة تلك السلطات الممنوحة للرئيس دون الحاجة إلى نص بالنظام الأساس أو إذن من مجلس الإدارة بذلك.

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يفرد نصوصاً مماثلة لتلك التي أفردتها المشرع الفرنسي، رغم أهمية الوظيفة التي يشغلها المدير العام بصفته رئيس الجهاز التنفيذي للشركة<sup>(٢٢٤)</sup>، ويعمل على ترجمة القرارات التي تم اتخاذه من قبل أجهزة الإدارة الرئيسية في الشركة، مما يستدعي استحداث نصوص تمنح مدير عام شركة المساهمة صفة تمثيلها أمام القضاء، فقد تستغل الشركة حصر القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ صفة تمثيل الشركة بيد رئيس مجلس الإدارة، فتعرض على الخطاب المُسلّم إلى مديرها العام بحجة أن هذا الأخير لا يملك الصفة القانونية لتمثيلها<sup>(٢٢٥)</sup>.

وبعد أن عرضنا لأهمية وظيفة مدير عام الشركة، والنصوص القانونية التي تناولها القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لتنظيم هذه الوظيفة، فإنه يتعين أن نحدد مسؤولية العضو المنتدب عن أعمال هذا المدير. ولقد تقدّم أن المدير العام يعد عاملاً بالشركة تسري عليه أحكام قانون العمل، كما أنه يباشر أعماله تحت إشراف العضو المنتدب أو رئيس مجلس الإدارة إذا كان ينهض بأعمال الإدارة اليومية، ويكون مسؤولاً أمامه<sup>(٢٢٦)</sup>، ولا يعني ذلك أنه تبعية المدير العام صارت للعضو المنتدب للإدارة، وإنما تكون

(٢٢٣) انظر في ذلك: الطعن رقم ٣٢٩٣ لسنة ٢٦١ ق، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض رقم ١٤٧٧٥. انظر أيضاً: الطعن رقم ١١ لسنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/١١، مجموعة أحكام النقض، ص ٨٥.

(٢٢٤) المادة (٨٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٢٢٥) من التطبيقات القضائية الهامة التي عرضت أمام القضاء الفرنسي بهذا الخصوص القضية وتتلخص أحداثها فيما يلي: أخطر اتحاد نقابات الخدمات (FDT) بموجب الخطاب المرسل في ٢٥ سبتمبر ١٩٩٦ مدير عام الشركة المساهمة Burger King France Holding بتعيين مدام جاسكون كممثلة نقابية مركزية للوحدة الاقتصادية والاجتماعية، وفي ٨ نوفمبر ١٩٩٦ عارضت شركة برجر كينج فرنسا التعيين.

الحكم: قررت محكمة Courbevoie الابتدائية في ٢٦ مارس ١٩٧٧ رفض الطعن المقدم من شركة برجر كينج، حيث جاء اعتراض هذه الشركة متأخراً، كما أقرت المحكمة أن مدير عام شركة مساهمة بموجب أحكام قانون ٢٤ يوليو ١٩٦٦ يملك سلطة الترافع أمام القضاء باسم الشركة مثله مثل رئيس مجلس الإدارة، فاسم وأسماء الممثلين النقابيين والمعين بواسطة النقابة يتم إخطاره بهم وفقاً للمادة ١٢-١ D من قانون العمل، وحيث إن المحكمة الابتدائية أوضحت أنه تم إخطار المدير العام للشركة بالتعيين في ٢٧ سبتمبر ١٩٩٦، فإن الاعتراض المقدم في نوفمبر ١٩٩٦ يُعد متأخراً.

- Cass.com.. ١٢ Juill. ٢٠٠٤. www.courdecassation.fr

(٢٢٦) المادة (٨٢) فقرة (٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

تبعيته للشركة، على أن تمارس هذه الأخيرة رقابتها وإشرافها على عمل المدير العام من خلال العضو المنتدب للإدارة.

ويلاحظ أن القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لم يحدد مسؤولية العضو المنتدب عن المخالفات التي قد يرتكبها مدير عام الشركة بصفته يعمل تحت إشرافه، ومع ذلك تبقى الشركة مسؤولة مسؤولة مطلقة في مواجهة الغير عما يقع من المدير من أخطاء، فالشركة بمثابة رب العمل الذي يتبعه المدير.

ويمكن للشركة أن تثير مسؤولية العضو المنتدب إن كان خطأ المدير ناتجاً عن إهمال العضو المنتدب في بسط رقابته على المدير<sup>(٢٢٧)</sup>، وللشركة أيضاً أن تسأل العضو المنتدب عن سوء اختياره لمن أوكل إليه منصب مدير عام الشركة، وتنشأ هذه المسؤولية عندما يعين مدير للشركة لا تتوفر فيه مواصفات تلك الوظيفة التي يشترط لها المؤهل العلمي والخبرة العملية.

---

(٢٢٧) وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: «مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة قيامها على خطأ مفترض من جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته». انظر في ذلك: طعن رقم (٥٨٥) لسنة (٤١)، مجموعة أحكام النقض، جلسة ١٨ من مارس سنة ١٩٨٦، ص ٦٩٧.

## التوصيات

- = يجدر بالمشروع المصري استبدال مصطلح [ الادارة اليومية ] بمصطلح [ الادارة الفعلية ] الوارد بالمواد (٧٩) ، (٨٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ، حيث ان المصطلح الأول اكثر انسجاما مع واقع عمل و أداء العضو المنتدب للادارة.
- = ان خطورة المنصب أو المهمة المنوطة بالعضو المنتدب للادارة تستوجب تدخل المشروع المصري لرسم حدود سلطاته ومن ثم تحديد القيود التي ترد عليها.
- = إلغاء الفقرة (٢) من المادة (٨٥) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ، والنص على عدم جواز الجمع بين منصب رئيس مجلس الادارة ومهمة العضو المنتدب للادارة لكي لا يتم تركيز السلطة بيد شخص واحد.
- = ضرورة ان يتطلب نظام الشركة درجة علمية وخبرة عملية في من يتم اختياره للقيام بمهمة العضو المنتدب.
- = ينبغي إلزام المجلس بعقد اجتماعات دورية لمناقشة والاطلاع على سير العمل داخل الشركة، وإلزام المجلس أيضاً باتباع أسلوب التقييم المستمر للعضو المنتدب وذلك لتفعيل دور مجلس الادارة فى الاشراف على اعمال العضو المنتدب.
- = ينبغي ان يكون العضو المنتدب متفرغاً لرعاية مصالح الشركة التى يتولى ادارتها ، بحيث لا يشغل مهمة العضو المنتدب بشركة اخرى فى نفس الوقت.

## قائمة المراجع

## المراجع العربية:

## أولاً: المراجع العامة:

- المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٥.
- د. أبو زيد رضوان
- شركات المساهمة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣.
- الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٩.
- د. أبو زيد رضوان و د. حسام عيسي و د. رضا السيد عبد الحميد
- الوجيز في القانون التجارى، القاهرة ٢٠٠٠
- د. توفيق حسن فرج
- المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ١٩٨٣
- د. جميل عبد الباقي الصغير
- النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩
- د. رضا السيد عبد الحميد
- الشركات التجارية في القانون المصري، الجزء الأول، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦
- د. سليمان مرقص
- الوافى في الالتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسئولية المدنية، مطبعة السلام، القاهرة، طبعة ١٩٨٨
- د. سميحة القليوبي
- الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٨
- د. طه أحمد محمد عبد العليم
- الصلح فى الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٩
- د. عبد الرازق السنهوري
- الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨١.
- د. عبد الرحمن السيد قرمان
- الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات - شركات الاشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧
- د. على البارودى
- القانون التجارى، المكتب العربي للطباعة، الاسكندرية، ١٩٨٨
- د. على جمال الدين عوض
- الوجيز فى القانون التجارى، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥
- د. محمد فريد العريني

- الشركات التجارية ، دار الجامعة العربية الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣
- د. محمد فريد العريني ، د. هاني دويدار ، د. معتصم بالله الغرياني
- مبادئ القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥
- د. محمد محمد هلالية
- مبادئ الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٢
- د. محمود مختار أحمد بريري
- قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة ٢٠٠٥.
- د. مصطفى كمال طه
- القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥
- د. هاني دويدار
- مبادئ القانون التجاري ، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٩٧
- ثانيا: المراجع المتخصصة:
- د.حسين فتحي
- تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. خالد رمضان
- المسؤولية الجنائية لمراجع الحسابات، المحاسب القانوني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٨.
- د. خالد موس توني
- المسؤولية الجنائية عن ترويج البيانات والمعلومات غير الصحيحة في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٨ دار النهضة العربية.
- د. طعمة الشمري
- مجلس إدارة الشركة المساهمة ، دراسة مقارنة في القانون الكويتي وقوانين الولايات المتحدة الامريكية ، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ، الكويت ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٥
- د.عبد المولى على متولي
- النظام القانوني للحسابات السرية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د.علي سيد قاسم
- مراقب الحسابات دراسة قانونية مقارنه لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة، دار الفكر العربي، ١٩٩١.
- د. عمر سالم
- الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الاوراق المالية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩
- د.محمد فاروق عبد الرسول
- الحماية الجنائية للأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- د. محمد فريد العريني

- الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٣.

د. محمود كبيش

- المسؤولية الجنائية لمراقبي الحسابات في شركات المساهمة دراسات مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

د. مظهر فرغلي علي

الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

د. سعودى حسن إبراهيم سرحان

- نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة التجارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٩٢ .

د. مصطفى كمال وصفي

- المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الادارة فى شركات المساهمة فى القانون المصرى والمقارن ومشروع قانون الشركات التجارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٥١

د. هاني سمير عبد الرازق

- مسئولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة فى حال إفلاس الشركة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦

رابعاً: المؤتمرات والمجلات والمقالات:

المستشار/ محمود فهمي

- مسئولية أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة سواء بصفتهم ممثلين عن الغير واحوال الجمع بين العضويات ، مجلة مصر المعاصرة ، القاهرة ، العدد (٤٠١) - السنة السادسة والسبعون ، يوليو ١٩٨٥

المراجع باللغة الإنجليزية:

- A.W. B Simpson : A history of the common law of the contract , the rise of the action of assumpsit, Oxford University press, ١٩٩٦.
- John H. Farrer: Company law , Butterworth & Co. Publishers Ltd, third edition, ١٩٩١.
- Julia Bailey: Company Law, Billing & Sons Ltd, Worcester. ١٩٩٠.
- Keith Abbott: Company Law, DP. Publications Sons , ١٩٩٠.
- Neil Savage: The Companies Act ١٩٨٠, MCGRAW - Hill Company (UK) limited, London, ١٩٨٠.
- Neil Sinclair: Company Directors, Law and Liability , volume ٢ , Sweet & Maxwell, ١٩٩٧.
- Paul L. Davies: Gower's principles of modern company sweet & Maxwell, London, Sixth edition, ١٩٩٧.
- Planpain and Geens: International Encyclopedia of Laws Corporations and partnerships suppl. ٣٨ (August ٢٠٠٥).
- Robert R. Pennington: Company Law, Seventh Edition Butterworth's London ١٩٩٥.
- S. B Marsh: Business Law MCGRAW – Hill Book Company, ١٩٨٥.
- Terry Price : Mastering Business Law, ١٩٨٢.

# ضمانات حماية القاضي من الخصوم في القانون اليمني والمصري

اعداد

فتحي أحمد قحطان حسن



## تمهيد وتقسيم:

إنه بمقتضى الطبيعة البشرية للقاضي فهو يخطئ ويصيب، إلا أن وقوعه في الخطأ أمر محتمل ووارد، وهذا الخطأ الذي قد يقع فيه -القاضي- قد يسبب ضرراً للغير، ووفق قواعد المسؤولية، فإن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، لذلك قد يصبح القاضي مهدداً بعدد من الدعاوى، بحق أو دونه؛ ذلك أن كثيراً من المحكوم ضدهم يعتقدون أن القاضي أخطأ في حقهم، ولو طبقت القواعد العامة -هنا- لأضحى القاضي مشغولاً بالدفاع عن نفسه في هذه الدعاوى، التي قد يرفع كثير منها بقصد التشفّي لا غير، ومن هنا فقد رأى المشرع (المصري واليمني)؛ حماية للقضاة، ألا يترك الأمر للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وحمى القاضي حتى حال وقوعه في الخطأ؛ كي يؤدي عمله وهو مطمئن، فلا يهتز ميزان العدالة في يده، ويكون ذلك ضماناً من ضمانات العدالة.

ومن جهة أخرى لو بالغ المشرع برفع المسؤولية المدنية عن القاضي في الأحوال جميعاً، بحيث لا يتمكن خصم مضرور من الحصول على تعويض الضرر من القاضي، الذي أحدثه، فقد يؤدي ذلك إلى تهاون بعض القضاة في قضائهم، وعدم اكتراثهم له، بل وإهمالهم فيه؛ نتيجة عدم شعورهم بالمسؤولية الشخصية<sup>(٢٢٨)</sup>، ومن ثم فقد تؤدي هذه الضمانة إلى تقيض المقصود منها.

لذلك فقد حاول المشرع أن يوفق بين الاعتبارين السابقين، فحدد الحالات، التي يسأل فيها القاضي مدنياً، إذ لا يسأل عن كل خطأ، كما حدد الإجراءات التي يجب على المضرور اتباعها في رفع الدعوى على القاضي، وليس أمام الخصوم من سبيل لمساءلته، إذا ارتكب خطأ، يسأل عنه مدنياً، إلا اتباع هذه القواعد، التي سميت مخاصمة القضاة<sup>(٢٢٩)</sup>. لذا سوف يُقسم هذا البحث على مباحث ثلاثة، كالآتي:

## المبحث الأول: ماهية المخاصمة.

## المبحث الثاني: حالات المخاصمة.

## المبحث الثالث: إجراءات دعوى المخاصمة.

(٢٢٨) د. محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني. الجزء الأول، النظام القضائي، د.ت.

(٢٢٩) د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص. الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت، ص ٢٩١.

## المبحث الأول

## ماهية المخاصمة

سبق أن مخاصمة القضاة قررهما المشرع، كضمان لحماية القاضي من كيد المتقاضين أمامه، حال حدوث أي خطأ من جانبه، صغيراً كان أم كبيراً، بحسب الأحوال، وحدد لذلك (المخاصمة) حالات على سبيل الحصر، لا يجوز في غيرها مخاصمة القاضي، ومن ناحية أخرى، كضمانة لحماية المتقاضين أنفسهم من الخطأ الذي قد يرتكبه القاضي، عمداً أم دونه، لذا فإنه لزاماً تحديد مفهوم المخاصمة وتحديد طبيعتها القانونية. لذا، سيتم بحث المسائل المذكورة آنفاً في مطلبين، كالآتي:

**المطلب الأول:** مفهوم المخاصمة وأشخاصها.

**المطلب الثاني:** الطبيعة القانونية لدعوى المخاصمة.

## المطلب الأول

## مفهوم المخاصمة وأشخاصها

تعد المخاصمة ضماناً لحماية كل من القاضي ومخاصمه في الدعوى، كما سبق، ومن الضرورة الإلمام بتعريف هذه المخاصمة، وتحديد أشخاصها، ذلك في الفرعين الآتيين:-

**الفرع الأول:** تعريف دعوى المخاصمة.

**الفرع الثاني:** أشخاص دعوى المخاصمة.

## الفرع الأول

## تعريف دعوى المخاصمة

أعطى الفقه عديد من التعريفات لدعوى المخاصمة، أهمها أنها:

- ١- دعوى ترفع من خصم على قاضي، لمساءلة هذا القاضي مدنياً عما ارتكبه من أخطاء، نص عليها المشرع، أثناء نظر الدعوى، مطالباً إياه بتعويضه عما ناله من ضرر نتيجة هذا الخطأ، ويترتب على الحكم بصحتها بطلان الحكم، كنتيجة حتمية لثبوت ما وقع من القاضي من إخلال بواجبه<sup>(٢٣٠)</sup>.
- ٢- دعوى قضائية، ترفع بإجراءات خاصة، إلى هيئة قضائية خاصة، يتهم بها رافعها القاضي المرفوعة عليه بالإخلال بمقتضيات النزاهة في أدائه للقضاء<sup>(٢٣١)</sup>.

(٢٣٠) د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٥٠، د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن. المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٧م، ص ١٧٣، د. السعيد محمد الأزمازي: المسؤولية المدنية للقضاة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ص ٢٩.

(٢٣١) د. الأنصاري حسن النيداني و د. علي مصطفى الشيخ: قانون المرافعات. مطبعة حمادة، مصر، دت، ص ٥٥.

٣- الدعوى التي يرفعها الخصم في الحالات وبالإجراءات المنصوص عليها في القانون على القاضي، طالباً التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ القاضي في قيامه بوظيفته<sup>(٢٣٢)</sup>. ويتضح مما سبق أن التعريفات كافة تكاد تتفق من حيث المعنى، إلا أن التعريف الأول هو الأنسب والأفضل - كما يراه الباحث - لشموله عناصر الدعوى كافة، من حيث أشخاصها وسببها وحالاتها، فضلاً عن الأثر المترتب على الحكم بصحتها.

### الفرع الثاني

#### أشخاص دعوى المخاصمة، ومدى تطبيق نظامها

##### عند تقاعد القاضي

لا يثير تحديد المدعي في دعوى المخاصمة كثير صعوبة، فهو من يطالب بمخاصمة القاضي، أي الذي يثير ضده إحدى حالات المخاصمة، وهو عادة الخصم الذي تضرر من خطأ القاضي المخاصم، ويشترط فيه أن يكون خصماً في الدعوى، التي يخاصم القاضي من أجلها، فإذا لم يكن كذلك، فإنها (دعوى المخاصمة) تكون غير جائزة لانعدام الصفة<sup>(٢٣٣)</sup>.

فإذا توافر في طالب المخاصمة صفة الخصم على هذا النحو، فلا يهم مركزه فيها، فتقبل منه دعوى المخاصمة، سواء كان مدعاً فيها أم مدعى عليه أم متدخلاً أم مدخلاً أم ضامناً<sup>(٢٣٤)</sup>.

وإذا كان تحديد صفة المدعي لا تثير أي صعوبة، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى صفة المدعى عليه، لاسيما في ظل وجود القضاء الإداري وأعضاء النيابة العامة، ومدى تطبيق نظام المخاصمة على القاضي بعد إحالته إلى المعاش. وعلى ذلك سوف يقسم هذا الفرع على غصنين، كالآتي:

##### الغصن الأول: المدعى عليه في دعوى المخاصمة.

##### الغصن الثاني: مدى تطبيق نظام المخاصمة على القاضي عند التقاعد.

(٢٣٢) د. محمود محمد هاشم: المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢٣٣) د. علي بركات: دعوى مخاصمة القضاة، القضاة بين النظرية والتطبيق. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٧٦.

(٢٣٤) د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية. منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، ص ١٣٥.

## الغصن الأول

## المدعى عليه في دعوى المخاصمة

قد يكون المدعى عليه في دعوى المخاصمة قاضياً، من قضاة القضاء العادي أو الإداري، وقد يكون عضواً في النيابة العامة، الأمر الذي سنتناوله بشيء من التفصيل في النقاط الآتية:

أولاً: قضاة القضاء العادي.

ثانياً: قضاة القضاء الإداري.

ثالثاً: أعضاء النيابة العامة.

أولاً: قضاة القضاء العادي:

يمكن مخاصمة قضاة المحاكم العادية كافة، أياً كانت درجاتهم، ونوع تخصصهم، والمحكمة التي يتبعونها، وسواء كانوا يعملون بالقضاء العادي أم الاستثنائي<sup>(٢٣٥)</sup>؛ لأن دقة المهمة القضائية وحياد القاضي لا يختلف من محكمة إلى أخرى<sup>(٢٣٦)</sup>.

فيمكن أن توجه دعوى المخاصمة إلى قاضٍ بمحكمة ابتدائية، أو رئيسها، أو قاضٍ بمحكمة استئناف أو رئيسها، أو قاضٍ بمحكمة النقض، وسواء كان يعمل بدائرة مدنية أم جنائية أم أحوال شخصية<sup>(٢٣٧)</sup>، سواء كان القاضي منفرداً أم يعمل مع غيره في دائرة<sup>(٢٣٨)</sup>، وإن كان يندر أن يختصم عضو في دائرة دون بقية أعضاءها؛ لأن مبدأ سرية المداولة يحول دون معرفة العضو الذي يستوجب تصرفه المخاصمة<sup>(٢٣٩)</sup>. لكن، هل يلزم - حين النظر في دعوى المخاصمة - فتح تحقيق في الموضوع؛ لمعرفة المتسبب في حالة المخاصمة، أم أنه يجب أن ينسب الفعل، في حالة حدوثه، إلى كل من شارك فيه؟

(٢٣٥) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، ص ١٧٤، وجدير بالإشارة، أنه لا يخضع لنظام المخاصمة، من يقومون بوظيفة القضاء، كأعضاء الهيئات ذات الاختصاص القضائي، إذ يطبق نظام المخاصمة على أعضاء المحاكم دون غيرهم، في ذلك انظر: د. السعيد محمد الأزمازي: المرجع السابق، ص ٤٠ و ٤١.

(٢٣٦) د. علي بركات: دعوى مخاصمة القضاة...، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢٣٧) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ١٣١.

(٢٣٨) د. أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات. الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت، ص ١١٨.

(٢٣٩) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١م، ص ٢٣٠، د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية عشرة، دت، ص ٦٣.

إجابة عن هذا السؤال، قضت محكمة النقض الفرنسية: بأن المحكمة التي تنظر في دعوى المخاصمة بسبب إنكار العدالة، تملك عند الفصل فيها، البحث بين أعضاء الدائرة التي انكرت العدالة عن العضو الذي امتنع عن الفصل في الدعوى<sup>(٢٤٠)</sup>.

وقد كان هذا المسلك القضائي محل نقد في الفقه، تمثل في أن إسناد التصرف الخاطئ لأحد القضاة بعد القيام بتحقيق، لا ينفي المسؤولية عن الأعضاء الآخرين الذين شاركوه إصدار الحكم، وأيدوه في الامتناع عن الفصل في القضية محل الإنكار<sup>(٢٤١)</sup>.

ويرى الباحث أنه إن كان من اليسير على محكمة النقض الفرنسية في حكمها، محل النقد، فتح تحقيق لمعرفة المتسبب في حالة الامتناع، لاسيما باتباع أسلوب الإعذار، فلا يكون الأمر كذلك بالنسبة إلى حالة الغش والتدليس والخطأ المهني الجسيم، لسبب بسيط، هو أنه لا يمكن أن يتصور اشتراك ثلاثة قضاة - مثلاً - في ارتكاب خطأ جسيم، جهلاً بإحدى مبادئ القانون، أو إهمالاً، بالنظر في إحدى الوثائق الأساسية في ملف الدعوى، كما أنه ليس من المتصور أن يبادر قاض معين لارتكاب تدليس أو غش، ويشاركه - في ذلك - بقية القضاة.

ويرى أن في مسلك القضاء المصري، موضوعية أكثر من خلال ما قضت به محكمة استئناف المنصورة، بقولها<sup>(٢٤٢)</sup>: "... إن الخطأ الذي ينسبه المدعي إلى رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم، إنما ينسب في الواقع وبحكم القانون إلى أعضاء الدائرة جميعاً...". وقد بررت المحكمة قرارها بأن إغفال النظر لوثيقة أساسية في الدعوى فعل لا يمكن أن ينسب للقاضي الذي يتولى كتابة الأسباب، بل ينسب أيضاً لمن ساعده في الوصول إلى هذا الحكم وتداولوا معه ولا يشفع لأي منهم عدم تحريره للحكم<sup>(٢٤٣)</sup>.

إلا أن هذا الأمر يمكن القبول به، حال ما لو صدر الحكم بإجماع أعضاء الدائرة، لكن السؤال الذي يثار هنا - وهو ما لم يتعرض له الفقه - ما هو الحال إذا صدر الحكم بأغلبية أعضاء الدائرة<sup>(٢٤٤)</sup>، لاسيما أن العضو أو الأعضاء المعارضين لصدور مثل هذا الحكم، ملزمون - بحكم القانون - بتأييد رأي الأغلبية، هل يكون مسؤولاً، ومسؤولين مع بقية الأعضاء، الذين انضموا إليهم، فيؤخذ على جرم لم يرتكبه؟

يرى الباحث -توافقاً مع الحكمة من نظام المخاصمة كضمانة للقضاة- أن يجيز المشرع للعضو المعارض للحكم - موضوع المخاصمة - تدوين رأيه في محضر الجلسة، الأمر الذي يتيح له طلب إخراجه من دعوى المخاصمة؛ فيما لو رفعت على الدائرة بأكملها؛ لأن سرية المداولة، وإن منعت من معرفة الأعضاء المسؤولين عن الحكم أو الإجراء، المشوب بحالة من الحالات التي تجيز المخاصمة، إلا أنه

<sup>(٢٤٠)</sup> نقض فرنسي في ١١ يناير ١٩١٤م، أشار إليه د. أحمد أبو الوفا: المرافعات...، المرجع السابق، ص ٦٥، هامش (١).

<sup>(٢٤١)</sup> د. رمزي طه الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية. مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠م، ص ٢٧٩، هامش (١)، د. عمار بوضياف: شرح الإجراءات المدنية. دار ربحانه، الجزائر، ٢٠٠١م، ص ٧١.

<sup>(٢٤٢)</sup> محكمة استئناف المنصورة، في حكمها الصادر في ١٥ فبراير ١٩٨١م، في دعوى المخاصمة رقم (٣٦٨) لسنة ٣٢ قضائية، أشار إليه: د. رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٨٠، هامش (١).

<sup>(٢٤٣)</sup> انظر: د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ٧٢.

<sup>(٢٤٤)</sup> وفق المادة (١٦٩) مرافعات مصري، والمادة (٢٢٦) مرافعات يمني.

يجب أن تتاح لذلك العضو المعارض، الدفاع عن نفسه، حال ما لو كان رأيه قد أنصب على عدم موافقته على الحكم أو الإجراء الذي يجيز المخاصمة، وهذا ما يعني - تحقيقاً للعدالة - إمكانية فتح تحقيق لمعرفة القضاة المتسببين في الخطأ تحديداً، على أن هذا الأمر لا يتعارض مع قاعدة عدم جواز إفشاء سرية المداولة، ومن ثم عدم تعريض ذلك العضو (القاضي) للعقوبة المقررة حال مخالفته ذلك؛ إذ أن هذا الإفشاء لن يكون إلا أمام هيئة قضائية مختصة، وهو ما لا يعد إفشاءً هنا، بل ويصب في وعاء حق الدفاع المكفول لهذا القاضي المعارض في رأيه للحكم الصادر بأغلبية أعضاء الدائرة.

#### ثانياً: قضاة القضاء الإداري:

طرحت دعوى المخاصمة في النظام المصري إشكالاً، تمثل في مدى قابلية أعضاء مجلس الدولة للمخاصمة، فثمة رأي في الفقه يرى<sup>(٢٤٥)</sup>: عدم جواز مخاصمة قضاة مجلس الدولة؛ لأن القول بمخاصمتهم يعني الاعتراف لهيئات القضاء العادي بالنظر والفصل في منازعات أحد أطرافها، ينتمي إلى القضاء الإداري، وهو ما من شأنه أن يؤثر في استقلال جهتي القضاء.

وإذا كان قانون المرافعات هو الأصل بالنسبة إلى المحاكم الإدارية، فيما لم يرد بشأنه نص، فقد جرى القضاء الإداري على عدم تطبيق قواعد المرافعات، التي تتعارض نصاً وروحاً مع قانون مجلس الدولة<sup>(٢٤٦)</sup>.

وقد لقي هذا الرأي معارضة في الفقه، تمثلت في أنه ليس في قواعد المخاصمة ما يخالف - نصاً أو روحاً - نظام مجلس الدولة<sup>(٢٤٧)</sup>، لاسيما أن دواعي حماية القاضي تظل قائمة، سواء في القضاء الإداري أم العادي.

وعن فكرة المساس بالقضاء الإداري، اتجه رأي في الفقه<sup>(٢٤٨)</sup>، إلى أن رفع دعوى المخاصمة ضد عضو مجلس الدولة لا يחדش استقلال هذه الهيئة، ما دام كانت الدعوى موجهة لشخص القاضي "دعوى شخصية"، ولا ينفي عنها هذه الصفة، تحمل الدولة تبعاً للأضرار المترتبة عنها.

وهذا الإشكال غير مطروح في التشريع اليمني؛ لأن النظام القضائي في اليمن موحد<sup>(٢٤٩)</sup>، أي لا توجد غير جهة واحدة للقضاء، التي تختص بالنظر في الدعاوى جميعاً.

#### ثالثاً: أعضاء النيابة العامة:

يخضع أعضاء النيابة العامة، في مسؤوليتهم المدنية عن الأخطاء الصادرة عنهم لدى قيامهم بأعمال وظيفتهم، لنظام مخاصمة القضاة، وهو ما نصت عليه - صراحة - المادة (٤٩٤) مرافعات مصري، من

<sup>(٢٤٥)</sup> د. محي الدين اسماعيل: الخطأ المهني الجسيم ومخاصمة رجال القضاء. مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة عشر، العدد الرابع، أكتوبر - ديسمبر ١٩٧٣م، ص ٩٥٤.

<sup>(٢٤٦)</sup> د. السعيد محمد الأزمازي: المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>(٢٤٧)</sup> في هذا الرأي انظر: د. علي عوض حسن: رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ص ٢٣٨.

<sup>(٢٤٨)</sup> د. رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٩٠.

<sup>(٢٤٩)</sup> المادة (٨٩) من قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، وتعديلاته.

أنه "تقبل مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة...". وهو ما أخذ به المشرع اليمني، وفق المادة (١٤٤) مرافعات.

وعلى ذلك يخضع أعضاء النيابة العامة بالنسبة إلى مسؤوليتهم المدنية عن الأعمال الصادرة عنهم أثناء قيامهم بأداء وظيفتهم، لنظام مخاصمة القضاة؛ كونها تعد هيئة مكملة للقضاء<sup>(٢٥٠)</sup>.

### الفصل الثاني

#### مدى تطبيق نظام المخاصمة على القاضي عند التقاعد

إن نظام المخاصمة، كما سبق، هو نظام خاص لمساءلة القضاة مدنياً، عما يصدر عنهم من أعمال أثناء أداء وظيفتهم القضائية، دون غيرهم من الموظفين، وألا سبيل للمتقاضي، لتغطية ضرره، سوى اللجوء إلى دعوى المخاصمة. وهنا يطرح تساؤل، بشأن تطبيق أحكام المخاصمة، بالنسبة إلى القاضي الذي انتهت خدمته، بإحدى الطرق المحددة في قانون السلطة القضائية، وهل ينبغي الاستمرار في إضفاء الحماية المدنية عليه بعد فقده للصفة القضائية، أم ينبغي أن يتبع بشأنه القواعد العامة؟

فالرأي الراجح في الفقه<sup>(٢٥١)</sup>، أن القاضي الذي تنتهي خدمته يظل محتفظاً بالضمانات المقررة للقضاة في المجال المدني، ومن ثم فلا سبيل لمساءلته مدنياً عما يصدر عنه من أخطاء، أثناء ممارسته وظيفته القضائية، إلا باتباع قواعد المخاصمة.

ويؤيد الباحث هذا الرأي فيما ذهب إليه، لاسيما أنه يبسط أحكام الحماية المدنية بالنظر إلى صفة الفاعل وقت ارتكاب الفعل الضار، فمادم كان لعنصر الخطأ المرتكب من قبل القاضي، علاقة بالوظيفة، سواء كان في صورة غش أم تدليس أم إنكار للعدالة أم خطأ جسيم، وسواء تم بحسن نية أم سوء نية، فإن صفة مرتكب الخطأ تفرض إحاطته بقواعد الحماية المدنية المقررة في هذا الشأن، والقول بغير ذلك يجرّد هذه الضمانة من مضمونها.

ويتبين مما سبق، أن الصفة الوظيفية للقاضي، وقت صدور العمل القضائي، شرطان لازمان لتطبيق أحكام المخاصمة على القاضي، وألا وجه للاعتداد بانتفاء الصفة القضائية للقاضي بانتهاء خدمته، مادام صدر عنه العمل أثناء تمتعه بهذه الصفة وبمناسبة مباشرة مهام وظيفته القضائية، إذ لا يغير في الحكم صفة لاحقة في مصدره، تنفي عنه ولاية القضاء، فالعبرة في توافر ركن القضاء هي بوقت صدور العمل<sup>(٢٥٢)</sup>.

(٢٥٠) نقض مصري، جلسة ٢٩ مارس ١٩٦٢م، الطعن رقم (٤٠٧) لسنة ٢٦ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الثالثة عشر، العدد الأول، يناير - مارس ١٩٦٢م، مطبعة دار القضاء العالي، القاهرة، ١٩٦٢م، ص ٣٦١.

(٢٥١) د. محمد عبد الخالق عمر: قانون المرافعات. الجزء الأول، التنظيم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٢٨١، د. رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٩٩، د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٨٢، د. السعيد محمد الأزمازي: المرجع السابق، ص ٣٩، د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ١٣.

(٢٥٢) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي. دار المجد للطباعة، القاهرة، د.ت، ص ٢٢٣.

وتطبيقاً لذلك، فإن انتفاء ولاية القضاء عن القاضي، سواء كان الانتفاء مطلقاً أم مؤقتاً، وإن كان يحجب عنه الصفة القضائية في إصدار الأعمال القضائية، إلا أنه لا يجرده من الضمانات التي كفلها المشرع للقضاة.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية لدعوى المخاصمة

ثار جدل في الفقه حول تكييف دعوى المخاصمة، هل هي دعوى تأديبية، يقصد منها تأديب القاضي أو عضو النيابة، على ما وقع منه من خطأ في عمله، أم هي دعوى بطلان للحكم، يقصد منها إبطال الحكم الذي بني على خطأ من القاضي أو عضو النيابة، أم هي دعوى مسؤولية مدنية خاصة، وتفصيل ذلك في الآتي:

#### الرأي الأول: دعوى المخاصمة دعوى تأديبية:

ذهب رأي في الفقه<sup>(٢٥٣)</sup>، إلى عد المخاصمة، دعوى تأديبية؛ ذلك بالنظر إلى موضوعها والغاية من إقامتها، إذ أنها - في حقيقتها - تحاسب القضاة على أخطائهم في عملهم، وهذا الرأي محل نقد، نوجزه بالآتي:

١- إن القول إن دعوى المخاصمة دعوى تأديبية، هو قول مهجور، يبرره المنشأ التاريخي لنظام مخاصمة القاضي، إذ كان القاضي يدافع عن موقفه وعن الحكم الذي أصدره أمام المحكمة العليا<sup>(٢٥٤)</sup>.

٢- إذا كان يقصد من دعوى المخاصمة، دمع القاضي بالغش أو الخطأ المهني الجسيم، فإن محلها القوانين التي تنظم محاكمة القضاة تأديبياً، كما أن أمر تحريكها ينبغي أن يكون بيد من له حق تحريك الدعوى التأديبية ضد القاضي<sup>(٢٥٥)</sup>، وهم الأشخاص والهيئات الذين ذكرهم المشرع - على سبيل الحصر - فلا يجوز رفعها من غير هؤلاء<sup>(٢٥٦)</sup>، بينما دعوى المخاصمة ترفع من قبل المتقاضى صاحب المصلحة.

٣- يترتب على القول بأن دعوى المخاصمة ما هي إلا دعوى تأديبية، نزاع الاختصاص بالنظر فيها من القضاء العادي، وإحاقه بالمجلس المختص بتأديب القضاة، إذ المعروف أن القاضي لا يسأل تأديبياً أمام القضاء العادي، بل أمام مجلس تأديبي خاص، وبكيفية وإجراءات محددة بالتشريعات الخاصة بالسلطة القضائية.

٤- إن القول بأن دعوى المخاصمة دعوى تأديبية، يثير التساؤل الآتي: ما الفائدة التي يجنيها رافع الدعوى بعد تأديب القاضي، لاسيما أن إصدار حكم تأديبي ضد القاضي قد لا ينصف المتقاضى رافع الدعوى؟

<sup>(٢٥٣)</sup> انظر عرضاً لهذا الرأي لدى: د. علي عوض حسن: رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية. المرجع السابق، ص ١٩٦، د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ٢٤.

<sup>(٢٥٤)</sup> د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٢٩١، هامش (٤).

<sup>(٢٥٥)</sup> د. محي الدين اسماعيل: المرجع السابق، ص ٩٥٢.

<sup>(٢٥٦)</sup> والجدير ذكره، أن رفع الدعوى التأديبية على القضاة يكون من النائب العام في قانون السلطة القضائية المصري، وهيئة التفتيش القضائي في قانون السلطة القضائية اليمني.



## الرأي الثاني: دعوى المخاصمة دعوى بطلان:

رأى جانب من الفقه<sup>(٢٥٧)</sup>، أن دعوى المخاصمة لا تخرج عن كونها دعوى بطلان، إذ الهدف من رفعها إبطال الحكم الأول.

وعليه، فإن هذا الرأي سد الثغرة التي كانت موجودة في الرأي الأول، فبيّن أن موضوع دعوى المخاصمة ليست تأديب القاضي، إنما إبطال الحكم الأول، كما أن هذا الرأي أنصف المتقاضى أكثر من الرأي السابق، فحينما يبطل الحكم تزول آثاره، ولا شك أن رافع الدعوى لا يبغى غير إبطال الحكم، هدفاً لدعواه، غير أن هذا الرأي - رغم وجاهته - إلا أنه، هو الآخر، محل نقد، نوجزه بالآتي:

١- إن هذا الرأي يخلط بين دعوى المخاصمة وطرق الطعن الأخرى، فإذا كان الهدف الأساس من رفع الدعوى هو إبطال الحكم، وليس غير الإبطال، فإن السؤال الذي يثور: ما الفرق بين دعوى المخاصمة والطعن، لاسيما أن الطعن قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر، إذا كان الطاعن يملك من الوسائل القانونية ما يؤيد طعنه؟.

٢- إذا كان الهدف من دعوى المخاصمة هو إبطال الحكم الأول، فبإمكان رافع الدعوى أن يلجأ لطرق الطعن لإبطاله، لاسيما أن لجؤه إلى المخاصمة سيكلفه عبء إثبات سوء نية القاضي المعني بالمخاصمة أو خطئه الجسيم، ويلزم بالتعويض في حال رفض دعواه<sup>(٢٥٨)</sup>.

٣- إن دعوى المخاصمة ترفع، حتى في حال عدم صدور حكم، ذلك في حال إنكار العدالة، وهو ما ينفي - وحده - طابع البطلان على هذه الدعوى.

## الرأي الثالث: دعوى المخاصمة دعوى مسؤولية خاصة:

ذهب جمهور الفقه<sup>(٢٥٩)</sup>، إلى أن دعوى المخاصمة ما هي إلا دعوى مسؤولية، لا ترمي إلى الطعن في الحكم، إنما تهدف إلى الحصول على تعويض الضرر، الذي لحق بالخصم، نتيجة خطأ القاضي أو عضو النيابة، ويبرر ذلك بالآتي:

١- إن الخصم - في دعوى المخاصمة - يطلب تعويض الضرر الذي أصابه من حكم أو تصرف القاضي الخاطيء، لذلك فإن الضرر الذي أصاب الخصم ركن أساسي فيها<sup>(٢٦٠)</sup>.

<sup>(٢٥٧)</sup> انظر هذا الرأي في الفقه لدى: د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٦٥م، ص ٦٠، د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ٢٥.

<sup>(٢٥٨)</sup> د. أحمد خليل: قانون المرافعات المدنية والتجارية (النظام القضائي والاختصاص والدعوى). دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٤٦.

<sup>(٢٥٩)</sup> د. محمود محمد هاشم: المرجع السابق، ص ٢٥٦، د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ١٣٠، د. رمزي سيف: الوسيط...، المرجع السابق، ص ٦٠، د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٢٩٢، د. على بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٣٤، د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات. دار النهضة العربية، القاهرة، دبت، ص ٢٢٥.

<sup>(٢٦٠)</sup> د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٦٩.

٢- دعوى المخاصمة توجه إلى القاضي مباشرة، لا إلى الحكم الذي أصدره، خلاف الطعن في الحكم، فإنه يوجه إلى الحكم، لا إلى القاضي أو عضو النيابة.

٣- المدعى عليه في دعوى المخاصمة هو القاضي، خلاف الطعن في الحكم، إذ يختصم فيه المحكوم له "المستأنف عليه"، وليس القاضي أو عضو النيابة.

٤- الطعن في الأحكام يفترض فيه صدور حكم من محكمة، خلاف دعوى المخاصمة، فهي ترفع على القاضي، ولو لم يكن أصدر حكماً في الموضوع، كما في حال إنكار العدالة<sup>(٢٦١)</sup>.

وعلى ذلك تعد دعوى المخاصمة، دعوى مسؤولية تهدف - أساساً - إلى الحصول على تعويض الضرر الذي لحق بالخصم، نتيجة خطأ القاضي أو عضو النيابة، في الحالات المحددة على سبيل الحصر.

أما بالنسبة إلى كون صحة دعوى المخاصمة قد يؤدي - في بعض الأحيان - إلى بطلان الحكم، فإن هذا البطلان يعد نتيجة منطقية لثبوت خطأ القاضي، ولا يعقل أن يحترم حجية حكم ثبت خطأه الجسيم، إضافة إلى أن بطلان الحكم يعد أفضل تعويض عيني، يمكن أن يحصل عليه الخصم، والأصل في التعويض أن يكون عينياً<sup>(٢٦٢)</sup>، ويذهب الباحث مع هذا الرأي لما ذكر من أسباب آنفاً.

وبهذا التكييف أخذ المشرع المصري<sup>(٢٦٣)</sup>، وهو ما أكدته المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩م، الذي جاء فيها: "... ليست المخاصمة من المسائل العارضة كرد القضاة والخبراء، إنما هي دعوى تعويض مستقلة ترفع من أحد الخصوم على القاضي لسبب من الأسباب التي بينها القانون... " وكذلك ذهب القضاء المصري<sup>(٢٦٤)</sup>.

وبهذا التكييف، أخذ المشرع اليمني أيضاً<sup>(٢٦٥)</sup>.

## المبحث الثاني

### حالات المخاصمة

نظراً لأن دعوى المخاصمة دعوى استثنائية، شرعت خلاف الأصل، المتمثل في عدم جواز مساءلة القاضي بسبب أدائه لوظيفته؛ حتى لا يشغل القاضي بالدفاع عن نفسه، بسبب أي خطأ يحصل منه، لذلك كله حرص المشرع (المصري واليمني)، على بيان حالات المخاصمة على سبيل الحصر، غير أن كل منهم أضاف حال، لم يتضمنها الآخر، إذ أخذ المشرع المصري بحال، لم ينص عليها نظيره اليمني، هي الأحوال التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي وإلزامه بالتعويض، وفي المقابل أخذ المشرع اليمني

<sup>(٢٦١)</sup> د. محمود محمد هاشم: المرجع السابق، ص ٢٥٦.

<sup>(٢٦٢)</sup> د. محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص ٢٨٤-٢٨٥.

<sup>(٢٦٣)</sup> انظر: المادة (٣/٤٩٤) مرافعات، التي نصت على أنه: "... في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات"، وكذا المادة (٤٩٩).

<sup>(٢٦٤)</sup> انظر: حكم محكمة استئناف الإسكندرية في ٣١ مايو سنة ١٩٥٩م، مجلة المحاماة، السنة التاسعة والثلاثون، العدد الثامن، أبريل ١٩٥٩م، ص ١٠٦٧.

<sup>(٢٦٥)</sup> المادة (١٤٤) مرافعات، التي نصت على أنه: "يجوز مخاصمة القضاة... للحكم بالتعويض...".

بحالة، لم ينص عليها نظيره المصري، هي تعمد القاضي الجور في حكمه أو قضاؤه بغير الحق أو بناء على رشوة، وعلى ذلك سيتم تناول هذه الحالات في مطالب خمسة، كالآتي:

**المطلب الأول:** وقوع غش أو تدليس أو غدر من القاضي أو عضو النيابة العامة.

**المطلب الثاني:** الخطأ المهني الجسيم.

**المطلب الثالث:** إنكار العدالة.

**المطلب الرابع:** النص على مسؤولية القاضي وإلزامه بالتعويض.

**المطلب الخامس:** جور القاضي في حكمه.

### المطلب الأول

وقوع غش أو تدليس أو غدر من القاضي

أو عضو النيابة العامة

يوصف أن الغش الحاصل من القاضي، أثناء مباشرة وظيفته القضائية، يتعارض مع مقتضيات والتزامات وظيفته، كونه خطأ مقصود، يتضمن سوء النية، وبما أن المشرع اليمني قد نظم سوء القصد أو الخطأ العمدي في صورة واحدة، هي الغش، كحالة من حالات المخاصمة، متفقاً - في ذلك - مع المشرع المصري، غير أن الأخير خلاف الأول، فقد نظم صوراً مختلفة للخطأ العمدي أو سوء القصد، هي الغش، التدليس، والغدر. لذا سيتم بحث المقصود بالغش، في فرع أول، وصور سوء القصد في فرع ثان، كالآتي:

**الفرع الأول:** المقصود بالغش.

**الفرع الثاني:** صور سوء القصد.

### الفرع الأول

#### المقصود بالغش

تناول فقهاء القانون وشراحه، المقصود بالغش بإسهاب، إذ أعطوا له كثير من التعريفات، وإن اختلفت في الألفاظ، إلا أنها اتفقت من حيث مضمونها، وعلى هذا فقد عرف جانب من الفقه<sup>(٢٦٦)</sup>، الغش أنه: "انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون، قاصداً هذا الانحراف، وذلك إما إيثاراً لأحد الخصوم أو نكايه في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي".

كما عرفه آخر<sup>(٢٦٧)</sup>، بأنه: "تحويل الواقع وإظهاره على غير حقيقته، كإخفاء المستند المقدم والزمع بأنه لم يقدم للقاضي أو الأدعاء بضياعه".

(٢٦٦) د. سيد أحمد محمود: الغش في إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية والمنازعة فيها (وفقاً لقانون المرافعات). دار الفكر والقانون، المنصورة، القاهرة، ٢٠١٥-٢٠١٦م، ص ٦٢.

(٢٦٧) د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً. الإسكندرية، ١٩٧٧م، ص ٢٥٣.

ويرى آخر<sup>(٢٦٨)</sup>، بأنه: "ارتكاب الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية، أو بدافع كراهية أحد الخصوم أو محاباته؛ كما إذا حرف القاضي عن قصد ما أدلى به أحد الخصوم، أو شاهد من أقوال، أو كما إذا كلف بكتابة تقرير عن قضية فكتبه محرراً عن قصد، بأن وصف مستنداً مقمناً في الدعوى بغير ما اشتمل عليه، حتى يخدم باقي أعضاء المحكمة<sup>(٢٦٩)</sup>، أو كما إذا تعمد رئيس الدائرة التغيير في مسودة الحكم<sup>(٢٧٠)</sup>"، فالغش كما يحدث في مرحلة تحقيق الدعوى ونظرها، كتغيير شهادة شاهد، يمكن أن يحدث، كذلك، في مرحلة الحكم، كتعمد التغيير في مسودة الحكم<sup>(٢٧١)</sup>.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغش، في حكمها الصادر بجلسته ٢٩ من مارس ١٩٨٧م<sup>(٢٧٢)</sup>، أنه: "...انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه واجب القانون، قاصداً هذا الانحراف؛ إثارة لأحد الخصوم أو نكاية في آخر، أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي...".

ومما ذكر آنفاً، يذهب الباحث مع ما جاء في هذه التعريفات، إذ أنها، وإن اختلف بعضها في الألفاظ، إلا أن مضمونها واحد في أن الغش يتميز - أساساً - بالإرادة والقصد الخبيث أو سوء القصد للانحراف بالعدالة عما قصده المشرع، فهو حالة نفسية تدل على سوء النية، كما أنه يتميز بالسعي وراء الضرر، وهو أشد الأخطاء الموصوفة جسامة، ذلك ناتج عن أنه انعكاس مباشر للخطأ الأخلاقي<sup>(٢٧٣)</sup>، فإذا انتفى سوء النية، فلا نكون أمام حالة الغش.

## الفرع الثاني

### صور سوء القصد عند القاضي

نصت المادة (١/٤٩٤) مرافعات مصري، على أنه تقبل مخاصمة القضاة "إذا وقع من القاضي غش أو تدليس أو غدر"، ويتضح من ذلك أن المشرع نظم سوء القصد في صور مختلفة، إلى جانب الغش، هي التدليس والغدر، ولم ينص المشرع اليمني على هذه الصور، إنما أورد نصاً عاماً في المادة (١/١٤٥) مرافعات على الغش، كحالة من حالات المخاصمة، ومرد ذلك أن الأخير استند إلى مبدأ أن الغش يفسد كل شيء<sup>(٢٧٤)</sup>، وهو نقيض حسن النية<sup>(٢٧٥)</sup>، وبموجب هذا المبدأ يتمثل الغش في أنه يعد مخالفة للقانون

(٢٦٨) د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي: المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٢٦٩) د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية...، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٢٧٠) د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية...، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢٧١) د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٢٧٢) الطعن رقم (١٢٣٦) لسنة ٥١ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الأول، يناير - مايو ١٩٨٧م، ١٩٩٢م، ص ٤٨٩.

(٢٧٣) د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر. مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دت، ص ٣٥٦ و ٣٥٩.

(٢٧٤) د. سعيد خالد على الشرعي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني. مكتبة مركز الصادق، صنعاء، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤م، ص ٢٠٠.

والأخلاق، فالغش يعد انعكاساً مباشراً للخطأ الأخلاقي، وهو قاعدة معنوية يستمدّها المشرع لإدخال بعض مبادئ الأخلاق في القانون الوضعي<sup>(٢٧٦)</sup>.

وعلى ذلك يلزم بيان موقف المشرع المصري من ذلك ثم موقف المشرع اليمني، ومن ثم رأي الباحث، كالآتي:

#### أولاً: موقف المشرع المصري:

سبق القول إن المشرع المصري - خلاف اليمني - أضاف إلى صورة الغش، صوراً أخرى، هي التدليس والغدر، لذا ميز الفقه بين هذه الصور؛ لمعرفة إن كان ثمة فرق أم لا، كالآتي:

#### أ: علاقة الغش بالتدليس:

اختلف الفقه في ذلك، كالآتي:

١- ذهب رأي<sup>(٢٧٧)</sup>، إلى أن الغش يختلف عن التدليس، فقد عرف التدليس بأنه إصدار الحكم أو الأمر أو أي عمل آخر من أعمال القاضي مخالفاً للعدالة، وفق ما يورجه إلى القاضي عامل المحبة أو البغضاء أو المصلحة الشخصية، أما الغش فهو أن يحصل ذلك بناء على ارتشاء القاضي من أحد الخصوم.

ومن هذا يتبين أن هذا الرأي قد استند، في تمييز الغش عن التدليس، إلى أساس الباعث أو الغاية التي دفعت القاضي للإخلال بواجبه والانحراف عنه.

٢- وذهب رأي آخر<sup>(٢٧٨)</sup>، إلى أن كلا من الغش والتدليس بمعنى واحد، وأن المقصود بهما، الانحراف عن العدالة بقصد وبسوء نية لاعتبارات خاصة تنافي مع النزاهة، ويرى - أيضاً - أن الغدر صورة من صور الانحراف عن العدالة عمداً، يكون الدافع منها الانحراف والرغبة في الحصول على منفعة مادية للقاضي أو لغيره، ولا يشترط فيه أن يكون مكوناً لجريمة رشوة مكتملة الأركان<sup>(٢٧٩)</sup>، وعلى هذا الأساس فالغش والتدليس والغدر يجمعها جامع واحد، هو أنها تصدر عن سوء نية، فهي ألفاظ مترادفة، وقد أدى

<sup>(٢٧٥)</sup> حسن النية عبارة عن التناسق والاتحاد بين التعبير الظاهر أو المعلى وبين الفكر والنية أو القصد، فحسن النية يعد مرادف للصدق والإخلاص، ومن ثم فهو يتعارض مع الغش والخداع، بحيث لا يتصور وقوع الغش بحسن نية، ومبدأ حسن النية يعد واحد من أهم المبادئ العامة في القانون، وله تطبيقات متعددة في فروع القانون كلها. انظر: د. نبيل اسماعيل عمر: الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٠٣.

<sup>(٢٧٦)</sup> د. نبيل اسماعيل عمر: الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر...، المرجع السابق، ص ١٠٤.

<sup>(٢٧٧)</sup> د. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفيز. مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٢٣م، ص ٩١٥.

<sup>(٢٧٨)</sup> د. رمزي سيف: الوسيط...، المرجع السابق، ص ٦٣، د. محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص ٢٨٦، د. محيي الدين اسماعيل: الخطأ...، المرجع السابق، ص ٩٤٧.

<sup>(٢٧٩)</sup> د. عزمي عبد الفتاح: قانون القضاء المدني المصري. الكتاب الأول (التنظيم القضائي، والعمل القضائي والاختصاص). دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٩٢-١٩٩٣م، ص ٩٠.

ذلك بجانب من الفقه<sup>(٢٨٠)</sup>، إلى القول بأن النص على الغدر والغش يعد تزييداً من المشرع، وأنه كان يكفي النص على التدليس فقط؛ لأنه يشمل كل صور الانحراف بسوء نية، أيًا كان الدافع إليه.

٣- ذهب رأي آخر<sup>(٢٨١)</sup>، إلى أن الغش يتناول التدليس بدرجة كبيرة، فالغش يعني التدليس، مضافاً إليه وسائل احتيالية، ومن ثم ليس كل تدليس غش في هذا الصدد؛ لأنه قد يوجد تدليس غير مصحوب بطرق احتيالية، ومن ثم لا يصل إلى مرتبة الغش، لهذا فقد نص المشرع على صورتَي الغش والتدليس؛ لأنه يواجه انحراف القاضي في الصورة الحادة القاسية، وفي الحال التي قد لا تصل إلى هذه الدرجة، حتى لا يحتج بعدم النص على هذه الصورة، وانتقد هذا الرأي بالقول إنه حتى على فرض صحة هذا التمييز، فقد كان يكفي النص على التدليس، فكل عمل شُبّه بالغش يُعد تدليساً، لذا فالمعول عليه - في هذا الصدد - أن يثبت انحراف القاضي عن قصد، أي عن سوء نية لديه<sup>(٢٨٢)</sup>.

ويرى الباحث أن هذا الرأي يميز بين الغش والتدليس من حيث المضمون والأسلوب الذي تحصل به المخالفة، وهو - لهذا - يبرر نص المشرع على صورتَي الغش والتدليس.

٤- كما ذهب رأي - أيضاً - إلى انتقاد الاتجاهات السابقة<sup>(٢٨٣)</sup>، بقوله: إن هذه الأقوال بعيدة عن الصواب، إذ أن الغش والتدليس ليسا بمعنى واحد، كما أن الغش والتدليس والغدر ليست ألفاظ مترادفة، وليس الغش هو التدليس باستعمال طرق احتيالية، كما ذهب البعض، بل العكس، ويرى القائل بهذا الرأي أن المقصود بالغش - هنا - تغيير القاضي الحقيقة عمداً، لتحقيق مصلحة له، أو لأحد الخصوم، أو الإضرار به، كما إذا غير القاضي أو عضو النيابة أقوال أحد الخصوم أو الشهود عمداً، سواء كان ذلك في الألفاظ أم في المعاني.

أما التدليس - بحسب هذا الرأي - فهو نوع من الغش، لكن يزيد عليه أن تغيير الحقيقة فيه يكون مصحوباً باستعمال أساليب احتيالية؛ لتغطية الغش وإخفائه<sup>(٢٨٤)</sup>.

وعلى ذلك - وفق هذا الرأي - فإن كلمة التدليس تعني الإخفاء، والتغطية، والخديعة والإطلام، فكان الغاش حين يدلس يخفي غشه، ويغطي عليه، ويستعمل وسائل للخديعة والتغطية والإطلام، فالتدليس - في هذا المجال - يعني الغش مع استعمال أساليب احتيالية؛ لتغطية الغش وإخفائه، ومثال ذلك إذا وصف القاضي مستنداً - مقدماً في القضية - بغير ما اشتمل عليه المستند عمداً، فإن هذا غش، وكتابة التقرير بعبارات غير قاطعة الدلالة عمداً؛ لتغطية الغش يجعل الغش تدليساً، لأن المدلس استعمل وسيلة لإخفاء

(٢٨٠) د. فتحي والي: قانون القضاء المدني. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣م، ص ٣٣٩.

(٢٨١) د. محمد محمود إبراهيم: الوجيز في المرافعات. دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م، ص ١٣٠.

(٢٨٢) د. فتحي والي: الوسيط في قانون...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٢٨٣) د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة القضاة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري. مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، العدد العاشر، ١٩٩٥م، ص ١٤٠.

(٢٨٤) فكلمة (دلس) في اللغة تعني: كتم، وأخفى وغطى، وخدع، وأظلم، يقال (دلس البائع كتم عيب السلعة وأخفاه)، ويقال: (ليس في الأمر دلس ولا ولس، أي لا خيانة ولا خديعة)، وأصله من الدلس وهو الظلمة، المعجم الوجيز. مجمع اللغة العربية، طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، سنة ١٩٩٤م/١٩٩٥م، ص ٢٣٢، المصباح المنير. لأحمد بن محمد بن علي المقرمي الفيومي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٠٦م، ص ٢٣٦.

الغش وتغطيته حتى لا يكتشف، فالمُدلس أمعن في الغش من الغاش، لذا فإن إثبات التدليس يستدعي إثبات الغش، وإثبات استعمال وسيلة للتغطية والتعمية على الغير، ومن ثم لا يغني النص على التدليس عن النص على الغش، لأن التدليس أخص من الغش، فهو يشمل التدليس وزيادة<sup>(٢٨٥)</sup>، وكان يكفي أن ينص المشرع على الغش فيشمل التدليس، لأن الغش أعم منه<sup>(٢٨٦)</sup>.

#### ب: علاقة الغش بالغدر:

أما الغدر فيختلف - بحسب هذا الرأي - عن الغش، في أن الأخير فيه تغيير للحقيقة، ومنه يصل القاضي إلى غرضه، أما الغدر فلا تغيير للحقيقة، ومع هذا يحكم بالظلم عمداً<sup>(٢٨٧)</sup>.

وقد سمي ذلك غدرًا، لأن هذا الفعل يمثل نقضاً للعهد، وللميمن الذي أقسمه القاضي بأن يحكم بين الناس بالعدل، وأن يحترم القوانين، ونقض العهد هو الغدر، لذلك فالغادر أفجر من الغاش ومن المدلس<sup>(٢٨٨)</sup>.

ومما تقدم يتبين اختلاف آراء الفقه في شأن التمييز بين هذه الصور، إذ اتجه رأي إلى التمييز بين الغش والتدليس والغدر، من حيث الغاية أو الدافع لارتكاب القاضي للمخالفة، بينما اتجه آخر - كما سبق بيانه - إلى أن هذه الأفعال لها معنى واحد، هو التصرف المتعمد، بشرط توافر سوء النية، كما اتجه رأي ثالث إلى التمييز بينهم، من حيث الوسيلة التي تتم بها المخالفة، وأحياناً في أنه لا يتم تغيير الحقيقة، ومع ذلك يحكم القاضي بالظلم، وما خلص إليه الباحث - من مناقشة الآراء السابقة - أنها تشترك في صفة واحدة، هي الانحراف عن العدالة بقصد وبسوء نية.

#### ثانياً: موقف المشرع اليمني:

يرى الباحث أن المشرع، عندما نص على الغش، كحالة للمخاصمة - خلاف نظيره المصري - قد جاء موفقاً وأكثر ملاءمة لوظيفة القضاء؛ لما يأتي:-

١- أنه استند - في ذلك - إلى مبدأ أن الغش يفسد كل شيء، وهذا المبدأ يتجسد في أن الغش فكرة أخلاقية، توجد في فروع القانون كافة وتواجه الأعمال كلها، التي تصدر مخالفة لقواعد وأحكام القانون ونواهيها<sup>(٢٨٩)</sup>.

٢- أن ثمة أحوال أو صور من سوء النية لا يستطيع المشرع أن يعلم بها مقدماً، ولا تظهر أو تثار إلا لحظة حدوثها، لذا فإن حصر سوء النية بصور معينة، قد لا يواجه مثل هذه الأحوال، بحيث يترتب عليها

<sup>(٢٨٥)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: نظام القضاء المصري في ميزان الشريعة. دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٠٦.

<sup>(٢٨٦)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٤١.

<sup>(٢٨٧)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٤١.

<sup>(٢٨٨)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٤١.

<sup>(٢٨٩)</sup> ذلك لأن الأخلاق تدخل في إطار المسؤولية الأدبية، التي تعد مسؤولية ذاتية أساسها ذاتي، داخلي محض؛ لأن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون، تتصل بعلاقة الإنسان بربه وبعلاقته بنفسه، وبعلاقته بغيره من الأشخاص، أي أنها تتناول عالم النوايا وعالم المحسوسات من الأفعال على السواء، انظر: د. عمار عوابدي: الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨٢م، ص ٨.

إلحاق الضرر بالمتقاضين، ويظهر عجز النصوص القانونية عن مواجهتها في هذا الحال، ولا يجد القضاء حلاً لذلك، إلا بالاستناد إلى مبدأ أن الغش يفسد كل شيء، وهو ما قصده المشرع؛ تحقيقاً للعدالة.

٣- إن مبدأ الغش يفسد كل شيء - كقاعدة استند إليها المشرع عند نصه على الغش- إنما يؤكد أن المعيار الذي يؤخذ به في حال الغش، ليس من حيث الباعث، الدافع على التصرف المخالف، ولا من حيث الوسيلة، للتمييز بين صور سوء النية، والواقع أن المعيار، الذي يتجسد من خلال هذا المبدأ، هو أن الغش يشمل كل هذه الصور، سواء كان انحراف القاضي باستعمال وسائل احتيالية أم غيرها، فهي تؤدي إلى غاية واحدة، هي مخالفة القانون، وهذا هو المعيار الذي قصده المشرع؛ ذلك أن الغش يتضمن ما تقدم من صور، ويتركز في أن القاضي قد انحرف عن العدالة، ومن ثم عن الغاية من وظيفة القضاء<sup>(٢٩٠)</sup>، ويكون ذلك إما في المستندات أو الوقائع أو الأقوال، التي أسس عليها حكمه أو قراره أو تصرفه؛ بقصد الإضرار بأحد الخصوم أو محاباته على حساب العدالة، ومن ثم فالحكم الصادر عنه لا يعبر عن إرادة المشرع، ومن ثم لا يصلح - هذا الحكم - أساساً لترتيب أية آثار يمكن الاعتداد عليها<sup>(٢٩١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الخطأ المهني الجسيم

نص المشرع المصري على هذه الحالة، في المادة (٤٩٤) مرافعات<sup>(٢٩٢)</sup>، بالقول: "إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة خطأ مهني جسيم". وهذه الحالة مقررة في القانون اليمني، المادة (١٤٥) مرافعات.

وعرف جانب من الفقه<sup>(٢٩٣)</sup>، الخطأ المهني الجسيم، أنه: "الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح، ما كان ليساق إليه لو أهتم بواجباته الاهتمام العادي، أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً".

كما عُرف<sup>(٢٩٤)</sup>، بأنه: "الخطأ الفاحش، الذي يستبعد صدوره من قاضٍ عادي في إدراكه وحيطته واهتمامه بعمله".

<sup>(٢٩٠)</sup> د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية...، المرجع السابق، ص ١٣٠، د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي: قانون المرافعات اليمني. صنعاء، ٢٠٠٨م، ص ١٣٣.

<sup>(٢٩١)</sup> في هذا المعنى، انظر: د. نبيل اسماعيل عمر: سقوط وتساعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، كفيته وأثاره. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٥٨.

<sup>(٢٩٢)</sup> أضاف قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩م الخطأ المهني الجسيم إلى حالات المخاصمة، وقلت المنكرة الايضاحية لهذا القانون في بيان ميررات هذه الإضافة: إن الفارق بين الخطأ المهني الجسيم وبين الغش فارق ذهني في معظم الأحوال، فغالباً ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة، وكثيراً ما يدعو الحرج إلى درء نسبة الغش عن يتهم به بنسبة الخطأ الفاحش إليه، وإذا كان الخطأ اليسير لا يسلم منه قاضي ولا تصح مساءلته شخصياً عنه، حتى لا يتهيب القضاء التصرف والحكم، فإن الخطأ الفاحش من القاضي في عمله ينبغي ألا يقع، وإذا وقع فينبغي ألا يعفى القاضي من تحمل تبعته، وألا يحال بين الأفراد ومقاضاته، على أنه لن يترتب على هذه الإضافة زيادة مخاطر القاضي، فإن في إجراءات المخاصمة وما أحيطت به من ضمانات وفي سمو الهيئة التي تقصل فيها ما لا يسمح بإساءة استعمال النص الجديد، انظر: د. عبد الوهاب العشموي ومحمد العشموي: المرجع السابق، ص ١٧٧، هامش (١ و ٢).

<sup>(٢٩٣)</sup> د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧١.

<sup>(٢٩٤)</sup> د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: نظام القضاء في المملكة العربية السعودية. مكتبة الكتب العربية، ١٩٨٨م، ص ٣٤٢.



وقد عرفت محكمة استئناف المنصورة، الخطأ المهني الجسيم، أنه: "...الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على نية الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات، فهو خطأ لا يعطوه في سلم الخطأ درجة، ولا ينقصه ليصبح غشاً إلا أن يقترن بسوء النية..."<sup>(٢٩٥)</sup>.

وعرفته محكمة النقض المصرية<sup>(٢٩٦)</sup>، أنه: "...وقوع القاضي في خطأ فاضح أو إهمال مفرط، ما كان له أن يتردى فيهما لو اهتم بواجبات وظيفية ولو بقدر يسير، بحيث لا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش، سوى كونه أوتي بحسن نية، يستوي في ذلك أن يتعلق الخطأ بالمبادئ القانونية أو بالوقائع المادية..."

ويتبين، مما سبق، أن مضمون التعريفات واحد وإن اختلف بعضها بالألفاظ، وهو أن الخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الفاحش أو الفاضح، ولا يشترط فيه القصد أو سوء النية، فهو يقوم على الإهمال أو الجهل بما يتعين على القاضي معرفته<sup>(٢٩٧)</sup>، ذلك أن الفقه يرى أنه خطأ، لكنه في أعلى درجاته، فهو الغلط الفاضح<sup>(٢٩٨)</sup>، أو الفاحش<sup>(٢٩٩)</sup>، الذي لا يتصور وقوعه من القاضي العادي، وبما أنه خطأ - أي انحراف في السلوك الواجب الاتباع من القاضي - فهو - على هذا الأساس - تصرف إيجابي أو سلبي (فعل أو امتناع) كان على القاضي أن يقوم به، ويتميز بشدة المجافاة مع القاعدة الواجبة السلوك (التطبيق) من قبل القاضي، ومن شدة المجافاة هذه تتبين جسامته ويصح التعبير عنه بأنه الغلط الفاضح، أو الفاحش، أو أي تعبير آخر، ذلك في عمله القضائي، الذي يتجسد في شدة الانحراف كثيراً عما يتعين أن يسلكه الشخص المعتاد<sup>(٣٠٠)</sup>، ذلك أن الخطأ الجسيم - وإن اختلف في طبيعته عن الغش - إلا أن جسامته تتيح افتراض أنه يعادل الغش، لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات.

ومن أمثلة الخطأ المهني الجسيم، الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون، أو بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، أو تسبب القاضي - عن غير قصد - في ضياع أحد المستندات المهمة في الدعوى، أو اغفاله تسبب الحكم<sup>(٣٠١)</sup>.

ولا يعد خطأ مهني جسيم، اجتهاد القاضي بشأن تحصيل الوقائع واستخلاصه لها وإنزال حكم القانون عليها، على نحو لا تأباه أحكام القانون، أو ما يقع فيه القاضي من أخطاء بغير إهمال؛ كالخطأ في التقدير

<sup>(٢٩٥)</sup> استئناف المنصورة في ١٩٧٨/٢/٢م، منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، أبريل-يونيو ١٩٧٨م، ص ٢٠٠-٢٠٢.

<sup>(٢٩٦)</sup> الطعن رقم (١٢٣٦) لسنة ٥١ قضائية، جلسة ٢٩ مارس ١٩٨٧م، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الأول، يناير - مايو ١٩٨٧م، سبق الإشارة إليه، ص ٤٩٤.

<sup>(٢٩٧)</sup> د. الأنصاري حسن النيداني و د. علي مصطفى الشيخ: المرجع السابق، ص ٥٩.

<sup>(٢٩٨)</sup> د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧١.

<sup>(٢٩٩)</sup> د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٢٩٥.

<sup>(٣٠٠)</sup> أنس كيلاني: مخاصمة القضاة. دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٧م، ص ٩٧.

<sup>(٣٠١)</sup> د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ١٣٣.

أو استخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو الأمر به، فسيبيل تدارك الخطأ - في هذه الأحوال - هو الطعن في الحكم، بطرق الطعن المقررة قانوناً<sup>(٣٠٢)</sup>.

وبالنسبة إلى خطأ القاضي، فالفقه شبه مستقر على أن تحديده يتم وفق المعايير الموضوعية<sup>(٣٠٣)</sup>، مثل معيار القاضي الذي يهتم بعمله اهتماماً عادياً، أو معيار الخطأ الذي لا يمكن للقاضي الحريص أن يرتكبه<sup>(٣٠٤)</sup>.

والمعيار الذي يقول به الفقه<sup>(٣٠٥)</sup>، لتحديد خطأ القاضي، ليس معياراً جامداً، إنما يجب أن تؤخذ به الظروف الخارجية، التي تؤثر في عمل القاضي، مثل تنظيم الوسائل التي تضمن لرجال القضاء العمل في الجو اللائق والصالح؛ لتهيئة حسن سير العدالة على وجهها الأكمل، فيؤخذ بنظر الاعتبار عدد القضايا التي ينظرها في الجلسة، أو عدد الجلسات المقررة أسبوعياً، أو الوسيلة التي تصل بها القوانين الجديدة إلى علم القاضي.

فالقاضي العادي الذي يقاس عليه، يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار افتراض وجوده في مثل هذه الظروف وغيرها من الظروف المشابهة، وأن اشتراط مراعاة هذه الأمور تجعل المعيار الموضوعي، لقياس الخطأ الجسيم، أكثر اقتراباً بظروف قريبة من الظروف الخاصة، مما حدا بالفقه (والكلام عن الخطأ الجسيم بصورة عامة) إلى القول بأن المعيار الذي يطبق على الخطأ الجسيم، هو المعيار الموضوعي المجرد، مضافاً إليه قياس آخر، شخصي أو ذاتي<sup>(٣٠٦)</sup>.

إذ يجب أن لا نغفل المعيار الذاتي، كمعيار احتياطي لدى مرتكب الخطأ<sup>(٣٠٧)</sup>، فبيدأ بقياس موضوعي مجرد، هو مقياس الرجل المعتاد، الذي يوجد في الظروف الخارجية نفسها لمرتكب الفعل ومن مهنته نفسها، فإن دل هذا المقياس على إمكان توقع الضرر، كنا بصدد خطأ جسيم، أما إذا لم يسعنا المعيار الموضوعي، فنلجأ إلى المعيار الذاتي، فنعتد بالمهارة الزائدة والخبرة والتخصص والذكاء والسمعة وسبق ارتكاب أخطاء من هذا النوع، فنكون بصدد خطأ مهني جسيم، إذا كانت الظروف الذاتية من شأنها أن تشير إلى أن الفعل أو الترك غير المشروع من ذات الفاعل، من شأنه أن يولد لديه بشخصه توقع حدوث الضرر.

(٣٠٢) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية...، المرجع السابق، ص ٦١، د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٣٠٣) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: نظام القضاء في المملكة العربية السعودية...، المرجع السابق، ص ٣٤٢، أنس كيلاني: المرجع السابق، ص ٩٨.

(٣٠٤) د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي: المرجع السابق، ص ١٧٨، د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٢٩٥، د. أحمد صدقي محمود: الوجيز في قانون المرافعات، دون مكان نشر، ٢٠٠١م، ص ٦٣.

(٣٠٥) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية...، المرجع السابق، ص ٦٢ هامش (١)، د. عيد محمد القصاص: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٨٩ و ٩٠.

(٣٠٦) د. نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٩٩.

(٣٠٧) د. محمد إبراهيم دسوقي: المرجع السابق، ص ٣٩٩ و ٤٠٠.

أما الظروف الذاتية، كعدم الفطنة والدقة والانفعال النفسي الشديد، فيجب أن لا تؤخذ بنظر الاعتبار.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية، حادثة عهد وكيل النيابة بنظر الاعتبار، عند نظر المخاصمة، وهو أخذ بمعيار ذاتي، إذ قضت: "أن ما أتاه يعد خطأ مهني غير جسيم بسبب حادثة عهده بأعمال النيابة العامة..."<sup>(٣٠٨)</sup>.

ومن الممكن أن يرد اقتراب المعيار الموضوعي من المعيار الذاتي، إلى مرونة المعيار الموضوعي، الذي يجب الأخذ به بالنسبة إلى الخطأ المهني الجسيم في المخاصمة وغيرها، فالقاضي المعين حديثاً لا ينظر إلى خطئه بالنظره نفسها التي ينظر فيها إلى خطأ من عمل فترة طويلة، وتراكمت لديه تجارب واكتسب خبرات جمة؛ لأنه يشترك معه في هذا الظرف مجموعة من القضاة، وكذلك يمكن القول بالنسبة إلى التخصص، إذ يعد ظرفاً عاماً؛ لأنه لا يخص قاضي فرد بذاته.

إن كثرة الظروف، التي تؤخذ بنظر الاعتبار، في المعيار الموضوعي، تقربه من المعيار الذاتي، لكنها لا تجعله ذاتياً؛ ذلك لأن كثرة الظروف والاعتبارات التي تؤخذ بنظر الاعتبار، تقرب النموذج، الذي يقاس عليه من ذات القاضي المخاصم، لكن القياس يبقى موضوعياً؛ لأنه يتم وفق المطابقة مع سلوك هذا النموذج، الذي يكون من شريحته، وله مكانته وظروفه نفسها، وتفترضه المحكمة في موضعه، لتري مدى إمكان ارتكابه مثل هذا الخطأ ومدى انحرافه في تصرفه هذا<sup>(٣٠٩)</sup>.

وتقدير محكمة الموضوع لجسامة خطأ القاضي، هو تكليف للفعل، أي إعطاؤه وصف قانوني بعد أن يثبت وقوعه لديها، لذا انتقدت محكمة النقض المصرية، عندما قضت بأن: "...لمحكمة الموضوع سلطة تامة في تقدير ما إذا كانت الواقعة تكوّن خطأ مهنيًا جسيمًا أم يسيرًا... والنعي في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما يستقل به قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك"<sup>(٣١٠)</sup>.

وقد انتقد هذا الحكم، لأن مسألة وصف المحكمة للفعل، بعد استخلاصه من الوقائع فيما إذا يعد خطأ جسيماً من عدمه، هي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض؛ لأنه وصف قانوني، يسبغه القاضي على واقعة معينة وتطبيق لحكم القانون عليها، فهو تكليف قانوني<sup>(٣١١)</sup>.

(٣٠٨) جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦م، القضية رقم (٢٥) لسنة ٢٣ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة السابعة، العدد الثاني، أبريل - ديسمبر ١٩٥٦م، المطبعة الأميرية الفرعية بدار القضاء العالي، ١٩٥٦م، ص ١٠٠١.

(٣٠٩) أنس كيلاني: المرجع السابق، ص ٩٩.

(٣١٠) نقض مصري، جلسة ١٨ أبريل ١٩٥٧م، القضية رقم (٢٨٨) لسنة ٢٣ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الثامنة، يناير - أبريل ١٩٥٧م، المطبعة الأميرية الفرعية بدار القضاء العالي، ١٩٥٧م، ص ٤٤٥، نقض مصري، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٤م، الطعن رقم (١٧٥٨) لسنة ٥٠ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، الجزء الأول، السنة الخامسة والثلاثون، يناير - مايو ١٩٨٤م، ص ١٣٣٩.

(٣١١) د. رمزي سيف: الوسيط...، المرجع السابق، ص ٦٦، د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات...، المرجع السابق، ص ١٣٤.

وهذا الرأي محل تأييد من الفقه<sup>(٣١٢)</sup>، ذلك أن تقدير مدى جسامته الخطأ هو أمر مهم، إذ يترتب عليه تقرير مصير دعوى المخاصمة، ولا يجب ترك ذلك لإطلاقات محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة النقض، والملاحظ عملاً أنه نظراً إلى أن محكمة النقض تسلم بالسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في ذلك الشأن، فإن تلك المحاكم تتشدد في قبول دعاوى المخاصمة، ولا نكاد نجد أحكاماً تجيز تلك الدعاوى، ومن شأن مراقبة محكمة النقض لتقدير تلك المحاكم، لمدى تحقق الخطأ الجسيم أن تعادل الأخيرة في أحكامها.

ومن ناحية أخرى، فإن ما يراه هذا الرأي، إنما يستند إلى مسألة فنية؛ لأن تقدير مدى جسامته الخطأ يعد بمثابة تكييف لهذه الوقائع، ومسألة التكييف هي من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، بل إن اشتراط القانون أن يكون الخطأ مهنيًا وجسيمًا، هو تكييف لثلاث معانٍ قانونية، لا لمعنى واحد، هي الخطأ وكون الخطأ مهنيًا وكونه جسيمًا<sup>(٣١٣)</sup>.

أضف إلى ذلك فإن جمع كلمة القضاء على قول واحد، هو تفسير القانون وتطبيقه، غير ممكن إذا لم تراقب محكمة النقض التكييف، وتمنع المحاكم من أن تدخل تحت عموم الألفاظ والقواعد، مالا تشملها بعمومها وإطلاقها، ولن تؤدي هذه الرقابة ثمرتها إلا إذا امتدت إلى ألفاظ القانون وعباراته وتراكيبه جميعاً<sup>(٣١٤)</sup>.

### المطلب الثالث

#### إنكار العدالة

الأصل أن يتم البت في قضايا الناس على وجه السرعة، كلما أمكن ذلك، إلا أنه يحدث - أحياناً - عدم البت، أو يتم البطء فيه، وهو ما يسمى بإنكار العدالة.

ويقصد بإنكار العدالة: رفض القاضي، صراحة أو ضمناً، الفصل في الدعوى أو تأخيرها الفصل فيها، رغم صلاحيتها لذلك، أو رفضه أو تأخيرها البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة<sup>(٣١٥)</sup>.

وحالة إنكار العدالة نص عليها المشرع (المصري واليمنى)، كحالة لمخاصمة القضاة<sup>(٣١٦)</sup>، وهي حالة نادرة الوقوع، وتعد من الأخطاء اللصيقة بعمل القضاة؛ لأنها مخالفة لواجب وظيفي يقع على عاتقهم.

فالقاضي لا يجوز له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني، أو وجود غموض في النص أو عدم كفايته؛ لأن واجب القاضي هو تفسير النص حال غموضه، وتكمله حال نقصانه، بل والبحث عن القاعدة واجبة التطبيق حال عدم وجود نص يمكن تطبيقه على الحالة الواقعية الماثلة أمامه<sup>(٣١٧)</sup>.

(٣١٢) د. أحمد هندي: قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٣١٣) حلمي بطرس: سلطة محكمة الموضوع في وصف الخطأ المهني الجسيم. مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١، ع ٢، أبريل-يونيو، ١٩٥٧، ص ٩٧.

(٣١٤) حلمي بطرس: المرجع السابق، ص ٩٧.

(٣١٥) د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٣١٦) المادة (٢/٤٩٤) مرافعات مصري، والمادة (٣/١٤٥) مرافعات يمني.

وإنكار العدالة يستوجب مساءلة القاضي مدنياً، لأنه لم ينهض بأهم واجبات وظيفته، وهو تحقيق القانون، وإقامة العدالة، وتطبيق الحماية القانونية على الحالات المعروضة عليه<sup>(٣١٨)</sup>؛ ذلك أن على القاضي أن ينهض بهذا الواجب، ولا يجوز له أن يمتنع أو يتأخر عن الفصل في قضية صالحة للحكم فيها، أو يمتنع أو يتأخر عن البت في عريضة قدمت إليه، حتى لو لم يكن ثمة نص يحكم الدعوى، أو كان النص غامضاً، أو غير كاف<sup>(٣١٩)</sup>.

على أن الدعوى المنعدمة، لا تنشئ على القاضي التزاماً بنظرها؛ ولو للحكم بطلانها، وإذا أهملها فإنه لا يعد منكراً للعدالة؛ ويستطيع رافعها أن ينزل عنها، دون موافقة المدعى عليه، ويمكن له - ولو قبل النزول عنها - رفع الدعوى نفسها أمام المحكمة نفسها أو أمام محكمة أخرى<sup>(٣٢٠)</sup>.

ولا يكفي مجرد الامتناع أو التأخير في ذاته لتحقيق الإنكار، إنما يجب أن يكون غير مبرر قانوناً، فلا يوجد إنكار للعدالة، إذا كان تأخر القاضي أو امتناعه له تبرير قانوني، كما لو كانت الدعوى لم يتم تحقيقها بعد، أو كانت مما تثير مشكلات معقدة، تتطلب وقتاً للبحث والتفكير، أو كان قد عرض للقاضي عارض شخصي، كمرض، حال دونه والفصل في الدعوى<sup>(٣٢١)</sup>.

ويجب التحوط في تفسير هذه الصورة؛ لأنه لا يدخل في نطاقها قيام القاضي بتأجيل الدعوى، ولو لأجل طويلة ومتكررة، مادام أن لهذا التأجيل ما يبرره<sup>(٣٢٢)</sup>.

وحماية للقاضي، لم يترك المشرع المصري إثبات امتناع القاضي أو تأخره للقواعد العامة، فلا يثبت الامتناع بشهادة الشهود، أو بقرائن يستند إليها الخصم<sup>(٣٢٣)</sup>، إنما يثبت الامتناع أو التأخير إذا ظل القاضي كذلك، بعد إعداره مرتين على يد محضر، يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة، بالنسبة إلى الأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية، وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة - هنا - قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعدار<sup>(٣٢٤)</sup>.

وحسناً فعل المشرع (المصري)، حينما أخضع إثبات حالة إنكار العدالة لقواعد خاصة، متصلة بالإعذار والمدة اللازمة لرفع الدعوى بانقضائها؛ لما في ذلك من حماية للقاضي قبل مساءلته بسبب هذه الحالة؛ لأن

<sup>(٣١٧)</sup> د. نبيل اسماعيل عمر: دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٦٣، د. أحمد السيد صاوي: الوسيط...، المرجع السابق، ص ١٣٣ و١٣٤.

<sup>(٣١٨)</sup> د. محمود محمد هاشم: المرجع السابق، ص ٢٦١.

<sup>(٣١٩)</sup> د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧٣.

<sup>(٣٢٠)</sup> انظر في خصائص الانعدام ومعياره وموقف الفقه والقضاء: د. طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>(٣٢١)</sup> د. علي عبد الحميد تركي: الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٧٥، د. سعيد خالد علي جباري الشرعي: المرجع السابق، ص ٢٠١.

<sup>(٣٢٢)</sup> د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: نظام القضاء في المملكة العربية السعودية...، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

<sup>(٣٢٣)</sup> د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧٣.

<sup>(٣٢٤)</sup> المادة (٢/٤٩٤) مرافعات مصري.

فعل الامتناع قد يكون له أسبابه وموجباته، وبذلك يشكل الإعذار، صورة من صور الحماية الإجرائية في المجال المدني، لا سيما أنه لم يكتف بإعذار واحد، بل أوجب إعلان القاضي بإعذارين، وفصل بينهما بمدة زمنية، ولم يجز رفع الدعوى على القاضي إلا بعد مضي ثمانية أيام على آخر إعذار، مما قصد معه منح القاضي فرصة لتقديم دفاعه، وتظهر أهمية هذه الإجراءات في أن قبول المخاصمة متوقف على سلامتها.

ورغم أهمية هذا الإجراء، إلا أن المشرع اليمني لم ينص عليه، إذ اكتفى بالنص في المادة (٢٤) مرافعات، على أنه "... ولصاحب الشأن أن يقوم بإعلان القاضي عن طريق محضر بمعرفة رئيس محكمة الاستئناف التابع لها".

والواقع أن ما نص عليه المشرع اليمني، لا يشكل حماية للقاضي من ناحية؛ لأنه اكتفى بإعذار واحد فقط له، ولم يحدد مدد زمنية لهذا الإعذار، إنما اكتفى بالنص في المادة (١٥٥) مرافعات، على أنه "لا يجوز قبول دعوى المخاصمة بعد مرور ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعذار القاضي إذا تعلق بسبب الامتناع عن الفصل في الدعوى..."، وهذا يعني أن هذه المدة لا تؤدي الغرض من إعذار القاضي، الذي يتمثل في إعطائه الفرصة للفصل في الدعوى، إذ إن المتقاضي يمكنه رفع الدعوى مباشرة، منذ لحظة إعذار القاضي، ومن ناحية أخرى، فإن نظر الدعوى يؤجل إلى جلسة لاحقة، يمكن أن يمتد إلى أكثر من أسبوعين، ومن ثم لن يتمكن - المتقاضي - من معرفة ما إذا كان القاضي سيفصل فيها أم لا؟ والحال كذلك بالنسبة إلى القاضي نفسه، أضف إلى ذلك، فإن ما يؤخذ على مسلك المشرع - بنصه على أن يكون الإعذار عن طريق رئيس محكمة الاستئناف - أنه لم ينص على طريقة إعذار قضاة المحكمة العليا، لا سيما أنهم من الممكن أن يكونوا مدعاً عليهم في دعوى المخاصمة؛ لذلك، وتكملة لقواعد الحماية المدنية للقضاة، يوصي الباحث أن ينص المشرع على ألا يثبت إنكار القاضي للعدالة، إلا إذا تم إعذاره مرتين على يد محضر، يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى المستعجلة والتجارية، وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى، وألا يجوز رفع دعوى المخاصمة، في هذا الحال، قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعذار، مثل ما أخذ به نظيره المصري، على أن تبدأ مدة تقادمها من انتهاء مدة الثمانية أيام على آخر إعذار، وهو ما يتصل بتعديل نص المادة (١٥٥) مرافعات أيضاً.

### المطلب الرابع

#### النص على مسؤولية القاضي وإلزامه بالتعويض

وتشمل هذه الحالة، الأحوال التي ينص عليها القانون على مسؤولية القاضي وإلزامه بالتعويض، وهي ما نصت عليه المادة (٣/٤٩٤) مرافعات مصري<sup>(٣٢٥)</sup>، فحيثما وجد مثل هذا النص، يجوز إعماله، وعلى صاحب الشأن أن يسلك طريق مخاصمة القضاة لمساءلتهم والحصول على التعويض؛ ذلك - مثلاً - في الحاليين الآتيين:

**الأولى:** عدم إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم، إذا ترتب على ذلك بطلان الحكم، وهو ما نصت عليه المادة (١٧٥) مرافعات، من أنه: "يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً، ويكون المتسبب في البطلان ملزماً بالتعويض إن كان له وجه".

(٣٢٥) ولم ينص المشرع اليمني على مثل هذا النص.

فالمشرع يوجب، لحظة النطق بالحكم، إيداع مسودته المشتملة على أسبابه، وأن تكون - تلك المسودة - موقعة من الرئيس والقضاة، وإذا تمت مخالفة هذا الالتزام، بأن لم تودع المسودة مشتملة على أسباب الحكم لحظة النطق بالحكم، أو أودعت المسودة دون أن تكون مشتملة على أسباب الحكم، في أي حالة من تلك الأحوال، يكون الحكم باطلاً بطلاناً مطلقاً، متصلاً بالنظام العام<sup>(٣٢٦)</sup>، كما يمكن الرجوع على القاضي - المتسبب في هذا البطلان - بالتعويض<sup>(٣٢٧)</sup>.

على أنه يجب مراعاة أنه مادام أودعت المسودة الملف عند صدور الحكم، فإن الحكم لا يكون باطلاً، ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة - من ثم - إذا تبين في تاريخ لاحق عدم وجود المسودة، ذلك أن المشرع أوجب حفظ المسودة بالملف ولم يرتب البطلان جزاءً على ذلك<sup>(٣٢٨)</sup>.

على أنه يجب مراعاة أن جواز مخاصمة القاضي لا يقوم إلا في تلك الحالة - عدم إيداع مسودة الحكم موقعاً عليها لحظة النطق به - فاشتراك أحد القضاة في المداولة دون سماعه للمرافعة أو عدم إثبات تخلف أحد القضاة عن النطق بالحكم مع توقيعه على مسودته وحلول غيره محله، إذا كان يترتب على ذلك بطلان الحكم، إلا أنه لا يجوز مخاصمة القاضي لهذا السبب؛ لأن المشرع لم ينص على مساءلته في هذه الحال، ولا يجوز القياس على نص المادة (١٧٥) مرافعات<sup>(٣٢٩)</sup>.

**الثانية:** التأخير في إيداع نسخة الحكم ملف الدعوى، وفق ما نصت عليه المادة (١٧٩) مرافعات مصري، من أنه "يوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق، وتحفظ في ملف الدعوى وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في القضايا المستعجلة، وسبعة أيام في القضايا الأخرى وإلا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويض".

فلا يكفي توقيع القاضي على مسودة الحكم المشتملة على منطوقة وأسبابه، بل يجب أن يوقع أيضاً على نسخته الأصلية؛ لأن بيانات نسخة الحكم الأصلية، هي بيانات جوهرية لازمة لكيان الحكم، وعدم توقيع القاضي عليها لا يجعل لها قيمة ما، فلا يمكن الاحتجاج بالحكم إذا لم يوقع على نسخته الأصلية

<sup>(٣٢٦)</sup> نقض مصري ١٩٦٩/١١/١٩م، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة العشرون، العدد الثالث، أكتوبر - ديسمبر ١٩٦٩م، الطبعة الثانية، ص ١٢١١.

<sup>(٣٢٧)</sup> د. محمود السيد عمر التحيوي: تسبب الحكم القضائي، دراسة تطبيقية. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٥٣.

<sup>(٣٢٨)</sup> نقض مصري، ١٩٧٤/٥/٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الخامسة والعشرون، العددان الأول والثاني، يناير-يونيو ١٩٧٤م، الطبعة الثانية، ص ٨١٣.

<sup>(٣٢٩)</sup> نقض مصري جلسة ١٤ فبراير ١٩٨٠م، الطعن رقم (٩٢٠) لسنة ٤٦ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الحادية والثلاثون، يناير - يونيو ١٩٨٠م، أكتوبر - ديسمبر ١٩٨٠م، ص ٥١٥، د. أحمد هندي: قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ٦٤.

القاضي الذي أصدره، كما أن بيانات مسودة الحكم لا تكفي في ذاتها، ولا تشهد على استكمال الحكم لشروط صحته وسلامته<sup>(٣٣٠)</sup>.

معنى ذلك، أن توقيع القاضي على الحكم الذي أصدره أمر جوهري، وإلا كان الحكم باطلاً، ولا يكفي توقيع القاضي للحكم، إنما يجب أن يتم ذلك خلال ميعاد معين، فالتوقيع وحفظ نسخة الحكم الأصلية بملف الدعوى، يجب أن يتم خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في القضايا المستعجلة، وخلال سبعة أيام في القضايا الأخرى، وإذا حدث تأخير في ذلك من القاضي كان ملزماً بالتعويضات، وأمكن - من ثم - رفع دعوى المخاصمة عليه، فعدم التوقيع يرتب بطلاناً مطلقاً للحكم، أما التأخير فيه عن الميعاد المحدد، أو التأخير في حفظ نسخة الحكم بملف الدعوى، فلا يرتب بطلاناً، إنما يجيز الرجوع على المتسبب فيه بالتعويضات<sup>(٣٣١)</sup>.

خلاصة القول: إنه يجب على القاضي أن يوقع مسودة الحكم لحظة إصداره، فإذا لم يفعل كان الحكم باطلاً، ويمكن الرجوع عليه بالتعويضات ورفع دعوى مخاصمة عليه، كما يجب عليه التوقيع على نسخة الحكم الأصلية وحفظ تلك النسخة في ملف الدعوى، فإذا لم يوقع على تلك النسخة الأصلية، كان الحكم باطلاً، وإذا تأخر في التوقيع أو تم التأخر في إيداع المسودة ملف الدعوى، وكان القاضي هو المسؤول، أمكن الرجوع عليه بالتعويض وجاز مخاصمته، إلا أن الحكم لا يكون باطلاً<sup>(٣٣٢)</sup>.

ومن ذلك، يلاحظ أن المشرع المصري لم يجز مساءلة القاضي بطريق دعوى المخاصمة - وفق هذه الحالة - إلا إذا نص، صراحة، على مسؤوليته وإلزامه بالتعويض، وعليه فلا يكفي - مثلاً - أن ينص المشرع على بطلان الحكم أو العمل الصادر من القاضي لمساءلته؛ لأن عبارة "وإلا كان باطلاً"، التي ترد كثيراً في النصوص التشريعية، المتصلة بالأعمال القضائية، تعبر عن الجزء الذي يلحق بالعمل القضائي، لعدم توافر مقتضياته الموضوعية أو الإجرائية، وتبيح للخصم المتضرر من العمل الباطل أن يتمسك ببطلانه أمام القضاء، أي أن يطعن فيه بطريق الطعن المناسب، حتى لو كان البطلان راجعاً إلى خطأ أو تقصير القاضي، ما لم يصل خطأ القاضي إلى حد الجسامة<sup>(٣٣٣)</sup>، دون أن يساءل، ومن ثم إلزامه بالتعويض، ما لم ينص على ذلك صراحة كما سبق بيانه.

وتطبيقاً لذلك، فإنه - في هاتين الحالتين وأمثالهما - يجوز مساءلة القاضي، مخاصمته، إذا كان هو المتسبب في البطلان في الحالة الأولى، أو كان هو المتسبب في التأخير في الثانية<sup>(٣٣٤)</sup>، ولا يلزم - هنا - إثبات سوء النية<sup>(٣٣٥)</sup>.

(٣٣٠) د، أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون المرافعات. منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، دت، ص ٧١٨.

(٣٣١) د. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ٧١٧ و ٧١٨.

(٣٣٢) د. أحمد هندي: قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣٣٣) د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٣٣٤) د. عبدالعزيز خليل إبراهيم بديوي: بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام. دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٦٧.

(٣٣٥) د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٧٣.



أما المشرع اليمني فلم ينص على هذه الأحوال - الأخرى - لمساءلة القضاة، مثل نظيره المصري، ولعل السبب في ذلك - كما يرى الباحث - أنه قد قصد أن هذه الحالات تدخل في إطار حالة الخطأ المهني الجسيم؛ ذلك أن هذا الخطأ - كما سبق - هو الإهمال المفرط في أداء الواجب أو هو الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون، وبأصول وقواعد مهنة القاضي، لاسيما أنه لا يشترط العمد، والقول بغير ذلك إنما يجعل هذه الحالات ضمن حالات سوء القصد، كالغش، وهو ما لا يقصده المشرع المصري.

### المطلب الخامس

#### جور القاضي في حكمه

نص المشرع اليمني - صراحة - على هذه الحالة، في المادة (٤٥/٤) مرافعات، بالقول: "إذا اعترف القاضي أنه تعمد الجور في حكمه أو أنه قضى بغير الحق أو بناء على رشوة"<sup>(٣٣٦)</sup>.

ويتضح من هذه الصور، أنها تدخل في معنى الغش، الذي يعني - كما سبق - انحراف القاضي عن العدالة بسوء نية، سواء محاباة لأحد الخصوم أم للإضرار به، وقد اشترط المشرع - لإثبات مسؤولية القاضي بإحدى صور هذه الحالة (الجور في الحكم أو القضاء بغير الحق أو بناء على رشوة) - اعترافه بأي منها، وإذا كان المشرع قد علق تحقق هذه الحالة (بصورها) على اعتراف القاضي، فإنه قد يكون فعل ذلك حرصاً منه على سمعة القضاة وهيبة القضاء، وبهذا يكون قد حصّن القاضي من المساءلة مع تحقق السبب، دون اعترافه به، وفي الوقت نفسه يكون قد أهدر حق المتقاضي في الحصول على العدالة، وجدير بالقول إن اعتراف القاضي بأي من تلك الصور يكاد يكون شبه مستحيلاً، إلا إذا تم ذلك أثناء تحقيق قضائي معه، وهذا التحقيق القضائي لن يتم إلا عند تقديم القاضي للمساءلة المدنية في دعوى المخاصمة، التي بدورها لا يمكن تحريكها إلا باعترافه، مما يستتبع معه القول إن هذه الحالة تدور في حلقة مفرغة.

وبما أنه من المتعذر عملياً اعتراف القاضي بأنه تعمد الجور في حكمه أو بأنه قضى بغير الحق أو بناء على رشوة، فإن هذه الحالة تدخل - كما سبق - في معنى الغش، ويعد ذلك تكراراً لا جدوى منه، لذا يوصي الباحث بحذف هذه الحالة من حالات المخاصمة؛ لاستحالة تطبيقها عملياً، ليتوافق - بذلك - مع نظيره المصري.

### المبحث الثالث

#### إجراءات دعوى المخاصمة والفصل فيها

سبق القول إن المشرع قد قصد، بتنظيم دعوى المخاصمة، وضع نظام خاص لمساءلة القضاة مدنياً عما يقع منهم من أخطاء جسيمة أثناء ممارسة وظيفتهم، خرج به عن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية؛ ذلك بحصر نطاق مسؤوليتهم في حالات محددة، ورد النص عليها في قانون المرافعات على سبيل الحصر، أم من الناحية الإجرائية، ذلك بوضع نظام إجرائي ملزم للقضاة وللمتقاضين، لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو الصلح بشأنه أو استبداله بنظام آخر؛ إذ أنه قصد بوضعه

<sup>(٣٣٦)</sup> ولم ينص المشرع المصري على مثل هذه الحالة.

التحوط لسمعة القضاء وحماية القضاة من عبث وتهور الخصوم، كنظام إجرائي يتسم بالتعقيد، يجبر الخصوم على التروي قبل الإقدام على رفع هذه الدعوى، فلا يرفعها إلا كل جاد<sup>(٣٣٧)</sup>.

وترتيباً على ذلك لا تخضع دعوى المخاصمة للنظام الإجرائي، الذي تخضع له الدعاوى العادية، إنما تخضع - في رفعها والمحكمة المختصة بها ومواعيدها ونظرها والفصل فيها وأثار الحكم الصادر بشأنها - إلى نظام إجرائي خاص، ورد النص عليه في قانون المرافعات، لكن ذلك لا يمنع من تطبيق القواعد العامة في إجراءات التقاضي المعمول بها أمام المحاكم، في حالة عدم وجود نص خاص بها في نظام المخاصمة؛ ذلك بعد موافقة تلك القواعد للطبيعة الخاصة لهذه الدعوى<sup>(٣٣٨)</sup>.

وترتيباً على ذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين، كالآتي:

**المطلب الأول:** إجراءات دعوى المخاصمة.

**المطلب الثاني:** نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها.

### المطلب الأول

#### إجراءات دعوى المخاصمة

يقصد بإجراءات دعوى المخاصمة، ما يلزم قانوناً في رفعها واتصال المحكمة بها، وينبغي قبل الحديث عن هذه الإجراءات، تحديد المحكمة المختصة بنظرها، والميعاد الذي يجب أن ترفع خلاله، وعليه سيقسم هذا المطلب على فروع ثلاثة، كالآتي:

**الفرع الأول:** المحكمة المختصة بنظر دعوى المخاصمة.

**الفرع الثاني:** ميعاد رفع دعوى المخاصمة.

**الفرع الثالث:** إجراءات رفع دعوى المخاصمة.

### الفرع الأول

#### المحكمة المختصة بدعوى المخاصمة

حرص المشرع (المصري واليمني)، على جعل الاختصاص بنظر دعوى المخاصمة، لمحكمة أعلى درجة من المحكمة التي يتبعها القاضي المدعى عليه؛ ذلك لعدم عرضها على زملاء القاضي المخاصم؛ دفعاً للحرج الذي قد يؤثر في حيادهم<sup>(٣٣٩)</sup>، فضلاً عن قدرة أعضاء المحكمة الأعلى على تقييم الخطأ المنسوب إلى القاضي أو عضو النيابة، بمقتضى خبرتهم الأطول في العمل القضائي<sup>(٣٤٠)</sup>، ومن جهة

(٣٣٧) د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية...، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٣٣٨) محمد مرعي صعب: مخاصمة القضاة. الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ١٩٩.

(٣٣٩) د. فتحي والي: الوسيط...، طبعة ٢٠٠١م، المرجع السابق، ص ٨٨٠، د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ٨٣.

(٣٤٠) د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢١٢.

أخرى أوجب المشرع أن تنتظر دعوى المخاصمة على مرحلتين: مرحلة جواز قبول المخاصمة، ومرحلة الفصل في موضوعها، وجعل الاختصاص، في كل مرحلة، مختلفاً عن الأخرى، وعلى ذلك حدد المشرع المحكمة المختصة بنظر دعوى المخاصمة بمرحلتها، حسب درجة المحكمة المخاصم قضاتها أو من في درجتهم من أعضاء النيابة العامة، كالآتي:

١- إذا كان المخاصم عضو نيابة، أو قاضياً، أو رئيساً بمحكمة ابتدائية، أو قاضياً بمحكمة استئناف، أو رئيساً بها، أو محامياً عاماً، أو النائب العام، كان الاختصاص لإحدى دوائر محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة العامة، ذلك في القانونين (المصري واليميني) على السواء<sup>(٣٤١)</sup>، إلا أن الأخير جعل الاختصاص بمخاصمة قضاة الاستئناف، لإحدى دوائر المحكمة العليا<sup>(٣٤٢)</sup>. فإذا قضت هذه الدائرة بجواز قبول دعوى المخاصمة، فيتم إحالة الدعوى إلى دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف، إذا كان المخاصم أحد قضاة المحكمة الابتدائية أو رئيسها أو إحدى دوائرها أو أحد أعضاء النيابة العامة لديها، ذلك في القانونين (المصري واليميني) على السواء<sup>(٣٤٣)</sup>، إلا أن الأخير حدد قوام الهيئة التي تحكم موضوع دعوى المخاصمة بخمسة من أقدم قضاة المحكمة الاستئنافية، منهم رئيس المحكمة رئيساً. أما إذا كان المخاصم مستشاراً بمحكمة الاستئناف أو رئيساً بها أو أحد دوائرها أو النائب العام أو المحامي العام، فإن دعوى المخاصمة تحال إلى دوائر خاصة بمحكمة الاستئناف، مؤلفة من سبعة من المستشارين بحسب ترتيب أقدميتهم، وفق القانون المصري<sup>(٣٤٤)</sup>؛ حتى لا يكون ثمة اتجاه خاص في اختيارهم، أو لدفع مثل هذا الوهم إن جال في أذهان الخصوم<sup>(٣٤٥)</sup>، أما في القانون اليميني فتحال الدعوى إلى دائرة أخرى من دوائر المحكمة العليا، غير الدائرة التي يكون القاضي المخاصم عضواً فيها<sup>(٣٤٦)</sup>.

٢- إذا كان المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض أو أحد نواب رئيسها، أو رئيسها، كان الاختصاص لإحدى دوائر محكمة النقض، ذلك في القانونين (المصري واليميني) على السواء<sup>(٣٤٧)</sup>. وإذا قضت هذه الدائرة بجواز قبول المخاصمة، فيتم إحالة الدعوى إلى دوائر محكمة النقض مجتمعة، وفق القانون المصري<sup>(٣٤٨)</sup>، على ألا يكون من بينها الدائرة الموجه إليها المخاصمة بطبيعة الحال، أما في القانون اليميني<sup>(٣٤٩)</sup>، فإن الدعوى تحال إلى هيئة خاصة تتكون من دائرتين أخريين برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه.

<sup>(٣٤١)</sup> المادة (٣١/٤٩٥) مرافعات مصري، المادة (١/١٤٩) مرافعات يمني.

<sup>(٣٤٢)</sup> المادة (١٥٠) مرافعات يمني.

<sup>(٣٤٣)</sup> المادة (٢/٤٩٥) مرافعات مصري، المادة (٣ و١/١٤٩) مرافعات يمني.

<sup>(٣٤٤)</sup> المادة (٤٩٧) مرافعات.

<sup>(٣٤٥)</sup> د. عبدالوهاب العشماوي ومحمد العشماوي: المرجع السابق، ص ١٨٠.

<sup>(٣٤٦)</sup> المادة (١٥٠) مرافعات.

<sup>(٣٤٧)</sup> المادة (٢/٤٩٦) مرافعات مصري، المادة (١٥١) مرافعات يمني، وانظر: د. محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص ٢٨٩.

<sup>(٣٤٨)</sup> المادة (٤٩٧) مرافعات، د. أحمد أبو الوفا: المرافعات...، المرجع السابق، ص ٧٧.

<sup>(٣٤٩)</sup> المادة (١٥١) مرافعات.

وعلى ذلك، فالمعيار الذي أخذ به المشرع (المصري واليمني)، في تحديد المحكمة المختصة بدعوى المخاصمة، هو مكان صدور الحكم أو القرار الصادر عن القاضي أو القضاة المختصين، والمشوب بحالة من حالات المخاصمة، أي درجة المحكمة التي ينتمي إليها القاضي المُخاصم وقت صدور الحكم، أو التصرف الخاطئ في الدعوى الأصلية، حتى لو نقل إلى محاكم أخرى أو أحيل إلى المعاش<sup>(٣٥٠)</sup>. وحسناً فعل المشرع؛ تحقيقاً للحبائد بعرض الدعوى على محكمة أعلى من المحكمة التي يخاصم قاضيها أو قضاتها، إذ مهما اتصف القاضي، الذي يتولى النظر بدعوى المخاصمة، بالعدالة والموضوعية والتجريد، فإن صورة زميله المعني بالمخاصمة ترافقه، مما يחדش حياده ويهدر استقلاله ويشين عدالته<sup>(٣٥١)</sup>، ومن ناحية أخرى مراعاة لمكانة القاضي وهيبته، فإذا كان القاضي المخاصم - مثلاً - في محكمة الاستئناف، فلا يعقل أن يحال على محكمة ابتدائية؛ لما في ذلك من إهانة لشخصه ودرجة المحكمة التي يعمل فيها، فضلاً عن أن الأخذ بهذا المعيار حسم الأمر بشأن أي خلاف قد يثار بشأن الاختصاص، فيما لو ترقى القاضي إلى محكمة أعلى أو نقل إلى محاكم أخرى، كما أن الأخذ بهذا المعيار إنما يتوافق مع ضمان حق المتقاضى، مدعي المخاصمة، في الطعن في الحكم الصادر بدعوى المخاصمة، فيما لو كان المُخاصم قاضي ابتدائي أو استئناف، وفق القانون المصري، وقاضي ابتدائي، وفق القانون اليمني؛ ذلك أن الحكم الصادر في دعوى المخاصمة، إذا كان صادر من هيئة استئناف فيجوز الطعن فيه بالنقض، وهو ما لم يتحقق إذا كان اختصاص المحكمة على أساس درجة القاضي أو المحكمة التي يعمل بها القاضي المُخاصم وقت رفع دعوى المخاصمة؛ لاحتمالية ترفيته إلى محكمة أعلى أو نقله إلى محكمة أخرى في مكان آخر.

### الفرع الثاني

#### ميعاد رفع دعوى المخاصمة

خلا قانون المرافعات (المصري) من النص على ميعاد معين لرفع دعوى المخاصمة، كما لم ينص على ذلك في أي قانون آخر، وذهب الفقه<sup>(٣٥٢)</sup>، في ذلك إلى أنه يستلزم - هنا - الرجوع إلى القواعد العامة، التي تطبق على دعاوى المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع؛ كون المخاصمة - في الأصل - ترمي إلى تقرير مسؤولية القاضي عن الأضرار المترتبة على مخالفته لواجباته القانونية، وعليه فإن دعوى المخاصمة تتقدم بانقضاء ثلاث سنوات، من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط دعوى المخاصمة، في كل حال، بانقضاء خمس عشر سنة، من يوم وقوع العمل غير المشروع، سواء علم المضرور أم لم يعلم، ويراعى أنه إذا كانت المخاصمة بسبب إنكار العدالة، فلا تبدأ مدة التقدم إلا بعد مضي ثمانية أيام على الإصدار الثاني<sup>(٣٥٣)</sup>.

أما المشرع اليمني، فقد نص في المادة (١٥٥) مرافعات، على أنه: "لا يجوز قبول دعوى المخاصمة بعد مرور ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إصدار القاضي إذا تعلق الأمر بسبب إنكار العدالة كما لا يجوز قبولها بعد مضي المدة المذكورة من تاريخ العلم بالواقعة بالنسبة لبقية أسباب المخاصمة".

(٣٥٠) د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات. المجلد السادس، مطابع المجموعة المتحدة للطباعة، الطبعة الثانية، دت، ص ١٢٠٧.

(٣٥١) د. عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ٨٣.

(٣٥٢) د. أحمد هندي: قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٣٥٣) المادة (٢/٤٩٤) مرافعات مصري.

وهذا يعني أن المشرع حدد ميعاداً لرفع دعوى المخاصمة، هو ثلاثين يوماً من يوم العلم بالواقعة بالنسبة إلى حالات المخاصمة، غير إنكار العدالة، التي تبدأ من تاريخ إعدار القاضي<sup>(٣٥٤)</sup>، بحيث لا تقبل دعوى المخاصمة بعد انتهاء هذه المدة.

على أن ما يؤخذ على مسلك المشرع، أنه لم يضع قرينة على العلم بالواقعة بالنسبة إلى بقية أسباب المخاصمة الأخرى، غير إنكار العدالة، التي يبدأ منها نفاذ الميعاد، إذ قد يكون قبل صدور الحكم المنهي للخصومة أو بعده، بما يدع مجالاً واسعاً لمدعي المخاصمة بتقديم دعواه على القاضي المخاصم متى شاء، إلى أن تنتقض الدعوى وفق القواعد العامة للمسؤولية المدنية<sup>(٣٥٥)</sup>؛ لعدم تحديد قرينة على ذلك التاريخ - العلم بالواقعة - بوضوح، أي بدء احتساب نفاذ مدة رفع دعوى المخاصمة بوضوح، وهو أمر يتعارض مع الحكمة من النص على هذا الميعاد، إذ إنه عديم الجدوى، ولا يحقق الغرض المقصود من نص المشرع عليه، في غير حالة إنكار العدالة.

لذا فقد يكون المشرع ارتأى - ضمناً - أن المقصود (بتاريخ العلم بالواقعة) هو تاريخ صدور الحكم أو الإجراء المشوب بحالة من حالات المخاصمة، كون أن ذلك قرينة معرفة المتقاضي بخطأ القاضي، ويرى الباحث أنه من الأفضل أن ينص على ذلك صراحة، تجنباً للتأويل، أي أن يكون بدء مدة نفاذ رفع دعوى المخاصمة، في الحالات الأخرى، غير إنكار العدالة، ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو القرار في الدعوى، الذي يوجب مخاصمته، مع التأكيد على تحديد مدة الإعدار في حالة إنكار العدالة، التي بانقضائها يبدأ نفاذ ميعاد رفع دعوى المخاصمة، وبذلك - أي باعتبار الحكم قرينة على العلم - يكون المشرع قد ضمن - بمدة السقوط هذه (ثلاثين يوماً) - حماية القاضي الذي قد يخاصم، إذ ضيق من مدة سقوط دعوى المخاصمة، حتى لا يتوجس القاضي خيفة أو أن يظل مدة طويلة، متخوفاً من رفع دعوى المخاصمة ضده من المتقاضين، الأمر الذي يبعث الأمان في نفسة القاضي ويبعده عن تلك المخاوف التي قد تظلم تراوده فترة من الزمن، كما أن تحديد العلم من تاريخ صدور الحكم يؤدي إلى ضمان حجية الأحكام<sup>(٣٥٦)</sup>، والحكمة من النص على هذا الميعاد، وبغير ذلك - تحديد قرينة العلم - فإن النص على هذا الميعاد في غير حالة إنكار العدالة، يكون غير ذي جدوى؛ لأن مجال رفع الدعوى سيكون مفتوحاً إلى أن تنتقض وفق القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

### الفرع الثالث

#### إجراءات رفع دعوى المخاصمة

رسم المشرع (المصري واليمني) إجراءات معينة، خاصة لرفع دعوى المخاصمة، يجب التقيد بها، هذه الإجراءات تتمثل في شروط، نص عليها قانون المرافعات، أهمها أن تقدم دعوى المخاصمة بتقرير أو عريضة، على أن تكون موقعة من طالبها أو من وكيله مع بيان أسبابها وأدلتها، مع إيداع مبلغ (كفالة)، كالاتي:

<sup>(٣٥٤)</sup> قد سبق للباحث أن أوصى المشرع النص على مدد زمنية بالنسبة إلى إعدار القاضي في حالة الإنكار، بما يحقق الغاية من الإعدار كضمانه للقاضي والمتقاضي، كما أوصى بأن يكون نفاذ ميعاد رفع دعوى المخاصمة في حالة إنكار العدالة من انقضاء الثمانية أيام التالية للإعدار الثاني.

<sup>(٣٥٥)</sup> د. سعيد خالد علي جباري الشرعي: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

<sup>(٣٥٦)</sup> د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية...، المرجع السابق، ص ٥٨، هامش (٢).

أولاً: أن ترفع الدعوى بتقرير أو بعريضة.

ثانياً: أن يوقع (التقرير أو العريضة) من طالب المخاصمة أو وكيله.

ثالثاً: ضرورة تقديم كفالة.

رابعاً: ضرورة بيان سبب دعوى المخاصمة وأدلتها.

وتوضيح ذلك في الآتي:

أولاً: أن ترفع الدعوى بتقرير أو عريضة:

سبق أن دعوى المخاصمة هي دعوى خاصة بمسائلة القضاة مدنياً، خصها المشرع بشروط قاسية؛ منعاً لاستغلال هذه الدعوى للتشهير بالقاضي، بل وحرصاً على كرامته ومكانته واعتباره.

ومن ذلك أن ترفع، وفق قانون المرافعات المصري<sup>(٣٥٧)</sup>، بتقرير في قلم كتاب المحكمة المختصة، وهي محكمة الاستئناف أو محكمة النقض، حسب التحديد السابق، يوقعه طالب المخاصمة بنفسه أو من يوكله في ذلك، توكيلاً خاصاً، أما قانون المرافعات اليمني<sup>(٣٥٨)</sup>، فقد نص على أن الدعوى ترفع بعريضة تسلّم إلى رئيس محكمة الاستئناف أو النقض، الذي يحيلها إلى الدائرة المختصة بالمخاصمة<sup>(٣٥٩)</sup>.

ثانياً: أن يكون التقرير أو العريضة موقعاً من طالب المخاصمة أو وكيله:

وبالنسبة إلى التوقيع على التقرير أو العريضة، فقد اختلف الفقه في تحديد إرادة المشرع (المصري) فيمن يوقع التقرير، إذ اتجه جانب منه<sup>(٣٦٠)</sup>، إلى أنه أجاز لطالب المخاصمة أن يوقع التقرير بنفسه، فلم يشترط لصحته أن يوقعه محام مقبول أمام محكمة الاستئناف أو النقض، وحجتهم في ذلك هو الخشية من أن يتحرج المحامون من توقيع التقرير بالمخاصمة، مما يؤدي - عملاً - إلى عدم التمكن من رفع دعوى المخاصمة، ويعد هذا الإجراء - بحسب هذا الرأي - استثناءً من أحكام المادة (٥٨) من قانون

<sup>(٣٥٧)</sup> المادة (١/٤٩٥) مرافعات.

<sup>(٣٥٨)</sup> المادة (١٤٨) مرافعات.

<sup>(٣٥٩)</sup> المواد (١/١٤٩ و ١٥٠ و ١٥١) مرافعات.

<sup>(٣٦٠)</sup> د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية...، المرجع السابق، ص ١٣٦، د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٧٢.

المحاماه<sup>(٣٦١)</sup>، فإذا لم يوقعه الطالب بنفسه، فيكفي أن يوقع عليه من وكيله المحامي، شريطة أن يكون موكلاً في ذلك توكيلاً خاصاً<sup>(٣٦٢)</sup>.

وذهب رأي آخر<sup>(٣٦٣)</sup>، إلى أنه استناداً إلى المادة نفسها (٥٨) من قانون المحاماه، التي توجب توقيع محام على صحف الاستئناف والنقض، وأنه يجب - تبعاً لذلك - القول بأن الدعوى التي ترفع ابتداءً إلى محكمة الاستئناف أو النقض (كدعوى المخاصمة) يجب التوقيع على التقرير بها من محام مقبول أمام المحكمة، ومن ثم لا يعني توقيع الطالب عن توقيعه. ويؤيد الباحث الرأي الأول لما استند إليه آنفاً.

أمّا المشرع اليمني فلم يشترط توقيع محام على عرائض الدعاوى وصحف الاستئناف أو النقض، إنما اكتفى بتوقيع المدعي أو الطاعن أو وكيله<sup>(٣٦٤)</sup>، وهو ما أخذ به أيضاً بالنسبة إلى دعوى المخاصمة، وإن كان اشتراطه الوكالة الخاصة لرفع دعوى المخاصمة<sup>(٣٦٥)</sup>، هو استثناء من القواعد العامة لرفع الدعاوى والطعون، إلا أنه لا يعني ضرورة توقيع المحامي على عريضة دعوى المخاصمة، وهو ما أخذ به نظيره المصري، حسب الرأي الراجح في الفقه.

كذلك فقد وضع المشرعان شروطاً أخرى لرفع الدعوى، هي:

### ثالثاً: ضرورة تقديم كفالة:

أوجب قانون المرافعات المصري<sup>(٣٦٦)</sup>، على طالب المخاصمة أن يودع مع التقرير مبلغ خمسمائة جنيه على سبيل الكفالة، وهو ما أخذ به نظيره اليمني<sup>(٣٦٧)</sup>، إلا أنه اختلف عن المصري في أنه فرق بين مقدار الكفالة حسب درجة القاضي المخاصم من ناحية، وجعل مبلغ الكفالة يتعدد بتعدد القضاة من ناحية أخرى، إذ أوجب على طالب المخاصمة إيداع خزينة المحكمة كفالة مقدارها خمسون ألف ريال، إذا كان المخاصم قاضياً في محكمة ابتدائية، أو مائة ألف ريال إذا كان المخاصم قاضياً في محكمة استئناف أو بالمحكمة

<sup>(٣٦١)</sup> التي تقضي بعدم جواز التقرير بالطعن أمام محكمة النقض إلا من المحامين المقررين لديها، وبعدم جواز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية إلا إذا كانت موقعه من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل، وبعدم جواز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعه من أحد المحامين المشتغلين، متى بلغت قيمة الدعوى أو أمر الأداء خمسين جنيهاً.

<sup>(٣٦٢)</sup> المادة (١/٤٩٥) مرافعات، ويرى د. علي عوض حسن: أن الوكالة يجب أن تكون لا حقه لوقائع المخاصمة، ولا يكفي ورود عبارة منح الوكالة بإقامة المخاصمة في متن نموذج الوكالة العامة، انظر مؤلفه: رد ومخاصمة القضاة...، المرجع السابق، ص ١٩٩. ومن الممكن القول إن ورود الصيغة في متن نموذج الوكالة العامة بأن للوكيل الحق في مخاصمة القضاة ينصرف إلى ما يتطلبه القانون من وجود وكالة خاصة، إذ أن هذا النص هو تخصيص للتوكيل المعطي.

<sup>(٣٦٣)</sup> د. السعيد محمد الأزمازي: المرجع السابق، ص ٨٦.  
<sup>(٣٦٤)</sup> المادتين (٧/١٠٤ و ٢٧٩) مرافعات يمني.

<sup>(٣٦٥)</sup> المادة (١٤٨) مرافعات.

<sup>(٣٦٦)</sup> المادة (١/٤٩٥) مرافعات مصري.

<sup>(٣٦٧)</sup> المادة (٢/١٤٨-ب) مرافعات يمني.

العليا أو نظيره من أعضاء النيابة العامة، والحكمة من هذه الكفالة هي الحفاظ على هيئة القضاة وضمان جدية دعوى المخاصمة<sup>(٣٦٨)</sup>.

ويلاحظ أن المشرع اليمني جعل مقدار الكفالة يختلف - أولاً - بحسب درجة القاضي المُخاصمَ خلاف نظيره المصري، وهذا الاختلاف ليس له ما يبرره؛ لأنه يفرق بين القضاة بحسب الدرجة، وهو ما يعني التفرقة بين هيئة القضاة وكرامتهم على أساس ذلك - أي درجة القاضي المُخاصم - والأصل أن هيئة القضاة وكرامتهم واحدة؛ لأنهم لا يمثلون أنفسهم، إنما عدالة القضاء، وهي واحدة، سواء علت درجة القاضي المُخاصم أم دنت، وهذا المسلك (التفريق في مقداره الكفالة) إنما يؤدي إلى التقليل من هيئة القضاة الأقل درجة وكرامتهم بوجه خاص، والقضاء بوجه عام.

ويؤخذ - ثانياً - على المشرع أنه قرر تعدد مبلغ الكفالة بتعدد القضاة، ويرى الباحث أنه قصد بذلك نسبة التصرف أو العمل، وفق الأسباب المحددة - حصراً - إلى القاضي، دون الهيئة، خلاف المشرع المصري، الذي جعل مبلغ الكفالة واحداً، على أساس نسبة الحكم أو الإجراء إلى الهيئة، دون أعضاءها<sup>(٣٦٩)</sup>.

ومن المقرر أن دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية مدنية، موجهة إلى القاضي الذي يسأل عن عمله؛ بوصف أن هذا العمل ألحق ضرراً بأحد المتقاضين، ويكون تعويض المتقاضي، وكذا إبطال تصرف القاضي أو حكمه كنتيجة طبيعية لصحة دعوى المخاصمة، بوصفه أفضل تعويض عيني لعدم مشروعية عمل القاضي، في الحالات المحددة - حصراً - في القانون.

ولما كان ذلك، فسواء كان الحكم صادراً عن القاضي الفرد أم عن هيئة مشكلة من أكثر من قاض، فإن طبيعة دعوى المخاصمة هي ذاتها، في كلا الحالتين، فالقضاة، وإن تعددوا، فإنهم يؤلفون وحدة في كل إجراء من إجراءات الدعوى، بحيث يغدو كل إجراء اتخذه، يمثلهم جميعاً، وحيث أن إبطال الإجراء أو الحكم محل المخاصمة هو ذاته، لأنه لا يمكن - عملياً - تجزئة دعوى المخاصمة أو الحكم محلها، وهو الأمر المترتب عن تعدد مبلغ الكفالة، الذي أغفله المشرع اليمني، الذي لا يعقل منطقياً، فضلاً عن أن بطلان تصرف القاضي أو حكمه يكون في مواجهة أي منهم - القاضي الفرد أم الهيئة - ولا يمكن القول بتجزئة التصرف أو الحكم، أي بإبطاله في مواجهة قاضي في هيئة؛ لأنه يعد صادراً عنهم جميعاً.

لذا يوصي الباحث المشرع تعديل النص المذكور آنفاً، بحيث يكون مبلغ الكفالة، الملزم على طالب المخاصمة دفعه واحداً، بالنسبة إلى مخاصمة القضاة جميعهم، علت درجاتهم أم دنت، هذا من ناحية، وجعل مبلغ الكفالة واحد، سواء في حالة مخاصمة قاضي فرد أم هيئة (دائرة) من ناحية أخرى، كما فعل نظيره المصري.

#### رابعاً: ضرورة بيان سبب دعوى المخاصمة وأدلتها:

علاوة على ما سبق، يجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة، أي بيان سبب الدعوى وأدلتها وأن يرفق به الأوراق المؤيدة<sup>(٣٧٠)</sup>، أي إنه على طالب المخاصمة أن يكتب في التقرير بياناً مفصلاً عن

(٣٦٨) د. عاشورميروك: الوسيط في قانون القضاء المصري. مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص ١٦٥.

(٣٦٩) د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات...، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٣٧٠) المادة (٢/٤٩٥) مرافعات مصري، المادة (١/١٤٨، ٢-أ) مرافعات يمني.



طلباته وما يؤيدها من مستندات، فعليه أن يحدد عضو النيابة أو القاضي أو الدائرة التي ينوي مخاصمتها<sup>(٣٧١)</sup>، والفعل المنسوب إليها والمستندات التي تثبت ما يدعيه؛ لأن هذه البيانات هي الأساس الذي سيتم بناءً عليها، الفصل في المرحلة الأولى لنظر المخاصمة، وأي قصور فيها سوف يؤدي - حتماً - إلى عدم قبولها، فضلاً عن أن إلزام الطالب بإرفاق ما يؤيد دعواه من مستندات، سوف يجبره على تحري الدقة قبل الادعاء على القضاة؛ الأمر الذي يقلل أو يمنع الدعاوى الخالية من أي أساس<sup>(٣٧٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها

سبق أن النظر في دعوى المخاصمة يتم على مرحلتين: مرحلة النظر في جواز المخاصمة، ومرحلة الفصل فيها. وفي كل مرحلة تنتظر أمام دائرة مغايرة للأخرى<sup>(٣٧٣)</sup>. لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، لتناول كل مرحلة على حدة، كالآتي:

#### الفرع الأول: النظر في جواز قبول دعوى المخاصمة.

#### الفرع الثاني: الفصل في موضوع دعوى المخاصمة.

### الفرع الأول

#### النظر في جواز قبول دعوى المخاصمة

تبدأ هذه المرحلة بعرض الدعوى، إما على إحدى دوائر محكمة الاستئناف، التي يحددها رئيسها، أو على إحدى دوائر محكمة النقض، حسب درجة المحكمة المخاصم قاضيتها أو قضاتها، وقت صدور العمل أو التصرف المشوب بحالة من حالات المخاصمة، وفق ما سبق ذكره.

وتنظر الدعوى - في هذه المرحلة - في غرفة المشورة، بناءً على أمر من رئيس الدائرة، في أول جلسة تعقد بعد ثمانية أيام من تبليغ صورة التقرير إلى القضاة المخاصمين أو عضو النيابة المخاصم، ويقوم قلم الكتاب بإخطار المدعي بالجلسة، وفق القانون المصري<sup>(٣٧٤)</sup>.

أما في القانون اليمني<sup>(٣٧٥)</sup>، فإن الدعوى تنتظر - في هذه المرحلة - في جلسة سرية، في أول جلسة تعقد خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ توقيع القاضي باستلامه عريضة الدعوى ومرفقاتها، دون عذر

(٣٧١) د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٢٥، ذلك أنه من المقرر بأن إقامة دعوى المخاصمة ضد حكم صادر عن دائرة، يستدعي مخاصمة كامل الدائرة؛ كونه لا يمكن - عملياً - تجزئة دعوى المخاصمة، وكذا في حالة صحة دعوى المخاصمة، فإن المحكمة المختصة بنظرها سوف تلجأ إلى إبطال الحكم، وإن إبطال الحكم يجب أن يكون في مواجهة القضاة جميعهم الذين أصدروه.

(٣٧٢) د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٢٦، د. سعيد خالد علي جباري الشرعي: المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٣٧٣) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط...، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٣٧٤) المادتان (٣/٤٩٥ و ٢/٤٩٦) مرافعات.

شرعي مانع من الرد، إذا كان المخاصم قاضي المحكمة الابتدائية، أو بالمحكمة العليا، أما إذا كان قاضي بالاستئناف فإن المدة هي عشرين يوماً.

وفي هذه المرحلة، من نظر دعوى المخاصمة، يجب على المحكمة أن تدقق في مدى توافر شروط قبولها؛ ذلك بالتحقق من أمرين<sup>(٣٧٦)</sup>:

**الأول:** مدى احترام الشروط المقررة لرفع الدعوى، السابق ذكرها.

**الثاني:** اتصال أوجه المخاصمة بالدعوى، أي إن المحكمة تتحقق من صحة إجراءات الدعوى، وعدم سقوطها بمضي المدة، كما أن للمحكمة أن تبحث مدى اتصال أوجه المخاصمة بالدعوى، لتقضي بجواز قبولها من عدمه، ولها في سبيل ذلك أن تستعرض أدلة المخاصمة؛ لتبين مدى ارتباطها بأسبابها<sup>(٣٧٧)</sup>.

وفي هذه الجلسة، تسمع المحكمة المدعي أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم، والنيابة العامة، إذا تدخلت في الدعوى<sup>(٣٧٨)</sup>، وهذا السماع مقرر لمصلحة كل منهما، فلا يحق لغيرهما التمسك به<sup>(٣٧٩)</sup>.

على أنه لا يجوز للمخاصم، في هذه المرحلة، تقديم أوراق أو مستندات غير التي أودعت مع التقرير، دون أن يكون للمخاصم أن يبدي أسباباً جديدة أو أن يقدم أوراقاً أو مستندات غير التي أودعها مع التقرير، أي أنه على مدعي المخاصمة أن يرفع كل ما لديه من أوراق ومستندات تؤيد دعواه، في يوم إيداع التقرير، ليس بعده؛ لأن صورة التقرير ومرفقاته ترسل إلى القاضي أو عضو النيابة المخاصم عقب إيداعه، ويعطى مهلة للعلم بما فيه وإعداد دفاعه استناداً إلى ما ورد - فقط - بتقرير المخاصمة؛ ذلك أن الغرض - من ذلك - هو عدم مفاجأة القاضي أو عضو النيابة المخاصم بأدلة ومستندات جديدة، لم يسبق إرسالها إليه، ولم يعد دفاعه بشأنها<sup>(٣٨٠)</sup>، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي المخاصم - استثناء - من تقديم المستندات

<sup>(٣٧٥)</sup> المواد (١٤٩/١، ١٥٠، ١٥١) مرافعات.

<sup>(٣٧٦)</sup> د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: نظام القضاء في المملكة العربية السعودية...، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

<sup>(٣٧٧)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٧٥.

<sup>(٣٧٨)</sup> المادة (٣/٤٩٥ و ١/٤٩٦) مرافعات مصري.

<sup>(٣٧٩)</sup> نقض مصري، ١٩ فبراير ١٩٨٧م، الطعن رقم (١٧٩١) لسنة ٥١ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الأول، يناير - مايو ١٩٨٧م، ١٩٩٢م، ص ٢٧٧.

<sup>(٣٨٠)</sup> وقضت محكمة النقض المصرية، أنه "...وينبغي على ذلك، وبحكم اللزوم، وجوب أن يكون إيداع طالب المخاصمة للأوراق والمستندات التي يرتكز عليها في دعواه متزامناً مع إجراء التقرير بالمخاصمة في قلم كتاب المحكمة ومتزامناً معه، وإلا كان إيداعها مخالفاً لصريح القانون، وبترتب عليه عدم جواز قبولها أو التعويل عليها. لما كان ذلك، وكان الثابت أن طالب المخاصمة قد أقام دعواه الماثلة في قلم كتاب هذه المحكمة يوم ١٩٩٨/٨/١م دون أن يودع مع هذا التقرير ثمة أوراق أو مستندات تؤيدها، إنما أودعها في اليوم التالي ومن ثم فإن دعواه بالمخاصمة على هذا النحو تكون غير مقبولة، نقض مصري، ٢٩ ديسمبر ١٩٩٨م، الطعن رقم (٣٣٩٩) لسنة ٦٨ق، أشار إليه د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٣٦ هامش (١)، ويرى د. علي بركات: أن هذا الأمر لا يحول بين رافع المخاصمة وبين تقديم المستندات التي أؤتد إليها في تقرير المخاصمة، كما لو استند إلى الأحكام التي أصدرها القاضي المخاصم - مثلاً - ولو لم يرفقها بالتقرير، ففي هذه

المؤيدة لدفاعه، ولا ينفي حق المحكمة في الاستناد إلى ما يحويه ملف الدعوى من أوراق لتكوين عقيدتها<sup>(٣٨١)</sup>.

إذا المهمة الأساسية للمحكمة، في هذه المرحلة، تنحصر في مسألة واحدة، هي البحث في مدى اتصال أوجه المخاصمة بالدعوى، ومدى جواز قبولها، أو بمعنى آخر البحث في سبب المخاصمة الوارد - حصراً - في تقرير دعوى المخاصمة، في ضوء الأدلة المبينة فيه والأوراق المرفقة به، فتتظر فيما إذا كان يبدو من ظاهر الوقائع المسندة إلى القاضي - على فرض ثبوتها - وجود حالة من حالات المخاصمة المنصوص عليها في القانون. على أنه، وإن كانت ولاية المحكمة - في هذه المرحلة - قاصرة على الفصل في اتصال أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها، فإن ذلك لا يحجبها عن تمحيص الأوجه والأدلة، التي ساقها الخصوم؛ لتبين منها مدى جدتها أو ارتباطها بأسباب المخاصمة، وما إذا كانت منتجة في طلب المخاصمة، أم لم ترق إلى هذا الحد، وهو ما يعني أن النظر في إمكان قبول الطلب يفرض التدقيق فيما إذا كان ثمة قرائن تبرر قبول دعوى المخاصمة، الأمر الذي يوجب على المحكمة بحث الأسباب المدلى بها بصورة أولية<sup>(٣٨٢)</sup>، وهي لا تتناول موضوع المخاصمة بالبحث إلا بالقدر اللازم لذلك دون التزام ببيان رأيها فيه وتسببه، وفعلها لا يعدو أن يكون مجرد إجازة للخصم في المثول أمام محكمة الموضوع؛ ليشرح أوجه المخاصمة الواردة في التقرير، ودون أن يكون لهذا البحث أو الاستعراض تأثير في محكمة الموضوع، التي لها مطلق الأمر إذا ما أحيلت إليها دعوى المخاصمة في أن تقضي - بعد فحص موضوعها - إما برفضها أو بصحتها<sup>(٣٨٣)</sup>.

أما بالنسبة إلى المشرع اليمني، فإن سلطة المحكمة المختصة، في هذه المرحلة، تنحصر في فحص الدعوى<sup>(٣٨٤)</sup>، وفق ما جاء في عريضتها ورد القاضي المخاصم، بمعزل عن الطرفين، دون سماع أقوالهما حسب النص. أي إنها تقتصر على التأكد من استيفاء البيانات الشكلية للدعوى واشتمالها - في الظاهر - على سبب أو أكثر من أسباب المخاصمة، وعلى المستندات المؤيدة للدعوى وعلى ما يثبت إيداع الكفالة والتوقيع على عريضة الدعوى، وتعتمد - في ذلك - على ما قدم من مستندات في الدعوى<sup>(٣٨٥)</sup>، دون حضور الأطراف.

الحالة يجوز للمحكمة أن تقبلها، إذا قدمت بالجلسة دون أن تهدر حق القاضي في الدفاع؛ ذلك لتوافر العلة التي أبتغاها المشرع وهي عدم مفاجأة القاضي بمستندات جديدة. انظر: مؤلفه: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٣٥، هامش (٢)، ويؤيد الباحث هذا الرأي خاصة وأن القاضي يملك الرد عليها، كونه يحضر الجلسة.

<sup>(٣٨١)</sup> نقص مصري، ٢٤ يناير ١٩٧٨م، الطعن رقم (٨٣٧) لسنة ٤٣ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة التاسعة والعشرون، الجزء الأول، يناير - يونيو ١٩٧٨م، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٢٨٦.

<sup>(٣٨٢)</sup> نقض مصري، ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦م، الطعن رقم (٢٥) لسنة ٢٣ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العامة والدوائر المدنية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة السابعة، العدد الثاني، أبريل - ديسمبر ١٩٥٦م، ص ١٠٠١، وانظر: د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني. مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٨٨٣، د. السعيد محمد الأزمازي: المرجع السابق، ص ٨٨.

<sup>(٣٨٣)</sup> د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة...، المرجع السابق، ص ١٢٣٧.

<sup>(٣٨٤)</sup> المواد (١٤٩/١، ١٥٠، ١٥١) مرافعات.

<sup>(٣٨٥)</sup> د. سعيد خالد علي جباري الشرعي: المرجع السابق، ص ٢٠٣.

والواقع أن المشرع اليمني لم يمنح الهيئة المختصة بالنظر في دعوى المخاصمة، صلاحيات كافية ومناسبة، مما يجعل سلطات هيئة الحكم - في هذه المرحلة - ناقصة، وهذا يتنافى مع الغاية التي من أجلها شرع تقسيم إجراءات نظر دعوى المخاصمة إلى مرحلتين، والمتمثلة بضمان حماية القاضي المخاصم، إذ أن معظم الصلاحيات التي منحها المشرع للمحكمة - في هذه المرحلة - هي، في الواقع، جوانب شكلية.

كما أن المشرع لم يمنح أطراف المخاصمة حق الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى في مرحلتها الأولى، وهذا من شأنه إهدار كثير من حقوق الدفاع، لذا لا بد أن تسمع الهيئة طرفي القضية، لا سيما أن التأكد من جدية الأسباب المدلى بها، وإن كان بصورة أولية إلا أنه قد لا يتسنى لها ذلك - التأكد - إلا بالبحث في موضوع الدعوى بالقدر اللازم لذلك، كما فعل المشرع المصري. وعليه يوصي الباحث المشرع منح الهيئة في هذه المرحلة صلاحيات أوسع، ومنح الخصوم حق حضور الجلسة بما يمكنهم من ممارسة حقوق الدفاع، بحيث لا تحكم إلا بعد سماع أقوالهم.

### صدور الحكم في هذه المرحلة (الأولى):

إذا التزمت المحكمة المختصة نظر دعوى المخاصمة وفق ما سبق بيانه، وانتهت إلى رأي معين، فإنها تصدر حكمها في غرفة المشورة في قانون المرافعات المصري، بعد أن تسمع المدعي أو وكيله والقاضي، وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى<sup>(٣٨٦)</sup>.

أما المشرع اليمني فقد قضى بخلاف ذلك، أي أن الحكم يصدر في غياب الأطراف، وهو المستفاد من نص المواد (٢/١٤٩، ١٥٠، ١٥١) من قانون المرافعات، التي قضت بأنه: "على الشعية عقب إصدار حكمها في دعوى المخاصمة إبلاغ رئيس المحكمة - أي رئيس محكمة الاستئناف أو النقض - بنسخة من الحكم ليقوم خلال الثلاثة الأيام التالية بإبلاغه لطرفي المخاصمة...".

والواقع أن ما يؤخذ على مسلك المشرع - في هذه الحالة - أن الحكم الصادر في غياب الأطراف، يعد حكماً منعماً لفقدانه ركن من أركانه<sup>(٣٨٧)</sup>؛ ذلك أن رئيس محكمة الاستئناف أو النقض، حسب الأحوال، لا يعد في هذه الحالة محكمة مختصة لإصدار الأحكام، إنما جعله المشرع على هذا الشأن، بوصفه يمارس سلطة إدارية تتمثل في إعلان الأطراف بالحكم. لذا يوصي الباحث المشرع أن ينص على أن الشعية المختصة في هذه المرحلة تصدر حكمها بحضور الأطراف، كالمشرع المصري.

ولن يخرج حكمها هنا - بطبيعة الحال - عن أحد فرضين:

**الفرض الأول:** أن تحكم بعدم جواز المخاصمة: وهذا يعني أن ما أورده المدعي في تقرير المخاصمة وما استند إليه من أدلة لا تكفي - في ظاهره - لقيام إحدى حالات المخاصمة<sup>(٣٨٨)</sup>، كما يجب أن تحكم على الطالب بغرامة لا تقل عن أربع مائة جنيه ولا تزيد على أربعة آلاف جنيه وبمصادرة الكفالة مع

<sup>(٣٨٦)</sup> المادتان (٤٩٥/٣ و٤٩٦) مرافعات، وانظر: د. أمينة النمر: قوانين المرافعات...، المرجع السابق، ص ١٢٠، د. محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص ٢٩٠، ويرى د. حامد محمد أبو طالب: وجوب النطق بالحكم في جلسة علنية، انظر مؤلفه: مخاصمة القضاة...، المرجع السابق، ص ١٧٤ و١٧٥.

<sup>(٣٨٧)</sup> ذلك وفق القواعد العامة، انظر: د. نبيل اسماعيل عمر: النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٩٩ و ٢٠٣، وفي تفصيل حالات انعدام الحكم، انظر: د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الانعدام...، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها.

<sup>(٣٨٨)</sup> د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

التعويضات إن كان لها وجه<sup>(٣٨٩)</sup>، وبطبيعة الحال لن تقضي المحكمة بالتعويضات إلا إذا طلبها القاضي - صراحة - بعد أن يثبت الضرر الذي لحقه؛ نتيجة رفع دعوى المخاصمة<sup>(٣٩٠)</sup>، كما أن طلب التعويض عن دعوى المخاصمة لدى محكمة المخاصمة، هو مجرد رخصة للخصم، واختصاص المحكمة التي تنظر المخاصمة هو اختصاص إضافي، لا يسلب المحكمة المختصة أصلاً - وفق القواعد العامة - اختصاصها بنظرة، ويجوز لصاحب الشأن أن يرفع الدعوى أمامها ابتداءً، دون استعمال هذه الرخصة<sup>(٣٩١)</sup>.

أما المشرع اليمني<sup>(٣٩٢)</sup>، فقد قضى أنه: "... إذا تقرر رفض دعوى المخاصمة، شكلاً<sup>(٣٩٣)</sup>، فيجب الحكم على المدعي بالحبس ثلاثين يوماً وبمصادرة الكفالة، وبالتعويض المناسب للقاضي أو عضو النيابة العامة، إن كان له مقتضى.

والمستفاد - من ذلك - أن المشرع اليمني اختلف عن نظيره المصري من حيث الحكم بالحبس على مدعي المخاصمة بثلاثين يوماً، وهذا يعني أنه تشدد في الجزاء على مدعي المخاصمة، في حالة لم يحكم بجوازها، الأمر الذي يحول - في كثير من الأحيان - دون رفع دعوى المخاصمة على القضاة<sup>(٣٩٤)</sup>، فلماذا إذن أقر نظام المخاصمة ما دام أنه تشدد في الجزاء إلى حد سلب الحرية في حالة عدم قبولها؟؟ الواقع أنه حتى يتوافق مع الحكمة من نظام المخاصمة، كضمانه للقضاة وللخصوم بشكل خاص، وكضمانة لعدالة القضاء بشكل عام، كان ينبغي على المشرع أن ينص على أن يكون الجزاء في حالة عدم القبول هو الغرامة، على أن يرفع مقدارها، بدلاً عن الحبس، مع التأكيد على مصادرة الكفالة، لاسيما أنها - أي الغرامة - ضمانات للقاضي، لا يغني عنها الحكم بالتعويض؛ إذ قد يكون المخاصم مفلساً، فلا يردعه عن رفع دعوى المخاصمة احتمال الحكم بالتعويض<sup>(٣٩٥)</sup>. وعليه يوصي الباحث المشرع بتعديل هذا النص، بحيث ينص على الحكم بالغرامة - دون الحبس - على مدعي المخاصمة في حالة ما لو حكم بعدم جوازها، وأن يتشدد في مقدارها، كالمشرع المصري.

### الطعن في الحكم:

فرق المشرع المصري، بخصوص طرق الطعن في هذا الحكم، بين حالين، خلاف نظيره اليمني، كالاتي:

<sup>(٣٨٩)</sup> المادة (١/٤٩٩) مرافعات مصري.

<sup>(٣٩٠)</sup> د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات...، المرجع السابق، ص ٢٣٨ هامش (١).

<sup>(٣٩١)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٧٦، د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات...، المرجع السابق، ص ١٢٤٤.

<sup>(٣٩٢)</sup> المادة (١/١٥٣) مرافعات.

<sup>(٣٩٣)</sup> والصواب - في التعبير القانوني الدقيق - هو عدم قبول الدعوى شكلاً، د. سعيد خالد علي جباري: المرجع السابق، ص ٢٠٣.

<sup>(٣٩٤)</sup> د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، إذ يرى: أن على المشرع الاكتفاء - فقط - بالتعويض المناسب إن كان له وجه، انظر مؤلفه: قانون المرافعات اليمني...، المرجع السابق، ص ١٣٩.

<sup>(٣٩٥)</sup> ويرى د. أحمد مليجي: أن الغرامة تعد - أيضاً - عقوبة جنائية أكثر ردة، انظر مؤلفه: الموسوعة الشاملة...، المرجع السابق، ص ١٢٤٣.

**الحالة الأولى:** أن يكون هذا الحكم قد صدر من محكمة الاستئناف، وهنا يجوز لمدعي المخاصمة أن يطعن فيه بطريق النقض<sup>(٣٩٦)</sup>، ويخضع الطعن بالنقض في هذا الحكم لمواعيد وإجراءات الطعن بالنقض العادية نفسها، التي تطبق على سائر الأحكام<sup>(٣٩٧)</sup>؛ ذلك لصدوره عن محكمة الاستئناف، فلا يجوز استئنافه، كما أن الضمانات التي أحيطت بها دعوى المخاصمة كقبيلة بتفادي دواعي الطعن في الحكم بطرق الطعن الأخرى، فهذا الحكم لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر<sup>(٣٩٨)</sup>، فإذا طعن أمام النقض بالفعل فلن يخرج حكم النقض عن أحد أمرين:

**الأول:** أن يؤيد حكم محكمة الاستئناف فيما قضت به من عدم جواز قبول المخاصمة، وهنا ينقضي حق مدعي المخاصمة نهائياً، فلا يحق له الطعن في حكم النقض؛ بوصفه باتاً<sup>(٣٩٩)</sup>.

**الثاني:** أن يلغى حكم محكمة الاستئناف، وهنا لا تملك محكمة النقض التصدي لنظر موضوع المخاصمة، إنما عليها أن تحيل الدعوى إلى محكمة الاستئناف المختصة<sup>(٤٠٠)</sup>، التي يجب على رئيسها أن يحيل الموضوع إلى دائرة أخرى أو دائرة خاصة، حسب درجة القاضي أو القضاة المخاصمين بالتحديد السابق؛ تمهيداً لنظر الموضوع.

**الحالة الثانية:** أن يكون هذا الحكم قد صدر عن محكمة النقض، وهذا الحكم لا يجوز الطعن فيه بأي طريق.

أما المشرع اليمني، فلم يجز - إطلاقاً - الطعن بالحكم الصادر بعدم جواز المخاصمة<sup>(٤٠١)</sup>. والواقع أن ذلك ينتقص من حق الدفاع المكفول لمدعي المخاصمة، إذ إنه تشدد غير مقبول، كذلك من الناحية القانونية، لا سيما أنه حكم منهي للخصومة، لذلك يوصي الباحث المشرع بتعديل النص، بحيث يجيز لمدعي المخاصمة الطعن في الحكم الصادر بعدم جوازها، إذا كان صادراً من محكمة الاستئناف، ليتوافق - بذلك - مع المشرع المصري.

**الفرض الثاني:** أن تحكم بجواز قبول المخاصمة: ويعني هذا الحكم أن الأوراق والمستندات المرفقة بالتقرير توحى - في ظاهرها ولأول وهلة - بوجود إحدى حالات المخاصمة<sup>(٤٠٢)</sup>.

<sup>(٣٩٦)</sup> المادة (٥٠٠) مرافعات مصري.

<sup>(٣٩٧)</sup> د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

<sup>(٣٩٨)</sup> د. أحمد مليجي: الموسوعة...، المرجع السابق، ص ١٢٤٤.

<sup>(٣٩٩)</sup> المادة (٢٧٢) مرافعات مصري، وانظر: د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

<sup>(٤٠٠)</sup> نقض مدني، جلسة ٢٨ ديسمبر ١٩٩٤م، الطعن رقم (٣٤٤٧) لسنة ٥٩ق، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة الخامسة والأربعون، الجزء الثاني، يونية-ديسمبر ١٩٩٤م، ص ١٧٢٢.

<sup>(٤٠١)</sup> المادة (١٥٤) مرافعات.

<sup>(٤٠٢)</sup> د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

وبوصف هذا الحكم غير منه للخصومة، فإنه لا يجوز للقاضي أو عضو النيابة المُخاصم أن يطعن فيه بأي طريق؛ لأن المشرع منع الطعن - كقاعدة - في الأحكام غير المنهية للخصومة، واستثنى منها بعض الأحكام، ليس من بينها الحكم الصادر بجواز المخاصمة<sup>(٤٠٢)</sup>.

وإذا قضت المحكمة المختصة بجواز قبول المخاصمة - وفق الفرض الثاني - فإنه يجب أن يحدد الحكم جلسة لنظر موضوع المخاصمة أمام المحكمة المختصة وفق قانون المرافعات المصري<sup>(٤٠٤)</sup>، أمّا وفق قانون المرافعات اليمني<sup>(٤٠٥)</sup>، فإن الشعبة المختصة تبلغ رئيس المحكمة، سواء كانت محكمة الاستئناف أم النقض، بحسب الأحوال، الذي يقوم بإحالتها إلى الهيئة الأخرى التي ستتولى الحكم في موضوعها.

#### آثار الحكم بجواز المخاصمة:

يترتب على هذا الحكم آثاراً، سواء بالنسبة إلى القاضي المُخاصم، أم بالنسبة إلى الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، كالاتي:

#### ١- أثر الحكم بجواز المخاصمة بالنسبة إلى القاضي:

يترتب على هذا الحكم، أن يصبح القاضي المُخاصم غير صالح لنظر موضوع الدعوى الأصلية من وقت صدوره، ولا يترتب على مجرد رفع هذه الدعوى، أي أثر في صلاحية القاضي المُخاصم، لنظر الدعوى المُخاصم من أجلها؛ ذلك أن المادة (٤٩٨) مرافعات مصري، والمادة (١٢٨، ٩) مرافعات يمني، قضتاً على أن القاضي المُخاصم يكون غير صالح لنظر الدعوى، من تاريخ الحكم بجواز قبول المخاصمة، أي إنه يكون صالح لنظرها قبل هذا الحكم<sup>(٤٠٦)</sup>، ومن ثم يقع باطلاً، كل إجراء يتخذه وكل حكم يصدره فيها، بعد صدور الحكم بجواز مخاصمته.

#### ٢- أثر الحكم بجواز المخاصمة بالنسبة إلى الحكم الصادر في الدعوى الأصلية:

سبق أنه يترتب على الحكم بجواز المخاصمة أن يصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوى الأصلية؛ ذلك إذا كانت الدعوى الأصلية ما زالت منظورة أمام القاضي، ولكن ما هو الحال إذا كانت الدعوى الأصلية قد انتهت بصدور حكم من القاضي، وأصبح الحكم قابل للتنفيذ، ورفع المتقاضي دعوى مخاصمة على القاضي مصدر الحكم، فهل الحكم بجواز المخاصمة يوقف تنفيذ الحكم أم لا؟؟ وفي هذا فقد اتجه رأي في

<sup>(٤٠٣)</sup> المادة (٢١٢) مرافعات مصري، المادة (٢٧٤) مرافعات يمني، وانظر: د. نبيل اسماعيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٥٧، د. أحمد ملبجي: الموسوعة الشاملة...، المرجع السابق، ص ١٢٤٤.

<sup>(٤٠٤)</sup> المادة (٤٩٧) مرافعات.

<sup>(٤٠٥)</sup> المواد (١٥٠، ١٥١) مرافعات.

<sup>(٤٠٦)</sup> د. نبيل اسماعيل عمر: أصول المرافعات...، المرجع السابق، ص ١٣٦ و ١٣٧، د. السعيد محمد الأزمازي: المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص ٨٩.

الفقه<sup>(٤٠٧)</sup>، إلى أن دعوى المخاصمة تعد دعوى مسؤولية أساسية، توجه ضد القاضي، ومن ثم لا توقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الأصلية.

وهذا الرأي، رغم وجاهته، إلا أن الباحث لا يؤيده؛ لأن المخاصمة وإن كانت توجه ضد القاضي، إلا أن الحكم بصحتها يترتب عليه بطلان الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، كنتيجة حتمية لما وقع من القاضي من إخلال بواجبه، ويتمثل بإحدى حالات المخاصمة، بوصفه أفضل تعويض عيني لمدعي المخاصمة، الأمر الذي يتصل بالدعوى الأصلية، ليس كما أخذ به هذا الرأي، ومن ناحية ثانية، فإن وقف تنفيذ الحكم محل المخاصمة، في هذه الحالة، يعد ضماناً للمتقاضي، بعدم تنفيذ حكم قد يؤدي تنفيذه إلى تعذر تدارك آثار تنفيذه من أضرار، فيما لو تم تنفيذه؛ ذلك كله مرتبط بالمرحلة الأولى من نظر دعوى المخاصمة، فيما لو تبين - من حيث الظاهر - توافر إحدى حالات المخاصمة، لذا يرى الباحث وقف تنفيذ الحكم، فيما لو قضت محكمة المخاصمة بجواز قبولها، وإن كان ذلك لا يمنع من فرض كفالة على مدعي المخاصمة، فيما لو حكم بعدم صحة دعوى المخاصمة؛ ذلك لما يلحق الطرف الآخر صاحب الحق في التنفيذ من ضرر؛ نتيجة تأخير تنفيذ الحكم في الدعوى الأصلية، على أن تكون سلطة محكمة المخاصمة، في الحكم بوقف تنفيذ الحكم محل المخاصمة، سلطة جوازية، ليس وجوبية، بحسب ما تراه من وقائع دعوى المخاصمة في المرحلة الأولى.

<sup>(٤٠٧)</sup> انظر عرضاً لهذا الرأي لدى: د. السعيد محمد الأزمازي: المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص ١٠٢ هامش (٥).



## الفرع الثاني

## الفصل في موضوع دعوى المخاصمة

إذا حكمت المحكمة - في المرحلة الأولى - بجواز المخاصمة، فإنها تحدد، في حكمها، جلسة لنظر موضوع المخاصمة، أمام محكمة أخرى غيرها، حسب التفصيل السابق، ذلك وفق قانون المرافعات المصري واليمني، وتنتظر - هذه المرحلة - في جلسة علنية، ذلك بعد سماع مدعي المخاصمة والقاضي المخاصم، والنيابة العامة، إذا تدخلت في الدعوى<sup>(٤٠٨)</sup>.

وللمحكمة - في هذه المرحلة - سلطات محكمة الموضوع كافة، فلها - بل عليها - أن تأمر بما تراه منتجاً من أدلة الإثبات كافة، سواء بسماع أطراف دعوى المخاصمة أم من ترى ضرورة سماع شهادته من غيرهم، أو الأمر بتقديم مستندات من الخصوم، أو من الغير<sup>(٤٠٩)</sup>، وهو ما يعني أن دعوى المخاصمة - في هذه المرحلة - تسير وفق القواعد العامة؛ ذلك في جلسة علنية على خلاف المرحلة الأولى، إلا أنه يجوز للمحكمة أن تجعل الجلسة سرية<sup>(٤١٠)</sup>، وليس ما يمنع من تقديم وثائق وأوراق جديدة من المدعي والمدعي عليه، وحتى طلب سماع البيّنة وإجراء الخبرة، توصلاً لإثبات الدعوى أو نفيها، لكن لا يقبل من المدعي إضافة أسباب جديدة، غير تلك التي أوردها في التقرير أو العريضة، كما أنه ليس ثمة ما يمنع من ضم ملف الدعوى الأصلية من قبل المحكمة في هذه المرحلة، إذا ما رأت ضرورة له، إلا أنها لا تجبر عليه؛ لأنه يتوجب على المدعي - في الأصل - أن يظهر مستندات دعواه، والمحكمة غير مكلفة بتهيئة وسائل الدفاع للخصوم، إنما هو واجب عليهم، إلا إذا تعذر عليهم الحصول عليها، دون الاستعانة بتدخل المحكمة<sup>(٤١١)</sup>.

## صدور الحكم في هذه المرحلة:

بعد استكمال إجراءات الدعوى، تحجز المحكمة القضية للحكم فيها، وحكم المحكمة في هذه المرحلة لن يخرج عن أمرين، هما:

**الأول:** الحكم برفض دعوى المخاصمة: وهنا وجب الحكم على مدعي المخاصمة - فضلاً عن مصاريف الخصومة - بغرامة لا تقل عن أربع مائة جنيه ولا تزيد على أربعة آلاف جنيه، وبمصادرة الكفالة مع التعويضات إن كان لها وجه، ذلك في قانون المرافعات المصري<sup>(٤١٢)</sup>. علماً بأن الحكم بالغرامة وجوبي، وليس للمحكمة أي سلطة تقديرية بشأنها<sup>(٤١٣)</sup>، أما في قانون المرافعات اليمني<sup>(٤١٤)</sup>، فيجب الحكم

(٤٠٨) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط...، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٤٠٩) د. علي بركات: دعوى...، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. سعيد علي جباري الشرعي: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٤١٠) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني...، طبعة ٢٠٠١م، المرجع السابق، ص ٨٨٤.

(٤١١) أنس كيلاني: المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٤١٢) المادة (١/٤٩٩) مرافعات.

(٤١٣) د. عبد المنعم عبدالعظيم جيرة: نظام القضاء...، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

(٤١٤) المادة (٢/١٥٣) مرافعات.

على مدعي المخاصمة بالحبس ستين يوماً وبمصادرة الكفالة وبالتعويض المناسب للقاضي أو عضو النيابة العامة أو كان له مقتضى<sup>(٤١٥)</sup>.

**الثاني:** الحكم بصحة دعوى المخاصمة: وهنا تحكم المحكمة على القاضي أو عضو النيابة المخاصم بالتعويضات، والمصاريف، ذلك في القانونين (المصري واليمني) على السواء<sup>(٤١٦)</sup>، كما تحكم ببطلان تصرفات القاضي وأعماله، والمقصود بالتصرفات الذي يحكم ببطلانها، العمل الذي توافر فيه سبب من أسباب المخاصمة<sup>(٤١٧)</sup>، إلا أن المشرع المصري فرق بين حالين، للحكم ببطلان تصرفات القاضي؛ ذلك من حيث اتصال هذه التصرفات بالخصم الآخر من عدمها، كالآتي:

**الأول:** عدم اتصال تصرفات القاضي بالخصم الآخر: وهنا يحكم ببطلان تصرف القاضي، أي بطلان العمل الذي وقع فيه الغش أو الخطأ المهني الجسيم، وكذلك بطلان الإجراءات التي اتخذها، والأحكام التي أصدرها - أي إذا كان العمل مما لا يكسب به الخصم حقاً - كما لو كان حكماً بإجراء من إجراءات التحقيق، يجوز للمحكمة العدول عنه أو كان أمراً بإحضاره، فإن المحكمة تقضي ببطلانه دون دعوة الطرف الآخر في الخصومة، التي صدر فيها ذلك العمل أو الإجراء المقضي ببطلانه، وكذلك إذا كان تصرف القاضي ضرراً محضاً، ولم يفد منه طالب المخاصمة<sup>(٤١٨)</sup>.

**الثاني:** اتصال تصرفات القاضي بالخصم الآخر، غير المدعي في دعوى المخاصمة: وهنا، ليس للمحكمة أن تقضي ببطلان تصرف أو حكم القاضي، إلا بعد إعلان الخصم الذي صدر الحكم لمصلحته؛ لسماع أقواله.

أمَّا المشرع اليمني، فلم يتطرق إلى الحال الثاني، من اتصال تصرفات القاضي بالخصم الآخر غير المدعي في دعوى المخاصمة، لا سيما إذا قضت بصحة المخاصمة، ومن ثم لامناص من إعلان هذا الخصم - الآخر - لإبداء أقواله، وحتى يكون الحكم في مواجهته<sup>(٤١٩)</sup>، لذا يوصى الباحث بضرورة إعلان الخصم الآخر، الذي صدر الحكم لصالحه في الدعوى الأصلية، إذا ما قضت بصحة المخاصمة.

ويثور التساؤل - هنا - هل يجوز للمحكمة - مصدرة الحكم في دعوى المخاصمة - أن تتصدى للفصل في الدعوى الأصلية، إذا ما كانت صالحة لذلك؟

<sup>(٤١٥)</sup> سبق للباحث وأن انتقد موقف المشرع اليمني في المرحلة الأولى بالنسبة إلى الحكم بحبس مدعي المخاصمة وأوصى بأن ينص المشرع على الغرامة، بدلاً من الحكم بالحبس كالمشرع المصري، وهكذا الحال في هذه المرحلة.

<sup>(٤١٦)</sup> المادة (١/٤٩٩) مرافعات مصري، المادة (٣/١٥٣) مرافعات يمني، إلا أن الأخير قضى - إلى جانب ما ذكر - بإيقاف القاضي عن العمل وإحالاته إلى مجلس القضاء الأعلى لإيقاع العقوبة التي يراها مناسبة، كما تحكم بإعادة مبلغ الكفالة.

<sup>(٤١٧)</sup> د. الأنصاري حسن النيداني و د. علي مصطفى الشيخ: المرجع السابق، ص ٦٥.

<sup>(٤١٨)</sup> د. حامد محمد أبو طالب: مخاصمة...، المرجع السابق، ص ١٨٠.

<sup>(٤١٩)</sup> د. أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ١٣ و١٧، د. الأنصاري حسن النيداني و د. علي مصطفى الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٥٠.