



مجلة الحقوق  
للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها  
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الثاني 2022  
المجلد الثالث

## هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور/ محمد الفقي
- أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري ( عميد الكلية )

رئيس التحرير :

- الأستاذ الدكتور/ ميادة عبد القادر إسماعيل
- أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون العام
- وقائم بعمل وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي :

- الاستاذ الدكتور/ رمضان محمد أحمد أبو السعود.
- الاستاذ الدكتور/ محمد فريد العرينى.
- الاستاذ الدكتور/ حفيظه السيد الحداد.
- الاستاذ الدكتور/ على عبد القادر القهوجي.
- الاستاذ الدكتور/ طلعت محمد محمود دويدار.
- الاستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين.
- الاستاذ الدكتور/ إبراهيم احمد خليفة.
- السيد الدكتور / أحمد عبد القادر القهوجي.



## مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -  
الإسكندرية جمهورية مصر العربية  
تليفون : 4863964 - 4846616  
فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : [journal.law@alexu.edu.eg](mailto:journal.law@alexu.edu.eg)

رقم التصنيف الدولي 1687-1901

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

## قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943، يقبل النشر فيها باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني والاقتصادى ومن ذلك:

- البحوث والدراسات.
  - التعليق على أحكام قضائية.
  - ملخصات الرسائل العلمية.
  - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.
- وذلك وفق القواعد التالية:**

- 1- التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة.
- 3- الالتزام بأصول البحث العلمى وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث أو الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث أو جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث إلا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها وعرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق إلا بعد الحصول على إذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل إلى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- 10- أن يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية والإنجليزية.
- 12- يجب أن يقدم البحث مطبوعاً على أن يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على أن يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 – الهامش 12 – طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)
- 13- يرفق بالبحث بيانات عن الباحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.
- 14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.
- 15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبى – الإسكندرية – جمهوريه مصر العربية.

## محتويات العدد الثاني 2022

### المجلد الثالث

### مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

#### أبحاث في الشريعة الإسلامية:

1- البديل الإسلامي للتأمين رؤية فقهية وتطبيقية ومستقبلية - دعوة للعمل بنظام التأمين طبقاً لمشروع قانون المعاملات المدنية

أ.د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي

#### أبحاث في القانون العام:

2- وسائل الإلزام على أعمال أحكام القضاء الدستوري

د. باسم محمد علي حسن حيدق

#### أبحاث في قانون المرافعات:

3- مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني

د. مصطفى سلامة عز العرب سلامة

4- الصفة الإجرائية

د. الشيماء محمد مصطفى

# أبحاث الشريعة الإسلامية

**البديل الإسلامي للتأمين**  
**رؤية فقهية وتطبيقية ومستقبلية**  
**دعوة للعمل بنظام التأمين طبقا لمشروع قانون المعاملات المدنية**

الأستاذ الدكتور

جابر عبد الهادي سالم الشافعي  
أستاذ الشريعة الإسلامية  
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية – كلية القانون جامعة أبو ظبي

1444هـ - 2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

"وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ  
إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ"

سورة المائدة الآية رقم (2)

## بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وارض اللهم عن آله وصحابته وتابعيه وتابعيه بإحسان إلى يوم الدين.

### وبعد

يعتبر موضوع التأمين بأنواعه المختلفة من المعاملات التي فرضت نفسها في هذا العصر في كافة الدول ومنها الدول الإسلامية، وذلك لما يمثله التأمين من أهمية كبرى في هذه الأونة على الصعيد الاقتصادي والمالي والاجتماعي، فشركات التأمين اليوم تعد من المؤسسات المالية الضخمة حيث تقوم بتجميع مبالغ مالية ضخمة من خلال الأقساط التي يلتزم المؤمن لهم بدفعها لهذه الشركات ثم القيام باستثمارها في وجوه كثيرة، فضلا عن اشتراط قوانين الدول حد أدنى لرأس مال هذه الشركات دائما تكون كبيرة، فشركات التأمين لها دور هام على الصعيد الاقتصادي والمالي.

هذا فضلا عن دورها على الصعيد الاجتماعي فالتأمين يوفر نوعا من الأمن للأفراد داخل المجتمع ضد المخاطر التي قد تهددهم في أشخاصهم أو أموالهم.

ونتيجة لكثرة المخاطر المحدقة بالإنسان وبالأموال في هذا العصر، ازداد الاهتمام بالتأمين بأنواعه المختلفة على الصعيد العالمي وأيضا على صعيد الدول الإسلامية من قبل العلماء سواء أكانوا من علماء الاقتصاد أو القانون.

كما حظي التأمين بأنواعه المختلفة باهتمام كبير من قبل علماء الفقه الإسلامي، فتعرضوا له لبيان ما إذا كان من المعاملات الجائزة شرعا أم من المعاملات المحرمة أم من الأمور المشتبهة، كما سعى إلى إيجاد نوع من التأمين يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية يكون بديلا عن أنواع التأمين التي لا تتفق وأحكام الإسلام.

ولا شك أن فتح المجال أمام البديل المباح عند المنع من المحظور له أهميته كبيرة، فإذا قرر العالم أن أمرا ما يعد محظورا شرعا فإنه يجب الاجتهاد في وضع البدائل المباحة شرعا حماية للدين وإصلاحا للناس خاصة إذا كان هذا الأمر يهدف إلى تحقيق حاجات الناس، وهذا من الفقه والنصح في دين الله.

فقد جاء في كتاب إعلام الموقعين: "إذا منع المفتي المستفتي من محظور وجهه الى بديل مباح..... من فقه المفتي ونصحه إذا سأله المستفتي عن شئ فمنعه منه وكانت حاجته تدعوه اليه، أن يدلّه على ما هو عوض له منه فيسد عليه باب المحظور ويفتح له

باب المباح، وهذا لا يتأتى إلا من عالم ناصح مشفق قد تاجر مع الله وعامله بعلمه، فمثاله في العلماء مثال الطبيب العالم الناصح في الأطباء يحمي العليل عما يضره ويصف له ما ينفعه، فهذا شأن أطباء الأديان والأبدان، وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ما بعث الله من نبي إلا كان حقا عليه أن يدل أمته على خير ما يعلمه لهم وينهاهم عن شر ما يعلمه لهم<sup>(1)</sup>، وهذا شأن خلق الرسل وورثتهم من بعدهم، ورأيت شيخنا قدس الله روحه يتحرى ذلك في فتاويه مهما أمكنه، ومن تأمل فتاويه وجد ذلك ظاهرا فيها، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم بلالا أن يشتري صاعا من التمر الجيد بصاعين من الرديء، ثم دله على الطريق المباح فقال: بع الجميع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا<sup>(2)</sup>، فمنعه من الطريق المحرم وأرشده الى الطريق المباح، ولما سأله عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث والفضل بن عباس أن يستعملهما في جباية الزكاة، ليصيبا ما يتزوجان به، منعهما من ذلك وأمر محمية بن جزو وكان على الخمس أن يعطيتهما ما ينكحان به<sup>(3)</sup>، فمنعهما من الطريق المحرم وفتح لهما الطريق المباح، وهذا اقتداء منه بربه تبارك وتعالى فإنه يسأله عبده الحاجة فيمنعه إياها ويعطيه ما أصلح له وانفع منها وهذا غاية الكرم والحكمة<sup>(4)</sup>.

فالبحت عن البديل المباح عند المنع من المحظور هو مهمة العلماء، وإذا لم يقوموا بهذا الدور، فقد يعتلي من قبل أشخاص لا ورع لهم في العلم فيسيروا بالناس نحو المحظور هروبا من الحرج.

ولقد قام العلماء بمحاولات لوضع البديل الإسلامي للتأمين ودفعه إلى مجال التطبيق، وبالفعل دخلت بعض هذه البدائل حيز التطبيق في بعض الدول الإسلامية، في حين لم يدخل بعضها الآخر.

ولهذا كان الهدف من هذا البحث الإشارة إلى البديل الإسلامي للتأمين من خلال رؤية فقهية وتطبيقية ومستقبلية، لذلك كان بعنوان "البديل الإسلامي للتأمين رؤية فقهية وتطبيقية ومستقبلية - دعوة للعمل بنظام التأمين طبقا لمشروع قانون المعاملات المدنية".

(1) مسلم، صحيح مسلم، دار الفكر - بيروت، ج 6، ص 18، النووي، رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية سنة 1410 هـ - 1991م، ص 337.

(2) البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر - بيروت، ج 3، ص 35، الصنعاني، سبل السلام، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الرابعة سنة 1379 هـ، ج 3، ص 38.

(3) مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 3، ص 118، ص 119، ابن حنبل، مسند الإمام أحمد، دار صادر - بيروت، ج 4، ص 166.

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل - بيروت، سنة 1973م، ج 4، ص 159، ص 160.

## خطة البحث

سيكون تناولنا لموضوع هذا البحث من خلال فصل تمهيدي وفصلين وخاتمة، وفيما يلي بيان لخطة هذا البحث:

**الفصل التمهيدي: التأمين بين الفقه الإسلامي والقانون**

**المبحث الأول: قدم ظاهرة التأمين وبيدات الحديث عنه من قبل علماء الفقه الإسلامي**

**المبحث الثاني: أقسام التأمين والتعريف بها**

**المبحث الثالث: مواقف علماء الفقه الإسلامي المختلفة من التأمين التجاري**

**الفصل الأول: البديل الإسلامي للتأمين من التنظير إلى التطبيق**

**المبحث الأول: البديل الإسلامي للتأمين من حيث التنظير (فقه إسلامي للتأمين)**

**المطلب الأول: طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين**

**المطلب الثاني: التأمين التكافلي وموقفنا منه**

**الفرع الأول: التأمين التكافلي كطريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين**

**الفرع الثاني: موقفنا من التأمين التكافلي كبديل إسلامي للتأمين**

**المطلب الثالث: وسائل إسلامية موصلة إلى أهداف التأمين**

**المبحث الثاني: البديل الإسلامي للتأمين من حيث التطبيق**

**الفصل الثاني: مستقبل البديل الإسلامي للتأمين والدعوة للعمل به**

**المبحث الأول: مستقبل البديل الإسلامي للتأمين**

**المبحث الثاني: دعوة للعمل بنظام التأمين طبقاً لمشروع قانون المعاملات المدنية كبديل إسلامي**

**الخاتمة: وتتضمن عدة توصيات إلى عدة جهات**

**"رَبَّنَا عَلَيْنِكَ تَوَكَّلْنَا وَإِلَيْكَ أَنبَأْنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ"<sup>(1)</sup>**

(1) سورة الممتحنة الآية رقم (4).

## الفصل التمهيدي

### التأمين بين الفقه الإسلامي والقانون

في هذا الفصل سوف نشير بصورة موجزة إلى قدم ظاهرة التأمين وبدائيات الحديث عنه من قبل علماء الفقه الإسلامي، ثم إلى أقسام التأمين والتعريف بها، وأخيرا إلى مواقف علماء الفقه الإسلامي المختلفة من التأمين، وبناء على ذلك فإن هذا الفصل سوف يشتمل على المباحث التالية:

**المبحث الأول:** قدم ظاهرة التأمين وبدائيات الحديث عنه من قبل علماء الفقه الإسلامي

**المبحث الثاني:** أقسام التأمين والتعريف بها

**المبحث الثالث:** مواقف علماء الفقه الإسلامي المختلفة من التأمين التجاري

### المبحث الأول

#### قدم ظاهرة التأمين وبدائيات الحديث عنه من قبل علماء الفقه الإسلامي

إذا كانت الدراسات التاريخية للتأمين قد اختلفت في تحديد بداية وجود فكرة التأمين إلا أن أكثر هذه الدراسات تشير أن فكرة التأمين موجودة منذ القدم، وأن التأمين قد نما وتطور بنمو وتطور المجتمعات والنظم، فتعددت أنواعه وصوره وأشكاله، حتى شملت وجوه كثيرة من وجوه النشاط الإنساني<sup>(1)</sup>.

#### بدائيات الحديث عن التأمين من قبل علماء الفقه الإسلامي

تشير الدراسات أيضا إلى أن الفقهاء المسلمين بدأوا يتناولون موضوع التأمين، عندما

---

(1) للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يراجع في ذلك على سبيل المثال: الدكتور غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، سنة 1975م، ص 5 وما بعدها، دكتورة ليلي شحاته، بورصة الأوراق المالية ومنشآت التأمين، سنة 1988م، ص 189 وما بعدها، الدكتور فايز محمد حسين، التطور التاريخي لظاهرة التأمين، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي لكلية الحقوق جامعة بيروت العربية بعنوان "الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي" في الفترة من 24: 26 نيسان (إبريل) سنة 2006 منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، ص 38 وما بعدها.

جرت العادة على التعامل به وكثير السؤال عنه، فقد أشار أكثر العلماء المسلمين<sup>(1)</sup> إلى أن ابن عابدين الفقيه الحنفي المعروف هو أول من تعرض لموضوع التأمين، عندما جرت العادة على التعامل به وكثير السؤال عنه، فقد جاء في كتابه "حاشية رد المحتار على الدر المختار" وتحت عنوان "مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سَوَكْرَةً<sup>(2)</sup> وتضمنين الحربي ما هلك في المركب"، وهذا المطلب كان ضمن رسالته المسماة "أجوبة محققة عن أسئلة متفرقة".

فقال: "وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال: سَوَكْرَةً، على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا، يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من التجار مال السَوَكْرَةَ، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماما، والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لان هذا التزام ما لا يلزم.

فإن قلت: إن المودع إذا أخذ أجره على الوديعة بضمنها إذا هلكت. قلت: ليست مسألتنا من هذا القبيل، لان المال ليس في يد صاحب السَوَكْرَةَ، بل في يد صاحب المركب، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيرا مشتركا قد أخذ أجره على الحفظ وعلى الحمل، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت والغرق ونحو ذلك. فإن قلت: سيأتي قبيل باب كفالة الرجلين قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن: ضمن، وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصابا: أي بخلاف الأولى، فإنه لم ينص على الضمان بقوله: فأنا ضامن.

---

(1) الشيخ عبد الرحمن تاج، شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، كتاب المؤتمر بعنوان بحوث اقتصادية وتشريعية شعبان سنة 1392 هـ - سبتمبر سنة 1972م، ص 104 وما بعدها، الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، التأمينات، بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، كتاب المؤتمر بعنوان بحوث اقتصادية وتشريعية شعبان سنة 1392 هـ - سبتمبر سنة 1972م، ص 152 وما بعدها، الدكتور زكي الدين شعبان، التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، ص 11 وما بعدها، الدكتور عيسى عيده، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، دار الاعتصام الطبعة الأولى سنة 1397 هـ - 1977م، ص 136، الدكتور محمد شوقي الفنجري، الإسلام والتأمين، عالم الكتب، ص 11، الدكتور يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1406 هـ - 1986م، ص 225 وما بعدها.

(2) السوكرة لفظ استعمله الفقهاء المسلمون للتعبير به عن نظام التأمين أو الضمان، وهو عقد يضمن فيه أحد المتعاقدين ما يتلف من سلع الآخر، مقابل مبلغ معين من المال يدفعه له. يراجع في ذلك: محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، بدون ناشر وبدون تاريخ، ص 252.

وفي جامع الفضولين: الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر: جعله في الدلو فجعله فيه، فذهب من النقب إلى الماء، وكان الطحان عالماً به يضمن، إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة اهـ. قلت: لا بد في مسألة التغرير من أن يكون الغار عالماً بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة وأن يكون المغرور غير عالم، إذ لا شك أن رب البر لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لما له باختياره، ولفظ المغرور ينبئ عن ذلك لغة لما في القاموس: غيره غرا وغرورا فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر هو اهـ.

ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغرير التجار، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا. وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار، لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا في أخذ بدل الهالك، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضا، نعم: قد يكون للتاجر شريك حربي في بلاد الحرب، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة في بلادهم، ويأخذ منه بدل الهالك ويرسله إلى التاجر، فالظاهر أن هذا يحل للتاجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب، وقد وصل إليه مالهم برضاهم فلا مانع من أخذه، وقد يكون التاجر في بلادهم، فيعقد معهم هناك، ويقبض البديل في بلادنا أو بالعكس، ولا شك أنه في الأولى إن حصل بينهما خصام في بلادنا لا نقضي للتاجر بالبديل، وإن لم يحصل خصام ودفع له البديل وكيله المستأمن هنا يحل له أخذه، لأن العقد الذي صار في بلادهم لا حكم له، فيكون قد أخذ مال حربي برضاهم. وأما في صورة العكس، بأن كان العقد في بلادنا والقبض في بلادهم، فالظاهر أنه لا يحل أخذه، ولو برضا الحربي لا يبتناؤه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام، فيعتبر حكمه.

هذا ما ظهر لي في تحرير هذه المسألة فاغتنمه فإنه لا تجده في غير هذا الكتاب<sup>(1)</sup>.

ويبدو لي أن هذه العبارة الأخيرة هي التي حملت البعض إلى القول بأن ابن عابدين هو أول من تعرض لموضوع التأمين، وأول من أفتى بعدم جواز التأمين بعد أن جرت العادة على التعامل بالتأمين وكثرة السؤال عنه.

ومع ذلك رصد بعض العلماء عدة أقوال عامة لفقهاء قبل ابن عابدين وقبل أن يصبح عادة وقبل أن يكثر السؤال عنه تدل أيضا على عدم جواز بعض أنواع التأمين.

من هذه الأقوال، ما جاء في كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك أثناء الحديث عن بيع الغرر: ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته، روى ابن الموزان عن أشهب: لا أحب ذلك، ولا أفسخه إن وقع، وقال أصبغ: هو حرام، لأن حياته مجهولة ويفسخ، وقال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته<sup>(2)</sup>.

(1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، سنة 1415هـ، ج 4، ص 350، ص 351.

(2) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة بمصر، وفي هذا المعنى يراجع: الإمام مالك، المدونة

ومن هذه الأقوال أيضا، ما جاء في كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار من أن ضمان ما يغرق أو يسرق باطل<sup>(1)</sup>، وهو يدل على أن التأمين البحري والتأمين من السرقة لا يجوز.

## المبحث الثاني

### أقسام التأمين والتعريف بها

للتأمين أنواع كثيرة ولكن يمكن رد هذه الأنواع إلى تقسيمين أساسيين، الأول: يستند إلى معيار شكلي أو فني أي الفن المتبع في إدارة نظامه، والثاني: يستند إلى معيار موضوعي أي موضوع التأمين، وفيما يلي الإشارة إلى هذين التقسيمين<sup>(2)</sup>:

#### التقسيم الأول: تقسيم التأمين من حيث الشكل (التقسيم الفني للتأمين)

ينقسم التأمين وفقا لهذا الاعتبار إلى تأمين تعاوني "تبادلي" وتأمين بقسط محدد "تجاري"

**1 - التأمين التعاوني أو التبادلي** وهو عبارة عن اتفاق مجموعة من الأشخاص فيما بينهم على تعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا ما تحقق خطر معين، ويكون دفع التعويض من الاشتراكات التي يلتزم كل شخص منهم بدفعها، ويتخذ هذا النوع من التأمين شكل الجمعية التعاونية، ومن سمات هذا النوع من التأمين التضامن الموجود بين هؤلاء الأشخاص في دفع المبلغ المستحق لمن وقع له الخطر أو نسبة منه بحسب الاتفاق، وهذا النوع من التأمين لا يهدف إلى تحقيق ربح، وكل شخص يجمع بين صفتي المؤمن والمؤمن له، ويقوم بهذا النوع من التأمين المؤمن لهم أنفسهم، وإن كان ليس هناك ما يمنع من قيام هيئة مستقلة بهذا النوع من التأمين.

**2 - التأمين بقسط محدد أو التجاري** هو الذي تتفق فيه شركة مع أحد الأشخاص على تعويضه عن الأضرار التي تلحق به عند تحقق خطر معين مقابل دفعه لمبلغ يتم تحديده عند العقد يسمى بالقسط، ولا يجوز مباشرة هذا النوع من التأمين إلا من جانب هيئة تتخذ

---

الكبرى، مطبعة السعادة مصر، ج 6، ص 111.

(<sup>1</sup>) المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، غمضان - صنعاء، سنة 1400 هـ، ج 4، ص 270.

(<sup>2</sup>) يراجع في ذلك: الدكتور عبد الرازق حسن فرج، عقد التأمين، سنة 1405 هـ - 1985 م، ص 20 وما بعدها، الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، أحكام التأمين في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، ص 12 وما بعدها، الدكتور أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، سنة 1986 م، ص 38 وما بعدها، الدكتور عبد الله مبروك النجار، عقد التأمين ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة معمقة، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية سنة 1425 هـ - 2004 م، ص 77 وما بعدها، الدكتور محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة 1415 هـ - 1995 م، ص 25 وما بعدها.

شكل شركة المساهمة، وهي تهدف إلى تحقيق الربح وشخصية المؤمن (الشركة) فيها مستقلة عن شخصية المؤمن له، ولا يوجد تضامن بين المؤمن لهم، وإنما المؤمن هو المؤمن هو الذي يلتزم بدفع مبلغ التعويض عند تحقق الخطر.

## التقسيم الثاني: تقسيم التأمين من حيث الموضوع

ينقسم التأمين من حيث الموضوع إلى ما يلي:

1 - التأمين البحري والنهري والجوي والبري

2 - تأمين الأضرار ويشتمل على نوعين من التأمين هما:

أ - تأمين الأشياء وهو يهدف إلى تعويض المؤمن له عن خسارة تلحق بأحد أمواله كالتأمين ضد الحريق وضد السرقة وضد التلف وما إلى ذلك.

ب - تأمين المسؤولية وهو يهدف إلى حماية المؤمن له من دعاوى التعويض التي قد ترفع عليه من قبل الغير بسبب الضرر الذي يسأل عنه، كالتأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات وعن حوادث العمل وغير ذلك.

3 - تأمين الأشخاص ويشمل كافة صور التأمين التي يقصد بها تأمين الشخص من الأخطار التي قد تهدد حياته أو سلامة جسمه أو صحته أو غير ذلك كالتأمين على الحياة والتأمين من الإصابات والتأمين من المرض وتأمين الأولاد<sup>(1)</sup>.

هذا ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن التأمين التجاري من الممكن أن يأخذ أي صورة من صور التأمين من حيث الموضوع، وعندما يطلق لفظ التأمين دون وصف أو تمييز فإنه ينصرف إلى التأمين التجاري، لأنه أكثر أنواع التأمين انتشاراً ورواجاً.

ويمكن القول بأن تعريف التأمين الوارد في القانون المدني المصري وهو وإن كان وارداً في التأمين بصفة عامة إلا أنه أقرب إلى التأمين بقسط محدد "التجاري" في أغلب صورته، فقد عرفت المادة 747 من القانون المدني المصري التأمين بأنه عبارة عن عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

---

(1) هذا وهناك نوع آخر من التأمين وهو ما يسمى بالتأمين الاجتماعي وهو تأمين تقوم به الدولة بهدف تغطية بعض الأخطار التي قد يتعرض لها الأفراد الذين يعيشون على الكسب من عملهم، ويقصد بهم العاملون في أجهزة الدولة والقطاع العام والقطاع الخاص، فيهدف هذا التأمين إلى تعويض هؤلاء من الأخطار التي قد يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل كالمرض والعجز والشيخوخة، وهو نظام إجباري يتحمل فيه العامل وصاحب العمل جزء من القسط بينما تتحمل الدولة الجزء الآخر.

ويعدد الكثير من فقهاء القانون لعقد التأمين خصائص كثيرة، لعل ما يهمننا منها في هذا المقام عدة خصائص، تتمثل في أن عقد التأمين عقد من عقود المعاوضة، وأنه عقد من عقود الإذعان، وأنه من عقود الغرر، أو أنه عقد احتمالي، حيث تنظم القوانين عقد التأمين ضمن عقود الغرر أو العقود الاحتمالية التي تتحدث عن القمار والرهان وغيرها، إلى غير ذلك من خصائص عقد التأمين<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث

#### مواقف علماء الفقه الإسلامي المختلفة من التأمين التجاري

في الواقع هناك الكثير من علماء الفقه الإسلامي الذين تحدثوا عن موضوع التأمين، وتعددت وجهات نظرهم حول هذا الموضوع، والمنتبع لأراء العلماء في موضوع التأمين التجاري يجدهم قد اختلفوا في ذلك إلى عدة آراء، وفيما يلي بيان هذه الآراء على سبيل الإجمال.

**الرأي الأول:** ويرى أصحاب هذا الرأي<sup>(2)</sup> جواز التأمين وفقاً لما جاء في النظم الوضعية بكل أنواعه وصوره، بشرط أن يكون خالياً من الربا، وأسس أصحاب هذا الرأي رأيهم هذا على عدة أسس، منها المضاربة، ومنها أن التأمين هو من باب التعاون على البر والتقوى، ومنها أنه تبرع، ومنها قياس التأمين على تحمل العاقلة للدية في القتل الخطأ، ومنها القياس على مسألة تحمل خطر الطريق، ومنها أنه يشبه عقد الموالاة<sup>(3)</sup>، ومنها أنه

---

(1) الدكتور براهيم محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشرعية، سنة 1993م، ص 59 وما بعدها، عبد الناصر العطار، أحكام التأمين، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

(2) من هؤلاء العلماء: الدكتور مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لأسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من 16: 21 من شوال 1380هـ - 1: 6 ابريل 1961م، الشيخ على الخفيف، بحث عن التأمين مقدم إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1385هـ - 1965م، الدكتور محمد يوسف موسى، مجلة الأهرام الاقتصادي عدد 15 فبراير سنة 1961م، الشيخ عبد الوهاب خلاف، مجلة لواء الإسلام، العدد الحادي عشر، السنة الثامنة، رجب سنة 1374 - فبراير سنة 1954م، الشيخ عبد الرحمن عيسى، المعاملات الحديثة وأحكامها، الطبعة الأولى، ص 83 وما بعدها، أحمد طه السنوسي، عقد التأمين في التشريع الإسلامي، مجلة الأزهر، العدد الثاني والثالث، عددي صفر وربيع الأول سنة 1373هـ، أكتوبر ونوفمبر سنة 1953م، الدكتور عبد المنعم النمر، الاجتهاد، الهيئة العامة للكتاب، سنة 1987م، ص 264 وما بعدها، الدكتور محمد الشحات الجندي، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 1410هـ - 1989م، ص 257 وما بعدها، وغيرهم.

(3) عقد الموالاة عقد ينشأ باتفاق بين الطرفين على أن يرث أي منهما الآخر الذي يموت أولاً، وأن يعقل كل منها عن الآخر ويسهم في تحميل التعويض لو جنى جناية توجبها كالقتل الخطأ، فهذا العقد تنشأ عنه رابطة حقوقية بين عاقديه شرعاً قوامها التزام الأعلى الذي يسمى مولى الموالاة بأن يتحمل الموجب المالي عن جناية الآخر في حالة الخطأ في مقابل أن العاقد الأعلى يرث الآخر إذا مات دون أن يكون له وارث، وقد جرى في عقد الموالاة الاتفاق على أن واحداً منهما هو الذي يرث الآخر لا العكس وهو

من العقود المستحدثة التي لا تخالف نصوصاً شرعياً.

ولقد ناقش الكثير من العلماء هذه الأسس وردوا عليها وفندوها<sup>(1)</sup>، ومن خلال النظر في هذه المناقشات وهذه الردود يتبين لي أن الأسس التي بنى عليها أصحاب هذا الاتجاه رأيهم لا تنهض كدليل فقهي للقول بإباحة التأمين وفقاً لما جاءت به النظم الوضعية، ولكن يبقى لهذا الرأي أهميته الاجتهادية كأحد الآراء في مسألة اجتهادية يجوز الاختلاف فيها، إلى جانب أهميته الفقهية ك رأي من الآراء الفقهية التي ساهمت في تكوين ما يمكن أن نسميه "فقه إسلامي للتأمين".

**الرأي الثاني:** ويرى أصحاب هذا الرأي<sup>(2)</sup> عدم جواز التأمين وفقاً لما جاء في النظم

---

الموالية - بكسر اللام - أما في الحالة الأولى فكل منهما موالٍ للآخر وموالية منه أيضاً. وقد اختلف الفقهاء في مدى كون ولاء الموالاة سبباً من أسباب الميراث، فذهب الأحناف إلى أنه سبب من أسباب الميراث ويصح التوارث به، وقد استدلوا على ذلك بقول الله تعالى: "وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَهُمْ" (سورة النساء الآية رقم 33) أي من الميراث الثابت بالتعاقد أو الاتفاق، كما استدلوا على ذلك أيضاً بما جاء في حديث تميم الداري، أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "إن الرجل لياتيني فيسلم على يدي ويواليني فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فأنت أحق به محياه ومماته" يعني محياه في تحمل عقل الجنابة عنه ومماته في الإرث منه. يراجع في ذلك: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، سنة 1406 هـ، ج 30، ص 43 وما بعدها، الكاساني، بدائع الصنائع، المكتبة الحبيبية - باكستان، الطبعة الأولى سنة 1409 هـ، ج 4، ص 159 وما بعدها، الزيلعي، نصب الراية، تحقيق أيمن صالح شعبان، دار الحديث - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1415 هـ - 1995 م، ج 5، ص 357، ص 358.

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن ولاء الموالاة ليس سبباً من الأسباب الموجبة للميراث، وقد استدلوا على ذلك بأن الآية السابقة منسوخة بقوله تعالى: "وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ" (سورة الأنفال الآية رقم 75).

(1) يراجع من هؤلاء على سبيل المثال: يوسف قاسم، التعامل التجاري، مرجع سابق، ص 269 وما بعدها، عبد الناصر العطار، أحكام التأمين، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها، الشيخ عبد الله ناصح علوان، حكم الإسلام في التأمين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة سنة 1407 هـ - 1987 م، ص 9 وما بعدها، عبد الله النجار، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها.

(2) من هؤلاء العلماء: مجموعة من العلماء الذين تقلدوا منصب مفتي الديار المصرية منهم محمد بخيت المطيعي، فتوى له صادرة بتاريخ 13 ربيع الآخر سنة 1337 هـ - 15 يناير سنة 1919 م، بكري عاشور الصرفي، فتوى له صادرة بتاريخ 10 شعبان سنة 1328 هـ، عبد الرحمن قراعة، فتوى له صادرة بتاريخ 7 جمادى الثانية سنة 1344 هـ - 23 ديسمبر سنة 1925 م، جاد الحق على جاد الحق، فتوى له صادرة بتاريخ 7 صفر سنة 1401 هـ - 14 ديسمبر سنة 1980 م، وغيرهم، يراجع في ذلك موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية.

ومن هؤلاء العلماء أيضاً: أحمد إبراهيم، مقال نشر بمجلة الشبان المسلمين، العدد الثالث، السنة الثالثة عشرة، بتاريخ 7 نوفمبر سنة 1941 م، ومنشور أيضاً في مجلة المحاماة، السنة السابعة، ص 937، الإمام محمد أبو زهرة، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد 126 الصادر في 15 فبراير سنة 1961 م، ص 61، الشيخ عبد الرحمن تاج، شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي انعقد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

الوضعية، بكل أنواعه وصوره وبخاصة التأمين التجاري، وأسس أصحاب هذا الرأي رأيهم هذا على عدة أسس، لعل أهمها فكرة الغرر المنهى عنها شرعا فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الغرر (1)، وتحقق الربا المحرم شرعا في معاملات شركات التأمين، بالإضافة إلى أن عقد التأمين لا يخلو من غبن يتعرض له المستأمنون، بسبب النظم التي تدير عليها شركات التأمين، والتي تكون غالبا في مصلحة شركة التأمين وليست في مصلحة المؤمن عليهم، وأيضا أن التأمين يعتبر عقد ضمان فاسد، وأنه في معنى القمار، وأنه طريقة يستباح بها أكل أموال الناس بالباطل.

ولقد ناقش العلماء الذين أجازوا التأمين هذه الأسس وحاولوا الرد عليها(2)، ومن خلال النظر في هذه المناقشات وهذه الردود يتبين لي أن الأسس التي بنى عليها أصحاب هذا الاتجاه رأيهم تصلح كدليل فقهي للقول بعدم جواز التأمين وأن مناقشات الفريق الآخر مردود عليها وهي لا تنال من هذه الأسس كدليل فقهي يبنى عليها القول بعدم جواز التأمين، خاصة بعد أن علمنا أن فقهاء القانون يذكرون عدة خصائص لعقد التأمين، فيذكرون أن عقد التأمين عقد إذعان، وأنه عقد معاوضة، وأنه من عقود الغرر أو أنه عقد احتمالي، حيث تنظم القوانين عقد التأمين ضمن عقود الغرر أو العقود الاحتمالية التي تتحدث عن القمار والرهان وغيرها.

**الرأي الثالث:** ويرى أصحاب هذا الرأي(3) التفرقة بين أنواع التأمين التجاري المختلفة، حيث أجازوا بعض أنواع التأمين التجاري كالتأمين على الأموال، ولم يجيزوا بعض الأنواع الأخرى كالتأمين على الأشخاص، وبالعوم يمكن القول بأن أصحاب هذا الرأي قد أسسوا رأيهم في الأنواع التي أجازوها على بعض الأسس التي بنى عليها أصحاب الرأي الأول رأيهم، وفي الأنواع التي لم يجيزوها على بعض الأسس التي بنى عليها أصحاب الرأي الثاني رأيهم.

---

بجامعة أم القرى بمكة المكرمة في شهر المحرم 1424 هـ - مارس 2003م، ص 18 وما بعدها، وغيرهم. (1) مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 5، ص 3، ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار الفكر بيروت، ج 2، ص 739.

(2) يراجع في ذلك: نفس المراجع المشار إليها في ص من هذا البحث هامش، الشيخ محمد الحسن الحجوى، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار التراث - القاهرة، المجلد الثاني، ص 504 وما بعدها، الدكتور على حسن عبد القادر، دراسات في الاقتصاد الإسلامي والمعاملات المعاصرة، من مطبوعات الشركة الإسلامية للاستثمار، ص 121 وما بعدها، هذا ولقد ذكر الدكتور عبد الله النجار هذه الردود في كتابه عقد التأمين، مرجع سابق، ص 229 وما بعدها.

(3) من هؤلاء العلماء: الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الصادر في يولية سنة 1962م، الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، التأمينات، مرجع سابق، ص 199، وغيرهم.

## تصحيح المفاهيم حول فتوى نسبت إلى الإمام محمد عبده:

لقد ذكر بعض الذين يرون جواز التأمين على الحياة أن الإمام محمد عبده يرى جوازه استنادا على فتوى صدرت منه عندما كان مفتياً للديار المصرية سنة 1321هـ، ولقد قام بعض العلماء بتصحيح المفاهيم حول هذه الفتوى وانتهى إلى أن هذه الفتوى بعيدة عن موضوع التأمين وأنه لا يصح أن يؤخذ منها رأى للإمام محمد عبده بشأن التأمين.

ولإيضاح ذلك يلزم الإشارة إلى مضمون السؤال الذي وجه ومضمون الفتوى:

سأل مدير إحدى الشركات الأجنبية في مصر، عن رجل يريد أن يتعاقد مع جماعة على أن يدفع لهم مالا من ماله الخاص في مدة معينة على أقساط متساوية ليعملوا فيه بالتجارة، وأنه إذا انتهت المدة المذكورة وكانوا قد عملوا في ذلك المال، وكان حياً يأخذ ما يكون له من المال، مع ما يخصه من الأرباح، وإذا مات في خلالها فيكون لورثته، أو لمن يكون له حق الولاية في ماله، أن يأخذوا المبلغ المذكور مع الأرباح، فهل مثل هذا التعاقد الذي يكون مفيداً لأربابه بما ينتجه لهم من الربح جائز شرعاً؟

فأجاب الإمام محمد عبده: لو صدر مثل هذا التعاقد بين هذا الرجل وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة كان ذلك جائزاً شرعاً، ويجوز لهذا الرجل بعد انتهاء الأقساط والعمل بالمال في التجارة وحصول الربح أن يأخذ لو كان حياً ما يكون له من المال مع ما خصه من الربح، وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته أو لمن كان له ولاية التصرف في ماله بعد موته، أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما انتجته التجارة من الربح.

فهذه هي الفتوى التي أخذ منها بعض من يرون جواز التأمين، ان الشيخ محمد عبده أجاز عقد التأمين على الحياة.

ولقد قام بعض العلماء بتحقيق هذه الفتوى والنظر فيها والرجوع بشأنها إلى السجلات الرسمية لدار الإفتاء المصرية، وانتهوا إلى أن هذه المسألة وجوابها زاد البعض عليها، لكي يتوصلوا بها إلى جعلها متعلقة بالتأمين على الحياة وأنه يجوز شرعاً (1)، كما انتهى هؤلاء العلماء إلى أن هذه الفتوى لا تتعلق بموضوع التأمين مطلقاً، وعلى هذا فلا يصح أن يؤخذ من هذه الفتوى رأي الإمام محمد عبده في التأمين (2).

(1) يراجع في ذلك: مجلة المحاماة، السنة الخامسة، رقم 460، ص 563 وما بعدها، حيث ذكر السؤال والفتوى بصيغة أخرى لكي توحى بجواز التأمين.

(2) يراجع في ذلك: عبد الرحمن تاج، شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 108 وما بعدها، محمد أحمد فرج السنهوري، التأمينات، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها، الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 13 وما بعدها، والدكتور زكي الدين شعبان، التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، ص 29 وما بعدها.

## الفصل الأول البديل الإسلامي للتأمين من التنظير إلى التطبيق

في هذا الفصل سوف نتناول البديل الإسلامي للتأمين من حيث التنظير، ثم من حيث التطبيق، وبناء على ذلك فإن هذا الفصل سوف يشتمل على المبحثين التاليين:

**المبحث الأول:** البديل الإسلامي للتأمين من حيث التنظير ( فقه إسلامي للتأمين)

**المبحث الثاني:** البديل الإسلامي للتأمين من حيث التطبيق

### المبحث الأول البديل الإسلامي للتأمين من حيث التنظير ( فقه إسلامي للتأمين)

في هذا المبحث سوف نتحدث عن طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين، ثم نشير إلى نموذج لكل طريقة من طرق البحث عن هذا البديل، وبناء على ذلك فإن هذا المبحث سوف يشتمل على المطالب التالية:

**المطلب الأول:** طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين

**المطلب الثاني:** التأمين التكافلي كطريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين وموقفنا منه

**المطلب الثالث:** وسائل إسلامية موصلة إلى أهداف التأمين

### المطلب الأول طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين

منذ حديث ابن عابدين عن التأمين بدأ العلماء يتناولون موضوع التأمين بالدراسة والبحث والتحليل، ومع تطور وزيادة نظم التأمين الوضعية، ازدادت الدراسات الفقهية الإسلامية لظاهرة التأمين على كافة الأصعدة، أي على مستوى الدراسات والأبحاث والمناظرات والفتاوى والمؤتمرات<sup>(1)</sup>، فبدأوا بدراسة ظاهرة التأمين ومدى مشروعيتها

(1) فقد انعقد مؤتمرات عديدة في العالم العربي والإسلامي لدراسة التأمين بكل أنواعه وصوره، ولعل أهم هذه المؤتمرات، مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من 16: 21 من شوال 1380 هـ - 1: 6 ابريل 1961م، والمؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1385 هـ - 1965م، وكذلك المؤتمر الثالث لهذا المجمع سنة 1386 هـ - 1966م، وكذلك المؤتمر السابع لهذا المجمع سنة 1392 هـ - 1972م، وندوة التشريع الإسلامي التي أقيمت بالجامعة الليبية سنة 1972م، والمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة 21: 26 صفر 1396 هـ - 21: 26 فبراير 1976، والدورة الأولى لمجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي شعبان 1398 هـ مكة

والتنظير لنظام تأمين إسلامي، الأمر الذي يمكن القول معه بأنه أصبح هناك ما يمكن أن نسميه فقه إسلامي للتأمين، ولقد ساهم في هذا الفقه كل من تناول موضوع التأمين سواء أكان من الذين أباحوا التأمين بكل صورته المعروفة في ظل النظم الوضعية، أو كان من الذين لم يجيزوه.

فهناك الكثير من علماء الفقه الإسلامي الذين تحدثوا عن موضوع التأمين، وتعددت وجهات نظرهم حول هذا الموضوع، ورجح البعض ما رآه راجحاً من وجهة نظره، وهذا حق لأي فقيه يتعرض لهذا الموضوع، لأنه من الموضوعات الاجتهادية التي يحق للعلماء الاختلاف بشأنها، وإن هذا الاختلاف يثرى موضوع التأمين من الناحية الشرعية ويصل إلى الهدف المنشود من التعرض لهذا الموضوع.

وفي ظل هيمنة التأمين الوضعي وبعد أن بحث فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين التأمين وأبدى كل منهم وجهة نظره فيه كما سبق وأن أشرنا، ونظراً لأهمية التأمين في هذه الآونة، ونظراً للخلاف القائم بين الفقهاء في مدى مشروعية التأمين التجاري وما يشبهه، وذهاب كثير من الفقهاء إلى تحريمه بناء على أنه من قبيل الغرر المنهى عنه أو أنه من قبيل الربا المحرم، أو على الأقل أنه من قبيل الموضوعات المختلف فيها فيكون من قبيل الشبهات، وأنه يجب على المسلم أن يتجنب الشبهات لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهاً، لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كراع يرفع حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله في أرضه محارمه<sup>(1)</sup>، فنظراً لكل ذلك كانت هناك رغبة جادة في إيجاد صيغة للتأمين تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

فإذا كان الهدف أو الغاية من التأمين، يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأهدافها، إلا أن شرعية الهدف أو الغاية لا تضيء الشرعية على كل الوسائل أو الطرق التي يمكن استخدامها للوصول إلى هذا الهدف، فلا بد وأن تكون الوسيلة مشروعة لتحقيق الأهداف والغايات الشرعية<sup>(2)</sup>.

---

المكرمة، والمؤتمر الثاني لمجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي بجدة من 10: 16 ربيع الثاني 1406 هـ - 22: 28 ديسمبر 1985م، وغيرها. وقدمت في هذه المؤتمرات مجموعة من الأبحاث طرحت وجهات النظر المختلفة للتأمين وساهمت بشكل كبير في ما يمكن أن نسميه بفقه إسلامي للتأمين.

(1) البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 1، ص 19، مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 5، ص 50، ص 51.

(2) في هذا المعنى يراجع: الدكتور يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الاتحاد الإسلامي العالمي للمنظمات الطلابية، سنة 1398 هـ - 1978م، ص 257، عبد الله مبروك النجار، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 420.

وبالفعل ظهرت محاولات من بعض العلماء لتقديم البديل الإسلامي للتأمين يكون متفقا وأحكام الفقه الإسلامي، فقاموا في سبيل تحقيق ذلك بعدة أبحاث ودراسات ومؤتمرات ومناظرات وفتاوى، ومن خلال ذلك قاموا بوضع عدة نماذج وتصورات ونظم للتأمين تعد من وجهة نظرهم متفقه مع أحكام الفقه الإسلامي.

ولا شك أن أصحاب هذا الطريق هم الأجدر بالإتياع لأنهم أثروا الفقه الإسلامي من الناحية النظرية بآراء ونماذج لأنواع من التأمين تعتبر من وجهة نظرهم بديلا إسلاميا عن نظم التأمين الوضعية، ووضعوا هذه النماذج حيز التطبيق وذلك من خلال إنشاء شركات التأمين الإسلامية، ولهذا كان موقفهم جدير بالاعتبار على الصعيد النظري والتطبيقي، لأكثر من سبب لعل أهمها دفع الظن الخاطئ لدى البعض من أن الشريعة لا تتسع لنظام يهدف إلى حماية الأموال أو الأشخاص من المخاطر التي قد يتعرضون لها، وأيضا أنه إذا قرر العالم أن أمرا ما يعد محظورا شرعا فإنه يجب الاجتهاد في وضع البدائل المباحة شرعا حماية للدين وإصلاحا للناس خاصة إذا كان هذا الأمر يهدف إلى تحقيق حاجات الناس، وهذا من الفقه والنصح في دين الله، فإذا منع المفتي المستفتي من محظور وكانت حاجته تدعوه إليه وجهه إلى بديل مباح يكون عوضا له منه فيسد عليه باب المحظور ويفتح له باب المباح<sup>(1)</sup>.

### وجهات النظر في طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين

طرح العلماء عدة نماذج وتصورات للتأمين الإسلامي، ويمكن رد وجهات النظر في طريق البحث عن بديل إسلامي للتأمين إلى ما يلي<sup>(2)</sup>:

**وجهة النظر الأولى:** وتتمثل في البعد عن كل صور التأمين التي عرفت في ظل النظم الوضعية ومحاولات تهذيبها أو تعديلها أو تطويرها بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية لأنها في النهاية يكون الجوهر واحد، وتبقى شبهات الحرمة قائمة، فليس من المستساغ اعتماد صورة من صور التأمين المعروفة في ظل نظم غير إسلامية وتعامل الناس بها ثم اصباح الصيغة الإسلامية عليها، وأنه يجب البحث عن بديل إسلامي للتأمين من خلال الشريعة الإسلامية، لأن الشريعة الإسلامية لا تخلوا من صيغة تكفل الأمن والأمان للأفراد، الذي يسعى التأمين في ظل النظم الوضعية إلى تحقيقه، لأن أغلب المخاطر التي يغطيها التأمين الوضعي موجودة منذ القدم، فالموت والعجز والإصابة وهلاك الأموال بالكوارث الطبيعية وغيرها موجودة منذ نشأة البشرية، ولا تخلو الشريعة الإسلامية من صيغ تكفل هذه المخاطر<sup>(3)</sup>، فالإسلام جاء بالتكافل الاجتماعي وجعل لتحقيقه عدة طرق

(1) يراجع: ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 4، ص 159، ص 160.

(2) يراجع في ذلك: يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، مرجع سابق، ص 291 وما بعدها، رأفت مصطفى الجبالي، النظام المقترح للتأمين في نظر الباحثين المعاصرين، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد السبعون جمادى الأولى سنة 1410 هـ - يناير سنة 1990م، ص 20 وما بعدها.

(3) يراجع في ذلك على سبيل المثال: الدكتور عيسى عبده، التأمين الأصيل والبديل، دار البحوث

منها الزكاة.

**وجهة النظر الثانية:** وتتمثل وجهة النظر هذه في النظر في أنواع التأمين التي عرفت في ظل النظم الوضعية والقيام بتهديبها وتصحيحها وتخليصها من المحظورات الشرعية أو تعديلها أو تطويرها بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويعد التأمين التعاوني أو التكافلي أفضل صيغة تعبر عن وجهة النظر هذه.

ولا شك أن لكل وجهة من هاتين الوجهتين لها وجاهتها ولها أهميتها، ولكن الواقع الحالي في العالم العربي والإسلامي جعل وجهة النظر الثانية هي الأقرب إلى الواقع وبالتالي أخذت طريقها إلى التطبيق، أما وجهة النظر الأولى فهي وإن كانت من وجهة نظرنا الأفضل إلا أن الواقع الحالي في العالم العربي والإسلامي - بكل أسف - جعلها أصعب في التطبيق نظراً لأنها تحتاج في تطبيقها الصحيح إلى نظام إسلامي متكامل، يكون فيه الاقتصاد الإسلامي أحد ركائزه الأساسية.

وبناء على ذلك فإن البديل الإسلامي للتأمين يأتي من خلال هاتين الوجهتين، ويمثل التأمين التكافلي أو التعاوني، والزكاة أفضل صيغتين يعبران عن هاتين الوجهتين.

## **المطلب الثاني** **التأمين التكافلي وموقفنا منه**

في هذا المطلب سوف نشير إلى التأمين التكافلي كطريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين، ثم بعد ذلك نبين موقفنا من هذا النوع من التأمين، وبناء على ذلك فإن هذا المطلب سوف يشتمل على الفرعين التاليين:

**الفرع الأول:** التأمين التكافلي كطريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين

**الفرع الثاني:** موقفنا من التأمين التكافلي كبديل إسلامي للتأمين

## **الفرع الأول** **التأمين التكافلي كطريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين**

يعد التأمين التكافلي أو التعاوني طريقة من طرق البديل الإسلامي للتأمين، وهو البديل الذي يعبر عن وجهة النظر الثانية المشار إليها سابقاً.

وفي الواقع يعد مصطلح التأمين التعاوني أو التبادلي هو استخدام غربي وقانوني، في حين نجد بعض علماء الإسلام يميلون إلى استخدام مصطلح التأمين التكافلي، ويبدو

---

العلمية، سنة 1392هـ - 1972م، ص 16 وما بعدها، ولفس المؤلف، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها، الدكتور عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 2006م، ص 41 وما بعدها.

لي أن مصطلح التأمين التكافلي أفضل في الاستعمال الإسلامي من مصطلح التأمين التبادلي أو التعاوني، وهو ما سنستخدمه في هذا المجال، على أساس أن المصطلح الأخير وإن كان مرادفاً للأول في المعنى، إلا أن مصطلح التأمين التعاوني أو التبادلي يظل يستخدم للدلالة على هذا النوع من التأمين في ظل أنظمة لا تراعى في استثمار الأموال أحكام الشريعة الإسلامية، ولكي يبقى مصطلح التأمين التكافلي دالاً على هذا النوع من التأمين الذي يعمل به في ظل أنظمة تراعى في استثمار الأموال أحكام الشريعة الإسلامية.

## ماهية التأمين التكافلي

في الواقع جرت محاولات عديدة من البعض لبيان ماهية التأمين التكافلي، ولكن هذه المحاولات وإن اختلفت من حيث الألفاظ إلا أن جميعها متقاربة من حيث المعنى، وتعتبر عن مبدأ التكافل والتعاون والتضامن الذي يهدف إليه هذا النوع من التأمين، من هذه المحاولات على سبيل المثال ما يلي:

- إن نظام التأمين التكافلي هو عبارة عن تعاون مجموعة من الأشخاص على سبيل التبرع، يسمون بهيئة المشتركين، يتعرضون لخطر أو أخطار معينة، على تلافى آثار الأخطار التي قد يتعرض لها أحدهم أو بعضهم، بتعويضه عن الضرر الناتج من وقوع هذه الأخطار، وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين يسمى القسط أو الاشتراك تحدده وثيقة التأمين أو عقد الاشتراك، وتتولى شركات التأمين الإسلامية إدارة عمليات التأمين واستثمار أمواله نيابة عن هيئة المشتركين، في مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه الأموال باعتبارها مضاربا، أو مبلغا معلوما باعتبارها وكيلاً أو هما معا.

فوفقاً لهذا النظام يكون عقد التأمين التكافلي عبارة عن اتفاق بين شركة التأمين الإسلامي باعتبارها ممثلة لهيئة المشتركين وشخص طبيعي أو اعتباري على قبوله عضواً في هيئة المشتركين، والتزامه بدفع مبلغ معلوم يسمى القسط على سبيل التبرع منه ومن عوائد استثماره لأعضاء هذه الهيئة، على أن تدفع له الشركة نيابة عن هذه الهيئة من أموال التأمين التي تجمع منه ومن غيره من المشتركين، التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصابه من وقوع خطر معين، أو مبلغ التأمين على النحو الذي تحدده وثيقة التأمين ويبين أسسه النظام الأساسي للشركة<sup>(1)</sup>.

- عرف البعض التأمين التكافلي بأنه عبارة عن عقد تبرع بين مجموعة من الأشخاص للتعاون على تفنيت الأخطار المبينة في العقد، والاشتراك في تعويض الأضرار الفعلية التي تصيب أحد المشتركين والناجمة عن وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك وفقاً للقواعد التي ينص عليها نظام شركة التأمين والشروط التي تتضمنها وثائق التأمين وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فوفقاً لهذا التأمين يعتبر كل طرف مشترك مؤمناً

(1) الدكتور حسين حامد حسان، التأمين على حوادث السيارات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لحلقة العمل حول عقود التأمين الإسلامي، التي نظمها معهد البحوث ببنك التنمية الإسلامي بجدة، من 12: 14 / 1 / 2002م، ص 2 وما بعدها.

ومؤمنا له، وإذا حصل ربح أو فائض تأميني يستفيد منه المشتركون في التأمين، وأن الربح تابع لنتائج استثمار أموال التأمين وليس مقصودا ابتداء في العلاقة بين الاشتراك ومبلغ التأمين<sup>(1)</sup>.

- ومنها أنه نظام يقوم على التعاون بين مجموعات أو أفراد يتعهدون على وجه التقابل بتعويض الأضرار التي تلحق بأي منهم عند تحقق المخاطر المتشابهة، وهؤلاء المساهمون في تحمل المخاطر لهم من المصالح ما للمؤمن له الذي أصابه الضرر<sup>(2)</sup>.

- منها أن التأمين التكافلي هو التأمين القائم على تكوين محفظة تأمينية لصالح حملة وثائق التأمين، بحيث يكون لهم الغنم وعليهم الغرم، ويقتصر دور الشركة على الإدارة بأجر، واستثمار موجودات التأمين بأجر، أو بحصة على أساس المضاربة، وإذا حصل فائض من الأقساط وعوائدها بعد دفع التعويضات، فهو حق خالص لحملة الوثائق، فالتأمين التكافلي كأن تأسس جماعة شركة مضاربة تقوم بالتجارة في موجودات الشركة ويلحقون بنظام الشركة عقدا تكافليا يلتزم فيه أعضاء الشركة بتأمين بعضهم البعض وحمايتهم من الأخطار على أن يكون تعويض هذه الأخطار من ربح هذه الشركة وذلك على أساس أنه يجوز أن يتبرع المضارب بربحه<sup>(3)</sup>.

**خصائص التأمين التكافلي:** يتضح من خلال ماهية التأمين التكافلي أن له عدة خصائص منها ما يلي<sup>(4)</sup>:

### - اجتماع صفة المؤمن والمؤمن له لكل عضو

من أهم خصائص التأمين التكافلي هي: اتحاد شخصية المؤمن "صاحب المشروع" وشخصية المؤمن له "حامل وثيقة التأمين" ومن هنا جاء وصف هذا النوع من التأمين بالتكافلي حيث يؤمن الأعضاء بعضهم بعضا، فكل منهم مؤمن ومؤمن له في وقت واحد.

(1) الدكتور عبد الحميد محمود البعلي، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي انعقد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة في شهر المحرم 1424 هـ - مارس 2003م، ص 17، ص 18.

(2) الدكتور محمد زكي السيد، نظرية التأمين في الفقه الإسلامي، دار المنار، الطبعة الأولى، ص 230، وفي هذا المعنى يراجع: الدكتور محمد بلتاجي، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، دار العروبة - الكويت، دار الفصحى - القاهرة، سنة 1982م، ص 203.

(3) المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، شبكة الإنترنت، موقع إسلام أون لاين، وانظر أيضا: الشيخ عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، شبكة الإنترنت، موقع الإسلام اليوم، بحوث ودراسات.

(4) الدكتور السيد عبد المطلب عبده، الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين، دار الكتاب الجامعي - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1988م، ص 108 وما بعدها، الدكتور فخري خليل أبو صفية، مشروعية التأمين التعاوني، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثالث والستون - السنة السادسة عشرة - ربيع الآخر، جمادى الأولى، جمادى الآخرة 1425 هـ - يونية، يوليه، أغسطس 2004م

## - لا يهدف التأمين التكافلي بصفة أساسية إلى تحقيق الربح

التأمين التعاوني بهذا المفهوم لا يهدف بصفة أساسية إلى تحقيق الربح من القيام بعمليات التأمين، وإنما يهدف بصفة أساسية إلى رفع الضرر الذي يلحق بالأعضاء، وإن كان هذا لا يمنع في هذا النوع من التأمين من القيام بأعمال تحقق الربح.

## - التأمين التكافلي قائم على التبرع والتضامن

في التأمين التكافلي يقدم كل عضو المبلغ الملزم به (القسط) على سبيل التبرع لهيئة المشتركين (مجموعة المؤمنین)، كما أنه يستفيد من هذه الهيئة في حالة حدث الخطر المؤمن ضده، حيث إن هذا النوع من التأمين يقوم على التضامن الموجود بين هؤلاء الأعضاء في دفع المبلغ المستحق لمن وقع له الخطر أو نسبة منه بحسب الاتفاق.

## - موقف علماء الفقه الإسلامي من التأمين التكافلي

يرى أكثر علماء الفقه الإسلامي المعاصرين أن التأمين التكافلي جائز شرعا وأنه يجوز التعامل به بديلا عن التأمين التجاري<sup>(1)</sup>.

وقد استدلل هؤلاء على مشروعية هذا النوع من التأمين بما يلي:

- بالنصوص الدالة على مشروعية التعاون والتكافل والتكاتف بين المسلمين، مثل قول الله تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ"<sup>(2)</sup>، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا<sup>(3)</sup>، ومنها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة"<sup>(4)</sup>، ومنها ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عاليهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد

(1) أقر هذا النوع من التأمين: المؤتمر الثاني لأسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من 16: 21 من شوال 1380 هـ - 1: 6 ابريل 1961م، المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1385 هـ - 1965م، ندوة التشريع الإسلامي التي أقيمت بالجامعة الليبية سنة 1972م، المؤتمر الثاني لمجمع الفقه الإسلامي بجدة من 10-16 ربيع الآخر 1406 هـ / 22 - 28 كانون الأول (ديسمبر) 1985م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، ص 545.

(2) سورة المائدة الآية رقم (2)

(3) البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 7، ص 80، مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 8، ص 20، الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية سنة 1403 هـ، ج 3، ص 218.

(4) مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 8، ص 71، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق سعيد محمد اللحام، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1410 هـ - 1990م، ج 2، ص 465.

بالسوية، فهم مني وأنا منهم<sup>(1)</sup>.

- كما استدل هؤلاء أيضا بأن التأمين التكافلي يعد ضربا من ضروب التكافل في الإسلام، وأنه معاملة أساسها التعاون والتبرع، وهي خالية من معنى المعاوضة، لذا انتفى عنها مفسدة الجهالة والغبن وشبهة الربا، فالتأمين التكافلي خال من الربا، فليست عقود المساهمين ربوية ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية، كما أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التكافلي بتحديد ما يعود عليهم بالنفع، لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر فاحش، أما الغرر الخفيف فإنه في التبرعات يغتفر للحاجة<sup>(2)</sup>.

- إن التأمين التكافلي من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الحوادث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التكافلي لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يستهدفون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

## الفرع الثاني

### موقفنا من التأمين التكافلي كبديل إسلامي للتأمين

الناظر فيما سبق بشأن ما ذكره العلماء عن التأمين التكافلي وما اطلعنا عليه من خلال الأبحاث والمقالات بهذا الخصوص يلاحظ ما يلي:

- أن التأمين التكافلي هو التأمين المفضل عند الكثير من علماء الفقه الإسلامي المعاصرين كبديل إسلامي للتأمين.

- أن يقوم على أساس المفهوم الإسلامي لكل من التكافل والتعاون والتضامن بين الأشخاص المشتركين في هذا النوع من التأمين.

- أن تكون جميع معاملات الشركة التي تقوم بهذا النوع من التأمين تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، فيجب ألا تستثمر أموال هذا النوع من التأمين في أي عمل يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وألا تتدخل أو تشترك في أعمال لا تتفق مع مبادئ هذه الشريعة، وألا يدار هذا النوع من التأمين بطريق لا تتفق مع هذه المبادئ.

- أن تكون كل أعمال التأمين التكافلي تحت رقابة هيئة شرعية تراجع كافة عمليات التأمين والاستثمار، للتأكد من أنها تسير على المنهج الذي يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

---

(1) البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 3، ص 109، ص 110، مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 7، ص 171، النسائي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1411هـ - 1991م، ج 5، ص 247.

(2) النووي، المجموع في شرح المذهب، دار الفكر، ج 9، ص 258.

وما سبق هو القاسم المشترك عند كل من تحدث عن التأمين التكافلي كبديل إسلامي، وأيضا هو القاسم المشترك المنصوص عليه في نظام تأسيس أكثر شركات التأمين التكافلي الإسلامية.

### تحديد وضبط لطبيعة التأمين التكافلي كبديل إسلامي

ومع هذا القاسم المشترك السابق الإشارة إليه نجد أن هناك عدة مصطلحات يتم تداولها من خلال الحديث عن هذا النوع من التأمين، أو من خلال النظام الأساسي للشركات التي تعمل وفقا لهذا النوع من التأمين، وفي الواقع تعد هذه المصطلحات هي لب طبيعة أو تكييف هذا النوع من التأمين، وهذه المصطلحات هي: التأمين التكافلي عقد تبرع - التأمين التكافلي عقد مضاربة - التأمين التكافلي شركة أموال ويقصد بها شركة العنان - التأمين التكافلي شركة يديرها وكلاء بأجر، فنجد بعضها يذكر مصطلحا واحدا من هذه المصطلحات، في حين بعضها يذكر أكثر من مصطلح، في حين بعضها الآخر يذكر كل هذه المصطلحات.

ويبدو لي أن السبب في ذلك يرجع إلى تعدد الصيغ التي يمكن أن يتم هذا النوع من التأمين من خلالها، وبالتالي كل واحد أو كل نظام يذكر المصطلح الذي يتناسب وطبيعة الصيغة التي ينتهجها في هذا النوع من التأمين.

ولكن لو نظرنا في التبرع في مجال التأمين نجد أن ذلك يتناسب مع التأمين الذي يتم عن طريق الجمعيات وهي في الواقع العملي لا تقوى على منافسة الشركات العملاقة في مجال التأمين مما يجعلها تقدم خدمات ضعيفة إذا ما قورنت بالخدمات التي تؤديها شركات التأمين الكبيرة.

أما بخصوص صيغة شركة العنان فهي بعيدة عن الواقع العملي لشركات التأمين التكافلي الإسلامية، حيث تقتضى شركة العنان في الفقه الإسلامي أن يكون رأس المال من جميع الشركاء والعمل من جميع الشركاء أيضا، وقد يكون ثبوت العمل بموجب نص في عقد الشركة، وقد لا يكون ثابتا بالنص عليه في عقد الشركة، ومع ذلك فثبوته أمر تتطلبه الشركة وإن لم ينص عليه، لأنه شرط من الشروط التي يقتضيها عقد هذه الشركة فشرطه وعدمه سواء في اقتضاء العقد له، ولذلك لو شرط فيها بالأل يعمل أحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما<sup>(1)</sup>، وهذه الشركة بهذه الصيغة بعيدة عن التطبيق

(1) شركة العنان هي عبارة عن عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل واحد منهم بدفع حصة معينة من رأس المال ليحصل الاتجار فيه على أن يكون الربح بينهم بحسب نسبة يتفقون عليها. يراجع في ذلك: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 152 وما بعدها، الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1416 هـ، ج 7، ص 90، الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، سنة 1377 هـ - 1958 م، ج 2 ص 212، ابن قدامة، المغنى، مطبعة المنار، ج 5 ص 124 وما بعدها.

العملي للشركات التأمين التكافلي، لأن كل الشركاء فيها لا يعملون، ولا كل من يعمل فيها شريك في رأس المال.

وبخصوص الشركة التي يديرها وكلاء بأجر، فإن كان الأجر نسبة من الربح وهؤلاء الوكلاء غير مشاركين في رأس المال، فهي مضاربه وهؤلاء الوكلاء هم المضاربون (العامل)، وإن كانوا مشاركين في رأس المال فهي شركة مضاربة عند البعض، وإن كان الأجر محدد بمبلغ معين ليس مضافا إلى الربح فهي مضاربة فاسدة كما سنرى.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن صيغة التأمين التكافلي الإسلامي تنحصر في صورة شركة المضاربة، وبالتالي حتى يكون هذا النوع من التأمين جائزا شرعا، فإنه يجب أن يراعى فيه - بالإضافة إلى ما سبق الإشارة إليه - السمات الأساسية لشركة المضاربة في الفقه الإسلامي وتتلخص هذه السمات فيما يلي:

- المضاربة نوع من الشركة في الربح يكون رأس المال فيها من جانب ويسمى برب المال أو صاحب المال، والعمل من جانب آخر ويسمى المضارب أو العامل<sup>(1)</sup>، فإذا كان رأس المال من الجانبين، أو العمل من الجانبين خرجت الشركة عن المضاربة إلى شركة الأموال، فهي شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر<sup>(2)</sup>، وقد حُكي إجماع الفقهاء على ذلك<sup>(3)</sup>.

- في شركة المضاربة يظل رأس المال المدفوع إلى العامل على ملك صاحبه وهو رب المال<sup>(4)</sup>.

(1) المضاربة وتسمى أيضا بالقراض ويمكن تعريفها بأنها عقد بين طرفين يتضمن أن يدفع أحدهما للآخر مالا يملكه ليتجر فيه بجزء شائع معلوم من الربح كالنصف أو الثلث أو نحوهما بشروط مخصوصة. يراجع: الرملي، نهاية المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج 5، ص 220، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة المكتبة التجارية الكبرى، سنة 1969هـ، ج 3، ص 34.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج 5، ص 645، الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج 3، ص 517، الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 5، ص 220، البهوتي، الروض المربع، دار التراث - القاهرة، ص 297، الحلبي، المختصر النافع، دار الكتاب العربي، ص 146.

(3) حيث قال صاحب بداية المجتهد: "وأجمعوا على أن صفته - القراض - أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال". ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، ج 2، ص 167.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى سنة 1314هـ، ج 5، ص 60، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 517، الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 316، البهوتي، كشاف الفتاوى عن متن الاقناع، مكتبة النصر الحديثة - الرياض، ج 3، ص 522، ابن حزم، المحلى، مكتبة الجمهورية العربية، سنة 1389هـ - 1969م، ج 9، ص 120، الحلبي، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 147، النعسي، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن الكبرى، الطبعة الأولى سنة 1366هـ - 1947م، ج 3، ص 152.

- يجب أن يكون نصيب كل من العامل ورب المال من الربح معلوما وشائعا في الجملة كالربع والتلث والنصف، فإن كان نصيب كل منهما غير معلوم فلا تصح المضاربة، لأن ذلك يؤدي إلى جهالة المفضية إلى النزاع وهي تفسد العقود، وكذلك أيضا فإن كان نصيب كل منهما معلوما ولكنه ليس شائعا في الجملة، كأن كان نصيب أحدهما مقدارا محددا كعشرة دراهم أو مائة درهم أو ما إلى ذلك والباقي للأخر فسدت المضاربة، لأن ذلك يؤدي إلى قطع الشركة في الربح لجواز ألا يربح المضارب إلا هذا المقدار، فلا تتحقق الشركة في الربح، وكل ما يؤدي إلى قطع الشركة في الربح أو يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة<sup>(1)</sup>، وقد حُكي الإجماع على ذلك<sup>(2)</sup>.

- في شركة المضاربة أي خسارة تحسب من الربح إن كان المال قد ربح، فإن لم يكن للمال ربح احتسب من رأس المال، وليس على المضارب شيء من الخسارة طالما لم تكن هذه الخسارة بسبب تقصيره فيكفي العامل خسارة جهده الذي يبذله وعمله الذي قام به أثناء المضاربة<sup>(3)</sup>.

ولو اشترط صاحب المال على المضارب أن يتحمل في الخسارة أو ألزم العامل أو المضارب نفسه بذلك، فإن مثل هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء، وذلك لأن الخسارة جزء هالك من المال فيلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فلا يلزمه مثل هذا الشرط، أما فيما يتعلق بالعقد نفسه في حالة اشتراط مثل هذا الشرط، فقد اختلف الفقهاء في ذلك فبعضهم كأبي حنيفة ومالك يرون أن العقد صحيح، لأن هذا الشرط شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح المقصود من العقد، فالوضعية جزء هالك من المال فلا يكون إلا على رب المال، وطالما أنه لا يؤدي إلى جهالة فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد، وبعضهم كالشافعي ورواية عن الإمام أحمد يرون أن العقد يفسد بمثل هذا الشرط لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما زيادة دراهم محددة<sup>(4)</sup>.

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى سنة 1379هـ - 1959م، ج 3، ص 25، الدردير، الشرح الصغير، ج 5، ص 183، الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 5، ص 227، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص 508، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 117، النعسي، التاج المذهب، مرجع سابق، ج 3، ص 151، ص 152.

(2) فقد جاء في بداية المجتهد "وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفًا". ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 197، كما جاء في المغنى "قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزء من أجزاء". ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 140.

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 56، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 5، ص 207، المحلى، شرح جلال الدين المحلى بهامش قلبوي وعميرة، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج 3، ص 58، ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 148، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 118، الحلى، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 146.

(4) ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 183، ص 184، الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق،

- في شركة المضاربة إذا تلف أو ضاع أو هلك رأس المال بسبب لا يد للعامل فيه فإنه لا يكون ضامنا لأن العامل أمين، ولأنه متصرف في رأس المال بإذن مالكة فلا يضمن كالوكيل<sup>(1)</sup>، وقد حُكي الإجماع على ذلك<sup>(2)</sup>، أما إذا كان التلف أو الضياع أو الهلاك نتيجة تعدد من المضارب كأن فعل ما ليس له فعله أو اشتري شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر العلماء، لأنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب<sup>(3)</sup>.

ولو اشترط رب المال الضمان على العامل أو الزم العامل نفسه بالضمان، وذلك في الحالات التي لا يكون للعامل يد في الهلاك أو التلف أو الضياع، فقد أجمع الفقهاء على أن مثل هذا الشرط باطل، لأن المضارب أمين وشرط الضمان في الأمانات مخالف مقتضاها<sup>(4)</sup>، أما بالنسبة لعقد المضاربة ذاته فقد حكي عن الإمام الشافعي وغيره أن العقد يفسد بهذا الشرط، لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما زيادة دراهم من الربح، أما الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد بن حنبل فقد ذهبا إلى أن العقد صحيح لأنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به العقد<sup>(5)</sup>.

- عقد المضاربة عقد جائز، أو بمعنى آخر عقد غير لازم حيث يجوز لكل من طرفيه فسخ العقد متى شاء طالما لم يشرع العامل في العمل، لأن المضاربة في ابتدائها وكالة وفي انتهائها إما شركة وإما جعالة وكلاهما عقود جائزة<sup>(6)</sup>، وقد حُكي الإجماع على ذلك<sup>(7)</sup>.

أما إذا شرع العامل في المضاربة فالأمر محل خلاف بين الفقهاء، فالحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية يرون أن عقد المضاربة في هذه الحالة غير لازم

ج 5، ص 55، ص 56.

(1) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة، ج 3، ص 209، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 519، ص 520، الشريبي الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 318، ص 319، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص 522، ص 523، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 118.

(2) فقد جاء في بداية المجتهد "وأجمعوا على.... أنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد". ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 197.

(3) ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 165.

(4) فقد جاء في المغنى "أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا". ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 183.

(5) ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 184.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 3655، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 5، ص 215، الشريبي الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 319، ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 179، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 119، الحلبي، المختصر النافع، مرجع سابق، ج 2، ص 200.

(7) فقد جاء في بداية المجتهد: "أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض". ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص

200.

ولكل من رب المال والمضارب الفسخ متى شاء، لأنه لا يجوز أن يجبر رب المال على التمادي في عمل لا يريده في ماله، كما أنه لا يجوز أن يجبر العامل على التمادي في عمل لا يريده في عمله، ولأنه لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الفسخ قبل التصرف أو كان بعد التصرف<sup>(1)</sup>.

أما المالكية فيرون أنه إذا تزود المضارب من مال المضاربة ولم يشرع في السفر، كان العقد لازماً من جانب العامل ولا يجوز له حينئذ فسخه، وإنما الحق في الفسخ يكون لرب المال، وإذا التزم العامل لرب المال بما اشترى به الزاد كان له حينئذ فسخ العقد، أما إذا تزود العامل من ماله هو فله الحق في الفسخ، وليس لرب المال الفسخ إلا إذا دفع له ما غرمه في شراء الزاد فإنه يكون له حينئذ الفسخ، ويكون العقد لازماً للجانبين إذا عمل المضارب في الحضر أو شرع في السفر، وبالتالي لا يجوز لاحدهما فسخ العقد<sup>(2)</sup> لما فيه من الضرر للجانبين.

أما عن توقيت عقد المضاربة فإن هذا الأمر محل خلاف بين الفقهاء، فالحنفية والحنابلة يرون أنه يجوز توقيت عقد المضاربة بمدة معينة، لأن المضاربة توكيل، والتوكيل يجوز توقيته بالزمان وكذلك المضاربة<sup>(3)</sup>، وهو ما نرجحه، أما الشافعية والمالكية والظاهرية والشيعة الإمامية فيرون أنه لا يجوز توقيت المضاربة، وذلك لأن التوقيت يخل بمقصود العقد، فقد لا يربح العامل في تلك المدة فلا يفيد العقد فائدة، ولأن توقيت المضاربة لم يأت به نص أو إجماع، وأيضاً لأنه شرط ليس من مقتضى العقد، ولأنه شرط يؤدي إلى ضرر بالعامل لأنه قد يكون الربح والحفظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها<sup>(4)</sup>.

- في شركة المضاربة يشترط أن يكون رأس المال نقداً كالدرهم والدنانير أو ما في حكمها، لأن النقد يمثل أصول الائتمان وقيم المتلفات وهذا بإجماع الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في المضاربة بالعروض، فجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز القراض بالعروض، لأن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً لأن العامل يقبض العروض وهو يساوي قيمة ما، ويرده وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولين، ولكن البعض جوز

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 3655، الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 319، ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 179، ابن حزم، المحلى، مرجع السابق، ج 9، ص 119، الحلى، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 146.

(2) الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 5، ص 215، ص 216.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 3633، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص 512.

(4) الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 312، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 519، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 116، الحلى، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 146، ويراجع في هذا الخلاف أيضاً: ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 199، ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 185، ص 186.

المضاربة بالعروض<sup>(1)</sup> فهو يرى أن المضاربة بالمكيل والموزون تجوز لأنها من ذوات الأمثال، ويمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض<sup>(2)</sup>.

- في شركة المضاربة يجب أن يكون نصيب المضارب ورب المال، من الربح الناتج عن رأس المال الذي يعمل فيه العامل، والذي أخذه من رب المال لا من ربح مال آخر، وذلك لأن العامل يستحق نصيبه من الربح بالعمل في هذا المال، ورب المال يستحق نصيبه من الربح، لأنه نماء ماله أو بمعنى آخر بسبب هذا المال، وعلى ذلك فلا يستحق العامل أو رب المال أن يأخذ نصيبه من مال أو من ربح مال آخر، لأن العامل لم يعمل في هذا المال الآخر، ورب المال لا يستحق شيئاً منه أو من ربحه لأنه لا علاقة له به<sup>(3)</sup>، وقد حُكي الإجماع على ذلك<sup>(4)</sup>.

- في شركة المضاربة يكون نصيب كل من رب المال والعامل على أساس نسبة معلومة شائعة من الربح، وليس على أساس نسبة معينة من رأس المال<sup>(5)</sup>، قد أجمع الفقهاء على ذلك<sup>(6)</sup>، لأن تحديد حصة كل منهما على أساس نسبة من رأس المال دون الربح قد يؤدي إلى عدم تحقق المشاركة في الربح واستئثار أحدهما به دون الآخر.

فهذه هي السمات أو الملامح الأساسية لشركة المضاربة في الفقه الإسلامي وهي سمات أجمع العلماء على أكثرها، وبالتالي فإن التأمين حتى يكون متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية لا بد وأن يراعى هذه السمات فإن خالفها فلا يعد إسلامياً.

ويبدو لي أن أفضل صيغة للتأمين التكافلي الإسلامي هو التأمين الذي يتم عن طريق شركة المضاربة المراعى فيها السمات الأساسية السابق بيانها، وذلك لأن هذه الصيغة تتيح لشركات التأمين الإسلامية استثمار أموال حملة الأسهم والاحتياطيات المتوفرة لديها، عن طريق المضاربة، وتوزيع نسبة من أرباح هذه الاستثمارات على حملة الأسهم، وبالتالي فإن هذه الصيغة تؤدي إلى جذب المستثمرين والعمل على تقوية شركات التأمين

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 197.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 53.

(3) السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج 3، ص 22، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 5، ص 183، الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 312، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص 508، الحلى، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 146.

(4) فقد جاء في بداية المجتهد: "وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال...". ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 197.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 3602، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 5، ص 183، المحلى، شرح جلال الدين المحلى، مرجع سابق، ج 3، ص 54، البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، ص 297، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 117، الحلى، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 146.

(6) وهذا هو ما يفهم مما جاء في بداية المجتهد حيث جاء فيه: "وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً". ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 197.

الإسلامية من حيث مراكزها المالية وطاقتها الاستيعابية، الأمر الذي سيمكنها من زيادة حجم رأس مالها ويزيد من ثقة المتعاملين مع هذه الشركات، وبالتالي تستطيع أن تتنافس شركات التأمين الكبرى غير الإسلامية، وأن تصبح صناعة التأمين التكافلي أكثر جاذبية لرؤوس الأموال، وتشجيع حملة الأسهم على زيادة رأسمال هذه الشركات.

ويمكن أن نتصور التأمين التكافلي كبديل إسلامي من خلال صيغة شركة المضاربة بصورتها المعروفة في الفقه الإسلامي في الصورة التالية:

أن يقدم المال من جانب والعمل من جانب آخر على أن يقسم رأس المال إلى أسهم، ويكون رأس المال هذا قابلاً للزيادة، وبالتالي زيادة الأسهم وفقاً لزيادة الطلب على هذه الأسهم، ويقوم المكلف بالعمل أي من كان سهمه هو عمله، بإدارة هذه الأموال واستثمارها، ويقسم الربح الناتج عن هذه الاستثمارات على أسهم رأس المال وعلى القائمين بالعمل، ونفس الأمر بالنسبة للخسارة، كل ذلك على حسب الشروط المنصوص عليها في عقد الشركة.

كما ينص في عقد الشركة على أن تكون نسبة 65% من الأرباح لحاملي الأسهم (أصحاب رأس المال) وتخصص - أو على سبيل التبرع - هذه النسبة لتغطية المخاطر المؤمن عليها والتي تلحق بأحد حاملي هذه الأسهم، وذلك وفقاً لما يحمله الشخص من أسهم ووفقاً لما هو منصوص عليه في العقد، أما نسبة الـ 35% الأخرى من الأرباح تكون للعاملين (المضارب) على أن تخصص منها نسبة 15% لتغطية المخاطر المؤمن عليها والتي تلحق بأحدهم وفقاً لما هو منصوص عليه في العقد، أما الباقي وهو 20% فإنها توزع عليهم في صورة مرتبات.

كما ينص في عقد الشركة على أنه إذا ما أراد حامل السهم أن يسترد قيمة سهمه قبل مدة معينة كعشر سنوات مثلاً، فإنه يسترد المبلغ الذي دفعه فقط، أما إذا أراد أن يسترده بعد هذه المدة، ولم يكن قد استفاد بالتأمين فإنه يسترده مضافاً إليه نسبة معينة من الربح يكون منصوصاً عليها في العقد.

هذا ويرى البعض أن التأمين التكافلي يمكن أن يكون عبر تكوين شركة مضاربة يقوم فيها بعض أصحاب الأموال بالعمل لصالح الجميع، على أن يكون لهؤلاء مزيد من الأرباح، لأنهم مشتركون بأموالهم وأبدانهم، وهذه الصورة جائزة وفقاً للمذهب الحنبلي<sup>(1)</sup>، وهو ما نرجحه أيضاً، ولكن البعض يرى أن هذه الصورة هي عبارة عن شركة مضاربة ومعها شركة أموال (عنان)، ويبدو لي أن هذه الصورة تقريباً هي التي وافق عليها مجلس المجمع بالإجماع بناء على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بتاريخ 1397/4/4هـ والتي تقضى بأن يكون التأمين التعاوني (التكافلي) على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة، وهي تقريباً نفس صورة التأمين التكافلي في التجربة الماليزية

(1) يراجع في ذلك: ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج 5، ص 136 وما بعدها.

حيث تعتبر هذه الصورة مزيجاً من شركة المضاربة وشركة العنان، وإن كنا نرى أنها صورة مضاربة اتفق فيها على أن لرب المال المشاركة في العمل وإنها جائزة وفقاً للمذهب الحنبلي، وذلك لأن شركة العنان بعيدة عن واقع شركات التأمين الإسلامي كما سبق أن أشرنا، وأن ما يراد بالعمل به من خصائص لشركة العنان كالتفاوت في رأس المال أو الربح يمكن أن يتحقق من خلال شركة المضاربة كما سبق أن أشرنا.

### المطلب الثالث

## وسائل إسلامية موصلة إلى أهداف التأمين

من الملاحظ أن الشريعة الإسلامية بها وسائل تحقق الأهداف المبتغاة من التأمين، من هذه الوسائل الزكاة<sup>(1)</sup>، فمن خلال هذه الوسائل يمكن تحقيق ما يهدف إليه نظام التأمين بل أكثر منه، وهذه الوسائل هي البديل الذي يعبر عن وجهة النظر الأولى المشار إليها سابقاً، وسوف نكتفي بالإشارة إلى وسيلة الزكاة لأنها تعد أفضل وأهم وأكبر وسيلة موصلة إلى غايات التأمين.

### - الزكاة كوسيلة موصلة لغايات التأمين

تعتبر الزكاة وسيلة إسلامية موصلة إلى غايات وأهداف التأمين<sup>(2)</sup>، وهي وسيلة فعالة لتحقيق التكافل الاجتماعي وتأمين من يتعرضون لما يخشى منه على حياتهم وصحتهم وأموالهم وذريتهم، فهي عون للفقراء والمحتاجين تعينهم على العمل إن كانوا قادرين وتساعدهم على ظروف العيش لو كانوا عاجزين، فهي تحمي المجتمع من الفقر والدولة من الإرهاق والضعف.

فهذه الوسيلة تقوم على مبدأ الزكاة والصدقة، والدافعون لها من يملك نصاباً معيناً من الأموال التي تفرض فيها الزكاة، وبشروط معينة، وبمقتضاها يدفع ما قرره الشرع عليه، والمستفيدون منها هم الأصناف المذكورة في قوله تعالى: "إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ

(1) ويضيف البعض إلى الزكاة وسائل أخرى كبيت المال ونفقة الأقارب والوقف وما إلى ذلك، للمزيد من التفاصيل حول هذه الوسائل يراجع في ذلك: أحمد شرف الدين، عقود التأمين، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها، الدكتور فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 1422 هـ - 2001 م، ص 98 وما بعدها، الدكتور حسين حسين شحاتة، نظم التأمين المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات - مصر، الطبعة الأولى سنة 1425 هـ - 2005 م، ص 56 وما بعدها.

(2) يراجع في ذلك: عبد الله مبروك النجار، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 422 وما بعدها، ومن منطلق قريب من هذا: عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها، حيث يقول: "إن نظام التأمين الإسلامي هو ما شرعه الله تعالى من الأحكام لمنع أسباب الأضرار الصحية والمالية والوقاية منها والتخفيف من أثارها بالوسائل الممكنة، والتعويض عنها من مال من ترتب عليه وهو الأصل أو من موارد الزكاة وغيره عند عجزه كل ذلك في ظل شريعة الإسلام ودولته وكفاءة القائمين عليها، وتحقيق حد الكفاية للفرد والأمة وحسن تربيتهم".

## وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ" (1).

وتحقق الزكاة مجموعة من الغايات والأهداف التي يسعى التأمين إلى توفيرها، ومن ذلك ما يلي:

**- الزكاة وسيلة لتأمين الفقراء والمساكين:** فهي تأمین لكل من لا يملك ما لا يكفي لحوائجه لأي سبب كان، مما يجعله يدخل تحت مفهوم الفقراء والمساكين، ويجمع بين الفقراء والمساكين الحاجة فكلاهما من أهل الحاجة، وإن كان هناك اختلاف بين العلماء حول مفهوم كل منهما والفرق بينهما<sup>(2)</sup>، وبالتالي فإن الزكاة من خلال هذا المصرف أي مصرف الفقراء والمساكين تكون وسيلة لتأمين المرض والإصابة والعجز والشيخوخة والبطالة والطفولة وأي أمر يجعل صاحبه من قبيل الفقراء والمساكين<sup>(3)</sup>.

**- الزكاة وسيلة لتأمين الغارمين:** كما أن الزكاة بخصوص مصرف الغارمين تعد وسيلة تأمین لكل من يدخل في مفهوم الغارمين، والغارم هو من استدان في غير معصية الله، أو في معصية ثم تاب، ثم لم يجد ما يقضى به دينه في عين ولا عرض، كما يدخل في مفهوم الغارم من تحمل حمالة (كفالة) أو ضمن ديننا فلزمه فأجحف بماله، وقال بعض العلماء الغارم هو من احترق بيته، وذهب السيل بماله، وادان على عياله، فجعل الله لهم في هذه الآية سهما<sup>(4)</sup>، كما يدخل في مفهوم الغارمين المتحمل أو الغارم في إصلاح ذات

(1) سورة التوبة الآية رقم (60).

(2) اختلف العلماء في الفرق بين الفقير والمسكين على عدة أقوال: القول الأول: ويرى أن الفقير أحسن حالا من المسكين، فالفقير هو الذي له بعض ما يكفيه ويقيمه، والمسكين الذي لا شيء له، القول الثاني: جعلوا المسكين أحسن حالا من الفقير، القول الثالث: أن الفقير والمسكين سواء، لا فرق بينهما في المعنى وإن اختلفا في الاسم، القول الرابع: الفقير المحتاج المتعفف، والمسكين السائل، القول الخامس: الفقير الذي له المسكن والخادم إلى من هو أسفل من ذلك، والمسكين الذي لا مال له، القول السادس: الفقراء من المهاجرين، والمساكين من الأعراب الذين لم يهاجروا، القول السابع: المسكين الذي يخشع ويستكن وإن لم يسأل، والفقير الذي يتحمل ويقبل الشيء سرا ولا يخشع، القول الثامن: المساكين الطوافون، والفقراء فقراء المسلمين، القول التاسع: أن الفقراء فقراء المسلمين، والمساكين فقراء أهل الكتاب. للمزيد من التفاصيل يراجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة التاريخ العربي - بيروت، سنة 1405 هـ، ج 8، ص 168 وما بعدها.

(3) في هذا المعنى يراجع: محمد شوقي الفنجري، الإسلام والتأمين، مرجع سابق، 24 وما بعدها، حسين حامد، من أجل بديل إسلامي للتأمين التجاري، مرجع سابق، ص 66، عبد السمیع المصري، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، مكتبة وهبة - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1400 هـ - 1980م، ص 64، عبد الله مبروك النجار، عقد التأمين، مرجع سابق، 425 وما بعدها، الدكتور محمد عبد الله مغازي، البطالة ودور الوقف والزكاة في مواجهتها - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، سنة 2005م، ص 150 وما بعدها.

(4) يراجع في ذلك: الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر - بيروت، سنة 1415 هـ، ج 10، ص 210، ص 211، الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة

البين أو في أعمال البر، وهؤلاء هم أصحاب المروءات والهمم الذين يغرمون في إصلاح ذات البين، أو الذين يقومون بأعمال البر، فهؤلاء يأخذون من سهم الغارمين حتى ولو كانوا من الأغنياء<sup>(1)</sup>.

**- الزكاة وسيلة لتأمين ما هو في سبيل الله:** أما بخصوص المصرف الخاص "في سبيل الله" فإن الزكاة تكون وسيلة لتأمين لكل من يدخل في هذا المفهوم كالإنفاق على المجاهدين وعلى تجهيز الجيوش للدفاع عن الإسلام والأوطان، ويدخل في هذا المفهوم أيضا الحجاج والعمار<sup>(2)</sup>، هذا ويوسع البعض من مفهوم هذا المصرف بحيث يشمل الأعمال الصالحة<sup>(3)</sup>، والجهاد الثقافي والإعلامي مثل إنشاء مراكز للدعوة الإسلامية في البلاد غير الإسلامية، وإنشاء مراكز متطورة لإعداد الدعاة، وما إلى ذلك<sup>(4)</sup>، هذا ويوسع البعض من مفهوم ابن السبيل بحيث يشمل اللاجئ الذي يترك وطنه وماله بسبب النزاعات والاضطرابات، وكذلك المسافر لمصالح مشروعة ولا يجد نفقة كالمسافر لطلب العلم، أو ما شابه ذلك<sup>(5)</sup>.

**- الزكاة وسيلة لتأمين ابن السبيل:** تعد الزكاة وسيلة تأمين لكل من يدخل في مفهوم ابن السبيل، وهو المسافر المجتاز من أرض إلى أرض، فهو الذي قطعت عليه الطريق أو جاء من أرض العدو وقد أخذ ماله، أو الغائبون عن أموالهم الذين لا يصلون إليها لبعده المسافة بينهم وبينها حتى يحتاجوا إلى الصدقة، فهي في هذه الحالة مباحة لهم، فقد صاروا إلى حكم من لا مال له<sup>(6)</sup>

فواضح مما سبق أن الزكاة تعد وسيلة تحقق كثيرا من الأهداف التي يسعى التأمين إلى تحقيقها، وأنها وسيلة متنوعة المصارف، ويبدو لي أن الاتجاه الذي يسعى إلى التوسع في مفهوم كل مصرف من مصارف الزكاة هو الراجح، وبالتالي تتوسع الأهداف والغايات

---

1415هـ، ج 3، ص 163، ص 164، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة - بيروت، سنة 1412هـ، ج 2، ص 379، ص 380.

- (1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 8، ص 182.
- (2) الطبري، جامع البيان، مرجع سابق، ج 10، ص 211، ص 212، الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 162، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 8، ص 185 وما بعدها.
- (3) الشيخ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، سنة 1410هـ - 1990م، ص 105، عبد السمیع المصري، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 67.
- (4) للمزيد من التفاصيل يراجع في ذلك: الدكتور يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، سنة 1406هـ - 1986م، ص 674 وما بعدها.
- (5) يراجع: محمد شوقي الفنجري، الإسلام والتأمين، مرجع سابق، ص 26، فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، مرجع سابق، ص 129.
- (6) النحاس، معاني القرآن الكريم، تحقيق محمد علي الصابوني، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى سنة 1409هـ، ج 3، ص 226، ص 227، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 8، ص 187، الشوكاني، فتح القدير، عالم الكتب، ج 2، ص 373.

التي يتم تأمينها من خلال الزكاة.

### العمل على تفعيل دور الزكاة كوسيلة موصلة إلى أهداف التأمين في هذه الآونة

في الواقع إن العمل على تفعيل دور الزكاة كوسيلة موصلة إلى أهداف وغايات التأمين في هذه الآونة، يحتاج إلى الإيمان بدور الزكاة كوسيلة لها أهداف كثيرة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي الاهتمام بها من قبل الدولة والأفراد، ونظرا لأهميتها هذه كانت ركن من أركان الإسلام، وإذا أمتنع أحد عن أدائها جاز لولى الأمر أن يجبره حتى بالقوة على إخراجها كما فعل سيدنا أبو بكر الصديق رضى الله عنه عندما حارب مانعي الزكاة حتى امتثلوا لأمر الله تعالى وقاموا بأداء الزكاة الواجبة عليهم.

فيجب على الدول الاهتمام بالزكاة وذلك من خلال تقنين أحكامها وإنشاء جهاز إداري منظم يقوم على شئونها، كما فعلت بعض الدول كالسعودية والأردن وليبيا، حتى تقوم هذه الوسيلة الهامة بتحقيق الكثير من الأهداف الاقتصادية والاجتماعية<sup>(1)</sup>.

فالأصل أن تقوم الدولة بتحصيل الزكاة والإشراف عليها وتوزيعها وفقا للأسس التي بينها الشرع، ولكن مع عدم قيام الكثير من الدول العربية والإسلامية بهذا الدور في هذه الآونة، فإنه ينبغي على الأفراد سواء على مستوى العائلة أو البلدة أو الأصدقاء أو ما إلى ذلك، تكوين جمعية للقيام بتحصيل الزكاة من العائلة أو البلدة والإشراف عليها وتوزيعها وفقا لما أمر الشرع، وينبغي على الدول أن تسهل هذه المهمة للأفراد ولا تلاحقهم بسوء كخطوة على الطريق، حتى يأذن الله وتقوم الدول بهذا الأمر.

### لا تعارض بين تطبيق الزكاة ونظام التأمين التكافلي الإسلامي

وفي الواقع أن الزكاة كوسيلة موصلة لغايات التأمين، لا تتعارض مع التأمين التكافلي الذي يتم بدون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، فلكل منهما دوره ومجاله وأهميته، فهما يوصلان إلى أهداف أو غايات متشابهة أو مشتركة<sup>(2)</sup>، وكلاهما معاون للأخر، وإن ظل لكل منهما طبيعته وخصائصه، فالزكاة غير التأمين، ولكل منهما غايته وأهدافه وقد تتسع في إحداها عن الأخرى، لكن تبقى بعضها مشتركة، فلا شك أن إنشاء شركات تأمين تقوم على أسس إسلامية، تؤدي إلى تحقيق التكافل بين بعض الأفراد في المجتمع، أمر لا يتعارض مع شريعة الإسلام، ولا تتعارض مع الزكاة كوسيلة كبرى لتحقيق التكافل بين جميع أفراد المجتمع، فهذه الشركات تساعد في الوصول إلى بعض الأهداف التي تحققها الزكاة.

## المبحث الثاني

(1) يراجع: عبد الله مبروك النجار، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 432، فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، مرجع سابق، ص 137.

(2) يراجع: محمد شوقي الفنجري، الإسلام والتأمين، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها، فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، مرجع سابق، ص 140.

## البديل الإسلامي للتأمين من حيث التطبيق

سبق أن أشرنا عن التنظير للتأمين الإسلامي أنه قد يكون تأمينًا تكافليًا وقد يكون عن طريق وسائل آخر توصل إلى نفس غايات التأمين كالزكاة، وأن صورة التأمين التكافلي هي التي دخلت بالفعل في هذه الأونة إلى حيز التطبيق.

### - الدعوة إلى إنشاء شركات التأمين الإسلامية وقيامها بمباشرة أعمال التأمين الإسلامي

بدأ أصحاب وجهة النظر القائمة على ضرورة وجود بديل الإسلامي للتأمين، محاولة إدخال نظام التأمين الإسلامي إلى حيز التطبيق، فدعوا إلى إنشاء شركات التأمين الإسلامية التي تقوم بمباشرة أنواع التأمين التي اعتبروها جائزة شرعًا، ومع تطور الأعمال الاقتصادية وقيام مجموعة من المصارف الإسلامية في العالم في سبعينيات القرن الماضي ظهرت الحاجة للحماية التأمينية لممتلكات وعمليات هذه المصارف، فتبنت جهات مالية إسلامية كالمصارف الإسلامية وغيرها، إنشاء شركات تقوم بالتأمين من منظور إسلامي.

وبالفعل أدى ذلك إلى إنشاء شركات تأمين إسلامية، وكانت أول شركة هي شركة التأمين الإسلامية بالسودان عام 1979م، وتلاها الشركة الإسلامية العربية للتأمين بدولة الإمارات<sup>(1)</sup>، وأخذت هذه الشركات في النمو والتطور حتى أصبح عددها الآن أكثر من مائة شركة، ثلث هذه الشركات تقريبًا موجود بدول الخليج العربي، ونصفها تقريبًا موجود بالدول العربية، وهذه الشركات الإسلامية إذا ما قورنت بغيرها من شركات التأمين التي تعمل وفقًا للنظم الوضعية في البلاد العربية والإسلامية نجدها من أكبر شركات التأمين.

ومن هذه الشركات على سبيل المثال، شركة التأمين الإسلامية بالسودان، والشركة الإسلامية العربية للتأمين بالإمارات، وشركة البركة للتأمين الإسلامي، والشركة الإسلامية لتأمين الاستثمار وقروض التصدير بالسعودية، وشركة التأمين الإسلامية العالمية بالسعودية والبحرين، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين، وشركة دبي الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين، وشركة التأمين التكافلي الكويتية، وشركة سوليديرتي للتأمين التكافلي الإسلامي بالبحرين وقطر، وغيرها من شركات التأمين الإسلامية، وهذه الشركات لها فروع في بعض الدول العربية والإسلامية.

كما يوجد في ماليزيا عدة شركات للتأمين تعمل وفق المنهج الإسلامي، وينظم هذه الشركات قانون التكافل رقم 312 لعام 1984م، وتعد التجربة الماليزية من أهم التجارب

---

(1) يراجع: الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 23، الدكتور غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، دار الاعتصام، ص 320 وما بعدها، الدكتور حسين حامد حسان، من أجل بديل إسلامي للتأمين التجاري، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد السابع، ذو القعدة سنة 1399 هـ - أكتوبر سنة 1979م، ص 65.

في مجال التأمين الإسلامي.

ولقد قامت بعض هذه الشركات بدراسة أسواق التأمين في الدول العربية والإسلامية، وانتهت هذه الدراسة إلى التوصية بافتتاح فروع لهذه الشركات في البلاد العربية والإسلامية لتلبية رغبة شريحة من الناس والمؤسسات والهيئات إلى ما يسمى بالتأمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه الدول وكان من بين البلاد لبنان<sup>(1)</sup>.

ولا شك أن هذه الدراسات الفقهية النظرية بكل وجهات نظرها وتطبيقاتها، استفادت من بعض نظم التأمين الوضعية وتطبيقاتها كالتأمين التعاوني، وأفادت بعض نظم التأمين الوضعية وتطبيقاتها، فمثلا نجد أن بعض شركات التأمين التي تتبع النظم الوضعية، تأخذ ببعض الأساليب التي تتبعها شركات التأمين الإسلامية كبديل إسلامي لنظام التأمين بناء على آراء بعض العلماء، من هذه الأساليب إصدار وثائق أو بوالص تأمين تسمى بوليصة التأمين مع المشاركة في الأرباح، وتقضى هذه البوليصة أو الوثيقة بأن تدفع شركة التأمين للمستأمن إضافة إلى التعويض في حال وقوع الخطر المؤمن ضده، نصيبا من الأرباح الفعلية التي تحققها الشركة نتيجة استثمار أموال التأمينات.

ومن هذه الأساليب أيضا إصدار وثائق تقضى برد شركة التأمين للأقساط التي حصلتها من المستأمن إذا لم يحصل على تعويض في نهاية مدة التأمين.

### - هيئات الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامية

هيئة الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامية<sup>(2)</sup> هي هيئة تقوم بمراقبة ما تقوم به هذه الشركات من أعمال والتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وتقوم بالرقابة أيضا على نظام الشركة وعقودها، وتجب على الاستفسارات التي توجه إليها من إدارة الشركة، ويفترض أن تكون آراؤها ملزمة للشركة وليست مجرد مشورة أو اقتراح تأخذ به الشركة أو لا.

ومن مهمة هذه الهيئات الاشتراك مع المسؤولين في الشركة في وضع نماذج جميع العقود والعمليات، وفي تعديلها وتطويرها، وذلك بقصد التأكد من خلو هذه العقود والعمليات من المحظورات الشرعية.

ويجوز لمجلس الإدارة في هذه الشركات أن يدعو من يمثل هيئة الرقابة الشرعية لحضور أية جلسة من جلساته للمناقشة وإبداء الرأي من الناحية الشرعية، كما تبدى الهيئة

---

(1) كمال علي الموسوي، التأمين التكافلي، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

(2) يراجع في ذلك: الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها، عبد الحميد محمود البعلي، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص 17.

الرأي الشرعي فيما يحال إليها من قضايا<sup>(1)</sup>.

وتتكون هيئة الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامية من عدد من علماء الفقه الإسلامي ويجوز أن يكون معهم بعض فقهاء القانون الذين لهم إمام بأحكام الفقه الإسلامي والمتحمسين لفكرة هذه الشركات.

ويجب أن لا يكون أعضاء هذه الهيئة من أعضاء مجالس إدارة هذه الشركات، ولا من العاملين فيها، ولا من المساهمين أو الشركاء فيها، وأن تعينهم الجمعية العمومية، وذلك ضماناً لحرية آراؤهم واستقلالهم وعدم التأثير عليهم.

### - واقع البديل الإسلامي للتأمين

أشرنا فيما سبق إلى أن بعض الفقهاء صاغوا عدة نماذج وتصورات للتأمين الإسلامي، وأنه تم إنشاء بعض الشركات في عدد من البلاد الإسلامية لتقوم بهذا النمط من التأمين، إلا أن واقع هذه الشركات غالباً ليس مطابقاً لما صاغه الفقهاء بهذا الخصوص ولا مطابقاً لمقصود الفقهاء والمجامع الفقهية التي أجازت بعض أنواع التأمين وإنما هو تطبيق لوجهة نظر هيئات الرقابة الشرعية لدى هذه الشركات.

فقد يكون منها ما هو فكرة مطورة للتأمين التعاوني المعروف في النظم الوضعية، ومنه ما يكون تأميناً تجارياً بضوابط معينة أو حتى بصورته المعروفة، فبعض شركات التأمين الإسلامية تمادت في تقليد هذه النظم، واستعارت هياكلها التنظيمية، فأفرغت البديل الإسلامي من مضامينه وأهدافه<sup>(2)</sup>.

ولذلك صدر بيان من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية تجاه بعض شركات التأمين التعاوني بأنها لا تمثل التأمين التعاوني الذي أباحته هيئة كبار العلماء، وإنما هو تأمين تجاري، وتغيير اسمه لا يغير حقيقته<sup>(3)</sup>.

### - العوائق والتحديات التي تواجه شركات التأمين الإسلامية

وفي الحقيقة أن شركات التأمين الإسلامي تواجه أموراً صعبة من أبرزها ما يسمى بإعادة التأمين، وهو أن تدفع شركة التأمين جزءاً من أقساط التأمين التي تحصل عليها من جمهور المستأمنين، لشركة إعادة تأمين تضمن لها في مقابل ذلك جزءاً من الخسائر، فإذا وقع الخطر المؤمن ضده لجأ المستأمن إلى شركة التأمين التي تدفع له، ثم تطالب شركة إعادة التأمين بدفع جزء من التعويض حسب الاتفاق المبرم بينهما<sup>(4)</sup>، فتكون شركة

(1) يراجع: غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، مرجع سابق، ص 327.

(2) صالح عبد الرحمن الحصين، الهيئات الشرعية الواقع وطريق التحول لمستقبل أفضل، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

(3) مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، العدد 50، سنة 1417 هـ - 1418 هـ، ص 359.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي، التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 553،

التأمين المباشر كوسيط بين المستأمن وشركة إعادة التأمين، وتعترف شركات التأمين الإسلامية بأنه لا قيام لها ولا ازدهار لصناعتها إلا بترتيبات إعادة التأمين<sup>(1)</sup> وشركات إعادة التأمين الضخمة جميعها تجارية، وقد بدأت بعض شركات إعادة تأمين تتبنى النظام الإسلامي فيه<sup>(2)</sup>.

ومن هذه التحديات القوانين القائمة في الدول العربية والإسلامية والتي تقوم على الربا والفوائد الربوية، وكذلك الأمر على الصعيد الدولي حيث يسيطر الطابع الربوي على النظام الاقتصادي العالمي. ومن هذه التحديات أيضا نقص الخبرات في مجال التأمين الإسلامي، وقلة نماذج وصور التأمين الإسلامي، وعدم وضوح نظم التأمين الإسلامي بالقدر الذي يجب أن تكون عليه، والنقص المعرفي لدى الناس لثقافة ولنظام التأمين الإسلامي، وقلة التعاون بين شركات التأمين الإسلامية، وضعف الرقابة الشرعية في هذه الشركات، فمعظم هيئات الرقابة الشرعية في شركات التكافل لا تمتلك التأهيل الفني المهني في التأمين فضلا عن عدم قدرتها على المراجعة المحاسبية وقراءة البيانات المالية للشركة وتحليلها وكذلك فإن معظم الهيئات الشرعية لا تعلم شيئا عن الشركات إلا في حدود ما تطلعها عليه تلك الشركة<sup>(3)</sup>، ومن هذه التحديات أيضا علاقة هذه الشركات مع غيرها من شركات التأمين والتي تعمل وفقا للنظم الوضعية وخاصة شركات إعادة التأمين من ناحية، وعلاقتها بالبنوك المركزية والبنوك الربوية الأخرى.

أما أهم التحديات التي تواجه شركات التأمين الإسلامية هي ظاهرة العولمة، وتداعيات أحداث 11 سبتمبر على كل ما هو إسلامي. أما عن محاولة التصدي لهذه العوائق والتحديات فيكون بطرق كثيرة لعل أهمها الاندماج أو التكامل بين هذه الشركات وكثرة الدراسات الخاصة بأعمال التأمين التكافلي<sup>(4)</sup>، وسوف نشير إلى بعض محاولات التصدي لهذه العوائق والتحديات وذلك من خلال الحديث عن مستقبل البديل الإسلامي للتأمين.

---

دكتور محمد الفرфор، التأمين في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 602.  
(1) يراجع: الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 36، غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، مرجع سابق، ص 340.  
(2) دكتور علي محيي الدين القره داغي، التأمين على الحياة، ضمن بحوثه في فقه المعاملات، ص 263.

(3) كمال علي الموسوي، التأمين التكافلي، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، عثمان الهادي إبراهيم، التكافل وإعادة التكافل ماهيته وتطوراته ومتطلبات نجاحه، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

(4) عثمان الهادي إبراهيم، التكافل وإعادة التكافل ماهيته وتطوراته ومتطلبات نجاحه، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

## الفصل الثاني مستقبل البديل الإسلامي للتأمين والدعوة للعمل به

في هذا الفصل سوف نشير إلى مستقبل التأمين التكافلي كبديل إسلامي في مبحث أول، وفي مبحث ثان دعوة للعمل بنظام التأمين طبقاً لمشروع قانون المعاملات المدنية كبديل إسلامي، وبناء على ذلك فإن هذا الفصل سوف يشتمل على المبحثين التاليين:

### المبحث الأول: مستقبل البديل الإسلامي للتأمين

المبحث الثاني: دعوة للعمل بنظام التأمين طبقاً لمشروع قانون المعاملات المدنية كبديل إسلامي

## المبحث الأول مستقبل البديل الإسلامي للتأمين

### - التأمين الإسلامي في نمو متزايد

تشير الدراسات وتؤكد على أن البديل الشرعي للتأمين الذي تقدمه الشركات الإسلامية للتأمين يشهد نمواً وتطوراً كبيراً وإقبالاً متزايداً، وأن تجربة التأمين الإسلامي حققت نجاحاً كبيراً، وأن هذا النموذج من التأمين أصبح يكتسح أسواق التأمين في الدول الإسلامية<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى أن عدد شركات التأمين الإسلامية ينمو بنسبة لا بأس بها، سواء على مستوى إنشاء شركات جديدة أم على مستوى افتتاح فروع جديدة للشركات القائمة<sup>(2)</sup>، فهناك أكثر من مائة شركة تأمين إسلامية في العالم أكثر من نصفها في الدول العربية وأكثر من ثلثها في دول مجلس التعاون الخليجي، فبعض شركات التأمين الإسلامية تبذل مساعي حثيثة لتوفير خدمة التأمين الإسلامي في بعض الدول العربية التي لا تتوفر فيها هذه الخدمة مثل مصر والمغرب ولبنان وسوريا.

وبالفعل بدأ في سوريا الإعداد لإنشاء شركات تأمين إسلامية لمباشرة أعمال التأمين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>.

وتشير الدراسات إلى أن الشركات الإسلامية للتأمين استطاعت أن تملأ الفراغ في مجال هذا النوع من التأمين، كما تشير الدراسات إلى أن رأس مال واستثمارات هذه الشركات في تزايد مستمر.

(1) الدكتور محمد شريف بشير، الأمان الاقتصادي للناس، شبكة الإنترنت، موقع إسلام أون لاين، مجلة المستثمرون، مجلة متخصصة بشئون البنوك والمؤسسات المالية، العدد 53، ملف العدد.

(2) كمال علي الموسوي، التأمين التكافلي، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

(3) جريدة الثورة السورية، الصادرة في 12 / 5 / 2006م.

## مركز تميز للتأمين الإسلامي

ومن نماذج وتقنيات تطوير أعمال التأمين الإسلامي اتفاق إحدى الجامعات الأردنية ومجموعة من الشركات (جامعة فيلادلفيا وشركة طريق وشركة رصد السعودية وشركة CEB وشركة بالما) على تأسيس مركز تميز للتأمين الإسلامي والمصرفية الإسلامية لخدمة الصناعة المصرفية الإسلامية والتأمين الإسلامي في الأسواق العربية والإسلامية والعالمية، ويعتبر هذا المركز الأول من نوعه في جامعة أردنية.

وضمن مركز التميز هذا ستجرى أبحاث لتطوير نماذج وتقنيات لتطوير أعمال التأمين الإسلامي حيث سيقوم الطلبة وهيئة التدريس بالجامعة بأنشطة بحثية وتطويرية وتنظيم مؤتمرات وورش عمل لتثقيف وإعلام مجتمع التأمين بما يتوصلون إليه.

ستكون مهمة المركز ضمان توفير أحدث نماذج التأمين كجزء أساسي من تعليم طلبة هذا المركز مما يعني ضمان أن خريجي هذا المركز سوف يكونون الأفضل تأهيلاً لعالم التأمين، سوف يكون بوسع الطلبة والباحثين استخدام أفضل أدوات إدارة العمليات التي تقدمها شركة بالما (شركة متخصصة في الإدارة الاستراتيجية والعمليات) لتطوير وتحسين نماذج الأداء التي يعملون عليها، كما سيتمكنهم استخدام الأنظمة الرائدة في إدارة التأمين التي توفرها شركة CEB (شركة توفر حلول برمجية للمؤسسات المالية).

وهناك نموذج مماثل تم تطويره في إحدى الجامعات في ألمانيا (جامعة ليبزيغ) بالتعاون مع عدد من شركات التأمين والاستشاريين وشركات التقنية، ويأمل الشركاء في هذه المبادرة أن يستفيدوا من نموذج هذه الجامعة وأن يبنوا عليه لإيجاد نموذج أكثر مناسبة لأفضل ممارسات التأمين الإسلامي، الأمر الذي سيساهم في مواجهة المعوق الخاص بنقص الخبرات في مجال التأمين الإسلامي<sup>(1)</sup>.

### إطلاق أول شركة إعادة تأمين إسلامية في الشرق الأوسط

أضف إلى ذلك أنه تم إطلاق أول شركة إعادة تأمين إسلامية في الشرق الأوسط فقد أطلقت مجموعة من المؤسسات الخليجية الرائدة شركة "تكافل ري" وهي أول شركة إعادة تأمين في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا يتم تأسيسها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

وتعد الشركة الجديدة أكبر شركة إعادة تأمين إسلامية من حيث رأس المال في العالم

(1) موقع بنك رصد للاستثمار على شبكة الإنترنت، وموقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية على شبكة الإنترنت.

(2) فقد تضامنت مجموعة من المؤسسات المالية الكبرى في منطقة الخليج لتأسيس "تكافل ري" ومن هذه المؤسسات، المجموعة العربية للتأمين (أريج)، والبنك الإسلامي للتنمية ومقره جدة بالسعودية، وشركة دبي للاستثمار، ومصرف الإمارات الصناعي ومحافظ الإمارات (التابعة لمجموعة بنك الإمارات الدولي)، والشركة القطرية الإسلامية للتأمين بقطر، وشركة وثاق للتأمين التكافلي بالكويت.

وقد اختير مركز دبي المالي العالمي مقراً للشركة الجديدة بالنظر لما يتمتع به من بنية تحتية متطورة وسمعة دولية مرموقة.

وأهمية انشاء مثل هذه الشركة تكمن في عدم وجود شركة إعادة تأمين إسلامي بمنطقة الخليج، فهي الحلقة المفقودة في قطاع التأمين الإسلامي المتنامي، حيث إن حجم قطاع التأمين التكافلي الإسلامي في العالم الإسلامي يصل الى أكثر من ثلاثة مليارات دولار منها أكثر من مليارين في منطقة الخليج، وهو يحقق نمواً متسارعاً بفضل الطلب الكبير عليه في مختلف الأسواق العربية الإسلامية.

فتأسيس الشركة الجديدة "تكافل ري" يأتي كخطوة رئيسية نحو توفير هذه الخدمة المهمة لشركات التكافل والتي ستتمكن من القيام بأعمال الإعادة وفق ما توصي به هيئات الرقابة الشرعية التابعة لها بشكل تام.

وستوفر "تكافل ري" لشركات التأمين التكافلي المباشر المنتجات والطاقة الاكتتابية لإعادة التأمين، كما أن عملياتها سوف تشمل جميع أعمال التكافل الرئيسية، ومن المتوقع أن تكون ولكونها لاعباً متخصصاً في مجال إعادة التكافل، سوف تكون "تكافل ري" ملتزمة بالمساهمة بحيوية في تنمية وتطوير قطاع التكافل من خلال توفير مجموعة متكاملة من خدمات إعادة التأمين المطابقة للشريعة الإسلامية والخدمات الأخرى ذات الصلة.

وسوف يتم الإشراف على المطابقة الشرعية من قبل هيئة رقابة شرعية مستقلة تتألف من عدد من علماء الدين الإسلامي البارزين<sup>(1)</sup>.

وبذلك يكون إنشاء هذه الشركة خطوة كبيرة ومهمة على مواجهة المعوق الخاص لشركات التأمين الإسلامية بشأن إعادة التأمين.

### الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال شركات التأمين الإسلامية:

هذا ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أنه يجب الأخذ بنظام الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال التأمين في جميع الدول التي يوجد بها شركات تأمين إسلامية أو فروع لهذه الشركات، وذلك لضمان ممارسة هذه الشركات لعمليات التأمين بالشكل الذي لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، ولضمان نجاح العمل بالبديل الإسلامي للتأمين، ولتنسيق وتوحيد آراء هيئات الرقابة الشرعية في هذه الشركات، فقد تختلف بعض وجهات نظر هيئات الرقابة الشرعية من شركة إلى أخرى، ولما كان الهدف الرئيسي لهذه الهيئات هو مراقبة أعمال هذه الشركات بحيث تكون متوافقة مع أحكام الفقه الإسلامي، فإن الأمر يقتضى تعميم نظام ما يسمى بهيئة الرقابة الشرعية العليا في الدول التي بها شركات

(1) جريدة البيان الإماراتية بتاريخ 2005/7/9م، جريدة الاتحاد الإماراتية بتاريخ 2005/9/20م، موقع أخبار الشرق الأوسط المالية والاقتصادية على شبكة الإنترنت.

تأمين، أو تكون هذه الهيئة من إحدى هيئات الإتحاد الدولي لشركات التأمين الإسلامية، كما هو الحال بشأن البنوك الإسلامية.

وبالفعل فقد أنشئ في بعض الدول التي تعمل بنظام التأمين الإسلامي الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال شركات التأمين الإسلامية، على غرار هيئة الرقابة الشرعية العليا في الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية

#### من أهداف هذه الهيئة<sup>(1)</sup>

- إصدار الفتاوى الشرعية في كل الأمور والموضوعات التي ترفعها الهيئة العامة للإشراف والرقابة على أعمال التأمين.

- تنقية نظام التأمين من كل أشكال المعاملات غير الإسلامية.

- توحيد الرؤية الفقهية لهيئات الرقابة الشرعية لشركات التأمين فيما يختص بالمعاملات التأمينية والمالية والاقتصادية.

#### ومن اختصاصات وسلطات هذه الهيئة<sup>(2)</sup>

- تكون للهيئة في سبيل تحقيق أهدافها الاختصاصات والسلطات التالية:

- الاشتراك مع المسؤولين في الهيئة العامة للإشراف والرقابة على أعمال التأمين والمختصين في قطاع التأمين في مراجعة نماذج عقود التأمين للتأكد من خلوها من المحظورات الشرعية.

- إقرار الصيغ الشرعية للمعاملات، والمعاملات الفنية لعمليات التأمين.

- إبداء الرأي والمشورة فيما يعهد إليها من الهيئة العامة للإشراف والرقابة على أعمال التأمين.

- دراسة المشاكل الشرعية التي تواجه قطاع التأمين.

- إصدار الفتاوى الشرعية في الموضوعات التي يطلب في شأنها فتوى شرعية.

- مراجعة القوانين واللوائح والمنشورات التي تنظم أعمال التأمين بغرض إزالة ما بها من تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختلفة.

- مراقبة مراعاة التزام وتفيد كل قطاع التأمين بالجوانب الشرعية في جميع أعمال التأمين، وأعمال الاستثمار والمضاربات الاستثمارية.

(1) الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 31.

(2) الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها.

- مساعدة إدارة الهيئة في وضع برامج تدريب للعاملين بالهيئة وقطاع التأمين بما يؤدي إلى استيعاب الصيغ الإسلامية والجوانب الفقهية في مجال التأمين.
- إعداد البحوث والدراسات التي تؤدي إلى إثراء اتباع النهج الإسلامي في مجال التأمين.
- تقديم تقرير سنوي لوزير المالية والتخطيط الاقتصادي عن السلامة الشرعية للمعاملات التأمينية لقطاع التأمين.
- يكون لها الرأي النهائي في حالة اختلاف الآراء الفقهية حول أي موضوع خاص بقطاع التأمين.
- أي اختصاصات أخرى تراها الهيئة الشرعية لازمة لتحقيق أهدافها.

- إصدار لائحة لتنظيم أعمالها وتحديد اجتماعاتها.

- الاطلاع على أي مستندات أو وثائق أو سجلاتها أو عقود أو مكاتبات، سواء كانت خاصة بالهيئة العامة للإشراف والرقابة على أعمال التأمين، أو خاصة بأي جهة خاضعة لقانون الإشراف والرقابة على أعمال التأمين ترى أنها لازمة وضرورية لتمكينها من أداء مهامها.

- تفتيش أعمال شركات التأمين والجهات الخاضعة لقانون الإشراف والرقابة على أعمال التأمين لعام 1992م بغرض التأكد من سلامة تطبيق الجوانب الشرعية في أعمالها.

- تكون الفتوى الصادرة من الهيئة في المسائل الشرعية ملزمة.

وقد ألزم نظام الهيئة العليا للرقابة الشرعية لشركات التأمين أن يكون لها هيئة رقابة شرعية تختارها الجمعية العمومية بترشيح من مجلس الإدارة، وتحدد مكافآت أعضائها، على أن تكون من ثلاثة أعضاء على الأقل من علماء الشريعة الإسلامية، ويجوز أن يكون واحد منهم من رجال القانون له إلمام بأحكام الشريعة الإسلامية.

كما ألزم أن تشترك هيئة الرقابة الشرعية مع إدارة الشركة في وضع نماذج ووثائق التأمين والنماذج الأخرى، كما أعطى لهيئة الرقابة الشرعية الحق في مراجعة عمليات الشركة للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أجاز لهيئة الرقابة الشرعية حضور الاجتماعات العامة للشركة وإبداء أي رأي، كما أجاز يجوز لرئيس هيئة الرقابة الشرعية أو من يمثلها طلب حضور اجتماعات مجلس الإدارة لطرح أي موضوع.

### الإتحاد الدولي لشركات التأمين الإسلامية

يعتبر الإتحاد الدولي لشركات التأمين التكافلي في طور تنظيمه وتطويره، فيجب العمل على تنظيمه وتطويره بأسرع وقت، على أن يضم هذا الإتحاد الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال شركات التأمين الإسلامية، ومركز أبحاث لأعمال وتطوير أعمال

## التأمين الإسلامي.

وقد عقد في سوريا المؤتمر الخامس للاتحاد العالمي لشركات التأمين التكافلي، وقد تقرر في هذا المؤتمر تشكيل مجلس للاتحاد يتألف من الرئيس ونائب الرئيس والأمين العام وممثلي الاسواق التأمينية التالية: الاردن والإمارات والبحرين وتونس وبروناي والسعودية والسودان وقطر والكويت ولبنان وماليزيا ومصر وسورية كما قرر المؤتمر تفويض مجلس الاتحاد لإجراء التعديلات المطلوبة على النظام الاساسي وانتخاب الامين العام فور انعقاده<sup>(1)</sup>.

**وأخيرا:** إذا كان لنا أن نرصد الجديد في مجال التأمين في هذه الأونة فإنه يكون ازدياد البديل الإسلامي للتأمين على مستوى الشركات، وعلى مستوى أنواع التأمين وصوره، وعلى مستوى رأس المال والاستثمارات، وأنه من المتوقع زيادة شركات التأمين الإسلامية ونجاحها، كما حدث بالنسبة للمصارف الإسلامية فقد نشأت في ظروف مماثلة لنشأة هذه الشركات ولاقت هذه البنوك نجاحا ملحوظا وتوسعت بصورة ملحوظة أيضا، حتى لا يكاد يخلو بلد عربي أو إسلامي منها، هذا بالإضافة إلى انتشارها في بعض الدول غير العربية وغير الإسلامية، حتى بلغ عددها حوالي 200 بنكا وبلغ عدد فروعها حوالي 20000 فرع منتشرة في جميع انحاء العالم، بالرغم من كثرة العقبات التي وقفت في طريق هذه البنوك.

### المبحث الثاني

## دعوة للعمل بنظام التأمين طبقا لمشروع قانون المعاملات المدنية كبدل إسلامي

### مصر سبقت في التنظير وما زالت متأخرة في التطبيق !!!

شكّلت في مصر لجنة عامة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في أواخر عهد الرئيس الراحل محمد أنور السادات، وذلك برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب الذي كان رئيسا لمجلس الشعب (البرلمان) في ذلك الوقت وضمت هذه اللجنة صفوة علماء الشريعة الإسلامية من الأزهر والجامعات المصرية والقضاء، وقسمت هذه اللجنة إلى عدة لجان فرعية وكان من بينها لجنة قانون المعاملات المدنية<sup>(2)</sup>، وانتهت هذه اللجان من عملها في عام 1982م، وتم تقنين مجموعة من مشروعات القوانين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وكان من ضمنها مشروع قانون المعاملات المدنية<sup>(3)</sup>، وقد عرض المشروع على مجلس

(1) جريدة الثورة السورية، الصادرة في 12 / 5 / 2006م.

(2) وأيضا لجنة قانون التقاضي، ولجنة القوانين الجنائية، ولجنة قانون التجارة البحرية، ولجنة القانون التجاري، ولجنة القوانين الاجتماعية.

(3) وأيضا: مشروع قانون العقوبات، ومشروع قانون الإثبات، ومشروع قانون التقاضي، ومشروع قانون التجارة، ومشروع قانون التجارة البحري.

الشعب ووافق عليه، لكن وقعت بعض الأحداث الداخلية والخارجية حالت دون تطبيق هذه القوانين<sup>(1)</sup>.

ويحتوي مشروع قانون المعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية المشار إليه على 1010 مادة، وقد تضمن تنظيم قانوني لعقد التأمين في الباب الرابع منه تحت عنوان عقود التكافل والتضامن<sup>(2)</sup>، وذلك في المواد من 695 إلى 705، وسوف نذكر فيما يلي نصوص هذه المواد كما جاءت في مشروع القانون، ثم نبين أهم الأسس التي جاءت بها هذه المواد بشأن هذا النوع من التأمين<sup>(3)</sup>.

### أولاً: النصوص الخاصة بعقد التأمين في مشروع قانون المعاملات المدنية

- المادة 695: التأمين التعاوني بكافة أنواعه جائز شرعاً.
  - المادة 696: التأمين عقد يتعاون عليه جماعة من الناس فيما بينهم على درء كل خطر يهدد مصلحة اقتصادية أو معنوية لأفرادها أو لورثتهم مقابل دفعة مالية تؤدي على آجال لا تتجاوز المدة المتفق عليها.
  - المادة 697: يجوز الاتفاق على استثمار أموال المستأمنين في مشروعات جائزة شرعاً على أن توزع نسبة من الربح عليهم بنسبة ما سدده من أقساط.
  - المادة 698: تستحق قيمة التأمين المنصوص عليها في الوثيقة عند وقوع الخطر المؤمن منه.
  - المادة 699: لا يجوز أن تقل قيمة التأمين المدفوع عند تصفية الوثيقة قبل انتهاء الأجل المحدد عن قيمة الدفعات المالية التي أداها المؤمن له.
  - المادة 700: توزع قيمة وثيقة التأمين على الحياة لصالح أحد الورثة عليهم جميعاً وفق قواعد الميراث الشرعي.
- فإذا كان المستفيد في وثيقة التأمين على الحياة من غير الورثة الشرعيين يأخذ العقد حكم الوصية.

---

(1) في الفترة الأخيرة تقدم نواب في البرلمان المصري بعدة طلبات لمجلس الشعب لإعادة فتح ملف تطبيق الشريعة من جديد، والتساؤل حول مصير مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية هذه، وتساءل هؤلاء النواب عن أسباب توقف مناقشة هذه القوانين، والأسباب التي دعت إلى تجميد هذا الملف رغم أن ما تم التوصل إليه استفادت منه العديد من الدول العربية والإسلامية.

(2) من المعروف أن القانون المدني المصري الحالي رقم 131 لسنة 1948م ينظم عقد التأمين في الباب الرابع تحت عنوان عقود الغرر والمقامرة والرهان.

(3) يراجع في ذلك: المستشار عبد الجليل عبد الدايم، التنظيم القانوني لعقد التأمين في مشروع قانون المعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد التاسع والعشرون، جمادى الثانية سنة 1403هـ - إبريل سنة 1983م، ص 46 وما بعدها.

- المادة 701: لا يجوز للمؤمن أن يتعامل بالربا أخذاً أو عطاء.
- المادة 702: لا تسمع عند الإنكار دعوى المؤمن له أو المستفيد المترتبة على عقد التأمين بمضي خمسة عشر عاماً من وقت علمه بوقوع الضرر أو الخطر المؤمن منه.
- المادة 703: يبطل كل اتفاق يتضمن تنازلاً من المضرور أو ورثته للمؤمن عن حقه في ضمان الضرر الذي أصابه.
- المادة 704: يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:
  - 1 - الشرط الذي يقضى بعدم سماع الدعوى بالحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جنابة أو جنحة عمدية.
  - 2 - الشرط الذي يقضى بعدم سماع الدعوى بحق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات.
  - 3 - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو ضياع الحق.
  - 4 - شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
  - 5 - كل شرط تعسفي لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.
  - 6 - كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.
- المادة 705: مع عدم الإخلال بأحكام النصوص السابقة تنظم القوانين الخاصة الأحكام التفصيلية لكل نوع من أنواع التأمين.

### ثانياً: أسس التأمين طبقاً لمشروع قانون المعاملات المدنية

- الناظر في المواد الخاصة بعقد التأمين في مشروع قانون المعاملات المدنية، يجد أنها وضعت الأسس العامة للتأمين التكافلي، ومن أهم هذه الأسس ما يلي<sup>(1)</sup>:
- التأمين التكافلي أو التعاوني هو التأمين الذي تبناه مشروع القانون، وإنه يجب أن يكون قائماً على التكافل والتضامن وفقاً للمفهوم الإسلامي.
- الابتعاد في هذا النوع من التأمين عن أي تعامل لا يتفق وأحكام الفقه الإسلامي، ومن ذلك تحريم الربا أخذاً أو عطاءً وتطهير أعمال هذا التأمين من الربا، وتحريم التلاعب

(1) في هذا المعنى يراجع: عبد الجليل عبد الدايم، التنظيم القانوني لعقد التأمين، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

بأنصبة الورثة التي حددها الإسلام والتميز بين الورثة، فلا يعتد بالتأمين الذي يجرى لصالح أحدهم بل يشترك فيه جميع الورثة على أساس أنه في أصل حقيقته تركة، وأنه في حالة ما إذا كان التأمين لصالح شخص غير وارث، أخذ هذا التأمين حكم الوصية فلا ينفذ إلا في حدود الثلث والباقي يكون للورثة حسب الأنصبة الشرعية لكل وارث، فإن لم يوجد وارث استحق الباقي للخزانة العامة للدولة.

ويبدو لى أن هذه الأمثلة واردة على سبيل المثال، وبالتالي الابتعاد عن أي أمر يعد مخالفا لأحكام الشرعية الإسلامية كالغرر والمقامرة، فيجب أن يكون هذا النوع من التأمين موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

- التأمين في هذا النوع يكون مقابل دفعة مالية يؤديها المؤمن له على آجال خلال مدة متفق عليها.

- يجوز استثمار أموال المستأمنين في مشروعات جائزة شرعا، وبالتالي لا يجوز استثمار هذه الأموال بأي طريقة تكون فيها ربا أو مقامرة أو غرر، ويجب أن توزع نسبة من الربح على المستأمنين بنسبة ما سدده من أقساط.

- تجنب جزء من الأرباح كاحتياطي لمواجهة الالتزامات الواقعة على عاتق الجهات القائمة بالتأمين.

- يحق للمؤمن تصفية وثيقة التأمين قبل انتهاء الأجل المحدد لها وفي هذه الحالة يحق له أن يأخذ قيمة التأمين المتفق عليه في مثل هذه الحالة، ولا يجوز بأية حال أن تقل قيمة التأمين المدفوع عن قيمة الدفعات المالية التي أداها المؤمن له.

- عدم قبول دعوى المطالبة بالتأمين عند الإنكار بعد مضي خمسة عشر عاما من وقت علم المؤمن له أو المستفيد بوقوع الضرر أو الخطر المؤمن منه.

- بطلان كل اتفاق يتضمن تنازلا من المضرور أو ورثته للمؤمن عن حقه في ضمان الضرر الذي أصابه، فلو كانت الوقعة أو الخطر المؤمن منه قد يترتب عليه قيام التزام بضمان الفعل الضار قبل المتسبب فيه فإنه يبقى لصالح المضرور أو ورثته فقط الحق في مطالبة المتسبب في الضرر مع حصولهم على قيمة التأمين من المؤمن، وأي اتفاق يتضمن تنازلا من المضرور أو ورثته للمؤمن عن حقه في ضمان الضرر الذي أصابه يقع باطلا.

- بطلان أي شرط يراد به حرمان المستأمن أو المستفيد من الحصول على قيمة التأمين إذا كان من الشروط الواردة في نص المادة 704 من المشروع.

فهذه هي الأسس العامة للتأمين كما جاءت في مشروع قانون المعاملات المدنية المستمد من الشريعة الإسلامية.

ويبدو لي من خلال ما أطلعنا عليه من أسس التأمين التكافلي والذي تطبقه معظم شركات التأمين الإسلامية هي تقريبا نفس الأسس التي جاء بها تنظيم التأمين في مشروع قانون المعاملات المدنية، باستثناء بعض الأسس والتي منها الإشارة إلى ضرورة وجود هيئة الرقابة الشرعية لكي ترافق أن عمليات التأمين تتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وأنها لا تخالفها، وإن كان مضمون هذه النصوص لا يمنع من وجود مثل هذه الهيئة.

فكل هذا يدل على أن مصر سبقت في التنظير للتأمين التكافلي قبل الدول التي طبقتة بالفعل، ولكن بكل أسف لم يعمل به في مصر حتى الآن.

ولكن وبمناسبة مؤتمر التأمين التكافلي الدولي والذي نظمتها الهيئة المصرية للرقابة على التأمين برعاية وزارة الاستثمار والذي عقد بالقاهرة في يوليو سنة 2005م، أعلن رئيس الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، أن سوق التأمين المصري في حاجة لوجود شركات التأمين التكافلي والتعاوني التي تمارس جميع أنواع التأمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتخلو من أي محظورات شرعية، تلبية لرغبة شريحة كبيرة من المجتمع المصري تتجنب التأمين على ممتلكاتها خشية الوقوع في المحظورات الشرعية، وأشاد بالتجربة الماليزية بهذا الخصوص<sup>(1)</sup>.

وبالفعل بدأ في مصر الإعداد لإنشاء شركات تأمين إسلامية لمباشرة أعمال التأمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

(1) جريدة الشرق الأوسط، الصادرة بتاريخ 7 يوليو سنة 2005م.

## الخاتمة

### وتتضمن عدة توصيات إلى عدة جهات

**التوصية الأولى:** وتقضى بدعوة شركات التأمين العاملة في الدول العربية والإسلامية إلى إنشاء فروع لها في بلدانهم تعمل وفقا لنظام التأمين الإسلامي، لتلبية رغبات شريحة لا بأس بها في هذه الدول، أو الأخذ بنظام وثائق أو بوالص التأمين مع المشاركة في الأرباح، أو بإصدار وثائق تقضى برد شركة التأمين للأقساط التي حصلتها من المستأمن إذا لم يحصل على تعويض في نهاية مدة التأمين.

**التوصية الثانية:** وتقضى بدعوة شركات التأمين الإسلامية إلى إنشاء فروع لها في الدول العربية والإسلامية، وأيضا بدعوة رجال الأعمال والمؤسسات المالية الكبرى إلى إنشاء شركات تأمين إسلامية في هذه الدول، وذلك لتلبية رغبات هذه الشريحة بهذه الدول، كما حدث بالنسبة للبنوك الإسلامية.

**التوصية الثالثة:** وتقضى بدعوة المؤسسات والهيئات والأفراد الذين يتحرون الحلال والحرام، أن من يريد التعامل مع شركات التأمين، فإنه ووفقا لما أطلعت عليه من أبحاث ودراسات وأراء وفتاوى فردية وجماعية بشأن التأمين، أقول: إن كان في البلد شركات تأمين إسلامية أو فروع لهذه الشركات، يجب التعامل مع هذه الشركات أو هذه الفروع دون غيرها، لأن في هذه الشركات ما يسمى بنظام هيئة الرقابة الشرعية، وهى هيئة تشكل من العلماء الشرعيين تكون أمينة على أن تتم أعمال هذه الشركات بما يوافق أحكام الفقه الإسلامي، وإذا تمت أعمال هذه الشركات بما يخالف أحكام الفقه الإسلامي يكون الإثم على أعضاء هيئة الرقابة الشرعية هذه وليس على المتعاملين مع هذه الشركات، بالإضافة إلى وجود ما يسمى بالهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال التأمين في بعض الدول التي بها مثل هذه الشركات.

والله تعالى أعلم.

"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا" (1)

(1) سورة البقرة الآية رقم (286).

## قائمة بأهم مراجع البحث<sup>(1)</sup>

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: مراجع التفسير

- ابن كثير: اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المتوفى سنة 774هـ، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة - بيروت، سنة 1412هـ.

- الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، المتوفى سنة 370هـ، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1415هـ.

- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى 1250هـ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، عالم الكتب.

- الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، المتوفى سنة 310هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر - بيروت، سنة 1415هـ.

- القرطبي: أبو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة 671هـ، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة التاريخ العربي - بيروت، سنة 1405هـ.

- النحاس: أبو جعفر النحاس، المتوفى سنة 338هـ، معاني القرآن الكريم، تحقيق محمد علي الصابوني، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى سنة 1409هـ.

ثالثاً: مراجع الحديث

- ابن حنبل: الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، المتوفى سنة 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار صادر - بيروت.

- ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه، المتوفى سنة 275هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر.

- أبو داود: الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدي السجستاني، المتوفى سنة 275هـ، سنن أبي داود، تحقيق سعيد محمد اللحام، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى سنة 1410هـ - 1990م.

- البخاري: الإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، المتوفى سنة 256هـ، صحيح البخاري، دار الفكر - بيروت.

(1) رتبت هذه المراجع بحسب الحروف الأبجدية لأسماء المؤلفين

- الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة 279هـ، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية سنة 1403هـ.

- الزيلعي: جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، المتوفى سنة 762هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق أيمن صالح شعباني، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1415هـ - سنة 1995م

- الصنعاني: محمد بن اسماعيل الصنعاني، المتوفى سنة 1182هـ، سبل السلام، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الرابعة سنة 1379هـ.

- مسلم: الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المتوفى سنة 261هـ، الجامع الصحيح، وهو صحيح مسلم، دار الفكر - بيروت.

- النسائي: أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي، المتوفى سنة 303هـ، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1411هـ - 1991م

- النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المتوفى سنة 676هـ، رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية سنة 1410هـ - 1991م.

#### رابعاً: مراجع الفقه الإسلامي

##### - المذهب الحنفي

- ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، المتوفى سنة 1252هـ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، سنة 1415هـ.

- الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المتوفى سنة 743هـ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى سنة 1314هـ.

- السرخسي: شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المتوفى سنة 483هـ، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، سنة 1406هـ.

- السمرقندي: علاء الدين محمد السمرقندي، المتوفى سنة 539هـ، تحفة الفقهاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى سنة 1379هـ - 1959م.

- الكاساني: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة الحبيبية - باكستان، الطبعة الأولى سنة 1409هـ.

- المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المتوفى سنة 593 هـ، الهداية شرح بداية المبتدي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة

### - المذهب المالكي

- ابن رشد (الحفيد): محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة 595 هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر.

- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي، المتوفى سنة 494 هـ، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، مطبعة السعادة بمصر.

- الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، المتوفى سنة 954 هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة 1416 هـ.

- الدردير: أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المتوفى سنة 1201 هـ، الشرح الكبير، بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

- الدردير: أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المتوفى سنة 1201 هـ، الشرح الصغير.

- مالك: الإمام مالك بن أنس، المتوفى سنة 179 هـ المدونة الكبرى، مطبعة السعادة مصر.

### - المذهب الشافعي

- الخطيب: محمد الشربيني الخطيب، المتوفى سنة 977 هـ، مغنى المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، سنة 1377 هـ - 1958 م.

- الرملي: محمد بن أبي العباسي أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، المتوفى سنة 1004 هـ، نهاية المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

- المحلى: جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، المتوفى سنة 864 هـ، شرح جلال الدين المحلى بهامش قليوبى وعميرة، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.

- النووي: الإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة 676 هـ، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.

## - المذهب الحنبلي

- ابن القيم: محمد بن أبي بكر الدمشقي، المتوفى سنة 751هـ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل - بيروت، سنة 1973م.

- ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد محمد بن محمد بن قدامة، المتوفى سنة 620هـ، المغنى، مطبعة المنار.

- البهوتى: منصور بن يونس بن إدريس البهوتى، المتوفى سنة 1051هـ، كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة - الرياض.

- البهوتى: منصور بن يونس بن إدريس البهوتى، المتوفى سنة 1051هـ، الروض المربع، دار التراث - القاهرة.

## - المذاهب الأخرى

- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة 456هـ، المحلى، مكتبة الجمهورية العربية، سنة 1389هـ - 1969م.

- المحقق الحلى: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى، المتوفى سنة 676هـ، المختصر النافع، دار الكتاب العربي.

- النعسى: أحمد بن قاسم النعسى اليماني الصنعاني، المتوفى سنة 1390هـ، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن الكبرى، الطبعة الأولى سنة 1366هـ - 1947م.

- المرتضى: أحمد بن يحيى بن المرتضى، المتوفى سنة 840هـ، شرح الأزهار، الناشر غمضان - صنعاء، سنة 1400هـ.

## خامساً: مراجع عامة

- أحمد إبراهيم، مقال نشر بمجلة الشبان المسلمين، العدد الثالث، السنة الثالثة عشرة، بتاريخ 7 نوفمبر سنة 1941م، ومنشور أيضاً في مجلة المحاماة، السنة السابعة.

- الدكتور أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، سنة 1986م.

- أحمد طه السنوسي، عقد التأمين في التشريع الإسلامي، مجلة الأزهر، العدد الثاني والثالث، عددي صفر وربيع الأول سنة 1373هـ - أكتوبر ونوفمبر سنة 1953م.

- الدكتور برهام محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشرعية، سنة 1993م.

- الشيخ بكري عاشور الصرفي، فتوى له صادرة بتاريخ 10 شعبان سنة 1328هـ، موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية.

- الشيخ جاد الحق على جاد الحق، فتوى له صادرة بتاريخ 7 صفر سنة 1401 هـ - 14 ديسمبر سنة 1980م، موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية
- الدكتور حسين حامد حسان، التأمين على حوادث السيارات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لحلقة العمل حول عقود التأمين الإسلامي، التي نظمها معهد البحوث ببنك التنمية الإسلامي بجدة، من 12: 14 / 1 / 2002م
- الدكتور حسين حامد حسان، من أجل بديل إسلامي للتأمين التجاري، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد السابع، ذو القعدة سنة 1399 هـ - أكتوبر سنة 1979م.
- الدكتور حسين حسين شحاتة، نظم التأمين المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات - مصر، الطبعة الأولى سنة 1425 هـ - 2005م.
- رافت مصطفى الجبالي، النظام المقترح للتأمين في نظر الباحثين المعاصرين، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد السابعون جمادى الأولى سنة 1410 هـ - يناير سنة 1990م.
- الدكتور زكى الدين شعبان، التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية.
- الدكتور السيد عبد المطلب عبده، الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين، دار الكتاب الجامعي - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1988م.
- صالح عبد الرحمن الحصين، الهيئات الشرعية الواقع وطريق التحول لمستقبل أفضل، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.
- الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، التأمين تقويم المسيرة النظرية والتطبيقية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي انعقد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة في شهر المحرم 1424 هـ - مارس 2003م.
- المستشار عبد الجليل عبد الدايم، التنظيم القانوني لعقد التأمين في مشروع قانون المعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية، تصدر عن الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، العدد التاسع والعشرون، جمادى الثانية سنة 1403 هـ - إبريل سنة 1983م.
- الدكتور عبد الحميد محمود البعلي، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي انعقد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة في شهر المحرم 1424 هـ - مارس 2003م.
- عبد السميع المصري، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، مكتبة وهبة - القاهرة،

- الطبعة الأولى سنة 1400هـ - 1980م.
- الدكتور عبد الرازق حسن فرج، عقد التأمين، سنة 1405هـ - 1985م.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة المكتبة التجارية الكبرى، سنة 1969هـ.
- الشيخ عبد الرحمن تاج، شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، كتاب المؤتمر بعنوان بحوث اقتصادية وتشريعية شعبان سنة 1392هـ - سبتمبر سنة 1972م.
- الشيخ عبد الرحمن عيسى، المعاملات الحديثة وأحكامها، الطبعة الأولى
- الشيخ عبد الرحمن قراعة، فتوى له صادرة بتاريخ 7 جمادى الثانية سنة 1344هـ - 23 ديسمبر سنة 1925م، موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية
- الشيخ عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، شبكة الإنترنت، موقع الإسلام اليوم، بحوث ودراسات.
- الدكتور عبد الله ميروك النجار، عقد التأمين ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة معمقة، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية سنة 1425هـ - 2004م.
- الشيخ عبد الله ناصح علوان، حكم الإسلام في التأمين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة سنة 1407هـ - 1987م.
- الدكتور عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة 2006م.
- الدكتور عبد المنعم النمر، الاجتهاد، الهيئة العامة للكتاب، سنة 1987م.
- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، أحكام التأمين في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة.
- الشيخ عبد الوهاب خلاف، مجلة لواء الإسلام، العدد الحادي عشر، السنة الثامنة، رجب سنة 1374 - فبراير سنة 1954م.
- عثمان الهادي إبراهيم، التكافل وإعادة التكافل ماهيته وتطوراته ومتطلبات نجاحه، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.
- الشيخ علي الخفيف، بحث عن التأمين مقدم إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف، الذي انعقد بالقاهرة سنة 1385هـ - 1965م.

- الدكتور على حسن عبد القادر، دراسات في الاقتصاد الإسلامي والمعاملات المعاصرة، من مطبوعات الشركة الإسلامية للاستثمار.

- الدكتور عيسى عبده، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، دار الاعتصام الطبعة الأولى سنة 1397هـ - 1977م.

- الدكتور عيسى عبده، التأمين الأصيل والبديل، دار البحوث العلمية، سنة 1392هـ - 1972م.

- الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الصادر في يولييه سنة 1962م.

- الدكتور غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، دار الاعتصام.

- الدكتور غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، سنة 1975م.

- الدكتور فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 1422هـ - 2001م.

- الدكتور فايز محمد حسين، التطور التاريخي لظاهرة التأمين، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي لكلية الحقوق جامعة بيروت العربية بعنوان "الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي" في الفترة من 24: 26 نيسان (إبريل) سنة 2006 منشورات الحلبي الحقوقية.

- الدكتور فخري خليل أبو صفية، مشروعية التأمين التعاوني، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثالث والستون - السنة السادسة عشرة - ربيع الآخر، جمادى الأولى، جمادى الآخرة 1425هـ - يونية، يولييه، أغسطس 2004م.

- كمال علي الموسوي، التأمين التكافلي، شبكة الإنترنت، موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

- الدكتورة ليلي شحاته، بورصة الأوراق المالية ومنشآت التأمين، سنة 1988م.

- الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، التأمينات، بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، كتاب المؤتمر بعنوان بحوث اقتصادية وتشريعية شعبان سنة 1392هـ - سبتمبر سنة 1972م.

- الإمام محمد أبو زهرة، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد 126 الصادر في 15 فبراير سنة 1961م.

- الدكتور محمد بلتاجي، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، دار العروبة - الكويت، سنة 1982م.
- الشيخ محمد بخيت المطيعي، فتوى له صادرة بتاريخ 13 ربيع الآخر سنة 1337هـ - 15 يناير سنة 1919م، موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية.
- الشيخ محمد الحسن الحجوى، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار التراث - القاهرة.
- الدكتور محمد زكي السيد، نظرية التأمين في الفقه الإسلامي، دار المنار، الطبعة الأولى.
- الدكتور محمد الشحات الجندي، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 1410هـ - 1989م.
- دكتور محمد الفرفور، التأمين في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.
- الدكتور محمد شريف بشير، الأمان الاقتصادي للناس، شبكة الإنترنت، موقع إسلام أون لاين.
- الدكتور محمد شوقي الفجري، الإسلام والتأمين، عالم الكتب.
- محمد قلججي، معجم لغة الفقهاء، بدون ناشر وبدون تاريخ.
- الدكتور محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة 1415هـ - 1995م.
- الدكتور محمد عبد الله مغازي، البطالة ودور الوقف والزكاة في مواجهتها - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، سنة 2005م.
- الدكتور محمد يوسف موسى، مجلة الأهرام الاقتصادي عدد 15 فبراير سنة 1961م.
- الشيخ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، سنة 1410هـ - 1990م.
- الدكتور مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لأسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من 16: 21 من شوال 1380هـ - 1: 6 ابريل 1961م.
- الدكتور يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الاتحاد الإسلامي العالمي للمنظمات الطلابية، سنة 1398هـ - 1978م.
- الدكتور يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، سنة 1406هـ - 1986م.

- الدكتور يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1406هـ - 1986م.

#### سادسا: مؤتمرات ودوريات ومجلات وصحف

- مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من 16: 21 من شوال 1380هـ - 1: 6 ابريل 1961م.

- المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1385هـ - 1965م.

- المؤتمر الثالث لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1386هـ - 1966م.

- المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف الذي انعقد بالقاهرة سنة 1392هـ - 1972م.

- مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، العدد 50، سنة 1417هـ - 1418هـ.

- مجلة المستثمرون، مجلة متخصصة بشئون البنوك والمؤسسات المالية، العدد 53.

- جريدة الثورة السورية، الصادرة في 12 / 5 / 2006م.

- جريدة البيان الإماراتية بتاريخ 2005/7/9م.

- جريدة الاتحاد الإماراتية بتاريخ 2005/9/20م.

- جريدة الشرق الأوسط، الصادرة بتاريخ 7 يوليو سنة 2005م.

#### سابعا: مواقع على شبكة الإنترنت

- موقع إسلام أون لاين.

- موقع أخبار الشرق الأوسط المالية والاقتصادية.

- موقع بنك رصد للاستثمار.

- موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.



## أبحاث القانون العام

وسائل الإِجبار على إعمال  
أحكام القضاء الدستوري

دكتور

باسم محمد علي حسن حيدق

دكتوراه القانون العام – جامعة الاسكندرية

## مقدمة

### 1- إعمال مقتضى الأحكام القضائية يعد الجزء المتمم لعملية التقاضي:

الدعوى الدستورية المرفوعة من قبل المدعي لا قيمة لها ما لم تقترن بآلية تكفل الانصياع للحكم الصادر فيها، فهي لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمخض عنها فائدة عملية، وإنما غايتها أن يحصل المدعي من ورائها على منفعة يقرها القانون وما دام الأمر كذلك، فإن إنكار الحق في الترضية القضائية سواء بإقامة العراقيل في وجه اقتضاها أو بتقديمها متباطئة ومتراخية دون مسوغ، لا يعدو أن يكون إهداراً للحماية التي يفرضها الدستور<sup>(1)</sup>.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "تمكين المتقاضي من الوصول إلى محراب القضاء لا يمثل إلا حلقة واحدة من حلقات حق التقاضي تكملها حلقتان أخريان لا يستقيم بدونهما هذا الحق، حيث تعكس الحلقة الوسطى حيادة المحكمة واستقلالها وحصانة أعضائها والأسس الموضوعية لضماناتها العملية، وهي بذلك تكفل بتكاملها المقاييس المعاصرة التي توفر لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة منصفة وعلنية، إلا أن حق التقاضي لا تكتمل مقوماته ما لم توفر الدولة للخصومة القضائية في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يبغيها المتقاضي بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها"<sup>(2)</sup>.

وبأن "الترضية القضائية التي لا تقترن بوسائل الحمل على تنفيذها، تفقد قيمتها عملاً. وكما تعذر قهر المدين على أداء الحقوق التي ماطل في إيفائها لأصحابها؛ وكان سند اقتضاها مستوفياً قوة نفاذه؛ فإن إعمال مبدأ الخضوع للقانون يكون سراباً، ويغدو عبثاً كذلك تأسيس حقائق العدل وتثبيتها من خلال مباشرة السلطة القضائية لولايتها التي حدد الدستور والمشرع تخومها؛ وغايتها إيصال الحقوق لأصحابها، وحمل من ينازعون فيها إعناتاً على ردها؛ تقديرًا بأن الحماية القضائية للحق أو الحرية، لازمها أن يكون الطريق إليها

(1) أ. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2004 الطبعة الأولى.

ص: 441، 442

(2) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى رقم 81 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 1999/2/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=ny93e4xwl&Adf-Page-Id=0>

عبوراً إلى محصلتها النهائية، وانتقالاً من مرحلة التداعي بشأن الحق أو الحرية المتنازع عليها، إلى أشكال ضمانها، ومنها إلى وسائل فرضها على من يجحدونها؛ فلا يكون النزول عليها - ولو باستعمال القوة عند الضرورة - إلا أمراً كامناً في خصائص الحق أو الحرية التي قام الدليل على الإخلال بها، وكان العدوان عليها موضوع الخصومة القضائية وصونها غايتها".<sup>(1)</sup>

والحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم الدستوري تفرض إلزامه على كافة أفراد وسلطات الدولة وذلك عملاً بنص المادة 1/195 من دستور 2014 التي تنص على أن "تنتشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم".

كما أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا فقالت "الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا هي أحكام واجبة النفاذ وملزمة لجميع سلطات الدولة، والتي عليها أن تبادر إلى تنفيذ الحكم وإجراء مقتضاه امتثالاً لحجيته التي هي على القمة من مدارج النظام العام، فإن هي امتنعت عن إجراء مقتضى حجيته فإن مسلكها يشكل مخالفة لصحيح حكم القانون".<sup>(2)</sup>

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بالإفصاح صراحة بأن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة هو ما تمليه الطبيعة العينية للدعاوى الدستورية بما يقتضى إسباغ الحجية المطلقة على أحكامها التي استوجب الدستور في المادة 178 منه- نشرها في الجريدة الرسمية تأكيداً لصفتها الإلزامية".<sup>(3)</sup>

ولما كانت حكومة الدولة عادة تشتمل على ثلاث سلطات: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، تسمى السلطات المؤسسة أي

---

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 37 لسنة 18 قضائية دستورية. جلسة 1998/4/4. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الشق العاجل من الدعوى 1279 لسنة 58 قضائية عليا. جلسة في 2004/9/18 أشار إليه د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2006. ص: 335

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية 65 لسنة 5 قضائية دستورية. جلسة 1984/12/1. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

التي أسسها وأقامها الدستور وتقابل تلك السلطات وتوجد قبلها السلطة التأسيسية التي تضع الدستور.<sup>(1)</sup>

وبالنظر إلى طبيعة اختصاص تلك السلطات والتزامها تجاه الحكم الدستوري، فالأصل أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يرتب ثلاثة التزامات رئيسية: 1- عدم اعتداد السلطة التشريعية بالنص المقضي بعدم دستوريته، ويتعين عليها استبداله بنص جديد إن كان له مقتض، وإذا شمل الحكم النصوص الكاملة للقانون يتعين إقرار قانون جديد يحل محله والعمل على الحيلولة دون التعرض لأخطار الفراغ القانوني، 2- عدم اعتداد السلطة التنفيذية بالنص وإحلال نص جديد محله إذا كان لائحة، والامتناع عن تنفيذ القانون الملغى، 3- التزام المحاكم بالتنفيذ وذلك بعدم الاعتداد بالنص الملغى وعدم تطبيقه على الدعاوى المنظورة أمامها؛ وتستمد المحكمة الدستورية العليا سلطتها في هذا الإلزام من وظيفتها لتأكيد وحدة تماسك النظام القانوني الذي يكفله الدستور، ومن سلطتها وحدها دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح.<sup>(2)</sup>

وعليه يعنى البحث باستعراض الآليات القانونية المتاحة لتفعيل القوة التنفيذية للأحكام الدستورية تجاه السلطات الثلاث، وجدوى كل من وسائل فرضها، ومشكلاتها المتصورة، وطرق تلافيتها، وبدائلها المقترحة، وتمحيص تلك الوسائل فقهيًا ليزنها البحث من حيث نقاط القوة والضعف ومدى ملاءمتها للواقع العملي للوقوف على مواطن الخلل والقصور، ثم استعراض الأفكار والسبل المبتكرة لتلافي الصعوبات التي أفرزها الواقع العملي، وصولاً لوضع التصور الأمثل المستخلصة له رؤية الباحث لفرض القوة التنفيذية للأحكام الدستورية.

والتزاماً من الباحث بالتقيد بموضوع البحث، فسيفتفي في هذا النطاق- قبل الحديث عن آليات إجبار كل سلطة، بإشارة موجزة إلى دور كل سلطة في أعمال أثر الحكم الدستوري، متضمنة الإحالة والإشارة إلى المراجع

(1) أ. د. ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2011. ص: 227

(2) أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية لحقوق والحريات. القاهرة. دار الشروق. الطبعة الثانية. 2000. ص: 310

المتخصصة، للرجوع إليها في تفاصيل تلك الاختصاصات وأساس التزام السلطات بها.

ولكن يتعين ابتداء استعراض المشكلة التي كانت دافعا لإثارة فضول الباحث واستفزاز قريحته نحو العمل على هذا البحث لإيجاد حلول للإشكالية القائمة والمستعرضة فيما يلي.

## 2- ظاهرة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الدستورية<sup>(1)</sup>.

كشف الواقع العملي عن أن أحكام القضاء الدستوري لا تحظى دائما بالاحترام المأمول والانصياع اللازم، وتلك الظاهرة ليست مقصورة على دولة بذاتها أو نظام قانوني به عوار، بل هي مسألة مرتبطة في نظر الباحث- بطبائع البشر جميعا وهم القائمون على تنفيذ القوانين والأحكام القضائية، فمنظومة تنفيذ الأحكام مثلها مثل أي منظومة في كل مجال لا بد أن يعثر عليها نسبة خطأ أو قصور.

فيرصد الباحث على سبيل المثال أن الولايات المتحدة الأمريكية شهدت عدة سوابق للامتناع عن تنفيذ أحكام صادرة عن القضاء الدستوري الأمريكي. فقد تم تعديل الدستور الاتحادي ثلاث مرات لمنع تنفيذ أحكام المحكمة الاتحادية العليا.<sup>(2)</sup>

كما امتنعت السلطة التنفيذية عن تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكية حين امتنع مكتب البراءات والعلامات التجارية عن تنفيذ الحكم فيما يتصل بالأسس المستخدمة في تقديم براءات الاختراع إلى طالبيها أو منعها عنهم، ومن ذلك أيضا حكم المحكمة العليا في قضية براون ضد مجلس التعليم التي حاول المسؤولون عرقلته، وذلك بالاستمرار في فصل مدارس البيض عن السود.<sup>(3)</sup>

---

(1) محتوى هذا العنوان على هدى من رسالة دكتوراة للباحث بعنوان: تنفيذ الحكم الدستوري وإشكالاته "دراسة تحليلية". كلية الحقوق جامعة الإسكندرية. 2022. ص 188-193

(2) للتفاصيل: انظر د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة عين شمس. 2010/2009. ص: 284

(3) د. نايف خالد نايف المطيري: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وتنفيذه في الكويت. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 2010 ص: 346

وامتد الامتناع عن تنفيذ الحكم كذلك إلى السلطة القضائية حين لجأت بعض المحاكم في قضية براون المذكورة إلى التمسك بحرفية الحكم دون معناه، للتوصل من تنفيذ الحكم الدستوري<sup>(1)</sup>

ومع ذلك فإن بعض الجهود التي بذلت لتعطيل تنفيذ أحكام المحكمة الاتحادية العليا قد تم مواجهتها بالقوة الجبرية.<sup>(2)</sup>

وتزداد الخطورة في حالة امتناع السلطة التشريعية عن تنفيذ مضمون الحكم الدستوري من خلال إصدار تشريع آخر بذات مضمون التشريع المقضي بعدم دستوريته.

وحدث ذلك أيضا في الولايات المتحدة الأمريكية عندما أصدرت المحكمة العليا حكمها في قضية ولاية تكساس ضد جونسون 1989 وانتهت إلى نقض قانون من قوانين ولاية تكساس وعارض الكونجرس الأمريكي هذا الحكم وبعد أربعة أشهر أصدر قانون يخالف الحكم ثم قضت المحكمة العليا في قضية الولايات المتحدة ضد إيكمان 1990 بعدم دستورية القانون الجديد هو الآخر.<sup>(3)</sup>

كما شهدت مصر حالات صارخة للامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري، وبلغت خطورة المسألة أن مخالفة مقتضى الحكم الدستوري والعزوف عن أعمال مقتضاه لم يقتصر على إحدى الجهات أو إحدى سلطات الدولة بل وقع من السلطات الثلاث (التنفيذية والتشريعية والقضائية) في حالات مختلفة وكانت بعضها في صورة سافرة غير مسبوق.

فأما عن تحدي السلطة التنفيذية للأحكام الدستورية نجد من ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 20 لسنة 34 قضائية دستورية الصادر بجلسة 2012/6/14، والذي انتهت فيه إلى عدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة، ونص الفقرة الأولى من المادة السادسة والمادة التاسعة مكررا أ من قانون مجلس الشعب، رقم 38 لسنة 1972، وقالت في حيثيات حكمها أن عدم دستورية تلك المواد يترتب عليها بطلان تكوين مجلس الشعب المنتخب بناء على هذا القانون منذ انتخابه بما يترتب عليه من زوال وجوده بقوة القانون منذ تاريخ انتخابه.

(1) د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 363

(2) لمزيد من التفاصيل: انظر د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 284

(3) د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 337

وتنفيذاً لذلك الحكم أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة القائم على شئون السلطة التنفيذية آنذاك القرار رقم 350 لسنة 2012 باعتبار مجلس الشعب منحلًا من تاريخ 2012/6/15 وهو اليوم التالي لنشر الحكم في الجريد الرسمية.

ثم أصدر بعد ذلك ممثل السلطة التنفيذية القرار رقم 11 لسنة 2012 بسحب القرار الصادر عن المجلس الأعلى لقوات المسلحة بحل مجلس الشعب، وعودة مجلس الشعب المنتخب بناء على القانون المقضي بعدم دستورية بعض نصوصه، متحدياً بذلك حكم المحكمة الدستورية العليا.<sup>(1)</sup>

وكذلك من قبيل إهدار السلطة التنفيذية لمقتضى الحكم الدستوري أنه سبق أن قضى بعدم دستورية قوانين التأميمات التي تمت في العهد الناصري، وامتنعت الحكومة عن تنفيذ هذا الحكم برد الحقوق والممتلكات التي سبق تأميمها طبقاً للقوانين المقضي بعدم دستوريتها.

فأقيمت منازعة في تنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا هذا بغرض إلزام المشرع بالتدخل لسن قانون يلزم الحكومة برد الحقوق والأموال التي سبق مصادرتها، فقالت المحكمة في حيثيات حكمها في منازعة التنفيذ أن التدخل التشريعي وإن كان أمراً محموداً إلا أنه ليس لازماً لإعمال أثر الأحكام التي ألغت تلك القوانين، مما مفاده أن إعمال أثر الحكم بإلغاء تلك القوانين ورد الحقوق لم يكن يتطلب تدخل تشريعي، فقالت المحكمة "أن تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو، لا يتمحض طريقاً وحيداً لإعمال آثار الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في المسائل الدستورية...، ولا حاجة في القول بأن تنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لن يكون ممكناً بغير التدخل التشريعي على النحو المتقدم بيانه"<sup>(2)</sup> مما مفاده أن إعمال آثار حكم المحكمة الدستورية العليا والمتمثل في رد الحقوق التي سبق تأميمها كان ينبغي أن تتولاه الحكومة التي امتنعت بدورها عن إعمال أثر الأحكام الدستورية في هذا المقام.

---

(1) أنظر في تفصيل ذلك: د. دعاء محمد إبراهيم بدران: نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا. القاهرة. دار النهضة العربية. 2017. هامش ص: 284 وما بعدها

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 7 لسنة 14 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1993/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

ونرصد من ذلك أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة 2000/5/6 في القضية رقم 193 لسنة 19 قضائية "دستورية" بعدم دستورية نص المادة 25 من قانون هيئة قضايا الدولة فيما تضمنه من إسناد الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشئون أعضاء هيئة قضايا الدولة وطلبات التعويض المترتبة عليها للجنة التأديب والتظلمات، وعلى أثر صدور ذلك الحكم أصدر رئيس تلك الهيئة 2000/5/8 القرار رقم 1 لسنة 2000 الذي نص في مادته الأولى على وقف انعقاد جلسات لجنة التأديب والتظلمات المحددة لنظر الطلبات المقدمة من أعضاء الهيئة الحاليين والسابقين لحين صدور التشريع المنفذ لحكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه.

ولكن عقب ذلك بدى تعنت الهيئة ذاتها وتجاهلها للحكم الدستوري المذكور، حيث صدر قرار رئيس هيئة قضايا الدولة رقم 2 لسنة 2000 ناصاً على إلغاء قراره السابق رقم 1 لسنة 2000 مما مؤداه استمرار لجنة التأديب والتظلمات في نظر طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشئون الأعضاء وطلبات التعويض المترتبة عليها -رغم سبق قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة 25 من قانون تلك الهيئة فيما تضمنه من إسناد هذا الاختصاص لهذه اللجنة، وقضت المحكمة الدستورية العليا بعد ذلك بأن القرار الأخير يعد عقبة في تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا.<sup>(1)</sup>

كما لم يسلم قضاء المحكمة الدستورية العليا من تعنت السلطة التشريعية وعصيانها لمقتضى تنفيذ الحكم الدستوري، ومن ذلك أنه أثناء مباشرة المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بالرقابة السابقة في ظل دستور 2012 أصدرت قرارها بجلسة 2013/2/17 بعدم دستورية بعض النصوص التي تضمنها مشروع قانون تعديل قانون مجلس الشعب وقانون مباشرة الحقوق السياسية، ورغم ذلك أقر المشرع القانون رقم 2 لسنة 2013 في هذا الخصوص دون الالتزام بملاحظات المحكمة الدستورية.<sup>(2)</sup>

وأما عن السلطة القضائية فنرصد كذلك بعض الحالات التي عارضت فيها المحاكم ما يقتضيه تنفيذ الحكم الدستوري ومضت في أحكامها متجاهلة

---

(1) أنظر في ذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 22 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) أنظر في ذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 9 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/3/14، والقضية رقم 13 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/4/11. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

قضاء المحكمة الدستورية ومثال لذلك أنه قد قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية "دستورية" جلسة 1997/2/22 بعدم قبول الدعوى الدستورية لانتفاء شرط المصلحة في الطعن بعدم الدستورية وأوضحت في أسباب حكمها أن القانون الواجب التطبيق في الدعوى الجنائية (الموضوعية) هو القانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لاحد حق البقاء فيها، وليس أي من القوانين محل الطعن بعدم الدستورية ومن ثم يغدو الطعن بعدم دستورية هذه النصوص مفتقدا لشرط المصلحة، وقالت في أسباب حكمها أن حكمها باعتبار هذا القانون كذلك يكون متمتعا بالحجية المطلقة التي اسبغها المشرع على أحكامها الصادرة في المسائل الدستورية وملزما بالتالي للناس وكل سلطة في الدولة بما في ذلك جهات القضاء على اختلافها"، إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض رفضت الانصياع لما جاء بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا، فرفع المتهم منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا فأكدت الأخيرة ما سبق أن قررته في حكمها السابق في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية "دستورية" مؤكدة على استمرار تنفيذ حكمها فيما فصل فيه باعتبار القانون رقم 4 لسنة 1996 هو الواجب التطبيق مع ما يترتب على ذلك من آثار<sup>(1)</sup>.

ومن ذلك أيضا صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 41 لسنة 19 قضائية "دستورية" بتاريخ 1998/5/9 وقضى بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم 308 لسنة 1955 في شأن الحجز الإداري، وعلى الرغم من ذلك صدر الحكم الجنائي الصادر في الجحلة رقم 5173 لسنة 1996 جنح طامية المؤيد بالاستئناف رقم 15670 لسنة 2000 جنح مستأنف الفيوم استنادا على افتراض صحة الحجز الإداري الموقع من البنك الأهلي استناداً إلى البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم 308 لسنة 1955، مما مفاده أن المحكمتين المذكورتين لم تضعا في حسابهما الحكم الدستوري الذي أعدم وجود هذا النص ممتنعين بذلك عن أعمال مقتضى تنفيذ الحكم الدستوري<sup>(2)</sup>.

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية "منازعة تنفيذ". 1998/10/3. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) أنظر في ذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 6 لسنة 25 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2006/1/15. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

ومن ذلك أيضا انه سبق أن صدرت أحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 3 لسنة 23 قضائية "دستورية" جلسة 2007/5/13، والدعوى رقم 28 لسنة 27 قضائية "دستورية" جلسة 2008/3/2، والدعوى رقم 215 لسنة 26 قضائية "دستورية" جلسة 2008/5/4 بخصوص الطعن على أحد نصوص قانون الضريبة العامة على المبيعات التي كانت تقرر فرض الضريبة على السلع المستوردة ، وقضت المحكمة الدستورية العليا في هذه الأحكام بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة تأسيسا على أن تفسير هذا النص مؤداه أن الضريبة تكون مقررة فقط على السلع التي يتم استيرادها بغرض الاتجار دون التي يتم استيرادها لأغراض أخرى، ومن ثم تنتفي مصلحة الطاعن في القضاء بعدم دستورية هذا النص باعتباره لم يستورد السلع بغرض الإتجار.

إلا أن محكمة النقض جرت على مخالفة هذا القضاء بأن مضت في تسبب أحكامها<sup>(1)</sup> في هذا الخصوص باعتبار أن هذا النص المذكور مؤداه خضوع كافة السلع والمعدات والآلات المستوردة من الخارج للضريبة العامة على المبيعات، أيأ كان الغرض من استيرادها متحدية بقضائها ذلك ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا<sup>(2)</sup> وممتنعة عن أعمال مقتضاه الذي كان يفرض عليها المضي في تسبب أحكامها وفق التفسير الذي أبرزته المحكمة الدستورية.

والمرصود أنه بالرغم من تسجيل حالات عدة لمنازعة مقتضى الأحكام القضائية في دعاوي الدستورية إغفالا و لبسا أو عصيانا و تحديا على نحو ما سلف استعراضه، إلا أن الحقيقة المقررة واقعا حتى تاريخه، أن الغالب الأعم من أحكام المحاكم العليا يكفل لها الاحترام التام من السلطات كافة شأنها شأن سائر الأحكام القضائية ، بحيث تظل حالات مجافاتها نواذر قضائية، تطرح على بساط البحث النظري لدراسة أسبابها وفرص تكرارها و طرق توقيها.

---

(1) أنظر حكمها الصادر بجلسة 2010/12/9. فى الطعن رقم 5923 لسنة 79 قضائية، و بجلسة 2009/1/12. فى الطعن رقم 769 لسنة 77 قضائية، والهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية بمحكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة 2008/3/17. فى الطعن رقم 8529 لسنة 75 قضائية "هيئة عامة".

(2) أنظر فى ذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 19 لسنة 40 قضائية "تنازع". جلسة 2019/3/2، والقضية رقم 25 لسنة 30 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 2012/1/15، والقضية رقم 62 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

### 3- أشكال وطرق الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري:

يتناول هذا العنوان التعريف بالصور والآليات والحيل التي قد نلجأ إليها سلطات الدولة للتوصل من إلتزامها بتنفيذ الأحكام الدستورية، سيعرض البحث لها تفصيلا لإبراز أبعاد الصعوبات العملية تمهيدا لبحث الحلول المقترحة فيما بعد. وعليه تم تقسيم هذا العنوان إلى فرعين:

1- صور الامتناع عن التنفيذ. 2- أساليب الامتناع عن التنفيذ.

### الفرع الأول صور الامتناع عن التنفيذ

الامتناع عن التنفيذ قد يأخذ صوراً متعددة تتدرج في أغلب الأحيان تحت الخطأ المرفقي، فإما أن تبالغ سلطات الدولة في التراخي في تنفيذ الحكم وإما أن تنفذه على وجه مختلف أو غير كامل وإما لا تنفذه على الإطلاق، وصور الامتناع عن التنفيذ وأساليبه وردت في مؤلفات وشروح القضاء الإداري فيما يتعلق بامتناع الجهة الإدارية عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، ولكن هذه الصور لا تختلف كثيراً في حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري سواء وقع هذا الامتناع من السلطة التنفيذية أو السلطات الأخرى، ذلك أن العناصر التي تجمعها لخصوص هذا البحث واحدة: من حيث مخاطبة الإدارة، بحكم قضائي، وعدم تنفيذها، وبحيث لم يؤد القدر من تباين الدعويين – الإدارية والدستورية- في بعض الخصائص، إلا إلى فروق طفيفة بخصوص بحث تلك النقطة. لذا سنعرض لصور وأساليب الامتناع التي تتلاءم مع طبيعة الإلتزام بتنفيذ الحكم الدستوري وطبيعة الجهات التي يخاطبها هذا الحكم بخلاف الحكم الإداري، وذلك من خلال مقارنة مع وسائل المعروفة في فقه القانون الإداري.

#### أولاً: التراخي أو التأخير في التنفيذ

إن التأخير المتعمد عن التنفيذ يعد في حكم الامتناع عن التنفيذ ضمناً<sup>(1)</sup>، فجهة الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة بمجرد صدورها

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: ضوابط إصدار الأحكام الإدارية والطعن عليها. الإسكندرية. المكتب الجامعي الحديث. 2013. ص: 118 أشار إليه د. سردار عماد الدين: وسائل ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة في النظام القانوني العراقي. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016. ص: 27

وإعلانها فإن تأخرت أو تراخت في تنفيذها دون سبب قانوني كان ذلك التأخير بمثابة قرار سلبي غير مشروع يقيم مسئولية الإدارة ويجيز للمحكوم له أن يطلب إلغاءه والتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة قرار الإدارة المخالف للقانون، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "إذا تراخت الجهة الإدارية عن تنفيذ الحكم مدة طويلة دون مبرر.... تكون قد تماذت في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي"<sup>(1)</sup> كما قضت بأنه "ومن حيث إنه متى استبان ما تقدم وكان من المقرر أن الجهة الإدارية ملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية الواجبة النفاذ في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها، فإن هي تقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن هذا التنفيذ في الوقت المناسب، فإن هذا المسلك يمثل خطأ إدارياً يستوجب التعويض عما لحق صاحب الشأن من ضرر نتيجة لذلك"<sup>(2)</sup>.

كما قضت بأن "عدم تنفيذ الأحكام يشكل قراراً سلبياً مخالفاً للدستور والقانون إذ يتعين إعمالاً للشرعية وسيادة القانون أن تنفذ الجهات الإدارية الأحكام القضائية لا على سبيل المنحة و إنما على سبيل الحكم والإلزام"<sup>(3)</sup>.

وللتنفيذ الفعال مقتضيات من أبرزها أن يجري خلال مدة معقولة تسمح للإدارة بأن تنهياً وتتخذ ما يلزم لهذا الشأن<sup>(4)</sup>، ولا يعني ذلك أنها تملك حرية مطلقة في تنفيذ الحكم في اللحظة التي ترغبها لأن ذلك يؤدي إلى إنكار كل فائدة تعود على المحكوم له من الحكم القضائي طالما أنه من الممكن بل ومن المؤكد أن تترجم هذه الحرية في الاختيار إلى حرية في عدم التصرف. فاختيار

---

(1) إمام محمد إمام أبو عائشة: امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016. ص: 42، د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016. ص: 110

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 3569 لسنة 47 قضائية عليا. جلسة 2003/4/22 أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: مسئولية الدولة عن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2012. ص: 288

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 29395، 29501 لسنة 55 قضائية عليا. جلسة 2010/3/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1984. ص: 398.

وقت التصرف متروك للإدارة بشرط ألا يتأخر هذا الاختيار إلى ما لا نهاية له  
وأن تقرر أن تتصرف في مواعيد معقولة<sup>(1)(2)</sup>

وتقدير المدة المعقولة للتنفيذ وإن كان متروكا للسلطة التقديرية للإدارة إلا  
أنها تخضع إلى رقابة القضاء<sup>(3)</sup>، فالأصل أنه يتعين عليها أن تسارع إلى التنفيذ  
بينما تُمنح مهلة معقولة تتيح لها التنفيذ بشكل سليم من حيث الواقع والقانون<sup>(4)</sup>،  
وذلك نظرا إلى أن تنفيذ حكم الإلغاء يستلزم إعادة النظر في جميع المراكز  
القانونية التي ترتبت على النص الملغى في الفترة ما بين صدوره وإلغائه،  
وإسقاط بعض المراكز بأثر رجعي ورد المزايا التي يكون القرار الملغى قد  
تسبب في حرمان أصحابها منها خلال تلك الفترة، ومن ثم تمنح الإدارة مهلة  
معقولة لذلك فقد يكون تأخيرها مبررا، كأن يتطلب الأمر اتخاذ إجراءات معينة  
وتدابير خاصة لما يحتمل أن يكون لهذا التنفيذ من أثر أو مساس بالأوضاع  
الإدارية التي استقرت بعد صدور القرار وقبل إلغائه، أو تكون التعقيدات  
العملية أو الصعوبات القانونية التي تكتنف إجراءات التنفيذ عائدة إلى تبادل  
المكاتبات بين الإدارة وغيرها من الجهات الإدارية الأخرى.<sup>(5)</sup>

وفي ذلك انتهت محكمة القضاء الإداري إلى أنه "لما كان تنفيذ أحكام  
محكمة القضاء الإداري تنفيذا عينيا يتطلب في كثير من الأحيان اتخاذ  
إجراءات معينة وتدابير خاصة لما يحتمل أن يكون لهذا التنفيذ من أثر أو  
مساس بالأوضاع الإدارية فإنه يكون من حسن سير الأمور وجوب إعطاء

---

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 289، أ. د. مصطفى كمال  
وصفي: أصول إجراءات القضاء الإداري طبقا للقانون 47 لسنة 1972. القاهرة. عالم  
الكتب. 1978. ص: 576 أشار إليه: د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 27،  
المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 3350 لسنة 44 قضائية عليا. جلسة 2004/2/7.  
موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) rapport du 23 Octobre 1995. Sur l'affaire d'Hormsly c Grèce. A. J. 1995 P .  
391. Note. Flauser

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012.  
ص: 23

(3) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 1655 لسنة 17 قضائية. جلسة 1968/6/20.  
أشار إليه إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 43

(4) محكمة القضاء الإداري بالقاهرة: جلسة 2006/12/12. الدعوى رقم 14431 لسنة 59  
قضائية. المكتب الفني. أشار إليه د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص:

(5) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 922 لسنة 6 قضائية. جلسة 1953/11/18. أشار  
إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 289

جهات الإدارة فسحة معقولة من الوقت كي تدبر أمرها.... وتقدير هذا الوقت الملائم متروك ولا شك لرقابة المحكمة على ضوء الواقع من الأمر".<sup>(1)</sup>

## شروط اعتبار التنفيذ متأخرا

### 1- أن يكون التأخير لمدة غير معقولة:<sup>(2)</sup>

لا يوجد معيار منضبط يمكن على هديه معرفة متى تكون الإدارة نفذت الحكم في مدة معقولة، فيختلف تحديد تلك المدة باختلاف كل منازعة، إلا أن القضاء يفترض في ذلك عدم وجود صعوبات مادية تعترض التنفيذ<sup>(3)</sup>، فالقضاء يهتدى في ذلك بالمعيار الزمني.<sup>(4)</sup>

وفي حالة تجاوز الإدارة المدة المعقولة دون أن يكون لذلك التأخير ما يبرره انعقدت مسؤولية الإدارة.

### 2- عدم وجود أسباب مقبولة للتأخير:

يمكن للإدارة أن تتجاوز المدة المعقولة للتنفيذ بشرط أن يوجد سبب يسوغ قبول التأخير في تنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها وأن سبب عدم التزامها بالتنفيذ خلال المدة المعقولة كان لضرورة أما إذا انتفى هذا السبب قامت مسؤوليتها عن التأخير وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقضائها "إذا تراخت الجهة الإدارية في تنفيذ الحكم لمدة طويلة من دون مبرر في الواقع أو القانون تكون قد تبادت في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي".<sup>(5)</sup>

(1) محكمة القضاء الإداري: جلسة 1953/4/15 في الدعويين رقمي 607، 608 لسنة 4 قضائية أشار إليهما د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 112، انظر أيضا محكمة القضاء الإداري: الدعوى رقم 464 لسنة 3 قضائية. جلسة 1951/2/7. أنظر كذلك د. أماني فوزي السيد: المرجع السابق. ص: 94 وما بعدها. أشار إليهما د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 112

(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام. الكتاب الثاني. القاهرة. دار الفكر العربي. 1986. ص: 247، إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 46

(3) د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 112، د. أحمد حسني درويش: ضمانات تنفيذ أحكام قضاء مجلس الدولة. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. 2012. ص: 281 أشار إليه إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 46

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 290

(5) المحكمة الإدارية العليا: طعن رقم 1076 لسنة 18 قضائية عليا. جلسة 1971/2/24. أشار إليه إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 47

فإن الظروف الاستثنائية تعد من الأسباب المبررة واقعياً لإرجاء التنفيذ إذ يكون من الصعوبة تنفيذ الحكم و ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها "إذا كان السبب في التأخير في صدور القرار الجمهوري هو وفاة الرئيس الراحل جمال عبد الناصر رئيس الجمهورية في 28 سبتمبر 1970، ولا يخفى ما كان يقع على عاتقه من أعباء جسام في المرحلة الحاسمة من تاريخنا، وما تلا وفاته من الحزن و الألم في النفوس حتى أفادت البلاد من هول الصدمة ..... لذلك لا يكون هناك امتناع عن تنفيذ الحكم وأن الإدارة لم تتجاوز الوقت المناسب لإصدار قرارها كما أنها لم تعتمد تعطيل التنفيذ"<sup>(1)</sup>

كذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن طول الإجراءات الإدارية والروتين سبب مبرر لتأخير تنفيذ الأحكام الإدارية فقد يتطلب تنفيذ الحكم تدخل جهات أخرى غير تلك الصادر ضدها الحكم.<sup>(2)</sup>

فإذا كان التأخير في التنفيذ يرجع إلى تبادل المكاتبات بين الوزارة ووزارة المالية وديوان الموظفين للرجوع إليها في شأن تنفيذ هذه الأحكام ولم يكن التأخير نتيجة تقصير من الوزارة، يكون طلب التعويض على غير أساس سليم من القانون متعيناً رفضه، فينبغي أن يكون التأخير في التنفيذ متعمداً<sup>(3)</sup>.

**وتلك الصورة من صور الامتناع يمكن أن تتحقق لدى السلطة التشريعية** إذا ما صدر حكم دستوري يكشف عن التزام السلطة التشريعية بإجراء تعديل تشريعي أو بالتدخل بسن تشريع معين في حالة من الحالات التي فرضها عليها الدستور، فيقع هذا التراخي من جانب السلطة التشريعية إذا تجاهلت ذلك الحكم وترأخت عن سن التشريع المناسب خاصة وأن المحكمة الدستورية العليا ذاتها قد أقرت للمشرع بالحق في تقدير الوقت المناسب بالتدخل لسن التشريع فقضت بأن "إقرار القانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل به السلطان التشريعية والتنفيذية بتقريره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملهما على التدخل في زمن معين أو على نحو معين"<sup>(4)</sup>.

(1) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 25/103 لسنة 27 قضائية. جلسة 1973/4/9.

أشار إليه إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 48

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 113

(3) د. عبد الفتاح حسن: تعطيل تنفيذ الحكم القضائي. مجلة العلوم الإدارية. السنة السادسة.

العدد الأول. يونية 1964. ص: 357.

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 7 لسنة 14 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة

1993/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

أما بالنسبة لسلطة القضائية فيتعين أن تلتزم المحاكم فوراً بإعمال مقتضى الحكم الدستوري والامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته دون أي انتظار أو مهلة إذ أن تلك المهلة لا يمكن أن ترتب بأي حال الاستمرار في تطبيق ذلك النص بعد أن قضى بعدم دستوريته ومن ثم فليس ثمة مبرر للتأخير في التنفيذ.

### ثانياً التنفيذ الجزئي للحكم الدستوري أو إساءة التنفيذ

قد تبادر الجهة باتخاذ إجراءات وضع الحكم موضع التنفيذ العملي ولكنها لا ترتب على هذا الحكم جميع الآثار القانونية التي يتعين إعمالها نفاذاً له وبذلك يكون تنفيذها للحكم قاصراً ومبتوراً ومن أمثلة ذلك أن يحكم بإلغاء قرار إنهاء خدمة موظف وتقوم الإدارة بإعادته للخدمة في وظيفة أخرى خلاف تلك التي كان يشغلها قبل فصله، فيكون ذلك إهداراً منها لقيمة الحكم إذ لا معنى لإلغاء القرار لمخالفته للقانون إذا نفذت الإدارة الحكم تنفيذاً صورياً أو مبتوراً.<sup>(1)</sup>

إذ يتعين على الإدارة عند تنفيذ الحكم أن تتم ذلك التنفيذ كاملاً ووفقاً لما جاء في منطوق الحكم وأسبابه الجوهرية وإن خالفت ذلك فهي تخل بالتزامها بالتنفيذ، وعبرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عن ذلك بفتواها "يتعين تنفيذ الحكم على النحو الذي صدر به بصرف مبلغ التعويض المحكوم به كاملاً دون أن تنتقص منه أي مبالغ تحت أي مسمى أعمالاً لحجية الأحكام التي تعلق اعتبارات النظام العام<sup>(2)</sup>، فيتعين أن تمثل لما تنفذه امتثالاً كاملاً وفقاً لمضمونه وأسبابه الجوهرية وإن خالفت ذلك عد إهداراً لحجية الشيء المقضي فيه على ما لم تنفذه من الحكم.<sup>(3)</sup>

وقد يأخذ التنفيذ الجزئي ثلاث صور على النحو التالي بيانه:

#### 1- التنفيذ الناقص للحكم الدستوري:

قد تلجأ الإدارة إلى التنفيذ الناقص الذي يبدو من حيث الظاهر طبيعياً و كاملاً بدلاً من الرفض الصريح أو التأخير في التنفيذ ويقوم التنفيذ الناقص مقام عدم التنفيذ من حيث أثره في الحكم إذ أن امتناعها عن تنفيذ جزء من الحكم

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 291  
(2) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم 438. في 20/5/2002. ملف رقم 87-2-55. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.  
(3) أ. محمود سعد عبد المجيد: الحماية التنفيذية للأحكام الإدارية بين التجريم والتأديب والإلغاء والتعويض. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012. ص: 138

يقيم مسئوليتها<sup>(1)</sup>، وتملك من الامتيازات والسلطات ما يساعدها على تحقيقه كما أن بعض الظروف قد تساعدها في هذه الحالة بجعل التنفيذ يبدو طبيعياً ومفهوماً، فالإدارة في هذه الحالة لا تتراخي أو تمتنع عن تنفيذ الشيء المقضي به، وإنما قامت بتنفيذ ما قضي به ولكن بشكل ناقص لكي تتحايل على حجية الحكم وتنتقم من المحكوم له من جهة أخرى.<sup>(2)</sup>

فقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "يتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره؛ أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً. وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها".<sup>(3)</sup>

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه "إذا ثبت أنه عند صدور حكم بإلغاء قرار إبعاد الطاعن عن وظيفته كنائب لرئيس جامعة المنوفية لشئون الدراسات العليا والبحوث، كانت درجته ووظيفته التي قضى الحكم بعدم مشروعية إبعاده عنها وإلغاء قرار إبعاد المشار إليهما، كانت لا تزال شاغرة فقد كان موجب الحكم ومقتضاه إعادة المدعي إلى ذات الوظيفة إعمالاً لمقتضى الحكم واحتراماً لحجيته، وإذا قامت الجامعة خلافاً لذلك بشغل هذه الوظيفة بغيره وإعادة إلى وظيفة أخرى أياً كان تشابهها مع وظيفته السابقة فإنها تكون قد عينت غيره على وظيفته حال كونها مشغولة حكماً به، مما يصم قرارها بعيب الخروج على حجية حكم الإلغاء، والتي استقر القضاء على أنها أولى من اعتبارات النظام العام ذاته، وما يجعل قرار التعيين مشوبين بعيب ينحدر بهما إلى درك الانعدام فلا تلحقهما حصانة ولا يتقيد الطعن عليهما بأي ميعاد،.... ومن حيث أن الثابت من أوراق الطعن أن الحكم الصادر في الدعوى رقم 419 لسنة 41 ق، قد قضى بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرارين المطعون فيهما وما يترتب على ذلك من آثار، وهما القرار الصادر في 1986/10/4 بنقل الطاعن خارج الجامعة وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1234 لسنة 1986 بتاريخ 1986/10/8 بتعيينه في وظيفة من الدرجة الممتازة بالأمانة العامة للحكم المحلي، وكان الطاعن عند

(1) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 51، د. محمد رضوان صالح

رضوان: المرجع السابق. ص: 292

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 292

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية دستورية. جلسة 1996/6/15. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

صدر هذين القرارين يشغل وظيفة نائب رئيس جامعة المنوفية لشئون الدراسات العليا والبحوث لمدة أربعة سنوات بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1587 لسنة 1985 بتاريخ 19/11/1985، ومن ثم فإن صدور حكم الإلغاء المذكور بإلغاء القرارين المشار إليهما قد أزال كل أثر لهذين القرارين من الوجود القانوني، ومقتضى تنفيذه أن يعاد الطاعن إلى وظيفته التي كان يشغلها عند صدور هذين القرارين وللمدة التي حددت بقرار تعيينه فيها وهي أربع سنوات، وهذه المدة هي مدة فعلية وليست زمنية، أي يتعين أن تقضى كاملة في هذه الوظيفة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ومن حيث أنه بالنسبة إلى الآثار متمثلة في المرتبات وما في حكمها التي حرم منها الطاعن أثناء تواجده خارج الجامعة وقبل عودته إليها، فإن هذه المرتبات وما في حكمها لا تستحق تلقائياً بمجرد صدور حكم الإلغاء، إذ أن الأصل أن الأجر مقابل العمل، فإذا لم يباشِر الطاعن عملاً فإن ما يستحقه تنفيذاً لحكم الإلغاء ليس هو المرتب أو الأجر، إنما يستحق تعويضاً يدخل في عناصره تقدير قيمة المرتبات التي حرم منها وملحقاتها وما حصل عليه من مقابل عمل أثناء هذه الفترة، كل ذلك وفقاً للقواعد العامة في التعويض وتخلص المحكمة مما تقدم أن تنفيذ حكم الإلغاء محل المنازعة يقتضي إعادة الطاعن إلى الوظيفة التي كان يشغلها عند صدور القرارين الملغيين بهذا الحكم ولمدة أربع سنوات فعلية تستكمل منذ إعادته إليها ولا تحسب زمناً كما جاء بقرار إعادة تعيينه".<sup>(1)</sup>

فلا يحق للإدارة أن تخضع ما قضي به لتقديرها، أو تفتت بمشيتها مضمونه، مختارة بمحضها ما يناسبها منه، فتجري تنفيذه، وتترك الآخر اعتراضاً فلا تعمل مقتضاه وإنما لا بد أن تمثل له كاملاً مضمونا وأسباباً جوهرية وإلا عد ذلك منها افتئاتاً على حجية ما لم تنفذ منه، وإنكاراً لما رفضت تنفيذه مما قضي به، وهذا لا شك يعني تدخلاً في أخص شئون القضاء، وبغياً على مبدأ فصل السلطات الذي يحظر على أي سلطة التدخل في عمل القضاء أو تعطيل أحكامه.<sup>(2)</sup>

(1) الطعن رقم 3258 لسنة 37 قضائية علياً. د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. دعوى الإلغاء. الكتاب الثاني. القاهرة. نقابة المحامين. 2007. ص: 956 وما بعدها. أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 117  
(2) أ. د. حسين عثمان: قانون القضاء الإداري. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2003 ص: 369 وما بعدها، أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 116، وكذلك أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 158

ولا يمكن حصر أساليب الإدارة في التنفيذ الناقص للحكم بينما نكتفي بذكر بعض الأمثلة منها، فمثلاً حين يلغي مجلس الدولة قرار محافظ بمنح التزام استغلال أرض زراعية لأحد الأفراد فتصدر الإدارة قرار بالاستيلاء على الأرض لصالحه<sup>(1)</sup>، أو أن تقبض الإدارة على أحد الأجانب فيحصل على حكم بإلغاء أمر اعتقاله فتلجأ الإدارة إلى إبعاده<sup>(2)</sup>.

وتنفيذ الحكم الدستوري يمكن أن يصادفه القصور ذاته إذ الأصل أنه يلقي على عاتق سلطات الدولة التزاماً إيجابياً باتخاذ الإجراءات التي تكفل تنفيذ ما جاء في منطوقه وأسبابه وتطبيق نتائجه القانونية على أساس افتراض عدم وجود النص المقضي بعدم دستوريته ابتداءً، وإن خالفت إحدى السلطات ذلك ونفذت الحكم تنفيذاً منقوصاً بأن نفذته بأثر فوري غير رجعي انعقدت مسئوليتها. ففكرة التنفيذ من وجهة نظر تاممه أو ابتساره تنطبق على إطار الدعوى الدستورية لخصوصيتها المعروضة، ذلك أن تصورات التنفيذ تنبئ عن احتمال وقوعه بصورة غير كاملة: كأن يؤسس الحكم بإلغاء نص لمجافاته عدة غايات دستورية، فإذا بمقترحات الإدارة وسن التشريع تطرح نصاً بديلاً للملغى يحقق من تلك الغايات ما يحقق، ويغفل منها ما يغفل<sup>(3)</sup>. ومن أمثلة ذلك في القضاء الدستوري: أن تمتنع المحاكم عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته في حين أنها تستمر في إعمال النصوص الأخرى المرتبطة به والتي سقطت من نطاق التطبيق تبعاً له<sup>(4)</sup>، أو تمتنع الجهة الإدارية عن إعمال القانون الملغى بأثر مباشر فقط دون إعمال آثار ذلك الزوال بأثر رجعي بإزالة الآثار التي أنتجها النص غير الدستوري<sup>(5)</sup>، أو أن يؤسس الحكم بعدم دستورية

(1) أ. د. عصمت عيد الله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2009. ص: 115 أشار إليه إمام محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 51

(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. الكتاب الأول. القاهرة. دار الفكر العربي. 1986. ص: 104 أشار إليه إمام محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 51

(3) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 167

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية دستورية. جلسة 1983/6/11. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(5) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى رقم 27 لسنة 15 قضائية دستورية. جلسة 1995/2/4، المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 3973 لسنة 43 قضائية عليا. جلسة 2001/5/12. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

نص لمجافاته عدة غايات دستورية، فإذا بمقترحات الإدارة و سن التشريع تطرح نصاً بديلاً للملغى يحقق من تلك الغايات ما يحقق، ويغفل منها ما يغفل.

فلا يكون تنفيذ الحكم الدستوري قد وقع كاملاً إلا بإنتاج كافة آثاره التي يستلزمها، وذلك بإزالة كافة الآثار التي ترتبت على التشريع غير الدستوري من يوم صدوره، كأن لم يكن قد صدر، والامتناع عن ترتيب أي أثر له في المستقبل.

## 2- التنفيذ المشروط

في الواقع لا تكون قد نفذت الحكم إذا علقت ذلك التنفيذ على شروط معينة فرضتها<sup>(1)</sup>، فقد تلجأ الإدارة إلى تنفيذ الحكم ولكن بشروط تقييد من خلالها تنفيذه، ويرى البعض أن أصدق وصف على هذه الحالة هو أنها تنفيذ جزئي للحكم<sup>(2)</sup>، إذ أنها ملزمة بالتنفيذ دون قيد أو شرط. وإلا انعقدت مسئوليتها التي توجب الحكم عليها بالتعويض.<sup>(3)</sup>

مثال ذلك قضية Melle Laucion التي كانت تعمل في إحدى المؤسسات العامة لرعاية الأيتام ولكن إدارة المؤسسة فصلتها من عملها لعدم الكفاءة المهنية فطعن على قرار الفصل وألغاه مجلس الدولة ورفضت الإدارة أعادتها إلى عملها فطعن على قرار الرفض وألغاه مجلس الدولة كذلك فاقترحت عليها إدارة الملجأ أن تعيدها لعملها بشرط أن تقدم طلب بإحالتها إلى الاستيداع نظراً لظروفها الشخصية فاعتبر مجلس الدولة ذلك الشرط تنفيذاً ناقصاً للحكم.<sup>(4)</sup>

## 3- التنفيذ المغاير لمقتضى الحكم:

قد تنفذ سلطات الدولة الحكم على نحو مغاير لمقتضاه وتبرر ذلك بأن هذا هو المقتضى الذي فهمته من منطوق الحكم، مثال ذلك الحكم بإلغاء قرار برفض تسليم الوثائق الإدارية المطلوبة قد تظن الإدارة أن تنفيذه يقتضي إعطاء المحكوم له نسخة مصورة من هذه الوثائق لا أصولها فتقدم على

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 160

(2) إمحمد محمد إمحمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 53

(3) إمحمد محمد إمحمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 53، د. محمد رضوان صالح

رضوان: المرجع السابق. ص: 293

(4) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 160

ذلك<sup>(1)</sup>، أو اتجاه إحدى المحاكم إلى إصدار حكمها استناداً لتفسير معين لأحد النصوص ظناً منها أن ذلك التفسير هو المعنى الذي قصدته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها،<sup>(2)</sup> أو إعادة إصدار تشريع جديد يتضمن ذات العوار الدستوري السابق ظناً من البرلمان أنه استوفى ذلك العيب الدستوري.

وهنا تجدر التفارقة بين فرضين:

أ- حالة غموض منطوق الحكم على نحو يثير لبساً في كيفية تنفيذه فيتعين على الإدارة في هذه الحالة أن تلجأ إلى المحكمة لطلب تفسير الحكم دون أن تتصدى هي لتفسيره عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(3)</sup>، أما إذا فعلت غير ذلك وفسرت الحكم بنفسها وأخطأت في تنفيذه قامت مسؤوليتها<sup>(4)</sup>.  
إذ أن مسألة تفسير الحكم وإزالة الغموض عن منطوقه من اختصاص القاضي وليست الإدارة، وعلى ذلك إذا كانت الإدارة حسنة النية وراغبة في التنفيذ لمقتضى الحكم فعلاً فإن عليها الالتجاء إلى القاضي لإزالة غموض حكمه وبيان كيفية تنفيذه.

ب- الخطأ المقصود في تفسير الحكم أو الخطأ في تفسير القانون الذي استند إليه الحكم، فقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "لا يشفع في إعفاء الإدارة من المسؤولية وقوعها في خطأ فني أو قانوني في تفسير مدلول المادة 15 من دستور 1923،..... فالخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً للدفع

---

(1) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 54، د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 293

(2) أنظر مثال ذلك: حكم محكمة النقض الصادر بجلسة 2010/12/9. في الطعن رقم 5923 لسنة 79 قضائية، و بجلسة 2009/1/12. في الطعن رقم 769 لسنة 77 قضائية، والهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية بمحكمة النقض في حكمها الصادر بجلسة 2008/3/17. في الطعن رقم 8529 لسنة 75 قضائية "هيئة عامة". وذلك خلافاً لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 62 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14، والقضية رقم 7 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2016/11/5. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، والقضية رقم 19 لسنة 40 قضائية تنازع. جلسة 2019/3/2، والقضية رقم 25 لسنة 30 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2012/1/15. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 54

(4) د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2001. ص:

المسئولية"<sup>(1)</sup> لأن القانون يوجب تنفيذ الأحكام وهذه القاعدة لا تحتل أي غموض في تطبيقها.<sup>(2)</sup>

ويستثنى من ذلك حالات الخطأ الفني اليسير في تفسير القاعدة القانونية متى كانت القاعدة غير واضحة وتحتل التأويل، إذ أن الإدارة لم تتجاهل الحكم أو تتكرر له بل أعطته معنى غير مقصود. فقضت محكمة القضاء الإداري بأنه "فيما نفذت الإدارة الحكم ولكنها نفذته على نحو غير المقصود فيكون خطأ الإدارة في التنفيذ مغتفرا".<sup>(3)</sup>

ومبرر ذلك أن الإدارة لا تتجاهل الحكم ولا تتكرر له وإنما تعطي القاعدة القانونية معنى غير المقصود منها قانونا لذلك يكون خطأ الإدارة من وجهة نظرها في التفسير مغتفرا إذا كانت القاعدة غير واضحة وتحتل التأويل.<sup>(4)</sup>

وقد عارض فقه القانون العام مسلك محكمة القضاء الإداري في هذا الاتجاه نظرا لأن ذلك الاتجاه يتيح للإدارة فرصة لتأسيس تنفيذها المغاير على سبب غموض الحكم فضلا عن عدم وجود معيار دقيق يحدد متى يعتبر الخطأ في التفسير يسيرا أم جسيما.<sup>(5)</sup>

وعلى فرض احتمال عدم وضوح القاعدة القانونية مما أدى إلى قيام الإدارة بالتنفيذ وفقا لتفسيرها، فمن الأجدى أن تطلب من القاضي الذي أصدر الحكم المثار بشأنه الجدل أن يفسره ويبين كيفية تنفيذه والإجراءات اللازمة لتطبيقه.

### ثالثا رفض التنفيذ (الامتناع العمدي عن التنفيذ):

للامتناع المقصود عن التنفيذ صورتين:

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 4597 لسنة 4 قضائية عليا. جلسة 1958/7/12. مكتب فني 3. ص: 1574. أشار إليه محمد محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 55

(2) د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق. ص: 356  
(3) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 270 لسنة 10 قضائية. جلسة 1960/1/4. مجموعة السنة الرابعة عشر. مكتب فني 5. ص: 946. أشار إليه محمد محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 55، كما أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 294

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 295  
(5) أ. محمود سعد عبد المجيد: الحماية التنفيذية للأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 142، د. أحمد حسني درويش: المرجع السابق. ص: 296 وما بعدها أشار إليهما محمد محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 56

## 1- الامتناع الصريح:

ويتجسد امتناع الإدارة هنا بصدور قرار صريح يحمل رفض تنفيذ الحكم فهي لا تدع مجالاً للشك في عصيانها للحكم ومجاهرتها بالخروج عليه.<sup>(1)</sup>

وتلجأ الإدارة إلى هذه الصورة من الرفض بعد أن تستنفد الصور السابقة، فإذا تبين لها عدم جدوى تأخيرها أو تراخيها أو تنفيذها للحكم جزئياً فلا يكون أمامها سوى الامتناع عن التنفيذ والكشف عن نيتها بوضوح أي الرفض الصريح.

والامتناع الصريح يعكس إصرار الإدارة وتصميمها على عدم التنفيذ وهذا القصد الصريح يصف تصرفها بعدم المشروعية.<sup>(2)</sup>

شروط اعتبار الرفض صريحا:

أ- ألا يكون سبب الامتناع قوة القاهرة أو حادث فجائي:

فإن المسؤولية تنتفي لانتفاء ركن القصد عن امتناع الإدارة واختفاء إرادتها، ويدفعها الظرف غير العادي دفعا إلى انتهاك حجية الشيء المقضي به.<sup>(3)</sup>

ذلك أنه بوقوع هذا الحدث ينتفي عن امتناع الإدارة ركن القصد، وتختفي معه الإرادة الواعية التي تبصر من خلالها حقيقة ما تقدم عليه من تصرف، ويسوقها الظرف غير العادي، ويدفعها دفعا إلى حومة انتهاك الحجية، وعبرت عن ذلك محكمة القضاء الإداري، بقولها يشترط ألا يكون للامتناع أو للتأخير في التنفيذ ما يبرره من قوة القاهرة كوفاة رئيس الجمهورية التي تؤدي إلى تعطيل صدور القرار الجمهوري اللازم لتنفيذ الحكم<sup>(4)</sup>، أو إذا كان من شأن التنفيذ إثارة اضطرابات جسيمة تهدد الأمن العام بشكل خطير.<sup>(5)</sup>

والحادث الفجائي أو القوة القاهرة هو كل ظرف استثنائي شاذ يتصف من حيث مصدره بأنه من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني يتميز بعدم القدرة على

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 149

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 295

(3) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 297

(4) محكمة القضاء الإداري: 9 أبريل 1973. الدعويان رقم 103، 1419 سنة 25

قضائية. مجموعة السنة السابعة والعشرون. ص: 212

(5) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. دراسة مقارنة. القاهرة. مطبعة

جامعة عين شمس. 1982 ص: 249.

توقعه أو عدم الاستطاعة حال توقعه لدفعه<sup>(1)</sup>. والرأي الغالب أن القوة القاهرة والحدث الفجائي شيئا واحدا.<sup>(2)</sup>

ب- عدم حدوث تغيير في المركز القانوني أو الواقعي للمحكوم لصالحه: فقد يحدث في بعض الحالات أن يتغير المركز القانوني للمحكوم لصالحه في الفترة بين إقامة الدعوى وبين صدور الحكم فيها أو بين صدور الحكم وقبل تنفيذه على نحو يؤدي إلى إعاقة الإدارة عن تنفيذ الحكم وقد يفرض القضاء هذا الشرط في الحكم ذاته، مثال ذلك "ألغت محكمة باريس الإدارية قرار مدير شرطة باريس بطرد الطاعن واقتياده إلى الحدود ووجهت أمرا إلى الإدارة بتسليم الطاعن ترخيص الإقامة كأثر لإلغاء القرار بشرط ألا يكون قد وقع ما بين قرار الطرد والحكم بالإلغاء ما يستوجب رفض التسليم صراحة"<sup>(3)</sup>.

ولا يتصور في رأي الباحث أن يكون ذلك الشرط متطلبا لقيام مسئولية الإدارة عن عدم التنفيذ بالنسبة للحكم الصادر بعدم الدستورية ذلك أن الحكم الدستوري يتمتع بحجية مطلقة فتنفذه سلطات الدولة لمصلحة الكافة، فإذا تغير المركز القانوني للطاعن فهذا لا يحول دون إفادة سواه ممن لهم مصلحة في الحكم، ومن ثم عدم توافر ذلك الشرط لا يمنع من إقامة المسئولية.

ت- ألا تكون الإدارة قد عدلت عن الامتناع عن التنفيذ وبدأت التنفيذ: يكتفي أن تتخذ الإدارة من الإجراءات ما يعكس رغبتها الجادة في التنفيذ. بشرط أن تتخذ تلك الإجراءات موقعا له دلالاته الواضحة على رغبتها في التنفيذ.<sup>(4)</sup>

فإذا عدلت الإدارة عن امتناعها عن تنفيذ الحكم فإن ذلك يشفع لها للإعفاء من التعويض ولا يشترط في ذلك أن يتم التنفيذ كاملا بينما يكفي أن تبدأ في التنفيذ وتعبر عن رغبتها الجادة في التنفيذ، ويخضع تقدير مدى جدية ما اتخذ من إجراءات إلى القضاء وهذا هو موقف مجلس الدولة الفرنسي، بينما اتخذ مجلس الدولة الصربي موقفا مغايرا فذهب إلى أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية مخالفة قانونية صارخة وإخلال خطير بقوة الشيء المقضي به بمثابة

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 150

(2) أ. د. توفيق فرج: دروس في النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول. الإسكندرية. مؤسسة الثقافة الجامعية. 1980. ص: 284 وما بعدها

(3) المحكمة الإدارية بباريس: في 10/11/1995 أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2001. مرجع سابق. ص: 151

(4) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 152

قرار سلبي يستوجب التعويض، وإنه لا يكفي أن تصدر الإدارة قرارها بتنفيذ الحكم ليقال أنها نفذته وإنما يجب أن يلي ذلك وضع قرارها موضع التنفيذ الفعلي بأعمال مضمون القرار المذكور.<sup>(1)</sup>

كما أن هناك من فقهاء القانون العام من عارض هذا الاتجاه ويرى أنه ليس بمجرد إعلان الإدارة عن رغبتها في التنفيذ يتحقق التنفيذ، فقد يكون إظهار الإدارة عن رغبتها في التنفيذ ليس إلا مجرد حيلة تتفادى بها المسؤولية، فتعود بعدها لتماطل في التنفيذ أو تعلن الامتناع صراحة ولذلك يتعين على القاضي أن ينتظر إثبات حسن النوايا بإجراء التنفيذ فعلا أو اتخاذ خطوات إيجابية في شأنه حتى يثبت صدق رغبة الإدارة في التنفيذ الفعلي.<sup>(2)</sup>

## 2- الامتناع الضمني عن التنفيذ:<sup>(3)</sup>

قد تواجه سلطات الدولة تنفيذ الحكم بالصمت، وقد تجابهه بقرار أو إجراء مضاد يكشف عن رغبتها المتعمدة في عدم إجرائه وذلك في حالتين، الأولى: بأن تمتنع عن القيام بما يفرضه عليها هذا الحكم من التزامات تتمثل في إزالة الآثار المادية والقانونية للنص الملغي بالسكوت أو الصمت.

أما الحالة الثانية: وهي الامتناع بطريق التشريع أو الإجراء المضاد إذ يمثل هذا الطريق تعارضا بين منطوق الحكم ومضمون التشريع أو الإجراء الذي تواجه به الإدارة تنفيذه<sup>(4)</sup>، ولذلك فإن القرار الصادر بإلغاء وظيفة للتخلص من شاغلها بعد إلغاء قرار فصله لا يمكن أن يعفي الإدارة من تنفيذ حكم الإلغاء واتخاذ ما يلزم لإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته مع تسوية حالته ابتداء من تاريخ صدور قرار الفصل، وفي حكم مهم للمحكمة الإدارية العليا قضت في أحد أحكامها بقولها "يحظر على جهة الإدارة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة سواء أخذ هذا المنع صورة الامتناع الصريح عن التنفيذ أو صور اتخاذ قرار يشكل عقبة أمام هذا التنفيذ".<sup>(5)</sup>

(1) إمحمد محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 59

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 153

(3) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 298

(4) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 27

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 4096 لسنة 45 قضائية عليا. جلسة 2001/2/17.

موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

## الفرع الثاني حيل الامتناع عن التنفيذ

اتجهت أغلب مؤلفات فقه القانون العام إلى استعراض وسائل وطرق سلطات الدولة في التنصل من تنفيذ الأحكام القضائية بوجه عام تحت مسمى (أساليب الامتناع عن التنفيذ)، وتلك التسمية محل نظر، ربما لجأ إليها الفقهاء سعياً لانتقاء لفظ لا يساء فهمه من غير المتخصصين ولا يمس بالاحترام اللازم لتلك السلطات وهيبته، إلا ان الباحث آثر ان يوسم تلك الأساليب بوصفها الأكثر دقة من الناحية الأكاديمية في نظره، فتلك الأساليب في حقيقتها في هذا النطاق لا تعدو أن تكون مجموعة من الحيل تلجأ إليها السلطات أحياناً قاصدة الإفلات من أعمال مقتضى الحكم الدستوري بألية لا تثير مسئوليتها عن الامتناع، لذا يرى الباحث أنه من الأنسب عند استعراض تلك الأساليب أن يتناولها الشراح باعتبارها حيل<sup>(1)</sup>، عسى أن يحث ذلك الوصف سلطات الدولة على إعادة النظر في اتباعها لتلك الأساليب. وتلك الحيل يمكن إجمالها في عنواين ثلاث:

1- حيلة القرار الإداري 2- حيلة الاجراء القضائي. 3- التحايل التشريعي.

### أولاً: حيلة القرار الإداري

#### 1- تعطيل تنفيذ الحكم بقرار إداري فردي:

يتحقق تعطيل تنفيذ الحكم الصادر في مواجهة الإدارة بإصدار قرار إداري فردي يأخذ إحدى طريقتين أولاًهما الامتناع والتزام الصمت فيتولد بذلك قرار إداري سلبي وثانيتها إصدار الإدارة قراراً إدارياً صريحاً برفض التنفيذ.<sup>(2)</sup>

أ- الامتناع عن التنفيذ بالتزام الصمت:

(1) استخدمت المحكمة الدستورية العليا ذلك التعبير في معرض تأسيسها لعدم جواز إصدار تشريع يتعارض مع مقتضى الحكم الدستوري واعتبرته تحايلاً تشريعياً، يراجع في ذلك المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 22 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 63

تلجأ الإدارة لتحقيق هدفها في الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها إلى التزام الصمت غالباً حيال تنفيذ الحكم فيتولد عن ذلك قرار إداري سلبي يرفض التنفيذ.<sup>(1)</sup>

ولهذا اعتبر قضاء مجلس الدولة المصري أن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون، إذ ينطوي امتناع الإدارة عن إصدار قرارها لتنفيذ الحكم الإداري على مخالفة قانونية وخطأ يستوجب مسؤولية الإدارة.<sup>(2)</sup>

ومثال ذلك ما قضي به من اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعن على القرار السلبي الصادر عن رئيس مجلس الشورى بالامتناع عن تنفيذ حكم سابق صادر عنها<sup>(3)</sup>، إذ ينطوي امتناع الإدارة عن إصدار قرارها بتنفيذ الحكم على مخالفة قانونية تستوجب انعقاد مسؤوليتها.<sup>(4)</sup>

وحكم المحكمة الإدارية العليا "وبدلاً من أن تبادر هذه الجهة إلى تنفيذ الحكم عملاً بأحكام الدستور والقانون، امتنعت عن التنفيذ، وهو ما يشكل قراراً سلبياً بالمعنى الذي قصده المشرع في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 متعينا القضاء بالغائه، وإذا ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون قد أصاب الحق في قضائه".<sup>(5)</sup>

ب- إصدار الإدارة قراراً جديداً بمضمون يحول دون إعمال مقتضى الحكم:

---

(1) د. أماني فوزي السيد: ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة أسيوط. 2012. ص: 101، د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 124

(2) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 103 لسنة 25 قضائية. جلسة 1973/4/9، المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 714 لسنة 25 قضائية علياً. جلسة 1986/1/4. موسوعة المبادئ السنة الأولى. نقابة المحامين. العدد الثاني 1991. ص: 49. أشار إليهما إمام محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 64، كما أشار إليهما د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 300

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 7004 لسنة 46 قضائية جلسة 2002/3/5  
(4) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 6255 لسنة 8 قضائية. جلسة 1958/6/3، والطعن رقم 1474 لسنة 12 قضائية. جلسة 1968/5/25. أشار إليهما إمام محمد أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 64

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 29395، 29501 لسنة 55 قضائية علياً. جلسة 2010/3/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

قد تصدر الإدارة قرارا بذات مضمون أو ذات أثر التشريع المقضي بعدم دستوريته، أو بتأجيل اعمال آثار الحكم، متجاهلة في ذلك الحكم الذي قضى بعدم الدستورية كأن يصدر حكم كأن يكون التطبيق الصحيح للحكم أن يتم إلغاء قرار فصل موظف، فتعيده الإدارة إلى عمله ثم تصدر قرارا بفصله مرة أخرى.(1)

## 2- تعطيل تنفيذ الحكم بقرار لائحي:

فالإدارة قد تلجا في بعض الأحيان إلى أن تصدر في شكل عام ما حظر عليها اتخاذه في شكل خاص أو فردي، ولهذا يخضع للقضاء تقدير ما إذا كان التعديل الذي تجريه الإدارة على اللائحة يهدف إلى تحقيق غرض عام أو يستهدف عرقلة تنفيذ الحكم القضائي. ويستهدف القضاء في تقديره بكل الظروف والملايسات التي أحاطت بذلك التعديل.(2)

وذلك كأن تصدر قرارا عاما تضمنه قييدا يحظر بمقتضاه اتخاذ قرار فردي يتطلب تنفيذ حكم ما، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري أنه: "إذا كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية بعد إلغاء القرار مجردا أصدرت قرارا جديدا بالترقية إلى درجة اسطى، وأضفت شرطا جديدا مفاده ألا يكون قد صدر على العامل المرقي جزاء إداري خلال خمس سنوات سابقة على تاريخ صدور القرار الجديد مستهدفة بذلك استبعاد المدعي من حركة الترقيات، فقد بعثت الجزاء الموقع عليه واتخذته شرطا مانعا من للترقية، الأمر الذي يؤدي إلى النيل من جوهر الأمر الصادر بحركة الترقيات وذلك أن القاعدة القانونية ليست هدفا في ذاتها بل هي وسيلة تحقيق الصالح العام" وانتهت المحكمة إلى إلغاء القرار.(3)

ولا خلاف في أن تقدير ما إذا كان التعديل الذي تدخله الإدارة على اللائحة يرنو إلى تحقيق مصلحة عامة أم تستهدف غرض آخر منبت الصلة بهذه المصلحة كعرقلة تنفيذ حكم قضائي مرده في النهاية إلى القضاء نفسه.(4)

(1) أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1997. ص: 331، د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 300

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 301

(3) محكمة القضاء الإداري: الدعوى رقم 298 لسنة 21 قضائية. جلسة 1969/3/6. أشار

إليه إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 67

(4) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 67

ووضعت المحكمة الإدارية العليا مبدأ عاما يقضي بعدم جواز صدور قرار إداري يعطل تنفيذ حكم قضائي إلا أنها أجازت ذلك إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم إخلال حال وخطير بالصالح العام يتعذر تداركه، ووضعت العديد من الضوابط والشروط التي يتعين توافرها لإجازة ذلك، فقضت بقولها "لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي إلا إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فورا إخلال خطير بالصالح العام تعذر تداركه لحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام، في الحالة الأخيرة يرجح الصالح العام على الصالح الفردي بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها"<sup>(1)</sup>.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استبعد حجج عدم التنفيذ المستمدة من سير المرفق العام، فلا يجوز استهداف المصلحة العامة عن طريق عدم تنفيذ أحكام القضاء.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: حيلة الاجراء القضائي (الإشكال في تنفيذ الحكم)

يعد الإشكال في التنفيذ احد حقوق التقاضي التي كفلها القانون بغية توفير حماية وقتية لرافعه، تقيه من تنفيذ ينطوي على عدم تحقيق أركانه وشروطه القانونية<sup>(3)</sup>، ودأبت جهة الإدارة على رفع إشكالات في تنفيذ الأحكام الإدارية أمام محكمة مدنية غير مختصة ولائيا في نظر الإشكالات، مما يرشح للقول بأن نسبة كبيرة من الإشكالات في تنفيذ الأحكام الإدارية تقام أمام محاكم غير مختصة بنظرها للحيلولة دون تنفيذ تلك الأحكام.<sup>(4)</sup>

وليس خافيا، أن الإشكال في هذا الفرض: يكون لبه وجوهه: المماثلة في التنفيذ، لا المنازعة فيه، وذلك بإسناده لغير المختص، وإطالة أمد سيره وصولا لنظره بمعرفة المختص.

وقد تلجأ الإدارة إلى تأسيس إشكالاتها على أسباب غير جدية مما يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم وفقا لقاعدة الأثر الموقوف للإشكال الأول وذلك بهدف

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 501 لسنة 31 قضائية عليا. جلسة 1986/1/25. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 302، كما أشار إليه

إمحمد محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 68

(2) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 429

(3) أ. د. ثروت عبد العال: الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. دار النهضة العربية. 1996. ص: 355

(4) إمحمد محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 71

تعطيل تنفيذ الحكم بدون أن يكون هناك سبب جدي وحقيقي يستدعي إيقاف تنفيذ الحكم المستشكل فيه.

ولعل ذلك الطريق المخالف للقانون لا مجال له أمام الحكم الدستوري، فغرض جهة الإدارة من تقديم الإشكال هو التحايل على تنفيذ الحكم وتعطيل تنفيذه، وهو ما لا يتحقق بالنسبة للحكم الدستوري حيث إن رفع منازعة التنفيذ لا يترتب عليها وقف تنفيذ الحكم عملاً بنص المادة 50 من قانون المحكمة الدستورية العليا إلا إذا أمرت به المحكمة، وبالتالي فليس هناك فائدة لكل ذي شأن في المنازعة في التنفيذ إلا إذا كان له سند قانوني حقيقي وسليم يؤدي به إلى وقف تنفيذ الحكم. وبالتالي لا يمكن اعتبار ذلك الطريق من أساليب الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري.

### ثالثا التحايل التشريعي:

إذا كان المشرع هو الذي ينشئ الجهات القضائية ويحدد اختصاصاتها والإجراءات المتبعة أمامها ويتقيد القاضي في أحكامه بالقوانين التي سنها المشرع، فإن هذه السلطة الممنوحة إلى المشرع ينبغي أن تقف عند هذا الحد ولا تتجاوزها<sup>(1)</sup>، وإذا كان المشرع قد ترك للقاضي سلطة الفصل في القضايا المنظورة أمامه، فمن باب أولى يجب أن يترك الأحكام التي يصدرها في هذه القضايا تنتج آثارها.

ولكن قد يحدث أن يصدر القضاء حكماً ويتدخل المشرع مهدراً حجية ذلك الحكم ويقرر تطبيق النص الملغى ويبعث فيه قوة السريان التي سلبها منه الحكم القضائي.

ويكون صور التدخل التشريعي من خلال الآتي:

#### 1- سن تشريع جديد يخالف ما سبق ان انتهى إليه الحكم الدستوري:

فمن ناحية أولى تغطية العيب الدستوري الذي يلحق التشريع المقضي بعدم دستوريته لا يكون إلا من خلال تعديل دستوري أو تصويب ما يعترى التشريع من عيب شكلي مخالف للدستور، وفي الحالتين لن يكون تصحيح الوضع إلا بأثر مباشر من تاريخ إقرار التعديل، فالعبرة بمدى تطابق القانون

(1) إمام محمد إمام أبو عائشة: المرجع السابق. ص: 75

مع الدستور في ظل الدستور الساري وقت إصداره وليس الدستور اللاحق عليه.

فضلا عن أنه من ناحية أخرى نجد القضاء بعدم دستورية نص يترتب عليه إبطال وعدم دستورية النصوص المتماثلة معه أو التي تصدر بذات المضمون فيما بعد، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها "وحيث إن منازعات التنفيذ تعدد صورها وتتنوع تطبيقاتها وإن كان جميعها أنها تطرح عوائق التنفيذ سواء كانت معطلة له أو مقيدة مداه، ويندرج ضمن هذه المنازعات أن يتبنى المشرع بتشريع جديد ذات أحكام نص تشريعي سبق لهذه المحكمة القضاء بعدم دستوريته أو أن تستمر السلطة التنفيذية في أعمال حكم نص تشريعي سبق للمحكمة - استناداً للأحكام الموضوعية في الدستور - إبطال نص مطابق له في النطاق عينه وموجه للمخاطبين به أنفسهم بحجة أنه نص جديد مستتر في ذلك وراء فكرة استقلال النصوص القانونية؛ إذ لا يعدو أن يكون ذلك تحايلاً على أحكام الشرعية الدستورية، ومن ثم يعتبر هذا التشريع الجديد أو ما يصدر من قرارات تنفيذاً له عقبة من عقبات التنفيذ، ويجوز لهذه المحكمة عندئذ أن تعمل ما خولته إياها المادة 27 من قانونها من التصدي لدستورية النص الجديد الذي عرض لها بمناسبة نظرها منازعة التنفيذ المطروحة عليها لاتصاله بها، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية"<sup>(1)</sup>.

وفضلاً عن ذلك فلا نجد ما يمنع من أن يحد القاضي الدستوري من هذه الوسيلة بأن يقضي صراحة في حكمه الصادر بعدم دستورية نص أن ينسحب ذلك الحكم إلى أي نص آخر يحمل المضمون ذاته ويخالف المبدأ الدستوري ذاته.

---

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 22 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، أنظر أيضاً حكمها في الدعوى رقم 9 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/3/14. اعتبرت المحكمة إعادة إصدار تشريع -يتضمن نفس المثالب الدستورية التي تضمنها تشريع قضى بعدم دستوريته- يعد عقبة في تنفيذ الحكم الدستوري.

فالقاضي الدستوري يحكم على مدى دستورية المبادئ القانونية لا على دستورية النصوص ذاتها<sup>(1)</sup> فإذا تضمن نص آخر المبدأ ذاته سينسحب إليه حتما الحكم ذاته.

## 2- سن تشريع جديد يقيد آثار الحكم الدستوري بعد صدوره:

يمكن تصور استخدام المشرع لهذا الأسلوب في حالة إقراره تشريعا يحد من الأثر الرجعي للحكم الدستوري أو يحدد تاريخا معيناً لسريان الحكم، إذ أنط الدستور بالمشرع الاختصاص بتحديد آثار الحكم عملاً بنص المادة 195 من دستور 2014.

وفي هذه الحالة لن يكون المشرع قد خالف الدستور أو عارض تنفيذ الحكم بحسب الظاهر، بينما سيكون الأثر الفعلي لذلك التشريع هو تعطيل جريان آثار الحكم الدستوري.

ومن ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بأن "إن منازعات التنفيذ تعدد صورها، وتتنوع تطبيقاتها، وإن كان يجمعها أن تطرح عوائق التنفيذ سواء كانت معطلة له أو مقيدة لمداه، ويندرج ضمن هذه المنازعات إصدار تشريع يعطل نفاذ حكم أو قرار صادر من المحكمة الدستورية العليا، بما يشكل اعتداء على الشرعية الدستورية، ومن ثم يعد هذا التشريع عقبة من عقبات التنفيذ مما تختص به المحكمة الدستورية العليا طبقاً للمادة (50) من قانونها.<sup>(2)</sup>

قضت المحكمة الدستورية العليا أنه "يتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو بجهض قراراً قضائياً قبل صدوره؛ أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً. وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها"<sup>(3)</sup>

وإذا كان الدستور ذاته في المادة 195 يفوض المشرع في تحديد الآثار المترتبة على الحكم بعدم الدستورية، إلا أن ذلك لا يعني أن يباشر المشرع هذا

(1) أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات. القاهرة. دار الشروق. الطبعة الأولى. 1999. ص: 187

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 9 لسنة 35 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 2015/3/14، أنظر أيضاً حكمها في القضية رقم 13 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/4/11. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية دستورية. جلسة 1996/6/15. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

الاختصاص بتحديد آثار حكم دستوري بموجب تعديل تشريعي لاحق عليه يناقض هذا الحكم. فإذا كانت بادرت المحكمة بتحديد آثار هذا الحكم -قبل التعديل التشريعي- بمقتضى سلطتها التي خولها لها القانون فلا يجوز للمشرع أن يجعل هذا التشريع وسيلة لعرقلة تنفيذ الحكم، بينما يقتصر هذا التعديل على المستقبل فقط دون المساس بحجية الحكم.

#### 4- مشكلة استخدام طرق التنفيذ العادية لإنفاذ الحكم الدستوري (1):

تنفيذ الحكم في مجال القضاء الدستوري يختلف عن القضاء العادي بالنظر إلى طبيعة المصلحة أو المركز القانوني الذي يحميه الحكم الدستوري وكذلك طبيعة المحكوم ضده في الدعوى الدستورية؛ فوسائل التنفيذ الجبري بمعناه الدقيق في قانون المرافعات المدنية والمتمثل في حمل المحكوم ضده على التنفيذ بالقوة لا يمكن إعمالها في مجال الحكم الدستوري، فلا يمكن استخدام طرق التنفيذ العادية ضد أشخاص القانون العام (2) ذلك أن المعنى بتنفيذ الحكم الدستوري ليس المدين الملزم بالوفاء بالتزامه وإنما قد يكون القاضي الذي ينظر الدعوى التي استلزمت تطبيق نص قضي بعدم دستوريته وقد يكون جهة الإدارة التي تصر على إعمال حكم نص قضي بعدم دستوريته وقد يكون السلطة التشريعية التي تتجاهل حكما دستوريا يوجب إجراء تعديل تشريعي بإضافة نص بديل للنص المقضي بعدم دستوريته أو ما شابه، فالملتزم بتنفيذ الحكم الدستوري بهذا التصور لا يستقيم استعمال وسائل التنفيذ العادية في مواجهته إذ أن تلك الوسائل رغم اختلافها بحسب طبيعة الالتزام وما إذا كان يعمل أو بالامتناع عن عمل أو بالوفاء، إلا أنها تصب جميعها في نهاية واحدة وهي التنفيذ بالقوة الجبرية وذلك إما عينا متى سمحت طبيعة الالتزام بذلك أو بمقابل إذا لم تسمح طبيعة الالتزام بأن تنفذ عينا جبرا أو بالإكراه البدني (3)، وهو ما لا يستقيم مع الحكم الدستوري حيث أن طبيعة الالتزام تقتضي أن ينفذها الملتزم بها طواعية، فلن تتحقق الغاية من الحكم بعدم دستورية نص

(1) انظر في ذلك: رسالة دكتوراة للباحث. مرجع السابق. ص: 26 وما بعدها.

(2) VEDEL (G) et DELVOLÉ (P.); Droit administratif, P.U.F 1992. P367

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 140  
(3) راجع في الإكراه البدني أ. د. عبد الباسط جمعي و أ. د. أمال الفزايري: التنفيذ في المواد المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1990. ص: 14

تشريعي بالإكراه البدني لشخص المنوط به تنفيذه ولا يتصور أن يتم التعويض المادي بدلا من تنفيذ حكم بعدم دستورية نص.

كما أن أموال الدولة لا تقع تحت الحجز وفقا لطرق التنفيذ في قانون المرافعات، فهي تتضمن الحجز بمختلف أنواعه سواء كان حجرا تحفظيا أو تنفيذيا سواء كان حجرا عقاريا أو على منقول أو حجرا على ما للمدين لدى الغير<sup>(1)</sup> ويجد هذا المبدأ أصله في المادة 87 من القانون المدني التي نصت على عدم جواز الحجز على المال العام لتمنع الحجز والتنفيذ الجبري عليه حتى لا يؤدي ذلك إلى أيلولة ملكيته للغير<sup>(2)</sup>، والحكمة من ذلك هو عدم السماح بنقل ملكية المال العام من الإدارة إلى الغير لأن ذلك ضار بالمنفعة العامة المخصص لها المال العام، لأنه يترتب على الحجز التنفيذ الجبري وهو ما يهدر المنفعة العامة<sup>(3)</sup>، فالأموال العامة وما يتصل بها لا تمثل ضمانا للدائنين ولذا لا يمكن الحجز عليها أيا كان نوعه.<sup>(4)</sup>

وأكد على ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال "دي لاروك- واودنت- وجيدار" حيث يرون أن القضاء استقر منذ القدم على معارضته لاستخدام طرق التنفيذ المباشر ضد الدولة وهيئاتها.<sup>(5)</sup>

وفضلا عما تقدم يستند بعض الفقه الفرنسي في حظر أعمال طرق التنفيذ العادية في مواجهة الدولة إلى التبريرات الآتية: 1- مبدأ الفصل بين القاضي والإدارة فالإدارة لا يصرح لها بأن تستخدم النفقات العامة إلا بناء على اعتمادات موضوعة سلفا من المشرع ولا يجوز بالتالي لأي جهة قضائية أن تلزمها بالدفع<sup>(6)</sup> 2- أن الدولة أو الأشخاص العامة ذمتها المالية عامرة مما لا تعن معه الحاجة لاتخاذ هذه الطرق ضدها ولديها ما يكفي لتنفيذ التزاماتها، 3-

(1) ROBERT (J) : l'indépendance du juge. R. D. P. 1988. P. 3.

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 10  
(2) للمزيد من التفاصيل أنظر: أ. د. عبد الغني بسيوني: الوسيط في القانون الإداري. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2007. ص: 605، 607  
(3) أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2010. ص:

(4) DUGRIP (O): Exécution des décisions de la juridiction administratifs repertoire de contentieux administratif. Dalloz mise a jour 1993 T.I.P 18

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 11

(5) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 120

(6) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 120

أن الأشخاص العامة تستهدف بما تقوم به من أعمال المصلحة العامة؛ ولذا فإن ما يوجد لديها من أموال يكون مخصصا لخدمة هذا الغرض، 4- أن هناك وسائل خاصة لإكراه الأشخاص العامة على التنفيذ لا تعن معها الحاجة إلى إتباع طرق التنفيذ العادية كالتظلم أو الشكوى إلى السلطات الرئاسية للجهة المختصة بالتنفيذ.<sup>(1)</sup>

وهناك من له مأخذ على الاتجاه القائل بحظر التنفيذ قسرا في مواجهة الدولة، حيث يرى أن المصلحة العامة إذا كانت تأبى تغليب الصالح الخاص عليها فإنها تتأذى وبذات القدر من إخلال الإدارة بالتزاماتها القانونية وخرقها لأحكام القضاء والتي يعد تنفيذها مفترضا أوليا لاستقرار الصالح العام ذاته، ويوازن هذا الرأي بين مصلحتين عامتين: مصلحة عامة تستهدف حماية الأموال العامة، ومصلحة عامة تتمثل في احترام أحكام القضاء وبالتالي لا توجد مصلحة خاصة للمحكوم له وإنما هي مصلحة الدولة ذاتها في أن يقال أنها تحترم قضاءها بدلا من اتخاذ وسائل حماية الصالح العام ذرائع لإهدار احترام القضاء، فتكون الوسيلة عينها المقررة لحماية الصالح العام مهدرة لبعض اعتباراته الخطيرة.

ويرى هذا الرأي أن التنازع لا يقوم هنا بين مصلحة عامة وأخرى خاصة بينما يوازن بين مصلحة عامة وأخرى لا تقل عنها عمومية والمفاضلة تقضي إلى تغليب الثانية لأنها تعبر عن سيادة القانون وجوهر الشرعية، ولذلك فإن احترام الأحكام القضائية مصلحة أقوى وأجدر بالرعاية من المصلحة العامة، وأنه إذا كانت الأشخاص العامة لها بالفعل من اليسار الدائم ما فيه الغنى عن الالتجاء إلى طرق التنفيذ العادية في مواجهتها فلما تتعلل كثيرا في الامتناع عن التنفيذ بحجة عدم توافر الاعتمادات المالية اللازمة لإجرائه!، فضلا عن أنه من الضروري مراعاة مصلحة المتقاضى باعتبار أن نظام التقاضي أسس أصلا لمصلحته فما فائدة هذا النظام إذا كان يقوم على حماية المصلحة العامة وإهدار المصلحة الخاصة للأفراد وإذا كان سبب هذا الحظر كما يرى البعض يرجع إلى يسار المدين (الدولة) المحكوم ضدها مما يغنيها عن الالتجاء إلى

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول مبررات مبدأ الحظر ونقدها أنظر أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 12 وما بعدها

طرق التنفيذ العادية، فلما تتعنت إذن عن التنفيذ للوفاء بما قضى به الحكم القضائي.<sup>(1)</sup>

وإن كنا نتفق مع الاتجاه عاليه: القادح في غريمه المعدد لأسباب عدم جواز إلزام الإدارة، وبالقدر الذي سند عليه رأيه ، فإننا نلمس موضع عدم الدقة في الرأي القائل بحظر أعمال وسائل التنفيذ في مواجهة الدولة: متمثلاً في التجائه لطرح فروض من واقع السير الطبيعي للمرافق تخرج جميعها عن الفرض النظري المطروح الذي افترض فيه استعصاء التنفيذ لتحد أو تجاهل من المعني، فالقول مثلاً : بأنه لا يجوز التنفيذ بوسائله المعنية قبل الدولة لأن هناك من وسائل التظلم من شخص الممتنع ونحوه ما يكفل ذلك : هذا القول بدوره لا بد وأن يفتق ذهن الباحث المدقق عن تساؤل : وماذا لو شاطر المتظلم إليه المتظلم منه موقفه من الحكم فلم يؤاخذه و لم ينفذ الحكم ؟ فماذا لو شاطرهما رئيسهما .. إلى آخر التدرج: ليعود التساؤل ذاته ثائراً بإلحاح قبل الجهة المعنية برمتها لا محض المختص المخاطب بالحكم ابتداء، و الأمر ذاته يبرر ما سيق في النقد الوجيه عاليه بشأن يسار و ثراء الذمة المالية للدولة، ذلك اليسار و الثراء – عندنا- قد يكون صورة من صور قابلية التنفيذ ، لكنه لا يفرضه، إذ لم يمنع الطرح من التساؤل: و ماذا لو أحجم الموسر و أثر – لا اعتبارات وما أكثرها- عدم الانصياع للحكم.

الحاصل أننا نرى أن النقطة المتعين تناولها بالتمحيص في هذا المقام يجب أن تضع في الاعتبار طبيعة المعني بالتنفيذ قبله ومن ثم فما يتعين السؤال عنه هو: إمكانية و جدوى فرض هذا الإلزام ووسائله لا مشروعيته، فالبحث عن جواز أو حظر اتخاذ وسيلة تنفيذ لا يسمح الواقع –حال جازت- بفرضها، يضحى نوعاً من التنظير غير مرجو الثمرة.

فيغض النظر عن المبررات النظرية أو التأصيل القانوني لذلك الحظر، فالواقع العملي هو أنه لا يمكن اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ إلا في مواجهة الأفراد دون الدولة ومن ثم يبقى التنفيذ الجبري قسراً مستحيلاً<sup>(2)</sup> فلا يمكن استخدام طرق الإكراه ضد الأشخاص المعنية العامة بسبب انعدام طرق التنفيذ الجبري ضدها، فلا توجد وسيلة لإكراه السلطات العامة على التنفيذ

(1) أنظر في عرض هذا الإتجاه: د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص:

(2) Christian GABOLDE, Histoire de la formule exécutoire, La Revue administrative 8e Année, No. 48 (NOVEMBRE DÉCEMBRE 1955), p. 615

وبالتالي فإنها تعمل على تنفيذ الأحكام بإرادتها باعتبارها غالبا يتضمن القيام بعمل وهو ما لا يمكن الإكراه عليه كما سبق أو أوضحنا سلفا. ومن هنا يسوغ القول أن تنفيذ الأحكام في مواجهة الدولة هو واجب قانوني غير قابل للإكراه.<sup>(1)</sup>

فالقانون الدستوري تنعدم فيه طرق التنفيذ الجبري والأصل في الأحكام الدستورية أنها تنفذ اختيارا بينما يعد تنفيذها وليس وفاء بالنظر إلى طبيعته وإجراءاته التي يستلزمها والتي تتطلب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل دون أن تصل إلى حد الإكراه بالوسائل الجبرية.

وذهب البعض على هدى من التحليل المتقدم إلى أن واجب تنفيذ الأحكام القضائية بالنسبة للدولة هو واجب قانوني والواقع أن الأحكام القضائية لا يمكن تنفيذها قسرا بمواجهة الدولة، فهذه الأحكام ليس لها قيمة سوى أنها تعبير عن واجب قانوني<sup>(2)</sup>، وهذا الواجب القانوني أكده Jeze بقوله "عندما يكتسب الحكم القضائي القوة المقضية فإنه يقع على عاتق موظفي الإدارة واجب تأمين تنفيذه بكل بساطة ووضوح لأن هذا الأمر يشكل بالنسبة لهم الشرعية الحقيقية، ولا يوجد أي سبب قانوني من شأنه أن يسمح بمعارضة هذا الحل السليم، أي أن واجب الموظفين العموميين في تنفيذ الأحكام القضائية التي اكتسبت قوة القضية المقضية لا يمكن أن يكون موضع شك.<sup>(3)</sup>

وليس هناك حامل لجهات الإدارة على تنفيذ الأحكام الدستورية، ولا رادع لها إن هي امتنعت وكل ما يملكه الخصم في حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم أن يلجأ إلى إقامة منازعة تنفيذ ولكن تبقى المشكلة ذاتها وهي كيفية إجبار الدولة على تنفيذ الحكم الصادر في منازعة التنفيذ وحتى لو فرض أنه كان هناك سلطة منصوص عليها صراحة للقاضي لإنفاذ الأحكام كتوجيه أوامر لجهات الدولة لتنفيذ أحكامه وفرض غرامة تهديدية عليها عن كل يوم تأخير عن التنفيذ أو منحه صلاحيات أكبر من ذلك لما غير ما تقدم من طبيعة الفرض المطروح

(1) د. أماني فوزي السيد: ضمانات تنفيذ الأحكام.... دار الجامعة الجديدة. 2015. مرجع سابق. ص:

(2) أ. عبدو يعقوب: رسالة في التنفيذ لنيل دبلوم دراسات عليا في القانون العام. بيروت. معهد الحكمة العالي لتدريس الحقوق. جامعة الحكمة. 2005. ص: 11

(3) Gaston Jèze, « Force de la chose jugée », note sous CE, 8 août 1919, abbé Toesca, RDP 1919, p. 505-506.

شيئا، إذ يعود التساؤل الرئيسي للطفو على ساحة البحث مجددا في كل مرة: ما الكافل لتنفيذ الإدارة للأمر القضائي الصادر لها بتنفيذ حكم؟ وما وسيلة قسرها على أداء ما يقترح من غرامة؟ لتعود الحقيقة الراسخة لتتقرر من جديد: أن احترام أحكام القضاء وإنفاذها واجب قانوني على السلطات، لا يمكن اقتضاؤه منها قسرا.

وإحدى الوسائل التي عمل القضاء على استخراجها للخروج من ذلك المأزق كانت الأخذ بمبدأ مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية كون رفض التنفيذ يشكل خطأ من قبل السلطة العامة.

ثم طُرح علاج آخر من الفقه مع بداية القرن العشرين كان يدعو إلى البحث عن المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ، فالإدارة ليست هي التي لم تنفذ وإنما الموظف هو الذي رفض ذلك التنفيذ أي أنه يوجد خطأ شخصي ينسب إلى موظف عام عليه مسؤولية مالية تقع على شخصه<sup>(1)</sup>، فمخالفة حكم قضائي كان يشكل خطأ شخصيا بإجماع رجال القانون الفرنسيين حينذاك.<sup>(2)</sup>

لكن نظام المسؤولية لا يؤدي إلى تنفيذ الأحكام إنما هو أحد الوسائل التي تعاقب على عدم تنفيذها ومهمة هذا النظام هو التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ.

ومن ناحية أخرى فالجزاء في فقه القانون الجنائي هو رد الفعل الاجتماعي إزاء من صدر عنه السلوك الإجرامي، ورد فعل المجتمع تجاه السلوك الإجرامي يجب أن يتخذ صورتين: العقوبة والتدبير الاحترازي<sup>(3)</sup> لذا لم يكن كافيا تجريم سلوك الموظف تأديبيا أو جنائيا وكان ينبغي البحث عن ضمانات قوية تحول دون تكرار تجاهل تنفيذ الحكم القضائي، وذلك بعد أثبت نظام العقوبة بصفة عامة قصوره في الحد من الظاهرة الإجرامية. فضلا عما تؤكد عليه من أنه حتى على الفرض المعبر محض تقرير جزاء للممتنع ردعا كافيا لغيره يحمله على تنفيذ الحكم، فإن هذا الفرض لم يضع في تصوره أن

(1) عبدو يعقوب: المرجع السابق. ص: 39

(2) C.E. 12 juin 1914. Abbe Hardel. R.D.P 1919 P. 583

أشار إليه عبدو يعقوب: المرجع السابق. ص: 39  
(3) أ. د. علي القهوجي - أ. د. فتوح الشاذلي: علم الإجرام وعلم العقاب. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2006. ص: 246

صورة عدم احترام السلطات للحكم القضائي قد تتمخض عن عدم إنزال العقاب بمن امتنع عن التنفيذ، ليعيد ذلك التصور الحقيقة التي أسسنا لها سلفا في أكثر من موضع.

وتبعاً لذلك كان ينبغي أن يتضمن التنظيم القانوني للقضاء الدستوري جزاءات حاسمة وآليات فعالة توقع ضد كل جهة أو كل فرد مسئول عن الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري، تلك الوسائل سنحاول جمع شتاتها من التشريعات والنصوص المتناثرة والتي تضمنتها لدفع المعنى بالتنفيذ مكرها إلى التنفيذ، وهذه الوسائل لم يعرض لها المشرع في أي من نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا وكل ما أورده هو صياغة عامة في التشريعات المختلفة جمعت في صعيد واحد بين الحكم وتنفيذه في جملة واحدة. ثم أعرض عن أن يفصل أو حتى يُجمل شروطها. وتجيء الأحكام القضائية وشروح الفقه أيضا غير مفصلة أو جامعة لها؛ ولذا كان لزاما أن نستخلص من ثناياها، أو نستنبط من منطوقها ما يمكن به تحديد تلك الوسائل، ووضع أطر قانونية لها تتفق مع الحكم الدستوري.

ذلك أنه رغم استقرار النظام التشريعي للمحكمة الدستورية العليا منذ زمن إلا أنه قد انفلت منه ما كان حريا أن يتضمنه، إذ صعب على التشريع أن يعرض بأحكام تفصيلية لما يستلزمه تطبيق ما ينظمه أو ما يواجهه به في الواقع ما ينشأ من حادثات مستقبلة. ورب عذره أن الأمر يفوق حد الاستطاعة. إذ مهما تناهت دقته، وبلغ قدر حدسه بمجريات المستقبل لا يمكنه أن يفصل لكل ذلك بدقة ما يخصه من أحكام خاصة في مسألة عدم تنفيذ الأحكام التي لم يكن يتصور واضعوا التشريع آنذاك أن تتفاقم إلى هذا الحد. إلا أنه ليس بخاف أن صعوبة التصور والحدس ليست العائق الوحيد أمام تقرير أحكام فرض الإلزام المعنية، وإنما أسهم بالقدر الأكبر في هذا التعويق، الصعوبة البالغة لفرض تصور لحمل السلطات على إنفاذ الأحكام، ذلك أن القضاء قلم، أدواته للصدح بالحقوق: أقلام تخط ما اعتقده القضاة على ورق، ولا سبيل لبث الروح فيها إلا من خلال إنفاذ السلطات للأحكام بوزع تلقائي منها، غيرة منها على سيادة القانون واحترام أحكام القضاء، وإن ساءتها أو لم ترقها أحيانا.

وهنا يكون القاضي أفعال على مواجهة ذلك منه، والقاضي هنا لا يبتدع متحلا من كل قيد، ولا يبتكر متحررا من سلطان المشرع. وإنما يعمل في

فلكه، وفي نطاق تفهمه لروح ما شرعه معبرا بما أتاه عن إرادته الضمنية  
مغلبا إياها عما عداها.(1)

## 5- نظرة جديدة إلى فكرة الاجبار في المرافعات الدستورية

أحكام النصوص الدستورية تتمتع بتميز وتفرد عن سواها من أحكام  
التشريعات البرلمانية: من حيث الطبيعة ودرجة القوة، ومصدر الإلزام، و  
وضعها، والمخاطب بها، وغاياتها وموضوعاتها، وعليه فإن باب تنفيذ  
الأحكام القضائية الصادرة في الدعوى الدستورية يثير إشكالات فريدة لا  
تثيرها الأحكام القضائية الموضوعية المسندة للقوانين البرلمانية، وما يعني  
البحث منها هو إشكاليات الإلزام بمقتضى الحكم الدستوري، وكيفية إجبار  
سلطات الدولة على الانصياع له، في ظل استحالة التنفيذ بالقوة الجبرية للحكم  
الدستوري(2)(3).

فبينما رسخت من شجرة القانون لعقود طويلة أفرعها المقتولة بحثا  
والمستفاض بجنباتها: ومنها ما يتعلق به شق البحث: التنفيذ الجبري للأحكام  
القضائية، الذي تناوله علم المرافعات المعنى بالقواعد الإجرائية للتقاضي  
المدني.

وإذ تسربت إلى أنفس الباحثين الظنون بأن ما يعنيه مصطلح التنفيذ  
الجبري الذي يعرفه قانون المرافعات المدنية بأنه تنفيذ باستخدام القوة،  
يتعين بالضرورة أن يمتد (المعنى ذاته) إلى حقول التقاضي الأخرى كالتقاضي  
الإداري والقضاء الدستوري، رغم تباين فلسفة قواعد النظام القانوني لكل نظام  
منهم عن الآخر، فاعتورت حركة البحث في هذا الشق الجبري فيما يخص  
التقاضي الدستوري والإداري حالة من الركود النسبي واليأس عن التجديد،  
باعتبار أن التنفيذ جبرا باستخدام القوة في مواجهة سلطات الدولة غير ممكن

---

(1) RIVERO (J): Juge administratif: un juge qui gouverne. D. 1951. P. 21

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 48

(2) انظر في التنفيذ الطوعي للحكم الدستوري: د. باسم محمد حيدق: تنفيذ الحكم الدستوري  
وإشكالاته "دراسة تحليلية". رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة الإسكندرية. 2022. ص  
26 وما بعدها، ص 33 وما بعدها

(3) د. أماني فوزي السيد: ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية.  
الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2015. ص: 266.

من الناحية العملية في أحيان كثيرة – وهو ما يتفق معه الباحث، باعتباره يستلزم تدخلا شخصيا من الموظف المختص وهو ما لا يمكن الإيجار عليه باستخدام القوة.

وما إن يدقق كل باحث في باب إنفاذ الأحكام الدستورية رويدا رويدا حتى يدرك الفارق الشاسع بين الإيجار على التنفيذ وبين التنفيذ باستخدام القوة.

حتى تفتق ذهن الباحث إلى إمكانية إعادة النظر في المعنى الاصطلاحي للتنفيذ الجبري ذاته، فالمعنى الاصطلاحي الذي يعرفه قانون المرافعات المدنية للتنفيذ الجبري ما كان ينبغي له أن يقيد فقه القانون العام بشقيه الإداري والدستوري، وأن النظرة الضيقة لاصطلاح للتنفيذ الجبري الذي يقتصر على استخدام القوة أن لها أن تأذن بالرحيل.

فالإيجار على التنفيذ الذي يعرفه قانون المرافعات المدنية بأنه تنفيذ جبري يعني في هذا النظام القانوني التنفيذ باستخدام القوة، أي التدخل بالقوة لإعمال مقتضى الحكم القضائي، وهذا غير متصور عملا عندما يكون الإلزام الذي أتى به الحكم القضائي يتضمن تدخلا شخصيا بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما هو الحال في شأن الأحكام الدستورية، ومن ثم فيحاول الباحث أن يتناول طرحا جديدا للمعنى الاصطلاحي للإيجار في القضاء الدستوري، بما يتفق مع طبيعة هذا الحكم والحق الذي يحميه.

فالإيجار في اللغة هو الإلزام والاكراه والارغام، وهو ما يتسع ليشمل الاكراه المعنوي لا المادي فقط، أي اضطرار المختص إلى تأدية المطلوب رغم عدم رغبته في ذلك. وإذا كان التنفيذ بالإيجار في اصطلاح قانون المرافعات يعني التنفيذ بالقوة، إلا أن خصوصية وطبيعة الحكم الدستوري والحق الذي يحميه تقتضي البحث عن آليات علمية وقانونية للإيجار على إنفاذه وإعمال مقتضاه إجبارا لا ينطوي على استخدام القوة، من خلال وسائل للضغط للحث على الإنفاذ أو للإبطال لكل عمل يشكل تعطيل لمضمون الحكم الدستوري.

ومن ثم فإن استحالة أو تعذر التنفيذ الجبري للحكم الدستوري في مواجهة سلطات الدولة يقتصر على التنفيذ باستخدام القوة، أما إذا أمكن ذلك الإيجار باستخدام وسائل أخرى تشكل ضغط على سلطات الدولة، فإن ذلك الضغط يعد كافيا لاعتباره إجبارا على التنفيذ ولو لم يكن باستخدام القوة، فالإيجار في هذه الحالة إجبارا معنويا يحمل المختص على الالتزام بمضمون الحكم وإلا تعرض

لجزاء شخصي أو مرفقي أو إجرائي بإبطال العمل القانوني أو ما شابه أو من خلال تعريضه لإيلاء معنوي بمواجهته بخطورة أثر إمتناعه عن التنفيذ.

لذا فإننا نرى في ضوء الاستعراض المتقدم أن الخوض في تفاصيل وسائل أو ضمانات تنفيذ الحكم الدستوري على وجه التحديد هو مسألة في غاية الأهمية ورأينا تركيز موضوع هذا البحث على مناقشة واستعراض تلك الوسائل، وعليه فإن ما يستهدفه نطاق الدراسة هو الوصول إلى الضمانات القانونية والوسائل المساعدة لكفالة تنفيذ الحكم الدستوري والتي تتفق مع طبيعة هذا الحكم وطبيعة المعنى بتنفيذه. أو بالأحرى هي وسائل للضغط على المعنى بالتنفيذ لإرغامه على التنفيذ، وعلى هذا الأساس سينصب جل اهتمامنا على طرح الأفكار والتعرض للوسائل ومناقشتها في إيجاز غير مخل دون الخوض في تفاصيل تنظيمها أو تلافي العيوب التي وجهت إليها في الأنظمة القانونية المشابهة إلا بالقدر اللازم لتطويعها مع طبيعة الحكم الدستوري، وذلك نظرا إلى أن موضوع البحث هو الآليات المبتكرة المقترحة لتنفيذ الحكم الدستوري، وهو لا يتسع للإسهاب في كل وسيلة تقليدية بتفصيلاتها باعتبار أن كل منها قد تستنفد بحثا كاملا مستقلا.

وعلى هدى ذلك، وإذ أن الحكم الدستوري يخاطب سلطات الدولة كافة ويرتب على كل منها إلتزام بإعمال مقتضاه، فيمكن تصنيف المستتب من تلك الوسائل إلى وسائل يمكن إتباعها في مواجهة السلطة التنفيذية وأخرى في مواجهة السلطة القضائية وأخيرة في مواجهة السلطة التشريعية.

### أهمية البحث

1- التعرف على صور الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري التي كشف البحث عن دقتها وعمقها بحيث لا تقتصر على صورة التحدي الصريح للحكم تمردا عليه وعنادا لإمضاء حكمه، وإنما تمتد لتشمل صوراً عدة للتصل من حكمه بمسلك سلبي، بل وأبعد من ذلك فقد يكتسي شقاق الحكم الدستوري بكساء إنفاذه بهتاناً.

2- يتعرض البحث لمبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي لسلطات الدولة لتنفيذ الحكم الدستوري. وإن كان المبدأ من العمومية بحيث تناولته وعقبت عليه أفرع عدة للأبحاث القانونية فتتمثل أهميته لهذا الخصوص بسحب ما اتفق -وفقاً لقواعد الاجتهاد الفقهي- من احكامه على بساط المعروض وصولاً لشكله المرجو واطاره المتماشى مع طبيعة الحكم محل البحث

والجهات المخاطبة به. والتي تعدت -نظرا لخصوصية الحكم محل البحث- المفهوم الضيق (للإدارة) المعنية في مجالات بحث توجيه الأوامر القضائية وسلطان الأحكام وإنفاذها بصورة عامة بحيث مس الحكم محل البحث- لطبيعته لزوما -أعمالا تشريعية وأخرى تخص الأفرع القضائية سوى جهة الحكم فتعين النظر في قواعد تلك الجهات للوقوف على طبيعة هذا الإنفاذ قبلها، الأمر الذي تعين معه سبر أغوار هذا المفهوم، وتمحيصه بعناية، لبيان حدوده ورسم مفهومه بجلاء ليخدم فكرة البحث.

3- يُستمد موضوع البحث من مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي يلزم كافة سلطات الدولة بالالتزام بحكم الدستور واحترام حجية الحكم الدستوري التي تعلق النظام العام، مما يستوجب البحث عن طرق ووسائل لإجبار سلطات الدولة على تنفيذه.

4- محاولة للاجتهاد الفقهي إعمالا للإبداع الذهني في إطار قواعد البحث العلمي: ثورة على الطرائق التقليدية العديدة المتبادرة للذهن لوهلة نظر مبدئية قبل البحث المتعمق، والتي يكشف بحثها وعرضها على بساط التمحيص المتروكي أنها شكل فارغ الجدوى، لا يوصل لحل سائغ، كتقرير فرض غرامة على الممتنع عن التنفيذ، أو إصدار حكم بالإلزام بالتنفيذ وغيرها من الحيل، حيث تثير تلك الوسائل الإشكاليات ذاتها التي يثيرها تنفيذ الحكم من حيث سبل فرضها بدورها على المخاطب بالحكم ليعود التساؤل دورانا حول محور الغاية: عن وسيلة فرض حيلة الإلزام الجديدة بدورها، فإن قيل بفرضها بنظيرة لها، فهلم جرا إلى ما لا نهاية له ولا فائدة ترتجى منه.

5- يفند البحث ضمانات تنفيذ الحكم الدستوري نظرا لأهمية ذلك التنفيذ باعتباره جزءا من حق التقاضي الذي كفله الدستور ولا ينفصل عنه ولا يخفى على فطنة القارئ أنه بتلك المثابة أيضا جزء لا يتجزأ من هيكل الإنفاذ والفرض للحكم.

#### إشكالية البحث:

تتضح مشكلة البحث من خلال الصعوبات التي يواجهها أصحاب الحقوق أثناء تنفيذ الأحكام الدستورية الصادرة لصالحهم.

فإذا كان القانون الخاص يسمح بإصدار أحكام تقبل في بعض الأحيان التنفيذ جبرا باستخدام القوة، فهي لا تملك ذلك أمام سلطات الدولة التي تمثلها أشخاص معنوية عامة، ومن هنا تظهر مشكلة البحث من خلال عدة تساؤلات

رئيسية: ما هي الجهات التي تتولى تنفيذ الحكم الدستوري؟ وما هي الضمانات القانونية لتنفيذ الحكم الدستوري؟ فكيف يمكن اجبار الأشخاص المعنوية العامة على إعمال مقتضاه؟

خاصة وأن نظام منازعات تنفيذ الحكم الدستوري لا يزال يشوبه كثير من اللبس لدى المتقاضين وهو ما يتضح بجلاء بمطالعة مآل دعاوى منازعات التنفيذ الدستورية، إذ ينتهي أغلبها إلى الرفض أو عدم القبول<sup>(1)</sup>، مما يرشح للقول أن نظام منازعات التنفيذ ليس الحل الأمثل لبلوغ ما يقتضيه تنفيذ الحكم الدستوري.

وتبرز خطورة تلك الإشكالية في أن التسلسل المنطقي المتصور عند الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري هو إقامة منازعة تنفيذ تأسيسا على ذلك الامتناع، فتصدر المحكمة الدستورية العليا حكما بالاستمرار في تنفيذ الحكم الدستوري وعدم الاعتداد بالأداة التي امتنعت بها الدولة عن التنفيذ سواء كانت تلك الأداة قرارا أو لائحة أو حكما قضائيا أو تشريعا جديدا أو عملا ماديا، وقد تتمادى السلطة التي امتنعت عن التنفيذ في عصيانها فتمتنع كذلك عن الامتثال للحكم الصادر في منازعة التنفيذ، ومن ثم لم تكن منازعات التنفيذ هي الوسيلة المثلى لكفالة وضمن تنفيذ الحكم الدستوري، مما يعزز من أهمية موضوع البحث في إيجاد ضمانات أخرى يمكن أن يلجأ المتقاضون والقاضي الدستوري إليها لتنفيذ الحكم الدستوري.

### صعوبة البحث:

1- قلة الدراسات المتخصصة في موضوع البحث، فأغلب الدراسات قد تناولت ضمانات وآليات الضغط لتنفيذ الحكم الإداري إلا أن النظر لظروف تنفيذ الحكم الدستوري التي ترتبط وثيقا بسلطات الدولة الثلاث بما تثيره من إشكاليات أبعد من تلك التي تثيرها الأحكام الإدارية التي تخاطب السلطة التنفيذية، لم يكن له نصيب يذكر من هذه الدراسات.

2- عدم اعتراف النظام القانوني الحالي بالتنفيذ الجبري ضد الأشخاص المعنوية العامة التي تتولى إعمال مقتضى الحكم الدستوري، فتدق المشكلة في حالة تمرد تلك الأشخاص على ما قضى به الحكم الدستوري ويثار

(1) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 18

التساؤل عن كيفية إلزامها بالتنفيذ مع مراعاة التوازن الاجرائي الذي يوفر حماية حقوق الأفراد دون أن يهدر المصلحة العامة.

### خطة الدراسة:

يقسم الباحث هذه الدراسة إنطلاقاً من ابراز مشكلة الامتناع عن تنفيذ الاحكام الدستورية، وتسليط الضوء عليها، من خلال تمهيد، يتبعه تقسيم البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: آليات الضغط على السلطة التنفيذية في المرافعات الدستورية.

المبحث الثاني: ضمانات إلزام السلطة القضائية بالأحكام الدستورية.

المبحث الثالث: أساليب تقييد السلطة التشريعية بالأحكام الدستورية.

## المبحث الأول

### آليات الضغط على السلطة التنفيذية في المرافعات الدستورية

الأصل أن السلطة التنفيذية تتولى تنفيذ القوانين وتشغيل المرافق العامة<sup>(1)</sup> فهي السلطة التي تتولى إدارة شؤون الدولة ومرافقها، من خلال تطبيق القوانين واللوائح<sup>(2)</sup>، وهذا هو اختصاصها الأصلي، في حين أنها تتولى اختصاصاً آخر فرعياً بالتشريع، وذلك من خلال اختصاصها بإصدار القرارات واللوائح.

والوظيفة التنفيذية منوطة برئيس الدولة يمارسها طبقاً للأصول والضوابط التي يضعها الدستور<sup>(3)</sup>، بينما تشمل السلطة التنفيذية في مدلولها الواسع جميع القائمين على تنفيذ القانون فيما عدا رجال القضاء<sup>(4)</sup>، وهي بذلك تنسج لتشمّل كل رجال السلطة التنفيذية والجهات الإدارية.

(1) أ. د. ماجد راغب الحلو: المرجع السابق. ص: 227

(2) أ. د. صلاح الدين فوزي: واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003. المقدمة ص: ج، أشار إليه د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 339

(3) أ. د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي. القاهرة. مطبعة جامعة عين شمس. 1986. ص: 288

(4) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في نظم الحكم والإدارة. القاهرة. دار الفكر العربي. الطبعة الأولى. 1962. ص: 320

فالدور الأعظم في تنفيذ أحكام القانون وبالتالي تنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة يقع على عاتق السلطة التنفيذية بفروعها المختلفة، ومن ثم فإن تنفيذ أحكام القضاء الدستوري تقوم عليه السلطة التنفيذية باعتباره التزاماً دستورياً نيظ بها<sup>(1)</sup>.

والسلطة التنفيذية تتولى أدوار عديدة عند تنفيذ الحكم الدستوري يفرضها واجب تأدية مقتضى الحكم الدستوري<sup>(2)</sup>، ومن أمثلة ذلك -بطبيعة الحال- إذا كان النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته من نصوص إحدى اللوائح التي تختص بإصدارها السلطة التنفيذية وتخضع لرقابة الدستورية، فيتعين على السلطة التنفيذية عدم الاعتداد به وإحلال نص جديد يتفق مع نصوص الدستور بدلاً منه<sup>(3)</sup>، أما إذا كان النص التشريعي المذكور من نصوص التشريع، فعليها الامتناع عن تنفيذه ويمكنها إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستوري وتقدمه إلى البرلمان<sup>(4)</sup>.

كما يمتنع عليها الاستناد إلى أو إعمال نصوص تشريعية أخرى متطابقة مع النصوص المحكوم بعدم دستوريته<sup>(5)</sup>، كما يتعين عليها أن تلتزم في تطبيق النص بالتفسير أو المعنى الذي انتهجته المحكمة في أحد أحكامها عند تعرضها لهذا النص<sup>(6)</sup>.

وفي مجال القضاء الإداري حاول القانون الفرنسي والمصري إيجاد حلول ووسائل للتغلب على موقف الإدارة المتعنتة لإلزامها بتنفيذ الأحكام. ففي حالة الامتناع عن التنفيذ يوجد وسائل لإجبارها على التنفيذ منها ما هو قضائي ومنها ما هو غير قضائي<sup>(7)</sup> ومنها ما يأخذ طبيعة الجزاء أو الإيلاء ومنها ما

(1) د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري... مرجع سابق. ص: 405، د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 341.

لمزيد من التفاصيل حول أساس التزام السلطة التنفيذية تفصيلاً: يراجع: د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 116 وما بعدها.

(2) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 118 وما بعدها.

(3) د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 341

(4) أ. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية... مرجع سابق. ص: 421، د.

حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري... مرجع سابق. ص: 405

(5) راجع: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 22 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(6) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 35 لسنة 9 قضائية دستورية. جلسة

1994/8/14. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(7) د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 6

يساعد ويرشد نحو التنفيذ السليم، سنعرض لهذه الوسائل بإيجاز غير مخل لأفكارها لعلها تصلح في مجال القضاء الدستوري، وتقدير مدى فعاليتها في الاجبار على تنفيذ الحكم الدستوري.

لذا سينقسم هذا المبحث إلى ما يلي:

المطلب الأول: الوسائل الجزائية لضمان التنفيذ.

المطلب الثاني: أساليب التهديد المالي لضمان التنفيذ.

المطلب الثالث: الوسائل المساعدة على التنفيذ.

## المطلب الأول

### الوسائل الجزائية لضمان التنفيذ

#### الفرع الأول

#### دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء لا يمكن أن تقام إلا ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية، والقرار الإداري يمكن تعريفه بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.<sup>(1)</sup>

ولسنا هنا بصدد التعرض لدراسة القرار الإداري<sup>(2)</sup> أو دعوى الإلغاء<sup>(3)</sup> ولكن نعرض لعلاقة دعوى الإلغاء بتنفيذ الحكم الدستوري وما يستلزمه ذلك من عرض نبذات مختصرة عن القرار الإداري.

ويتعين أن يتوافر في تصرف الإدارة عدة أركان ليكتسب صفة القرار الإداري وهي بمثابة عناصر وجوده، فيلزم أن يصدر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة وأن يكون نهائيا ومن شأنه التأثير في المركز القانوني

---

(1) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 149  
(2) يراجع في دراسة القرار الإداري: أ. د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية. القاهرة. دار الفكر العربي. 2016  
(3) يراجع في ذلك أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. قضاء الإلغاء. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2008. مرجع سابق، أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. مرجع سابق.

للتطاعن إما بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني<sup>(1)</sup>، فإذا فقد أي من أركانه انسخ عنه وصف القرار الإداري ولا يصلح تبعا لذلك محلا للطعن بالإلغاء.<sup>(2)</sup>

فلا يعد من قبيل القرارات الإدارية من ثم الأعمال التشريعية للبرلمان والأحكام القضائية وكذلك القرارات التي لها قوة القانون التي تصدر عن السلطة التنفيذية والأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة سياسية أي سلطة الحكم وليس بوصفها سلطة إدارية ويطلق عليها أعمال السيادة.<sup>(3)(4)</sup>

وينبغي أن نشير في هذا المقام ابتداءً أن القرار الإداري قد يكون إيجابيا وذلك بإتيان نشاط أو إحداث أثر قانوني بفعل إيجابي، وقد يكون سلبيا بالسكوت أو بالامتناع عن إتيان فعل أو نشاط يجب على الإدارة إتيانه، فتتخذ الإدارة موقفا سلبيا في حالة يتعين عليها إصدار قرار معين بشأنها، فيرتب ذلك الموقف السلبى أو السكوت أثر قانوني للتطاعن، ومن قبيل ذلك الامتناع عن تنفيذ مقتضى الأحكام القضائية.

#### أولاً: دور دعوى الإلغاء في تنفيذ الحكم الدستوري

إحدى الوسائل التي يمكن اللجوء من خلالها إلى محكمة الموضوع لتنفيذ الحكم الدستوري هي دعوى الإلغاء، فامتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذ حكم دستوري يشكل قرارا إداريا سلبيا مخالف للقانون باعتباره مخالفا لحجية الأمر المقضي وللنصوص التي تقضي بأن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة للكافة.

بل ويعتبر البعض أن أي قرار إداري لاحق على الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي هو قرار معدوم لمساسه بحجية هذا الحكم.<sup>(5)</sup>

(1) أ. د. عبد الغني بسيوني: الوسيط في القانون الإداري. مرجع سابق. ص: 454-462، أ. د. رأفت فودة: عناصر وجود القرار الإداري. دراسة مقارنة. القاهرة. دار النهضة العربية. 1999. ص: 31

(2) أ. د. محسن خليل: قضاء الإلغاء والتعويض. الإسكندرية. مطبعة التوني. 1992. ص: 27، أ. د. رأفت فودة: المرجع السابق. ص: 16 وما بعدها

(3) لمزيد من التفاصيل أنظر: أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 128-149

(4) أنظر في أعمال السيادة ومعياري التفرقة بينها بين أعمال الإدارة: أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري. 2010. مرجع سابق. ص: 79 وما بعدها، أ. د. عبد الغني بسيوني: الوسيط في القانون الإداري. مرجع سابق. ص: 497 وما بعدها

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 869 لسنة 23 قضائية عليا. جلسة 1981/2/15. السنة 26. ص: 551 أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في قضاء

ولا تختلف إجراءات دعوى الإلغاء عن سواها بصفة عامة، فيتعين لقبولها توافر شرطي الصفة والمصلحة لدى الطاعن، والالتزام بالمواعيد والإجراءات التي حددها المشرع في قانون مجلس الدولة، ويضاف إلى ذلك شرط وجود قرار إداري محل للطعن<sup>(1)</sup>، وامتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء يعد قرارا إداريا صالحا لأن يكون محلا لدعوى الإلغاء سواء كان قرار صريح بالفرض أو قرارا سلبيا بالامتناع.<sup>(2)</sup>

وفي ذلك قالت المحكمة الإدارية العليا أنه "على الجهة الإدارية أن تقوم بتنفيذ الأحكام فإن هي تقاعست أو امتنعت عن التنفيذ اعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون، يحق معه للمتضرر أن يطعن عليه أمام القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً".<sup>(3)</sup>

فيمكن لذوي المصلحة في ضوء ما تقدم اللجوء للقضاء الإداري للطعن بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري أو أعمال آثاره، وعند صدور حكم الإلغاء يمكن اللجوء إلى وسائل التنفيذ التي تكفل تنفيذ أحكام الإلغاء<sup>(4)</sup>، ويتعين أن تكون تلك المصلحة شخصية ومباشرة، وعليه لا محل لتنفيذ الحكم إذا انعدمت المصلحة في التنفيذ ولا محل بالتالي لدعوى الإلغاء.

ويلاحظ أن هذه المصلحة في مجال تنفيذ الحكم الدستوري لا تقتصر على صاحب الدعوى الدستورية عملا بالحجية المطلقة للحكم الدستوري، فيكون لكل ذي مصلحة في تنفيذ الحكم الدستوري مصلحة كذلك في دعوى إلغاء القرار السلبي أو الإيجابي المناقض للحكم الدستوري.

---

مجلس الدولة. الدفوع أمام قضاء مجلس الدولة. الكتاب الخامس. القاهرة. لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين. 2007. ص: 94

(1) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 127

(2) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 41

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 8651 لسنة 44 قضائية عليا. جلسة 2001/5/2، والطعن رقم 18669 لسنة 52 قضائية عليا. جلسة 2009/12/5. موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية، أنظر أيضا حكمها في: جلسة 2010/3/27. الطعن رقم 29359، 29501 لسنة 55 قضائية عليا. مجلة هيئة قضايا الدولة. السنة الرابعة والخمسون. إبريل - يونيو 2010. ص: 184، أنظر أيضا المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1989/3/25. الطعن رقم 1172 لسنة 35 قضائية عليا. مجموعة السنة الرابعة والثلاثين. الجزء الثاني. ص: 786، المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1988/3/26. الطعن رقم 2945 لسنة 31 قضائية عليا. مجموعة السنة الثالثة والثلاثين. الجزء الثاني. ص: 1211

(4) انظر في وسائل تنفيذ أحكام الإلغاء: د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 171 وما بعدها.

وتأكيداً لدور دعوى الإلغاء في إعمال أثر الحكم الدستوري قضى بأنه "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى كذلك على أن إعمال آثار الأحكام التي تصدرها في المسائل الدستورية هو من اختصاص محاكم الموضوع، وذلك ابتناءً على أن محكمة الموضوع هي التي تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتباره مفترضاً أولاً للفصل في النزاع الموضوعي الدائر حولها، ومن ثم فهي المنوط بها تطبيق نصوص القانون في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، الأمر الذي يستلزم - كأصل عام - اللجوء إلى تلك المحاكم ابتداءً لإعمال آثار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية على الوجه الصحيح، وليضحى اللجوء إلى هذه المحكمة الدستورية العليا هو الملاذ الأخير لإزاحة عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها، وتحول دون جريان آثارها".<sup>(1)</sup>

كما قضت بضرورة اللجوء إلى دعوى الإلغاء للحد من سلوك الإدارة المناهض للحكم الدستوري قبل اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لإعمال آثار هذا الحكم فقالت "وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت المدعية قد أقامت هذه الدعوى إثر صدور قرار إداري بفسلها من المعهد العالي للنقد الفني، وتظلمها من هذا القرار، الذي لا يمثل قولاً فصلاً في شأن حرمانها من الدراسة في هذا المعهد، وإنما لها أن تسعى للطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة بلوغاً لغايتها في إلغائه، أما وقد استبقت المدعية إقامة منازعة التنفيذ المعروضة، فإنها تكون قد أقيمت قبل تحقق المفترض الأولى لتوافر مناط قبولها، وهو الحكم القضائي الموضوعي النهائي الذي يناقض - بما له من قوة قانونية نافذة - قضاء المحكمة الدستورية العليا ويحول دون انسياب آثاره، الأمر الذي يلزم معه الحكم بعدم قبول هذه الدعوى".<sup>(2)</sup>

---

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 14 لسنة 37 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية 47 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14، والقضية رقم 18 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2019/7/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

## ثانيا: أوجه الطعن بالإلغاء عند الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري

يقصد بها العيوب التي تصيب القرار الإداري، وتتنحصر في عيب الشكل والمحل والاختصاص والسبب وإساءة استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)<sup>(1)(2)</sup> ويطلق عليه عيب الغاية أو عيب الغرض في بعض المؤلفات.<sup>(3)</sup>

وبإنعام النظر في تلك العيوب فإن ما يعنينا منها في هذا المجال -كسند قانوني للحد من آثار القرارات المخالفة لمقتضى الحكم الدستوري- هو عيب مخالفة القانون (عيب محل القرار)، وعيب الانحراف بالسلطة.

### أولا: عيب مخالفة القانون.

يقصد به أنه يتعين أن يصدر القرار متفقا مع أحكام القانون وإلا كان معيبا في محله بعيب مخالفة القانون، أي أن الأثر القانوني للقرار الإداري مخالف للقانون.

وفكرة القانون هنا تتسع لتشمل كل قاعدة عامة مجردة وكل مساس بمركز قانوني مشروع، لذا يجب أن يكون القرار الإداري مطابقا للتشريعات وللعرف وللأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به<sup>(4)</sup>، ومن ثم فإن مخالفة مقتضى الأحكام القضائية تعد قرارا إداريا معيبا بعيب مخالفة القانون<sup>(5)</sup>، لكونه من ناحية يشكل مخالفة لقوة الأمر المقضي وبالتالي يصلح محلا لدعوى إلغاء، والمستقر عليه في فرنسا ومصر أنه إذا كانت مخالفة القانون ترجع إلى أن القرار الإداري قد خالف قاعدة حجية الشيء المقضي به فإن القضاء يقضي باستمرار بمسئولية الإدارة لجسامة المخالفة<sup>(6)</sup>.

(1) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 195  
(2) لمزيد من التفاصيل حول عيوب القرار الإداري يراجع: أ. د. عبد الغني بسيوني: الوسيط في القانون الإداري. مرجع سابق. ص: 462 وما بعدها.  
(3) أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة... 2008. مرجع سابق. ص:

(4) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 211

(5) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 217

(6) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 570

ومن ناحية أخرى يخالف مبدأين دستوريين وهما مبدأ حق التقاضي حيث لا يكتمل هذا الحق إلا ببلوغ الهدف من التقاضي وهو تنفيذ الحكم القضائي<sup>(1)</sup>، ومبدأ استقلال القضاء حيث ورد في الإعلان العالمي لاستقلال العدل مونتريال 1983 الذي صدر بكندا عن المؤتمر العالمي لاستقلال العدل في يونيو 1983 أن من بين مبادئ استقلال القضاء:- امتناع السلطة التنفيذية عن القيام بعمل أو إغفال القيام بعمل يستبعد الحل القضائي لأحد النزاعات أو يعيق التنفيذ السليم لقرار احدي المحاكم.<sup>(2)</sup>

ويرى الباحث أن مخالفة القرار سواء كان إيجابيا أو سلبيا لأحكام القضاء تنتطوي على عيب يتعلق بالنظام العام لتعلقه بفكرة الحجية التي تعلقو على اعتبارات النظام العام وفقا للمستقر عليه فقها وقضاء، ومن ثم يثيره القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الطاعن.

### ثانيا: عيب الانحراف بالسلطة.

الأصل أن غاية القرار الإداري دائما هي استهداف المصلحة العامة، فإذا توخى رجل الإدارة أو الجهة الإدارية استهداف أمر آخر خلاف المصلحة العامة كان تصرفها مشوبا بالانحراف بالسلطة<sup>(3)</sup>. فالسلطة ليست غاية في ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق الغايات والأهداف العامة للمجتمع، لذلك يوصف هذا العيب بأنه تعبير عن الانحراف عن غاية القرار الإداري.<sup>(4)</sup>

ويعد عيب الانحراف بالسلطة أشد العيوب خفاء وأصعبها إثباتا، ومهمة القاضي في كشف هذا العيب مهمة شاقة لأن رقابته تمتد إلى البواعث الخفية والدوافع المستورة التي حملت رجل الإدارة على التصرف.<sup>(5)</sup>

ونظرا لصعوبة إثبات ذلك العيب ولما يترتب على كثرة اتهام الإدارة بالانحراف بالسلطة من ضياع هيبتها، فأقام القضاء قرينة مؤداها أن الأصل

---

(1) أنظر في هذا المعنى: د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية. مركز رينية. جان دوي للقانون والتممية. دون سنة نشر. دون مكان نشر. ص: 1420، المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية. جلسة 1993/4/3. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات 2019.

(2) د. سري محمود صيام: الحماية الدستورية لحق التقاضي واستقلال القضاء والقضاة. مجلة الدستورية. العدد العشرون. السنة التاسعة. أكتوبر 2011. ص: 14

(3) أ. د. سامي جمال الدين: دعاوى الإدارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2003. ص: 304

أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 52

(4) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 52

(5) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 221

في القرار أنه مشروع وصحيح وأن على من يدعي عكس ذلك أن يثبته، وذلك عملاً بأن من يدعي عكس قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس عليه عبء الإثبات.<sup>(1)</sup>

وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه "من المبادئ المقررة أنه إذا لم يشتمل القرار على ذكر الأسباب التي استند إليها، يفترض فيه أنه صدر وفقاً للقانون يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذه القرينة تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة لا تمت للمصلحة العامة".<sup>(2)</sup>

وللخروج من هذا المأزق أقام مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري من الظروف المحيطة بالقرار قرائن يستدل منها على الانحراف بالسلطة. ويقصد بالقرينة استنباط امر غير ثابت من امر ثابت<sup>(3)</sup>. ومن هذه القرائن يستطيع القاضي أن يؤسس حكماً على الأمارات والشواهد والدلائل<sup>(4)</sup>.

ومن بين تلك القرائن استقر القضاء الإداري على أن التحدي لأحكام القضاء أو التحايل عليها بقرار إداري -سواء كان إيجابياً أو سلبياً- مما يعيب القرار يعيب الانحراف بالسلطة.

وعلى ذلك فإن عدم تنفيذ الحكم القضائي سواء بعمل إيجابي أو سلبى من جهة الإدارة يشكل قراراً إدارياً معيباً يعيب مخالفة القانون وفي ذات الوقت يعيب الانحراف بالسلطة، ويلاحظ أن مخالفة الحكم القضائي ما هي إلا قرينة على الانحراف بالسلطة تزحزح قرينة الصحة المفترضة وينتقل بها عبء إثبات صحة القرار إلى جهة الإدارة، مما مفاده أن جهة الإدارة تستطيع أن تثبت عكسها، أما إذا لم تتمكن ففي مثل هذا الفرض يرى أ. د مصطفى أبو زيد أن الاستناد إلى عيب الانحراف بالسلطة لإلغاء القرار الإداري أكثر ملاءمة

(1) أ. د. مصطفى كمال وصفي: خصائص الإثبات أمام القضاء الإداري. مجلة المحاماة.

السنة 50. العدد الثاني. فبراير 1970. ص: 42 وما بعدها

(2) محكمة القضاء الإداري: قضية رقم 525 لسنة 6 قضائية، جلسة 1953/6/16. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) أ. د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية. 1952 دون ذكر الناشر. ص:

250

(4) أ. د. احمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري. 1977. دون ذكر

الناشر. ص: 404

من الاستناد إلى عيب مخالفة القانون<sup>(1)</sup>، كما يرى أ. د/ عبد الغني بسيوني أن إصدار الإدارة لقرار إداري بذي مضمون قرارها الملغي يجعله مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة.<sup>(2)</sup>

بل أن كل قرار تصدره الإدارة بقصد إعاقة تنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام مشوب بالانحراف بالسلطة<sup>(3)</sup>، وامتناع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء من شأنه تنفيذ مقتضى الحكم يمثل دائماً تجاوزاً للسلطة مما يعطي للمحكوم له حقاً في رفع دعوى جديدة لإلغاء قرار الإدارة بالامتناع عن التنفيذ.<sup>(4)</sup>

وفي ذلك انتهى قضاء مجلس الدولة إلى أنه "فإذا كان الباعث أن ظروف الحال وملايساته تقطع في أن نقل المدعى مديراً لمجلة الأزهر كان مشوباً بسوء استعمال السلطة؛ إذا انحرف عن الغاية الطبيعية التي تغياها القانون من النقل إلى غاية أخرى تنكب بها الجادة؛ وذلك بقصد إبعاده من سلك المعاهد وحرمانه من مزاياه والترقي في درجاته إلى مكان ينقل عليه في هذا كله، بل كان هذا النقل تحايلاً للهرب من مقتضى القضاء الذي أنصفه؛ إذ كان قد حصل على حكم من محكمة القضاء الإداري يقضى بإلغاء القرار الصادر من مشيخة الجامع الأزهر في 27 من أكتوبر سنة 1953 بندبه للفتيش بالإدارة العامة، بعد إذ ثبت للقضاء أن السبب الذي قام عليه لم يكن صحيحاً".<sup>(5)</sup>

كما قضى بأنه "إن في تعقب الإدارة للمدعى بتركه في الترفيع بلا وجه حق كما هو ثابت من الأحكام النهائية ثم الالتجاء إلى تسريحه بعد أن رفع أمره إلى القضاء عدة مرات وصدرت أحكام القضاء لمصلحته، إن في ذلك دليلاً على إساءة الحكومة في استعمال سلطتها بتسريحه للتخلص منه بعد إذ التجأ إلى القضاء واستصدر أحكام بإلغاء قراراتها متذرة بأسباب مرسلة غير

(1) أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة... 2008. مرجع سابق. ص:

345

(2) أ. د. عبد الغني بسيوني: ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة. قضاء الإلغاء.

الإسكندرية. منشأة المعارف. 1983. ص: 292

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية وإشكالاته الوقتية. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2008. ص: 69 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص:

52

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 345

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 97 لسنة 4 قضائية عليا. جلسة 1959/3/21.

موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019

محددة ثبت من تصرف الإدارة ذاتها عدم صحتها وتؤكد للمحكمة ذلك من أحكام القضاء في شأن تصرفاتها".<sup>(1)</sup>

كما اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن إصدار القرار تحديدا لحكم قضائي أو تحايلا عليه قرينة على الانحراف بالسلطة، فبعد صدور حكم القضاء بإلغاء قرار الإدارة بفصل أحد موظفيها فإن الإدارة تضع الموظف الذي صدر حكم الإلغاء لصالحه في مرتبة أدنى من وظيفته السابقة، ثم لا تكتفي بذلك بل أنها بعد أن رفع الموظف دعواه طالبا إعادته إلى وظيفته بمرتبته ودرجته بادرت إلى إصدار قرار بتسريحه من الخدمة، مستندة في هذا التسريح إلى أسباب لا تخرج في مضمونها عن الأسباب التي استندت إليها في قرارها الأول.<sup>(2)</sup>

### ثالثا مدى فاعلية دعوى الإلغاء لتنفيذ الحكم الدستوري:

المشكلة ليست في مكنة قبول تلك الدعوى أو صلاحية تلك الوسيلة من الناحية القانونية، وإنما مكنة المشكلة في الأثر المترتب على الدعوى ذاتها، والمدى الزمني الذي يستغرقه الفصل فيها<sup>(3)</sup>، فتلك الدعوى أيضا تبقى عاجزة عن بلوغ هدفها المتمثل في إجبار الإدارة على تنفيذ الشيء المقضي به<sup>(4)</sup> فتتفقد حكم الإلغاء قد يواجه ذات المشكلة وتمتنع الإدارة عن تنفيذه.<sup>(5)</sup>

فلو فرض أن المدعي صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم الدستوري حصل على حكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن تنفيذ مقتضى الحكم الدستوري أو بإلغاء القرار الصادر بالمخالفة للحكم الدستوري فلن تنفذ الجهة المعنية بالتنفيذ ذلك الحكم الجديد.

وحدث ذلك في فرنسا حين ألغى مجلس الدولة الفرنسي أكثر من ست مرات قرارا لأحد العمد بفصل أحد الموظفين، وفي كل مرة يلغي المجلس

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 29 لسنة 2 قضائية عليا. جلسة 1961/5/20.

موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019

(2) المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1960/6/18. مجموعة أحكام السنة الخامسة. قاعدة

127. ص: 250. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى إلغاء القرار الإداري

في قضاء مجلس الدولة. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2008. ص: 499

(3) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 29

(4) Mouwouraki, LJDG, 1999, P. 178 et 276

أشار إليه: د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 59

(5) DE LAUBADÈRE (À), CLAUDE VENEZIA (J.) et GAUDEMET (Y.): traité de droit administratif, L.G.D.J. 1992. p. 400

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 143

قرار العمدة، يصدر هذا الأخير قرارا جديدا بالفصل ولقد شبه الفقيه هوريو ذلك بأنه عبارة عن مبارزة بين القاضي والإدارة<sup>(1)</sup>. وإنما نكون بصدد موقف سيء التنظيم إذ لا توجد أي إجراءات عملية تمكن من التغلب على سوء قصد الإدارة، كما لا يملك القاضي وسيلة فعالة تجبرها في مثل هذه الحالات على الامتثال لهذا الحكم.<sup>(2)</sup>

ولن يملك القاضي الدستوري في هذه الحالة سوى أن يقف مكتوف الأيدي أمام عنق الإدارة وركوبها متن الشطط وعدم تنفيذ حكمه، ولا يستطيع أن يقدم حلا لهذه الإشكالية بعد ما تم استغراقه من وقت وجهد لإصدار هذه الأحكام سواء من القاضي الدستوري أو قاضي الإلغاء الإداري أو المدعي الصادر لصالحه الحكم ويدور المحكوم له في حلقة مفرغة إلى ما لا نهاية.

ويعد منطق دعوى الإلغاء في هذه الحالة مفضيا إلى أن تفقد كل ثقة المتقاضين في فاعليتها، وتفقد هي في حد ذاتها كل أهميتها ويدور فيها المتقاضي في حلقة مفرغة وسلسلة من الإجراءات لا حد لها فالامتناع عن التنفيذ يمكن أن يلحق كل حكم يصدره القاضي بصرف النظر عما إذا كان حكما أصليا أم تبعيا، أي صدر بمناسبة عدم تنفيذ حكم ويصدر آخر لعدم تنفيذ الأول وثالث لعدم تنفيذ الثاني، وهكذا دون أن يحصل على نتيجة عملية.<sup>(3)</sup>

## الفرع الثاني

### إثارة المسؤولية المدنية للسلطة التنفيذية وموظفيها (دعوى التعويض)

إذا أسفرت أعمال السلطة التنفيذية عن الحاق ضرر بأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين استوجب ذلك تعويض الإدارة للمضرور عما لحقه من ضرر، وذلك من خلال دعوى التعويض.

---

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 29  
(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. مرجع سابق. ص: 1074  
(3) أ. د. عصمت عبد الله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2005. ص: 139 وما بعدها. أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 30

## أولاً: قواعد عامة في المسؤولية.

### 1- المسؤولية على أساس الخطأ:

المسؤولية المدنية للدولة لا تختلف بصفة عامة عن المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون الخاص، وذلك فيما يتعلق بأركانها بحسب الأصل من خطأ وضرر وعلاقة سببية.<sup>(1)</sup>

ويقصد بالخطأ الإداري كل ما تمارسه الإدارة من عمل مادي أو قرار إداري، ويكون هذا العمل مخالفاً لنصوص القوانين أو اللوائح التي كان على الإدارة مراعاتها في نشاطها الإداري<sup>(2)</sup>، ومعيار الخطأ بالنسبة للقرار الإداري هو عدم مشروعيته.<sup>(3)</sup>

### 2- المسؤولية دون خطأ:

وسع القضاء الإداري من مفهوم المسؤولية فقرر إقامتها على أسس أخرى غير الخطأ كالمخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة تحت مسمى المسؤولية دون خطأ<sup>(4)</sup>، وهي المسؤولية القائمة على أساس المخاطر، وتعني التزام الدولة بتعويض الضرر الذي ترتب على نشاطها المطابق للقانون<sup>(5)</sup>، أي أن المسؤولية تقوم على ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بينه وبين تصرف الدولة المشروع، وهي مسؤولية لها صفة استثنائية محددة، فينبغي أن يكون الضرر جسيماً لإمكان التعويض عنه<sup>(6)</sup>، وأكد المجلس الدستوري الفرنسي الأمر ذاته حيث انتهى إلى أن التعويض يكون عن الضرر غير العادي فقط.<sup>(7)</sup>

---

(1) أ. د. محمد رفعت: أصول القضاء الإداري. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2013. ص: 225، المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 6653 لسنة 48 قضائية عليا. جلسة 2007/2/10 أشار إليهما د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 63

(2) أ. د. محمد رفعت: أصول القضاء الإداري. 2013. مرجع سابق. ص: 226 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 64

(3) أ. د. سليمان الطماوي: دروس في القضاء الإداري. القاهرة. دار الفكر العربي. 1976. ص: 355 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 64

(4) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 64

(5) أ. د. حسين عثمان: أصول القانون الإداري. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. 2004. ص: 210.

(6) أ. د. محسن خليل: قضاء الإلغاء والتعويض. مرجع سابق. ص: 329.

(7) أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مجلة الدستورية. العدد الرابع. السنة الأولى. أكتوبر 2003. ص: 18

وهذا النوع من المسؤولية له صفة استثنائية محددة، بمعنى أن تقرير المسؤولية على أساس المخاطر يعتبر في حقيقة الأمر تكملة للنظرية الأساسية للمسؤولية على أساس الخطأ<sup>(1)</sup> لذا ففي حالة قيام المسؤولية دون خطأ على أساس نظرية المخاطر فإن القضاء يتشدد في قيام ركن الضرر فتقول محكمة القضاء الإداري أن "مناطق تطبيق المبدأ القائل بوجوب تحمل الدولة مخاطر نشاطها الإداري ولو لم يقع خطأ جسيم كما استقر عليه رأي الفقه وأحكام مجلس الدولة في فرنسا هو توافر ثلاثة أمور في أن يكون الضرر ماديا وخصوصا واستثنائيا"<sup>(2)</sup>.

وتختلف تلك المسؤولية عن المسؤولية على أساس الخطأ في أن مجرد وجود وجه من أوجه الطعن لإلغاء للقرار الإداري يعتبر محققا لركن الخطأ في المسؤولية ومتى ترتب أي ضرر يستحق التعويض، أما المسؤولية دون خطأ فلا تقوم ولا يمكن إعمالها إلا بحدوث أضرار غير عادية وجسيمة<sup>(3)</sup>.

وتستند نظرية المسؤولية على أساس المخاطر إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، فمادام النشاط قد تم في صالح الجماعة فلا ينبغي أن يتحمل ضرره من وقع عليه هذا الضرر فقط<sup>(4)</sup>، ومن أمثلة ذلك حيث يكون تنفيذ الحكم في بعض الأحيان مستحيلا ماديا، وأحيانا يكون التنفيذ رغم إمكانه ماديا فإنه يكون غير ملائم فيستبدل به مبلغ من المال<sup>(5)</sup>.

### 3- تقدير التعويض:

إذا كان الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية بحسب الأصل، فإن الضرر يعد الأساس الحقيقي لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر ومن دونه لا

(1) أ. د. محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة. الإسكندرية. منشأة المعارف. الطبعة الثانية. 1968. ص: 806 أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 576

(2) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 20 لسنة 1 قضائية. جلسة 1980/5/11. أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 581

(3) أ. د. رأفت فودة: المرجع السابق. ص: 23

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 576

(5) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 577

يوجد أي تعويض<sup>(1)</sup>، أي أن الضرر هو المناط الذي يدور معه التعويض وجودا وعلما<sup>(2)</sup>.

يشترط في الضرر في جميع الأحوال أن يكون محقق الوقوع فلا يدخل في حسابه الأضرار الاحتمالية، ويشترط في الضرر ثانيا أن يكون ماسا بحق ثابت للمضروور شخصيا ويحميه القانون، كما يشترط ثالثا أن ألا يكون الضرر سبق تعويضه من محدث الضرر<sup>(3)</sup>.

ولا يقتصر استحقاق التعويض على توافر الفعل الضار والضرر، بينما يتعين وجود علاقة سببية بين الفعل الضار وبين الضرر، بل يلزم أن يكون الضرر قد نتج مباشرة عن الفعل الضار<sup>(4)</sup>، فإذا لم يكن الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار وتجرد الضرر من وصفه المباشر من خلال انتفاء العلاقة بينه وبين الفعل الضار الذي صدر عن المدعى عليه لوجود سبب أجنبي لا يد للمدعى عليه فيه كان الأخير غير ملزم بالتعويض<sup>(5)</sup>.

ويتضح من نصوص المواد 170، 221، 222 من القانون المدني أن مقياس التعويض هو الضرر المباشر، ويخضع في تقديره إلى عنصرين 1- ما فات المضروور من كسب 2- وما لحقه من خسارة

وأن الأصل عند تقدير التعويض ألا ينظر إلى جسامه الخطأ<sup>(6)</sup>، وأنه إذا تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ<sup>(7)</sup>،

(1) د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الأول. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة. 2013. ص: 365 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 80

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5231 لسنة 47 قضائية عليا. جلسة 2005/5/7. أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 81

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 581، 582

(4) أ. د. محمد رفعت: أصول القضاء الإداري. 2013. مرجع سابق. ص: 257، المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 6653 لسنة 48 قضائية عليا. جلسة 2007/2/10. أشار إليهما د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 85

(5) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 85

(6) أ. د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2007. ص: 485

(7) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. بيروت. دار إحياء التراث العربي. 1952. القاعدة رقم 648. ص: 973، حكم المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5231 لسنة 47 قضائية عليا. جلسة 2005/5/7. أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 90

إذ يخضع التعويض لقاعدتين دستوريتين هما العدالة والمساواة<sup>(1)</sup> وبمقتضاهما ينبغي أن يكون مساويا عدلا لمقدار الضرر الذي أصاب المضرور وأن يكون النظام التشريعي للتعويض واحدا بالنسبة للجميع دون تمييز بين أصحاب المراكز القانونية.

ولا يختلف الأمر في القانون الإداري عن هذه القواعد كثيرا "إذ من المتفق عليه في المبادئ الإدارية فقها وقضاء أن يتوخى في تقدير التعويض عن القرار الإداري الخاطئ الاسترشاد بالقواعد المدنية الخاصة بالتقدير مع مراعاة ما تفتضيه الروابط الإدارية من أوضاع ثم مسوغات الصالح العام المتعلق بالمرفق وما اعتور القرار الإداري من حسن نية أو سوء نية"<sup>(2)</sup>

وفي ذات الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها "من المقرر أن تقدير التعويض المستحق لجبر الضرر إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين حقيقة الأضرار المادية والأدبية التي تكون قد لحقت بالمضرور"<sup>(3)</sup>

ويلاحظ أن مجلس الدولة المصري لا يعتمد صراحة في تقديره للتعويض على جسامه الخطأ إلا أنه يتوسع في تقدير التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الأحكام بحيث يغطي جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور المحكوم له سواء كانت تلك الأضرار مادية أو أدبية<sup>(4)</sup>

والأصل أن يكون التعويض نقديا ويقدره القاضي، وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها "الأصل في التعويض أن يكون نقديا"<sup>(5)</sup>، كما قضت بقولها "وإن كان لا يوجد نص قانوني يلزم باتباع معايير معينة لتقدير التعويض وأن الأمر في تحديد مبلغه من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه

---

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن 1509 لسنة 28 قضائية عليا. جلسة 1987/12/5. أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 87

(2) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 2577 لسنة 9 قضائية. جلسة 1956/7/22. أشار إليه: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 590

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5273 لسنة 44 قضائية عليا. جلسة 2001/2/10. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 350

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 591

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 2431 لسنة 29 قضائية عليا. جلسة 1985/11/30. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 350

ينبغي أن يكون هذا التعويض جابراً لكل عناصر الضرر التي أصابت  
المضرور".<sup>(1)</sup>

#### 4- الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي كأساس لتحديد المسؤولية:

الجهات الإدارية وسلطات الدولة بصفة عامة لا تتصرف إلا بواسطة  
موظفيها لذا فمن الضروري ألا يكونوا بمنأى عن المسؤولية، وإثارة تلك  
المسؤولية ينبغي ابتداء التفرقة بين حالات الخطأ الشخصي للموظف وحالات  
خطأ الجهة الممتنعة عن التنفيذ، وذلك نظراً إلى أن إثارة مسؤولية الموظف  
المدنية لا تقوم إلا عن خطئه الشخصي دون المرفقي. ولم يتقيد مجلس الدولة  
بقواعد عامة في التفرقة بين الخطأين بينما اهتم بإيجاد الحلول الملائمة لكل  
قضية على حدة.<sup>(2)</sup>

وفي ذلك استقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع استقرت  
على أن "الموظف لا يسأل مدنياً عن أخطائه المرفقية وإنما يسأل فقط عن  
أخطائه الشخصية وأنه لا توجد ثمة قاعدة عامة مجردة تضع ضوابط محددة  
تفصل بوجه قاطع بين الأخطاء المرفقية وبين الأخطاء الشخصية وإنما يتحدد  
نوع الخطأ في كل حالة على حدة تبعاً لما يستخلص من ظروف الحالة  
وملابساتها مع الاستهداء بعدد من المعايير مثل نية الموظف ومبلغ الخطأ من  
الجسام والادفاع إلى ارتكابه فإذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع  
شخصي بل ينم عن موظف معرض للخطأ والصواب فإن خطأه في هذه الحالة  
يعتبر خطأ مرفقياً وكذلك الأمر في شأن الخطأ الذي يثبت في حق المرفق نفسه  
بسبب سوء تنظيمه وإدارته أما إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي  
يكشف عن الإنسان بضعفه وشهوته ونزواته وعدم تبصره وقصده النكائية أو  
الأضرار أو ابتغاء منفعة ذاتية فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً  
وهو يعتبر كذلك أيضاً ولو لم تتوفر فيه هذه النية إذا كان الخطأ جسيماً وتحديد  
جسامته الخطأ مسألة نسبية تتفاوت تبعاً للظروف المختلفة ويستهدى فيها بقدرة  
الموظف متوسط الكفاية الذي يوجد في ظروف مماثلة لتلك التي كان عليها  
الموظف المخطئ....، ومقتضى ما تقدم أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن ترجع

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5228 لسنة 46 قضائية عليا. جلسة 2002/12/31.  
أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 350، أنظر في ذلك: أ.

د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق. ص: 487  
(2) أنظر في ذلك: أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق.

على أي من تابعيها في ماله الخاص لاقتضاء ما تحملته من أضرار عن أخطائهم إلا إذا كان هذا الخطأ متسماً بالطابع الشخصي وفقاً لما سلف بيانه وهو الأمر الذي يتطلب الوقوف في كل حالة على الخطأ الذي نجم عنه الضرر الذي لحق بجهة الإدارة وثبوت اندراج هذا الخطأ في عداد الأخطاء الشخصية دون الأخطاء المرفقية.<sup>(1)</sup>

فالخطأ الشخصي هو الخطأ الذي ينسب للموظف وتتحقق مسئوليته الشخصية عن هذا الخطأ ويكون مسئولاً عن الأضرار التي نتجت عنه، أما الخطأ المرفقي فهو خطأ موضوعي بحث ينسب إلى المرفق مباشرة على اعتبار أن هذا المرفق قد قام بارتكاب الخطأ بصرف النظر عن مرتكبه، فسواء أمكن إسناد الخطأ إلى موظف معين، أو تعذر ذلك فإنه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون.<sup>(2)</sup>

وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن "الخطأ الشخصي الذي يُسأل عنه العامل في أمواله الخاصة.. فهو خطأ منفصل عن المرفق ومن صورته الخطأ الجسيم الذي يكشف عن الإهمال الشديد وعدم الاكتراث بعواقب الأمور وتقدر جسامة الخطأ في هذه الحالة بمراعاة كافة الظروف والأوضاع التي تحيط بالعامل".<sup>(3)</sup>

كما قضى بأن "المناط بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته. ومن ثم فإن الجريمة التي يرتكبها الموظف لا تعتبر من قبيل الخطأ الشخصي إلا إذا كانت منبئة الصلة بالوظيفة، أو إذا ارتكبت عمداً أو انطوت على درجة جسيمة من الخطأ".<sup>(4)</sup>

---

(1) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم 183. بتاريخ 2002/3/14. ملف رقم 110/1/58، ذات المعنى: الفتوى رقم 348. جلسة 1993/5/16. بتاريخ 1993/5/29. ملف رقم 431/6/86. موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية.

(2) أ. د. محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة. مرجع سابق. ص: 740 أشار إليه: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 603

(3) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم 3. بتاريخ 1999/1/5. ملف رقم 41/2/78. موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية.

(4) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1183 لسنة 10 قضائية عليا. جلسة 1969/3/30، والطعن رقم 1437 لسنة 13 قضائية عليا. جلسة 1973/5/20. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم 128. جلسة 1986/2/5.

وفي ضوء ما تقدم يتعين إثارة المسؤولية المدنية للموظف الممتنع عن التنفيذ أن يشكل امتناعه خطأ شخصياً بالمعنى السابق.

### ثانياً: المسؤولية المدنية للجهة الممتنعة عن التنفيذ

مسئولية الدولة تنعقد كقاعدة عامة استناداً إلي توافر خطأ أياً كانت درجة جسامته، سواء أكان ينسب إلى أحد المرافق العامة أو إلى أحد موظفيها متي أدي إلى الحاق الضرر بالغير وتوافرت علاقة سببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر. وحيث إن قرار جهة الإدارة سواء كان سلبياً أو إيجابياً بالامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها يشكل في كل صورة خطأ<sup>(1)</sup> إذا ما سبب للغير ضرراً، ويشكل إخلالاً جسيماً بسيادة القانون<sup>(2)</sup>، فإن الإدارة أو موظفيها تكون ملتزمة بأداء التعويض الذي يقضي به<sup>(3)</sup>.

ولعل هذا ما توطد في قضاء مجلس الدولة بمقولة إن: "امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم يرتب مسئوليتها لأنه يعتبر إجراء خاطئاً ينطوي على مخالفة أصل من الأصول القانونية هو احترام حجية الشيء المقضي به الذي من شأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع، وإحاطة القضاء بسياج من الحماية"<sup>(4)</sup>.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن "الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية -أيأ كانت الجهة التي أصدرتها- من قبل المسؤولين عن أعمال مقتضاها يعد جريمة معاقبا عليها قانوناً وفقاً لنص المادة 72 من الدستور، فإن إهدار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية أو التقاعس عن تنفيذها إنما ينحل إلى إنكار لحجيتها المطلقة، ويشكل ركن الخطأ في المسؤولية التي يقوم الحق في التعويض بتوافر أركانها، ودون ما إخلال بالحق في اقتضاء تنفيذ قضاء هذه المحكمة عيناً كلما كان ذلك ممكناً"<sup>(5)</sup>.

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: ضوابط إصدار الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص:

152 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 63

(2) أ. د. محسن خليل: قضاء الإلغاء والتعويض. مرجع سابق. ص: 259

(3) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 347

(4) المحكمة الإدارية العليا: ٢٣ إبريل 2003. الطعن رقم 3569 لسنة 47 قضائية.

مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2005- الجزء الأول ص 183

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 128

(5) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 7 لسنة 14 قضائية منازعة تنفيذ. 1993/6/19.

موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

كما قضت بأن "على الجهة الإدارية أن تقوم بتنفيذ الأحكام فإن هي تقاعست أو امتنعت عن التنفيذ اعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون، يحق معه للمتضرر أن يطعن عليه أمام القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً"<sup>(1)</sup>

ولا يشترط في بعض الحالات وقوع خطأ من جانب سلطات الدولة لتقرير مسئوليتها عن الأضرار التي لحقت المستفيد من الحكم جراء عدم التنفيذ، وإنما يكفي أن يقيم علاقة السببية بين نشاط تلك السلطات والخطر والضرر الذي وقع عليه.

فالامتناع عن تنفيذ الشيء المقضي به سواء أكان صادراً عن خطأ أم غير خطأ هو أمر يترتب المسؤولية دائماً ويوجب للمحكوم له حقا في التعويض عما أصابه من أضرار مادية وأدبية<sup>(2)</sup>، بينما يشترط أن يتحقق أحد شرطان لقيام المسؤولية دون خطأ واستحقاق التعويض (على أساس المخاطر) وهما أن يكون الامتناع عن التنفيذ راجع على أسباب تتعلق بالصالح العام وتكون في أهميتها خطورة الامتناع عن تنفيذ الحكم واجب التنفيذ وأن يكون التنفيذ قد تأخر تأخيراً غير عادي ويتجاوز المؤلف<sup>(3)</sup>.

ولا تعفى الدولة من مسئوليتها عن تنفيذ الأحكام إذا تذرعت بأنها لم تتراخ في التنفيذ وإنما استطلعت رأي إدارة الفتوى المختصة في كيفية التنفيذ وبادرت بالتنفيذ فور وصول الرأي إليها، ذلك أن استطلاع رأي إدارة الفتوى يكون فيما غمض واستغلق على جهة الإدارة المستفتية من مسائل قانونية في الحكم الواجب تنفيذه لا فيما هو واضح غير غامض ولا مبهم<sup>(4)</sup>.

والقضاء الإداري في مصر لا يأخذ بنظرية المخاطر إلا على سبيل الاستثناء ورغم ذلك قد طبقها بصفة خاصة في حالة عدم تنفيذ الأحكام القضائية إذا كان له ما يسانده من اعتبارات تتعلق بالنظام العام فتقول المحكمة الإدارية العليا "ولئن كان لا يجوز للقرار الإداري في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي والا كان مخالفاً للقانون، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فورا

(1) طعن رقم 8651 لسنة 44 قضائية عليا. جلسة 2001/5/2.

(2) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 580

(3) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 246، 247

(4) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 3569 لسنة 47 قضائية عليا. جلسة 2003/4/22.

أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 67

إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنه أو تعطيل سير مرفق عام، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها وأن يعوض صاحب الشأن إن كان لذلك وجه.<sup>(1)</sup>

وإذا كانت الإدارة في ذاتها كشخص اعتباري لا يتمتع بالوعي والإرادة بذاته بينما يعبر عنها أشخاص طبيعويون، فهناك بعض الحالات التي لا يكون لإلزام جهة الإدارة بالتعويض أي أثر نحو إجبار الإدارة وحثها على التنفيذ وذلك نظرا إلى أن الموظف المسئول عن عدم التنفيذ لن يصيبه أي ضرر أو يتحمل بأي جزاء مادي، لذلك كان ينبغي اللجوء إلى إثارة مسؤولية الموظف المدنية إذا امتنع عن التنفيذ، وهو ما سننتقل إليه في العنوان التالي.

### ثالثا المسؤولية المدنية للموظف الممتنع عن التنفيذ:

نوع الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الحكم القضائي هو الذي يحدد الطرف الملزم بأداء التعويض، فإذا كان الخطأ شخصا تحمل به الموظف الممتنع عن التنفيذ وإذا كان مرفقيا التزمت به الإدارة وحدها ويتم توزيع عبء التعويض طبقا للقواعد العامة.<sup>(2)</sup>

طبيعة الخطأ في الامتناع عن التنفيذ: (هل يعد الامتناع عن التنفيذ خطأ شخصيا؟):

إذا كان الأصل أن الموظف لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي فإنه ينبغي ابتداء تحديد نوع الخطأ في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي وما إذا كان شخصا أم مرفقيا، وقد اختلف الفقهاء في معايير التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي<sup>(3)</sup>؛ ولكن فيما يتعلق بمسألة الامتناع عن تنفيذ الأحكام فيرى العميد هوريو أنه في كل مرة تدان فيها جهة إدارية من أية جهة قضائية فأن رجل

---

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 724 لسنة 3 قضائية عليا. جلسة 1959/1/10. أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 579، أنظر أيضا حكمها في الطعون 1771 لسنة 34 ق، و 1767 لسنة 34 قضائية، 465 لسنة 40 قضائية جلسة 1992/11/22، و 1863 لسنة 32 ق.ع، و 2002 لسنة 32 ق.ع، و 288 لسنة 33 ق.ع جلسة 1998/1/3 أشار إليهم د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 77

(2) مزيد من التفاصيل أنظر: د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 351 وما بعدها.

(3) أنظر في ذلك: أ.د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 125 وما بعدها، د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. هامش ص 68، 69

الإدارة المسئول عن تنفيذ الحكم يعتبر مرتكباً خطأً شخصياً بعدم تنفيذه ويضحي مسئولاً مالياً عن هذا التعويض في أمواله الخاصة لأن عدم تنفيذ الشيء المقضي به لا يدخل مطلقاً تحت خط الوظيفة الإدارية وحين ترتكب الإدارة خطأً لا يدخل ارتكابه ضمن دورها فإنها لا تكون قد فعلت ذلك إلا بسبب خطأ أحد عمالها، ومن ثم فإن عدم تنفيذ الشيء المقضي به يكون بالضرورة خطأً شخصياً، كما يرى العميد ديجي نفس الرأي.<sup>(1)</sup>

وقد نادى العميد ديجي باعتبار الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي خطأً شخصياً وليس مرفقياً، تأسيساً على أن المسؤولية الشخصية للموظفين هي الوسيلة الأخيرة لضمان تنفيذ الشيء المقضي به، كما قدم تبريراً آخر وهو: أنه من المفترض أن كل حكم مطابق للقانون، وكل قانون يجد أساسه في المرفق العام نفسه ومن ثم فإن الموظف بتجاهله حكم القاضي يتجاهل قانون المرفق نفسه ويرتكب بذلك خطأً شخصياً.<sup>(2)</sup>

كما قرر "جيز" أن الموظفين الذين يقع على عاتقهم تنفيذ الشيء المقضي به ويرفضون دون سبب مشروع القيام به يرتكبون خطأً شخصياً يرتب مسئوليتهم<sup>(3)</sup>، وقد نادى بذلك أيضاً عدد كبير من الفقهاء على رأسهم فيدل الذي بين أن الوسيلة الجزرية الوحيدة الجديرة بالدولة القانونية هي بلا شك الانعقاد التلقائي للمسئولية المالية للموظف المسئول عن عدم تنفيذ الحكم القضائي.<sup>(4)</sup>

فإن امتناع الموظف عن تنفيذ أحكام القضاء الواجبة النفاذ يعد خطأً في تأدية واجبات وظيفته يبلغ حداً من الجسامه يجعله مسئولاً بصفة شخصية وأصلية، أما جهة الإدارة فهي مدينة بصفة احتياطية لإهمالها في الإشراف على تابعيها.<sup>(5)</sup>

---

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 603 وما بعدها

(2) Les transformations du Droit Public, précité, p 215-218 .

أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 593

(3) Principes généraux, précité, T. III, p. 720, R.D.P 1913 , p 467

أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 594

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 594

(5) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 348

وبناء على ذلك يمكن القول أن القضاء قد افترض أن أي امتناع عن تنفيذ الحكم يعد خطأ جسيماً وبالتالي يشكل دائماً خطأ شخصياً إذا ثبتت مسئولية الموظف عن ذلك الامتناع، وفي ضوء ذلك قرر مجلس الدولة المصري أن امتناع الوزير عن تنفيذ الحكم ينطوي على مخالفة قانونية لمبدأ أساسي وأصل من الأصول القانونية تمليه الطمأنينة العامة. وتقضي به ضرورة استقرار الحقوق والروابط الاجتماعية استقراراً ثابتاً، ولذلك تعتبر المخالفة القانونية في هذه الحالة خطيرة وجسيمة لما تنطوي عليه من خروج سافر على القوانين فهي عمل غير مشروع ومعاقب عليه قانوناً. ومن ثم يجب اعتبار خطأ الوزير خطأ شخصياً يستوجب مسئوليته عن التعويض المطالب به.<sup>(1)</sup>

ويبدو أنه على هدى مما تقدم جرى قضاء مجلس الدولة المصري على اعتبار الامتناع عن تنفيذ الحكم يشكل دائماً خطأ شخصياً فقضت محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية في الدعوى رقم 1460 لسنة 56 قضائية جلسة 2002/6/6 بأن "إصرار الموظف على عدم تنفيذ أحكام القضاء أو رفضه المعاونة في تنفيذ الأحكام ينطوي على مخالفة لقوة الشيء المقضي به وهي مخالفة قانونية لمبدأ أساسي وأصل من الأصول القانونية تمليه الطمأنينة العامة وتقضي به ضرورة استقرار الحقوق والروابط الاجتماعية استقراراً ثابتاً ولذلك تعتبر المخالفة في هذه الحالة خطيرة وجسيمة لما تنطوي عليه من خروج سافر على القوانين.... ومن ثم يجب اعتبار خطأ الموظف في تلك الحالة خطأ شخصياً يستوجب مسئوليته بالتعويض من ماله الخاص".<sup>(2)</sup>

وقد لقي هذا الاتجاه من القضاء قبولا لذي غالبية الفقه في مصر كوسيلة ناجحة لحل المشكلة وباعتبارها أكثر قوة وصلاحيّة.<sup>(3)</sup>

وفي مجال تكييف الخطأ المتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي فإن الباحث يرى أن الأمر في تكييف طبيعة الخطأ يتوقف على سبب الامتناع واما إذا كان يرجع إلى الموظف فعلاً أم إلى سوء تنظيم المرفق، ومن ثم يختلف التكييف بحسب ظروف كل حالة، إذ تعدد أوجه الخطأ الشخصي للموظف فلا يمكن تكييف ذلك الخطأ على أساس النتيجة أو الفعل وهو الامتناع عن التنفيذ،

(1) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 88 لسنة 3 قضائية. جلسة 1950/6/29. أشار إليه: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 595، أنظر أيضاً أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 249

(2) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 70

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 596

فذلك الامتناع قد يشكل أحد أوجه الخطأ الشخصي وقد لا يكون كذلك إذا كان راجعا لأسباب لا تتعلق بالموظف كسوء تنظيم المرفق وأدائه لعمله بطريقة سيئة أو ببطء شديد<sup>(1)</sup> أو كان ناتج غفلة أو خطأ هين غير مقصود. كما قد يكون الخطأ شخصيا ومرفقيا في نفس الوقت وقد يكون أحدهما دون الآخر<sup>(2)</sup>، خاصة وأن القضاء الإداري لم يستقر على قواعد عامة يتقيد بها في التفرقة بين الخطأين بينما اهتم بإيجاد الحلول الملائمة لكل قضية على حدة.<sup>(3)</sup>

وفي ذلك يمكن اعتبار الامتناع عن تنفيذ الحكم من قبيل الخطأ الشخصي في الحالة التي تثبت فيها المسؤولية الجنائية للموظف عن امتناعه عن التنفيذ، باعتبار أن المسؤولية الجنائية دائمة مسؤولية شخصية فلا يسأل عنها إلا إذا تحققت المحكمة الجنائية من توافر ركنيها المادي والمعنوي -وذلك على فرض تحريك الدعوى الجنائية، أما إذا قضي ببراءته في الدعوى الجنائية فلا يجوز حالئذ مساءلته عن خطأ شخصي. أما الحالات التي لا تُحرك فيها الدعوى الجنائية فيلجأ قاضي نظر التعويض لظروف كل حالة لتحديد ما إذا كان الخطأ خطأ شخصيا أم مرفقيا.

وبصفة عامة فجدير بالتنويه في ضوء ما تقدم أن صاحب الشأن كما يستطيع أن يرفع دعواه على الإدارة أو على الموظف يمكنه أن يرفعها عليهما معا<sup>(4)</sup>، وقد بينت محكمة القضاء الإداري في حكمها في 1950/6/29 بمناسبة امتناع أحد الوزراء عن تنفيذ أحد أحكامها "أن ذات الفعل أو الترك قد يكون خطأ شخصيا وخطأ مصلحيا في الوقت ذاته إذ يعد الخطأ الشخصي متى وقع من الموظف أثناء تأديته وظيفته أو بمناسبة تأديتها دليلا على خطأ مصلحي تسأل عنه الحكومة لإهمالها الرقابة والإشراف على موظفيها وعلى ذلك ليس في القانون ما يمنع من قيام مسؤولية الحكومة عن خطئها المصلحي المستقل بجانب مسؤولية الموظف عن خطئه ولا يمنع أيضا طالب التعويض من أن يجمع بين هاتين المسؤوليتين معا في قضية واحدة"<sup>(5)</sup>.

(1) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 71

(2) أنظر في هذا المعنى: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة.

مرجع سابق. ص: 606-609

(3) أنظر في ذلك: أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق.

ص: 413-414، د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 69

(4) أنظر في ذلك: د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق. ص: 359

(5) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 88 لسنة 3 قضائية أشار إليه د. حسني عبد الواحد:

تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 596

ونجد أنه حتى في الحالات التي لا يمكن فيها اعتبار الامتناع عن التنفيذ خطأ في جانب جهة الإدارة، فإن الأخيرة تظل مسئولة عن تعويض المحكوم له عما أصابه من ضرر جراء عدم حصوله على التنفيذ الكامل للحكم القضائي الذي بيده<sup>(1)</sup>، فالدولة كما تسأل عن الخطأ المرفقي سواء بمفرده أو إذا اجتمع مع الخطأ الشخصي في أحداث الضرر، تدفع أيضا التعويض عن الخطأ الشخصي الذي ارتكب أثناء أو بمناسبة الوظيفة حتى وإن لم يقترن بخطأ مرفقي، وذلك على أساس فكرة الضمان أو الحلول أو مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه<sup>(2)</sup> في القانون الخاص، ثم تطالب الموظف بمبلغ التعويض فيما بعد<sup>(3)</sup>، الأمر الذي يترتب عليه إعفاء من صدر لصالحه الحكم من مشقة التعرف على ما إذا كان الخطأ شخصيا أو مرفقيا<sup>(4)</sup>.

ويرى البعض أن الإقرار بمسئولية الموظف بجانب مسئولية جهة الإدارة عن عدم تنفيذ الشيء المقضي به يمثل خطوة جريئة نحو ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، ذلك أنه لو تقرر مسئولية الإدارة وحدها عن هذا الامتناع فستقع في ذات المشكلة مرة أخرى لو امتنع هو أيضا عن التنفيذ، ولذلك فإن تقرير المسئولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ بجانب مسئولية الإدارة، من شأنه أن يفرض جزاء رادعا على مخالفة الإدارة لالتزاماتها إزاء الأحكام القضائية وعلى موظفيها الذين تتصرف بواسطتهم، كما تظهر قيمة هذا الجزاء فيما يحمله من طابع عقابي وتهديدي من شأنه أن يلفت أنظار الموظفين مهما علت درجاتهم الوظيفية، إذا ما وصل الأمر بهم إلى حد الاستهتار بأحكام القضاء التي ينبغي أن تقوم عليها كل تصرفات الدولة، فإحساس الموظف بما يتهدهه من مسئولية شخصية إذا امتنع عن تنفيذ الشيء المقضي به، سيدفعه إلى عدم الإنقياد لما تسوله له نفسه من مخالفات حول هذا الحكم وحتى لا يتعرض لمسئولية لا يعرف حدودها أو مداها وما إذا كانت ستصل إلى ماله الخاص أم تقف عند حد مساءلة الإدارة وحدها<sup>(5)</sup>.

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 347

(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 406، أ.

د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق. ص: 423

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 597

(4) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 94 أشار

إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 92

(5) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 348

## رابعاً: الطبيعة القانونية للتعويض :

### 1- التعويض لا يعد تنفيذاً للحكم:

لا خلاف على أن التعويض المؤسس على خطأ الدولة الذي تسبب في عدم تنفيذ الحكم، لا يعد من قبيل تنفيذ الحكم. بينما يرى جانب من الفقه أن التعويض المؤسس على غير خطأ الإدارة أي في الحالات التي لا يكون لها دخل في عدم تنفيذ الحكم القضائي (أي في حالات تأسيسه على نظرية المخاطر) يعد من إجراءات تنفيذ الحكم باعتبار أن عدم ملاءمة أو استحالة التنفيذ يجب أن يقابلها تنفيذ بمقابل، ومن ثم فإذا استحال تنفيذ الحكم وجب على الإدارة أداء التعويض للمستفيد من الحكم تلقائياً، بينما يرى جانب آخر وهو ما يؤيده الباحث أن المطالبة بالتعويض تعد نزاعاً جديداً وليس امتداداً أو تنفيذاً للحكم الممتنع عن تنفيذه.<sup>(1)</sup>

فلا تحقق دعوى التعويض تنفيذاً للحكم الذي تمتنع الإدارة عن تنفيذه، وإنما جعلت لكي تجبر الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ سواء تمثلت في كسب فائت أو خسارة لاحقة، فهي لا تعتبر وسيلة للإجبار على التنفيذ.<sup>(2)</sup> فحال دعوى التعويض لا يقل قصورا في هذا الشأن عن دعوى الإلغاء.

لهذا عبر عنها الفقيه Auby بأنها لا تعدو أن تكون ثمناً تشتري به الإدارة حريتها في الامتناع عن التنفيذ ووسيلة تحقق بها رغبتها في الخروج على القواعد القانونية وخرق المشروعية، وما أبخسه من ثمن إذا قورن بفداحة الخطأ.<sup>(3)</sup>

ويرى الباحث أنه ولئن لم يعتبر التعويض تنفيذاً للحكم، إلا أنه قد يعد كذلك استثناءً، كما لو كان كل مقتضى المنفعة المترتبة على تنفيذ الحكم لصالح المدعي تتمثل في تقاضيه مبلغاً مالياً مستحقاً، فدعوى التعويض المترتبة على عدم التنفيذ، تضع في اعتبارها أول عناصر التعويض: ما فات المدعي من مبلغ فتقضي له به بجانب عناصر التعويض الأخرى فيكون الحكم في حقيقته تنفيذاً للحكم الأول. ولا مجال لإعمال التصور الأخير في الفرض محل البحث

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة.

مرجع سابق. ص: 586، 587

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 31

(3) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مدام مينيريه بتاريخ 1985/5/17، أشار

إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 31

إلا فيما ندر لتعلقه بدعوى دستورية وسلف تفصيل أنها لا تقبل إنفاذها عوضا بحسب الأصل.

## 2- التعويض لا يعد عقوبة:

تبعد فكرة التعويض عن أن تكون عقوبة للجهة الممتنعة عن التنفيذ وموظفيها إذ أن العقوبة تكون على قدر الخطأ أما التعويض فيكون على قدر الضرر<sup>(1)</sup>، لذا لا يحول التعويض دون مجازاة الموظف أو العكس، ولا يعد كذلك من الوسائل العقابية بالمعنى الدقيق وإن كان يحمل في الواقع نوعا من العقاب والإيلام للموظف في ذمته المالية في الحالات التي تثور فيها مسئولية الموظف عن خطئه الشخصي.

## 3- مدى جواز الجمع بين التعويض والغرامة التهديدية:

إن هناك فرقا كبيرا بين الحكم بالغرامة والحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ. فالغرامة مبلغ مالي متغير المقدار، يتردد تبعا لرؤية القاضي للمعدل الذي يحمل المحكوم ضده على التنفيذ جبرا. وتتفاوت من حالة لأخرى تبعا للوحدات الزمنية التي انقضت من وقت الحكم بها حتى تصفيتها.<sup>(2)</sup> أما التعويض فهو مبلغ محدد ثابت يقضي به القاضي جملة واحدة لا يعتريه تغيير زيادة تبعا لمدة زمنية معينة.

ومن جهة أخرى أن الغرامة كإجراء تهديدي لا يصلح الحكم الصادر بها مسوغا لتنفيذها جبرا قبل أن يصدر حكم التصفية. ولذا لا بد من الانتظار حتى ينجلي مصيرها وموقف المحكوم ضده النهائي من التنفيذ ويقوم القاضي بتصفيتها. ولعل هذا ما يفسر تكييف الحكم الصادر بها بأنه حكم مؤقت يتوقف مصيره على نتيجة التصفية<sup>(3)</sup> وهذا على عكس التعويض الذي يعد الحكم الصادر به سندا لتنفيذه. دون أن يعوقه غير إجراءات الطعن المقام ضده.

وأخيرا وهو الأهم، أن الغرامة لا تقدر كالتعويض بمعيار الضرر؛ إذ لا يعول في تحديدها على قدر الضرر الذي لحق بالمحكوم له من عدم التنفيذ، وإنما يستند في تحديدها إلى معايير أخرى: منها معيار الغاية منها، وهو رؤية

(1) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 585

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 224

(3) أنظر: أ. د. رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. 1998. ص: 79 أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق.

ص: 225

القاضي للمعدل الذي يكون كافيا للإجبار على التنفيذ. ومن ثم ليس بشرط للحكم بها وجود ضرر لحق بالمحكوم له أو عدم وجوده. إذ الغاية منها الإجبار على التنفيذ لا جبر ما نجم عن الإخلال به من أضرار<sup>(1)</sup>، ويترتب على ذلك التمايز بين الغرامة والتعويض نتيجة مهمة. مؤداها أن الحكم بها لا يحول دون إقامة دعوى تعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير في التنفيذ. وبمعنى آخر أنه يمكن الجمع بينها وبين دعوى التعويض.

#### خامسا: الاختصاص بنظر دعوى التعويض عن الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري

قرر القضاء الإداري المصري اختصاصه بنظر دعوى المسؤولية سواء كان الخطأ شخصيا أو مرفقيا مستمداً ذلك الرأي من عموم نص المادة التاسعة من قانون مجلس الدولة التي أناطت به نظر دعاوى التعويض عن أضرار القرارات الإدارية دون أن تميز بين تلك التي توجه ضد الدولة بصفتها قوامة على شئون المرفق العام وبين تلك التي توجه ضد الموظف بصفته الشخصية<sup>(2)</sup>، وقد تعرض هذا الاتجاه من المحكمة إلى كثير من النقد على أساس أنه لا يستند إلى أي نص قانوني صريح في قانون مجلس الدولة أو أي تعبير واضح في مذكرته الإيضاحية، وبذلك يخرج على أصل من أصول القضاء الإداري لأن اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات ينبغي أن يستند دائما إلى نص صريح، ولا شبهة في أن منازعات الخطأ الشخصي تكون جزء من منازعات القضاء العادي والقول بغير ذلك يمس الاختصاص المقرر للمحاكم المدنية باعتبارها لازالت جهة القضاء الأصلية، فضلا عما يثيره من صعوبات بشأن القانون الواجب التطبيق وبشأن وسيلة الرجوع على الموظف بعد ذلك<sup>(3)</sup>؛ إذا كون القرار جريمة جنائية فالإلى أي قاض يلجأ المدعي بالحق المدني إلى القاضي الجنائي أم القاضي الإداري، وإذا أدينَت الدولة بالتعويض الكامل وأرادت بعد ذلك الرجوع على الموظف عن خطئه الشخصي فأين ترفع دعاوها أمام القاضي المدني أم القاضي الإداري<sup>(4)</sup> ويرى الباحث أن ذلك النقد له وجهته خاصة في الحالة التي ترفع فيها الدعوى ضد الموظف لمطالبته شخصيا بالتعويض أما الحالة التي تُطالب فيها الإدارة بالتعويض مباشرة عن

(1) أ. د. جلال العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1993

ص: 83 أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 225

(2) د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق. ص: 361

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 600

(4) د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق. ص: 363

الخطأ الشخصي باعتبارها متبوعا مسؤولا عن أعمال تابعيه فيمكن إقامة الدعوى أمام القضاء الإداري.

ومن قبيل اتجاه القضاء الإداري في هذا الشأن قضاء المحكمة الإدارية العليا بأن "مناطق الاختصاص هو ترتيب التعويض عن قرار إداري ومن ثم تكون العبرة بتوافر أركان المسؤولية وليس بشخص المسئول".<sup>(1)</sup>

ويرى جانب من الفقه أن الامتناع الذي يصل إلى حد تطبيق النص الذي قضى بإلغائه ينزع عن تصرف الإدارة صفته الإدارية وينحدر به إلى حد الانعدام بما يستتبعه ذلك من اختصاص القضاء العادي بالتعويض عنه، وتطبق حينئذ قواعد القانون المدني.<sup>(2)</sup>

**ويرى الباحث أن تحديد القضاء المختص ينبغي أن يكون بمعيار القرار الإداري وليس دوما يختص القضاء الإداري بنظر دعوى التعويض عن أعمال الدولة، فنفرق في هذا المجال بين الحالة التي يرجع فيها عدم التنفيذ إلى السلطة القضائية أو التشريعية فلا يمكن - بحسب الأصل - اعتبار نشاطها قرارا إداريا وبالتالي لا يختص القضاء الإداري بنظر المسؤولية عنه وكذلك الحالات التي يكون فيها خطأ الموظف في الامتناع عن التنفيذ بالغ الجسامة والشطط عن أداء المرفق أو تعنتا ماديا لا يرقى لمرتبة القرار، ومن ذلك أيضا حالات الخطأ الشخصي<sup>(3)</sup> لذا ينعقد دائما الاختصاص في هذه الحالات للقضاء العادي. وما يساند هذا الرأي هو ما ذهب إليه أ. د/ سليمان الطماوي من أن الاختصاص بنظر دعوى التعويض لا يتوقف على نوع الخطأ وما إذا كان شخصيا أو مرفقيا، بينما يتوقف على ما إذا كان الضرر ناتجا عن عمل مادي أو قرار إداري، فإذا كان ناتجا عن عمل مادي ينعقد الاختصاص للقضاء العادي وإذا كان الخطأ ناتجا عن قرار إداري ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري.<sup>(4)</sup>**

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 36 لسنة 38 قضائية عليا. جلسة 1994/5/14.

أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 93

(2) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 575

(3) أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. دعوى الإلغاء. دعوى القضاء الكامل.

الإسكندرية. دار أبو العزم للطباعة. الطبعة الرابعة 2009. ص: 327

(4) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 419

## سادسا: مدى فاعلية دعوى التعويض

الباحث يرى أن دعوى التعويض وإن كانت لا تعد وسيلة مباشرة للإجبار على التنفيذ إلا أنها تعد وسيلة غير مباشرة لحث الإدارة ووضعها في موقف قلق يجعلها تفكر قبل الامتناع عن التنفيذ خشية التعرض للحكم عليها بتعويضات فادحة قد ترهق ميزانيتها، فإن كانت تظن ألا تتأثر ميزانيتها بتعويض بعض المدعين إلا أنها لا شك تتعرض لاختلال مالي جسيم إذا اضطرت لتعويض كل المدعين إذا امتنعت عن تنفيذ كافة الأحكام الصادرة ضدها، لذا يمكن القول أن دعوى التعويض هي وسيلة غير مباشرة من وسائل حث الإدارة وإرغامها على تنفيذ الأحكام.

ويعيب تلك الوسيلة أنه فضلا عن أن تعويض المضرور لا يعد تنفيذا للحكم وإنما لا يعدو أن يكون جبيرا للضرر الناجم عن عدم التنفيذ، نجد أنه تنشور بشأن المسؤولية المدنية عدة مشكلات نجلها في: 1- صعوبة تحديد الموظف المسؤول من بين الموظفين المختصين بالتنفيذ 2- إفسار الموظف المسؤول عن خطئه الشخصي مما يحد من الفاعلية الحقيقية لهذه الوسيلة 3- وما يزيد الأمر سوء أنه في غالب الحالات فإن الذي يتصرف شخص ومن يدفع شخص آخر<sup>(1)</sup> لأنه بعد مخالفة القانون فإن رجال الإدارة المسؤولين عن عدم التنفيذ يتركون للخزانة العامة وبالتالي لدافعي الضرائب أمر العناية بجبر الأضرار التي ارتكبوها 4- طول وتعقيد الإجراءات إذ يلزم بعد الحصول على حكم بالتعويض أن يعود صاحب الشأن مرة أخرى إلى ذات الخصم ليطلب منه التنفيذ وقد يتعسف ويتأخر عمدا عن السداد 5- وقد يتجاوز مبلغ التعويض موازنة الهيئة الإدارية.<sup>(2)</sup>

وهنا ينبغي أن نشير إلى أن تعظيم دور تلك الوسيلة يناط به القضاء ذاته، ذلك أنه ينبغي أن تقدر التعويضات بقيم تجابه الضرر الحقيقي الواقع على المدعي من الامتناع عن التنفيذ الذي يشكل قرارا سلبيا غير مشروع، إلا أن الواقع العملي يكشف عن أن العديد من الأحكام تصدر في طلبات التعويض إما برفض الطلب تأسيسا على أن خير تعويض للمدعي هو إجابته لطلبه وأن ذلك

(1) J. Rivero: "sanction juridictionelle et règle de droit" in mélange Jullion de la morandière. 1964 p 640

أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص:

(2) د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 97

يعد جابرا للضرر الذي لحق به، أو تقضي بمبلغ تعويض لا يتناسب مع مقدار الضرر.

فقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "وإذ أُلغي قرار النقل سبب طلب التعويض المعروض وزالت كل آثاره القانونية وأخصها عودة المدعي/..... إلى وظيفته الأصلية المنقول منها وذلك بموجب الحكم القضائي المشار إليه، كما خلت الأوراق المعروضة مما يُثبت أن الجهة الإدارية المدعى عليها قد تغيت في إصدارها هذا القرار غاية أخرى غير الصالح العام، فمن ثم فلا مجال لطلب التعويض عن هذا القرار".<sup>(1)</sup>

كما قضت بأنه "وحيث أن إلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم 252 لسنة 2014 فيما تضمنه من تخطي الطاعن في الترقية لدرجة مستشار مساعد (ب) بهيئة قضايا الدولة اعتباراً من تاريخ ترقية زملائه بالقرار رقم 252 لسنة 2014 وترتيب أقدميته في الدرجة وصرف الفروق المالية المترتبة على ذلك خير تعويض للطاعن عما يكون قد أصابه من أضرار من جراء تخطيه في الترقية بموجب القرار المشار إليه، ومن ثم فلا محل للقضاء بتعويض نقدي الأمر الذي لا مناص معه من القضاء برفض طلب التعويض".<sup>(2)</sup>

كما قضت بأنه "ولما كان إلغاء القرار المطعون فيه خير تعويض للطاعن عن الأضرار الأدبية والنفسية التي أصابته بسبب هذا القرار، ومن ثم فإن الطاعن لا يستحق أي تعويض نقدي عن الأضرار المشار إليها، ويكون الحكم المطعون فيه فيما انتهى إليه من رفض طلب التعويض قد خلص إلى نتيجة صحيحة"<sup>(3)</sup>

كما قضت بأنه "ومن حيث إن الحكم المطعون عليه قد خالف هذا النظر في خصوصية تقدير مبلغ التعويض المناسب الجابر للأضرار المطالب بها، ومن ثم فإنه يكون قد خالف صحيح حكم القانون، الأمر الذي تقضي معه هذه

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 32879 لسنة 57 قضائية عليا. جلسة 2019/1/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 17712 لسنة 61 قضائية عليا. جلسة 2019/1/19. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 4929 لسنة 56 قضائية عليا. جلسة 2018/12/23. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء إصدار 2019.

المحكمة بتعديله فيما قضى به بشأن مبلغ التعويض والقضاء مجدداً بتعويض الطاعن بالمبلغ سالف البيان".<sup>(1)</sup>

كما قضت بأنه "فإن التعويض الذي قدره الحُكم المطعون فيه لا يتناسب إطلاقاً مع حجم الأضرار المادية والأدبية التي أصابت الطاعن.... ومن ثمَّ فإن تقرير الحُكم المطعون فيه تقديراً غير سائغ ويُمثِّل انتقاصاً من حق الطاعن الجابر لما حاق به من أضرار مادية وأدبية، الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغائه فيما ذهب إليه من تقدير قيمة التعويض بمبلغ عشرة آلاف جُنيه والقضاء مجدداً بتعويض الطاعن بمبلغ سبعين ألف جُنيهاً تعويضاً جابراً لما أصابه من أضرار مادية ومُعاناة نفسية، تُعد نتيجة مباشرة لخطأ الجهة الإدارية المطعون ضدها....".<sup>(2)</sup>

ولعل خطورة ذلك الاتجاه تكمن في أمرين: 1- أنه يضع جهة الإدارة في موضع اطمئنان تجاه عدم تنفيذ الحكم أو بمعنى أدق التأخر في التنفيذ، فتظل تماطل ربما يستسلم المدعي دون أن يلجأ لدعوى التعويض أو لحين يضطرها للتنفيذ من خلال اللجوء إلى الدعوى الجنائية 2- أن المدعي يجد من سبقوه لم يقض لهم بتعويض جابر للضرر ومرض لنفوسهم بالقدر الذي يشجعه على المضي في إجراءات طويلة ومصروفات إضافية للمطالبة بتعويض من خلال دعوى قضائية جديدة تستمر لسنوات. وبالتالي لا تتعرض الإدارة للضغط المطلوب لاسترعاء نظرها لخطورة تلك المطالبات، الأمر الذي يجعلها تتماهى في عدم التنفيذ مطمئنة وغير مبالية بالعواقب.

### الفرع الثالث

#### إثارة المسؤولية الجنائية

يرى جانب من الفقه أن التنظيم العقابي الذي يجد أساسه في الدستور نفسه، قد أثبت فاعلية كاملة في تنفيذ الأحكام القضائية من جانب كل مسئول إداري سواء كانت أحكام إلغاء أو غيرها، لأن كل موظف مسئول يمتنع عن

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 99215 لسنة 61 قضائية عليا. جلسة 2017/2/19. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 39853 لسنة 61 قضائية عليا. جلسة 2016/12/18. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

تنفيذ الحكم أو يعطله عمدا يكون مهددا بدعوى جنائية مباشرة يرفعها المحكوم له وتكون نتيجتها عقابه بالحبس والعزل.<sup>(1)</sup>

فالمشرع المصري رأى في تعطيل تنفيذ الأحكام أو الامتناع عن تنفيذها مساسا بمبدأ سيادة القانون فنص عليها في صلب الدستور وأباح للمحكوم له رفع دعوى الجنحة المباشرة ضد الموظف المختص المسئول، وذلك استثناء من نص المادة 63 من قانون الإجراءات الجنائية التي تحظر رفع الدعوى الجنائية ضد الموظف العام لجريمة وقعت منه أثناء أو بسبب تأديته وظيفته إلا بإذن من النائب العام أو المحامي العام أو رئيس النيابة. وتطبيقا لذلك نصت المادة 100 من الدستور المصري 2014 على أن "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذي ينظمه القانون، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين، جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة. وعلى النيابة العامة بناءً على طلب المحكوم له، تحريك الدعوى الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم أو المتسبب في تعطيله"، أي أن هذه المادة أعطت للمحكوم له طريقا سريعا لتحويل الدعوى الجنائية ضد من يعرقل هذا التنفيذ وهو طريق الادعاء المباشر.

وفي قانون العقوبات المصري كذلك نجد أن أصداء التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية عموما واضحا، فنصت المادة 123 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 على أن "يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة.

كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلا في اختصاص الموظف".

ومن ثم فإن التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية يكون صارما بقدر صرامة العقوبة المقررة على من يتأخر في إجراءاته. فالامتناع عن التنفيذ بدون

(1) أ. د. محمد رفعت: أصول القضاء الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007. ص: 303 أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق، ص: 142

مبرر قانوني يعتبر تعنتا من الموظف المختص بالتنفيذ والذي يعد تدخله ضرورة حتمية لإتمام التنفيذ.<sup>(1)</sup>

فجعلت تلك المادة هذه العقوبة ذات طبيعة مركبة إذ ينطوي هذا العقاب على شق جنائي هو الحبس المطلق، وينطوي كذلك على شق إداري هو العزل من الوظيفة وهو عقاب يبين خطورة فعل التقاعس عن تنفيذ الأحكام القضائية.<sup>(2)</sup>

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "عدم تنفيذ الحكم القضائي أو تعطيل تنفيذه من جانب الموظف المختص بمثابة جريمة جنائية تستوجب حبسه وعزله من وظيفته وذلك احتراماً لقدسية الأحكام وسيادة القانون في الدولة، فالحكم القضائي هو عنوان الحقيقة ولا يجوز المجادلة فيه إلا عن طريق الطعن المقرر قانوناً، وإذا غدا الحكم واجب التنفيذ تعين على الموظف المختص تنفيذه أياً كانت أوجه المثالب التي يراها على هذا الحكم"<sup>(3)</sup>

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري يعد جريمة جنائية لكل ذي شأن الحق في إقامتها حتى ولو لم يكن طرفاً في الدعوى الدستورية استناداً إلى الحجية المطلقة للحكم الدستوري، ولا يجوز للسلطة التنفيذية تعطيل تنفيذ الحكم الدستوري بذريعة أن المشرع لم يتدخل بالتعديل التشريعي المطلوب لتنفيذ مقتضى الحكم، حيث قررت أن "الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية -أيأ كانت الجهة التي أصدرتها- من قبل المسؤولين عن أعمال مقتضاها يعد جريمة معاقب عليها قانوناً"<sup>(4)</sup>

ويتضح من نص المادة 123 المذكورة أنها تنطوي على جريمتين يتعطل بإتيان أي منهما تنفيذ الحكم سنعرض لهما على التفصيل الآتي.

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 355، 356

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 356

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 8651 لسنة 44 قضائية عليا. جلسة 2001/5/2، والطعن رقم 18669 لسنة 52 قضائية عليا. جلسة 2009/12/5. موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية.

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 7 لسنة 14 قضائية منازعة تنفيذ. 1993/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

## أولاً: جريمة استعمال الموظف العام سلطة وظيفته في وقف تنفيذ حكم قضائي

يشترط لقيام تلك الجريمة أن نكون بصدد موظف عام استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الحكم، والمقصود بالموظف في هذه الجريمة هو الموظف العام كما هو معرف به في القانون دون من في حكمه، فهو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق<sup>(1)</sup>، ويعرفه جانب من الفقه في هذا المقام بأنه كل فرد تربطه بالدولة أو بأحد الأشخاص المعنوية العامة علاقة وظيفية تخوله سلطة تمكنه من وقف تنفيذ الأحكام القضائية.<sup>(2)</sup>

ويشترط أن يكون الموظف العام شاغلا لإحدى الوظائف ذات السلطة، فيتدخل بمقتضى ماله من سلطة وظيفية لدى الموظف المختص بالتنفيذ لوقف تنفيذ الحكم القضائي.<sup>(3)</sup>

ولا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون تنفيذ الحكم داخلا في اختصاص الموظف الذي يستعمل سلطة وظيفته<sup>(4)</sup>، فيكفي لتوافرها أن يتدخل الموظف العام استنادا إلى سلطة وظيفته لدى الموظف المختص بتنفيذ الحكم بقصد عرقلة هذا التنفيذ. فالموظف المختص بالتنفيذ قد يكون من رؤوسى الموظف المتدخل -ذو السلطة- فيستعمل هذا الرئيس سلطة وظيفته ونفوذه لديه لوقف تنفيذ الحكم<sup>(5)</sup> وهذا التدخل قد يأخذ صورا عديدة -من وجهة نظر البعض- فقد

(1) د. سمير عبد الله سعد: الجرائم التأديبية والجنائية للموظف العام. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2018. ص: 542، أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية واستعمال سلطة الوظيفة في تعطيل تنفيذها. الإسكندرية. دار الكتب والدراسات العربية 2018. ص: 90، نقض جنائي - طعن رقم 1934 لسنة 45 قضائية جلسة 1976/3/21. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي.

رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1970. ص: 581

(3) وفي ذات الاتجاه قضت محكمة النقض الجنائي بأنه (... فضلا عن أن النص سالف الذكر قد جاء صريحا على أن نطاق تطبيقه يقتصر على استعمال الموظف العمومي سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال أو وقف حكم أو أمر صادر من المحكمة أو أية جهة مختصة أو أمقنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر). محكمة النقض الجنائي: طعن رقم 6592 لسنة 55 قضائية. جلسة 1986/5/29. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(4) أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص:

196

(5) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 581

يكون تهديداً أو أمراً أو رجاء وقد يأخذ التدخّل صورة الأمر المكتوب أو الأمر الشفهي ويجب لقيام ذلك العنصر أن يصدر عن الموظف الشاغل لوظيفة ذات سلطة فعل إيجابي يستدلّ منه على تدخّله، وأنّ ينجم عن ذلك الفعل الإيجابي قيام الموظف المختصّ بوقف تنفيذ الحكم.<sup>(1)</sup>

وهكذا يشترط لقيام جريمة وقف تنفيذ الأحكام أن يؤدي تدخّل الموظف العام ذي السلطة على الموظف المختصّ بالتنفيذ إلى وقف تنفيذ الحكم فعلاً، فإنّ لم يستجب الموظف المختصّ رغم استخدام الفاعل سلطة وظيفته لهذا الغرض عد ذلك شروعا منه في ارتكاب هذه الجريمة<sup>(2)</sup>، أما سكوت الرئيس ذو السلطة أو تغاضيه عما يراه من تقاعس مرؤوسيه أو رفضهم تنفيذ الأحكام فلا يكفي لقيام هذه الجريمة فالنص يستلزم أن يقوم الموظف بعمل إيجابي مستعملاً سلطته الوظيفية لوقف التنفيذ فهو لا يعاقب على عدم استعمال الموظف سلطته للحيلولة دون وقف التنفيذ<sup>(3)(4)</sup> ولا يعدّ السكوت نوعاً من التواطؤ أو الاشتراك في الجريمة.<sup>(5)</sup>

ولقيام الركن المعنوي في هذه الجريمة يجب أن يتوافر لدى الموظف الذي يستخدم سلطة وظيفته القصد الجنائي لوقف تنفيذ الحكم، أي بأن تتجه نيته إلى ذلك دون وجه حق وأن يتم وقف التنفيذ نتيجة لهذا التدخّل، أما إذا استعمل الموظف سلطة وظيفته لدفع الموظف المختصّ بالتنفيذ لوقف التنفيذ، وقام الأخير بوقف التنفيذ استناداً لسبب آخر ودون ما يكون لدفع الموظف ذو السلطة أثر على وقف تنفيذ الحكم، فإنّ جريمة وقف تنفيذ الحكم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ١٢٣ عقوبات، لا تتوافر في حق الموظف ذو السلطة وإن كان الموظف المختصّ بالتنفيذ يعدّ مرتكباً لجريمة الامتناع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من ذات المادة.<sup>(6)</sup>

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 358

(2) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 581

(3) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 581

(4) أنظر عكس هذا الرأي: أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص: 201

(5) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 359

(6) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 359

## ثانيا جريمة امتناع الموظف العام عمدا عن تنفيذ الأحكام القضائية:

وهذه الجريمة اشترط المشرع المصري لقيامها وفقا لنص المادة 2/123 عقوبات أن يتوافر فيها عدة عناصر وهي:

1- أن تتوافر صفة الموظف العام فيمن يقوم بفعل الامتناع وأن يكون مختصا بالتنفيذ: يلزم لقيام هذه الجريمة أن تقع من موظف مختص بتنفيذ الحكم وأن يمتنع هذا الموظف عمدا عن التنفيذ.

ولم يضع المشرع المصري تعريفا محددًا للموظف العام في جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، وإزاء عدم وجود نص خاص في القانون يحدد المقصود بالموظف العام فإن النتيجة الطبيعية لذلك هي الرجوع إلي مفهوم الموظف العام في القانون الإداري، وعلى ذلك يقصد بالموظف العام في جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام الموظف العام بمعناه الضيق كما هو معروف في القانون الإداري وليس من في حكمه<sup>(1)</sup>، ولذلك عرفت محكمة النقض الجنائي الموظف العام في أحد أحكامها بأنه "هو الذي يعهد إليه بعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق."<sup>(2)</sup>

ولا يكاد الفقه ولا القضاء يفرقان بين معيار الموظف العام في هذه الجريمة ومعياره في الجريمة السابقة المنصوص عليها في الفقرة الأولى<sup>(3)</sup>، وتختلف هذه الجريمة عن سابقتها في أنها لا تقع إلا من الموظف المختص بتنفيذ الحكم أصلا حين يمتنع عن القيام بواجبه في هذا المجال، فانه يجب أن يكون مختصا بتنفيذ الحكم ولا يستلزم ذلك أن يكون الموظف مختصا بكل إجراءات التنفيذ وإنما يكفي أن يدخل في اختصاصه أحد هذه الإجراءات وأن يمتنع عن القيام به ويترتب على امتناعه تعطيل سائر إجراءات التنفيذ<sup>(4)</sup>،

(1) وهذا ما أكدته محكمة النقض الجنائي بقولها "أن نطاق المادة ١٢٣ من قانون العقوبات مقصورا وفق صريح نصها في فقرتها على الموظف العام كما هو معرف به في القانون دون من في حكمه. راجع حكمها في الطعن رقم 1934 لسنة 45 قضائية. جلسة 1976/3/21 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) محكمة النقض: نقض جنائي الطعن رقم 62/5486 قضائية. جلسة 1995/2/1. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 627

(4) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 583

وتقوم مسئولية الموظف أيا كان مصدر اختصاصه بالتنفيذ سواء قانون أو لائحة أو قرار أو تعليمات شفوية أو كتابية.<sup>(1)</sup>

2- وجود حكم قضائي أو أمر واجب التنفيذ:

إذ يشترط لقيام جريمة الامتناع أن يتعلق عدم التنفيذ بحكم قضائي أو أمر واجب النفاذ.<sup>(2)</sup>

وأكدت محكمة النقض على ذلك بقضائها أنه "متى صدر حكم واجب التنفيذ كان على كل مخاطب بهذا الحكم وعلى كل مكلف بتنفيذ أحكام القضاء أن يبادر إلى تنفيذه نزولا على ما للأحكام من قوة الأمر المقضي".<sup>(3)</sup>

3- ثبوت امتناع الموظف المختص عن التنفيذ رغم إعلانه بالصورة التنفيذية للحكم ورغم إنذاره:

يشترط لوقوع تلك الجريمة بالإضافة إلى كون فاعلها موظفا عاما أن يمتنع بشكل عمدي عن تنفيذ حكم قضائي يدخل في اختصاصه أمر تنفيذه<sup>(4)</sup>، ولإثبات هذا العمد فقد استلزم المشرع بالمادة 2/123 عقوبات، أن يوجه صاحب المصلحة إنذارا على يد محضر إلى الموظف المختص بتنفيذ الحكم يحثه فيه على هذا التنفيذ خلال ثمانية أيام من تاريخ هذا الإنذار القضائي.

وفي ذات الاتجاه قضت محكمة النقض الجنائي بقولها "لما كانت المادة ١٢٣ من قانون العقوبات قد نصت في فقرتها الثانية على أنه يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم لو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلا في اختصاص الموظف، مما مفاده اشتراط الشارع أن يقوم طالب التنفيذ بإنذار الموظف المختص المطلوب إليه التنفيذ لتحديد بدء مهلة الثمانية أيام الممنوحة له للتنفيذ خلالها والتي يستحق بانقضائها العقاب إذا امتنع عمدا عن التنفيذ"<sup>(5)</sup>

(1) د. سمير عبد الله سعد: المرجع السابق. ص: 544

(2) أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص:

207، د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 360

(3) محكمة النقض: الطعن رقم 16241 لسنة 63 قضائية. جلسة 2001/5/28. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(4) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 583

(5) محكمة النقض: الطعن رقم 6919 لسنة 57 قضائية. جلسة 1988/3/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

ويعد الإنذار بمفهومه السابق شرطاً ضرورياً لقبول الجنحة المباشرة المقامة ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي، ذلك لأن هذا الإنذار بمثابة قرينة يستدل منها القاضي على امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم.<sup>(1)</sup>

ويلزم فضلا عن إنذار المحكوم ضده بالتنفيذ أن يتم إعلانه بالصورة التنفيذية للحكم. فالحكمة من اشتراط إعلان المحكوم ضده (جهة الإدارة) بالسند التنفيذي للحكم، في أن إعلانها بالحكم يعد قرينة على إثبات خطئها في التراخي في التنفيذ أو الامتناع عنه، فاعتبرت محكمة النقض الجنائي أن الركن المادي لجريمة الامتناع المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات - فقرة ثانية - غير متوفر إذا لم يسبق رفعها إعلان الموظف المتهم بالصورة التنفيذية للحكم قبل إنذاره.<sup>(2)</sup>

ولا يعنى إغفال المشرع النص على إعلان السند التنفيذي في المادة ١٢٣ عقوبات أنه قصد الخروج عن القواعد العامة لتنفيذ الأحكام، إذ أن الغاية التي استهدفها المشرع من سبق إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقاً للمادة 281 مرافعات هي إعلانه بوجوده وإخطاره بما هو ملزم بأدائه على وجه اليقين.<sup>(3)</sup>

#### 4- توافر القصد الجنائي لدى الموظف:

فيمتنع الموظف عمداً عن تنفيذ الحكم القضائي، نظراً لأنها من الجرائم العمدية التي تستلزم قصداً جنائياً خاصاً وهو يتمثل في تعمد الامتناع عن تنفيذ الحكم، مع انصراف نيته إلى تحقيق نتيجة خاصة وهي الحيلولة دون هذا التنفيذ دون سبب مشروع<sup>(4)</sup>. ومن ثم فلا تقوم الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات - من وجهة نظر البعض - إذا أثبت الموظف أنه لم يقصد تحقيق تلك النتيجة<sup>(5)</sup> كأن يثبت أن ثمة صعوبات حقيقية قد صادفت الموظف المختص بالتنفيذ حالت بينه وبين القيام به، كان يشوب الحكم غموض أو إبهام أو إذا كان الامتناع عن التنفيذ فرضته ظروف المحافظة على الأمن القومي أو

(1) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 361  
(2) حكمها في الطعن رقم 658 لسنة 47 قضائية جلسة 1978/3/19 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.  
(3) محكمة النقض: نقض جنائي في الطعن رقم 236 لسنة 54 قضائية. جلسة 1995/7/12. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 362  
(4) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 582  
(5) أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص:

النظام العام<sup>(1)</sup> أو عدم توافر الاعتمادات المالية لتنفيذ الحكم مما يستلزم تأخير تنفيذه لحين توافرها.<sup>(2)</sup>

وفي هذا الإطار تفرق المسؤولية الجنائية في جرائم الامتناع بين نوعين من الامتناع:

النوع الأول الامتناع المجرد: يقصد به الامتناع غير المشروع عن عمل أوجبه قاعدة قانونية معينة، فيتكون الركن المادي لجريمة الامتناع من السلوك السلبي فقط، مثل الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي حائز للقوة التنفيذية، وذلك الامتناع يكون مجردا عن أي عمل يسبقه ويكون محل عقاب.<sup>(3)</sup>

والنوع الثاني الامتناع بمناسبة عمل مشروع: ويقع هذا الامتناع إذا كانت ممارسة نشاط معين مشروع تتطلب اتخاذ احتياطات معينة طبقا للمألوف، فيمارس الموظف هذا النشاط ويمتنع عن اتخاذ تلك الاحتياطات، فيعد امتناعه من قبيل الإهمال أو الخطأ غير العمدي. مثل عدم قيام الإدارة بوضع علامات عند مدخل أحد الكباري المتحركة، أو عدم وضع مصباح ليلي في منطقة بها أعمال حفر.<sup>(4)</sup>

وعليه فإن الامتناع بمناسبة عمل مشروع لا يتولد عنه عقاب وذلك لوجود صلة بين الخطأ غير العمدي من قبل الموظف والامتناع بمناسبة عمل مشروع، فثمة تلازم بينهما إذ كل امتناع بمناسبة عمل مشروع خطأ غير

---

(1) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. مرجع سابق. ص: 1035. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 363، د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 582

(2) أ. د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي. القاهرة. دار النهضة العربية. 1988. ص: 582، محكمة النقض: طعن رقم 796 لسنة 47 قضائية. جلسة 1977/12/25.

(3) د. إبراهيم شعبان: النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1981. ص: 95 وما بعدها، أ. د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1968. ص: 504 أشار إليهما د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 199

(4) أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري... 2009. مرجع سابق. ص: 337

عمدي، وتلك الجريمة غير العمدية يتمثل ركنها المعنوي في الإهمال وركنها المادي في سلوك الموظف السلبي وبالتالي لا يتولد عنها العقاب.<sup>(1)</sup>

### ثالثا مدى فاعلية الدعوى الجنائية في إجبار الإدارة على التنفيذ:

على الرغم من تلك الحماية القانونية والدستورية إلا أن هذه الحماية لم ينتج عنها ضمان فعال لتنفيذ الأحكام وذلك للأسباب الآتية:

**أولاً:** أن المادة 123 من قانون العقوبات لا تعاقب إلا من امتنع عمدا عن تنفيذ الحكم القضائي أو أوقف تنفيذه، وبمفهوم المخالفة، أنه لا مجال للمسئولية الجنائية إذا انتفى الركن المعنوي لجريمة الامتناع العمدي لتنفيذ الحكم، وأن القصد الجنائي في الجرائم العمدية يقتضي تعمد الجاني ارتكاب الفعل المادي المكون للجريمة، كما يقتضي فوق ذلك تعمده النتيجة المترتبة على هذا الفعل.<sup>(2)</sup>

كما أن إثبات توافر القصد الجنائي لقيام المسئولية الجنائية للموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي، هو أمر ليس هينا من الناحية العملية، ذلك أنه يكفي لنفي توافر القصد الجنائي لدى الموظف أن يصدر وعد عن الموظف للمحكوم له بأنه سوف يقوم بتنفيذ الحكم، أو تصريح بأن التنفيذ جار ثم يتأخر الموظف بعد ذلك في التنفيذ كما يشاء، والدليل على ذلك أن نص المادة 123 من قانون العقوبات لم يلق تطبيقا يذكر في الواقع العملي.<sup>(3)</sup>

فضلا عن أن تلك المسئولية لا تقوم في حق الموظف المختص إذا ثبت أن الموظف امتنع بناء على أمر مكتوب من رئيسه الأعلى وأنه نبه هذا الرئيس كتابة بالمخالفة، بينما تنتقل المسئولية في هذه الحالة إلى هذا الرئيس مصدر الأمر وحده<sup>(4)</sup>، وذلك عملا بنص المادة 63 من قانون العقوبات.<sup>(5)</sup>

(1) د. حبيب إبراهيم الخليلي: مسئولية الممتنع. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1970. ص: 16 وما بعدها. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 202

(2) أ. د. محمد محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري. دعوى الإلغاء. القاهرة. دار النهضة العربية. 2002. الكتاب الثاني. ص: 428 أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 146

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 146

(4) د. عبد الفتاح مراد: جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع. دار الكتب والوثائق. دون سنة نشر. هامش ص 197

(5) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 583

**ثانياً:** يرى البعض أن ما يقلل من فاعلية الدعوى الجنائية في تحقيق ذات الغاية هو أن الركن العمدي ينتفي إذا شاب الحكم غموض جعل الموظف المختص يمتنع عن التنفيذ مؤقتاً حتى يستفتى الجهة المنظمة لشئون الموظفين أو القسم الاستشاري بمجلس الدولة في طريقة التنفيذ؛ لأن الموظف في هذه الحالة لم يتعمد الامتناع عن التنفيذ، وإنما الضرورة فقط هي التي دعت إلى الامتناع عن ذلك مؤقتاً حتى يتبين الموظف المختص الطريقة الصحيحة في تنفيذ الحكم.<sup>(1)</sup> وهذا بالطبع يكون مدعاة لتعطيل التنفيذ والفرار من المسؤولية عن الامتناع عن إجرائه<sup>(2)</sup>

**وثالثاً:** كانت المشكلة الحقيقية التي تحد من فاعلية الدعوى الجنائية في نظر البعض هي من ناحية أولى: الحصانة البرلمانية التي يتمتع بها الموظف المسئول عن عدم التنفيذ إذا كان عضواً في البرلمان، فطبقاً لنص المادة 99 من دستور 1971 التي كانت تنص على أن "لا يجوز في حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس وفي غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن رئيس المجلس. ويخطر المجلس عند أول انعقاد له بما أخذ من إجراء" كانت النيابة العامة يدها مغולה عن مباشرة الدعوى الجنائية حتى يوافق المجلس على رفع الحصانة، ومن ناحية ثانية: الحماية الإجرائية للوزراء ونوابهم فتوجيه الاتهام إلى الوزير وإحالاته للمحاكمة يكون من جانب رئيس الجمهورية ومجلس الشعب وفقاً لنص المادة 159 من دستور 1971، فلا تملك النيابة العامة ولا المضرور من الجريمة تحريك الدعوى الجنائية قبل الوزير عن جريمة وقعت منه أثناء أو بسبب تأدية وظيفته أمام المحاكم الجنائية.<sup>(3)</sup>

إلا أن ذلك الوضع تغير في ظل دستور 2014 وأصبح رئيس مجلس الوزراء وأعضاء الحكومة يخضعون للقواعد العامة المنظمة لإجراءات التحقيق والمحاكمة حسب نص المادة 173 من دستور 2014 كما أنه لا يجوز

(1) أ. إبراهيم المنجي: التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة. إسكندرية. منشأة المعارف. الطبعة الأولى. 1996. ص 888 أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 34

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 34

(3) أ. د. عصمت عبد الله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية. 2005. مرجع سابق. ص: 147 وما بعدها. أشار إليه د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 146

الجمع بين عضوية الحكومة وعضوية مجلس النواب طبقا لنص المادة 164 من دستور 2014.<sup>(1)</sup>

**رابعاً:** إمكانية إيقاف تنفيذ العقوبة وإسراف المحاكم في استخدامها أدى إلى تحويل نص المادة المذكورة من نظام للمسئولية الجنائية بسبب عدم تنفيذ الحكم إلى مجرد أسلوب لحث الإدارة على التنفيذ<sup>(2)</sup>، فترجى جهة الإدارة التنفيذ حتى قبيل صدور الحكم في الدعوى الجنائية ثم تسارع بالتنفيذ متى حانت اللحظة، مما يجعل القاضي يأمر بوقف تنفيذ الحكم.<sup>(3)</sup>

وفي هذا النطاق نشير إلى أنه بصفة عامة قد اختلف الفقه في مسألة مدى شدة العقوبة وأثرها في الردع فذهب جانب من الفقه أن الوظيفة النفعية للعقوبة لا تتحقق إلا عن طريق العقوبة القاسية<sup>(4)</sup>، بينما يرى جانب آخر أن تجاوز العقوبة لما هو مفيد وعادل يكون فيه جرح لشعور الجماعة بالعدالة وإضرار لها، وأن أساس العقوبة وغرضها هو العدل وأن المنفعة الاجتماعية هي الإطار الذي يرسم حدود العقوبة، أي أن عدل العقوبة مقيد بمنفعتها أو ضرورتها<sup>(5)</sup>، لذا يرى أنصار الرأي الثاني أن وظيفة العقوبة على هذا النحو تتطلب أن تكون العقوبة معتدلة وتتناسب مع شخصية الجاني وظروفه.<sup>(6)</sup>

وفي ضوء ذلك فإن الباحث يرى أن نظام وقف تنفيذ العقوبة يعد من قبيل التوازن في التنظيم التشريعي للنص العقابي، فيبقى النص محققا للردع من ناحية وتبقى كذلك سلطة القاضي في التمييز بين الحالات المختلفة بحسب ظروف وملابسات كل واقعة، فلا ينبغي أن يغالي في وقف التنفيذ ولا نرى كذلك الكف عنه كليا.

**خامساً:** أن النص يجرم فقط الامتناع إذا كان مقترنا بركن العمد، فهو لا يواجه إلا صورة الامتناع العمدي والصريح عن التنفيذ دون الصور الأخرى مثل إعادة إصدار القرار الملغى أو إصدار قرار آخر بنفس مضمونه أو التنفيذ الناقص أو الإهمال والتواني في التنفيذ فلا يمتد إليهم التجريم ذلك أننا مقيدون

(1) د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 147

(2) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 637

(3) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 35

(4) أ. د. عبد الفتاح الصيفي: الجزء الجنائي. دراسة تاريخية وفلسفية وفقهية. بيروت. دار النهضة العربية. 1972. ص: 42

(5) أ. د. محمود نجيب حسني: علم العقاب. القاهرة. دار النهضة العربية. 1966. ص: 71

(6) أ. د. علي القهوجي - أ. د. فتوح الشاذلي: المرجع السابق. ص: 261

في نطاق النصوص الجنائية بالتفسير الضيق<sup>(1)</sup>، فالمتفق عليه في الفقه والقضاء المصري أن جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات، لا تتوافر إذا ما انتقل الفعل المؤثم من مجال الامتناع عن التنفيذ إلى مجال التراخي أو التأخير عن التنفيذ، فالتراخي في تنفيذ الحكم وانقضاء مهلة الثمانية أيام لا يعتبر دليلاً على قيام جريمة الامتناع العمدي عن تنفيذ الأحكام القضائية<sup>(2)</sup>، بل ولا يعد أيضاً تعسف الموظف ذو السلطة في التنفيذ من قبيل استعمال السلطة لوقف تنفيذ الحكم فلا بد أن يتدخل باستعمال سلطته وان يكون هذا التدخل بفعل مادي وأن تنصرف نيته لوقف تنفيذ الحكم.<sup>(3)</sup>

لذلك فإذا امتنع الموظف عن التنفيذ ثم سارع إليه بمجرد تحريك الدعوى الجنائية أو قبل الحكم عليه مباشرة فإنه لا يعد مرتكباً لجريمة الامتناع وإنما يعد متأخراً في التنفيذ<sup>(4)</sup>، وتكمن الخطورة هنا في أن الموظف قد يجعل الأصل لديه هو المماطلة وعدم التنفيذ اعتماداً منه على طول إجراءات الدعوى الجنائية أو أملاً منه في استسلام الخصم وتوقفه بالإجراءات عند هذا الحد، إلى أن تقام دعوى جنائية ضده فيسارع حينئذٍ للتنفيذ.

لذلك نادى البعض إلى أنه كان ضرورياً أن يشمل التجريم كلاماً عن الامتناع العمدي والتراخي في التنفيذ والتنفيذ بإهمال وكذلك التنفيذ الصوري والمؤقت الذي تعود فيه الإدارة لتنفيذ قرارها الملغي، مع تنوع العقوبات المقررة حسب جسامه الجرم الكائن في كل جريمة منها وضرورة شهر ملخص تلك الأحكام في الصحف اليومية كي تحقق الردع العام لغيره من الموظفين.<sup>(5)</sup>

(1) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 584  
(2) محكمة النقض: نقض جنائي الطعن رقم 1980 لسنة 55 قضائية. جلسة 1987/6/2.  
موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.  
(3) محكمة النقض: الطعن رقم 16716 لسنة 60 قضائية. جلسة 1999/4/19. أشار إليه أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص: 195  
(4) أ. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الرابعة. 1977. ص: 532  
(5) الأستاذ. حسن كامل: أحكام الإلغاء. مجلة القانون والاقتصاد. العددان الثالث والرابع. السنة الرابعة والعشرون. عدد سبتمبر 1954. ص: 271 وما بعدها، د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء في تنفيذ أحكامه الإدارية ومدى فاعليتها. مجلة المحاماة. العددان الخامس والسادس. السنة الثانية والستون. مايو ويونيو 1982. ص: 32

**سادسا: يضيف أ. د/ محمد باهي أبو يونس** أنه على فرض عدم صحة النظر السابق فإن ذلك لا يبرئ تلك الوسيلة من شائبة القصور في الفاعلية إذ أن ما يقدر فيها طول الوقت الذي تستغرقه المحاكم الجنائية في الفصل في تلك الدعوى لكثرة ما تنظره من قضايا يضعف من أثرها الرادع وهو وقت تستثمره الإدارة في تحقيق رغبتها في عدم التنفيذ أو لتقويت ثمرة كان يريجوها المحكوم له من التنفيذ الحال. ورغم ذلك فما هي الفائدة التي تعود على المحكوم له إذا بلغت الدعوى الجنائية مداها، وحكم على الممتنع عن التنفيذ؟ إن الحكم لا يمثل مبتغاه فكل ما يعنيه تحقيق مقتضى الحكم الإداري وتلك مسألة لا تضمنها الدعوى الجنائية.(1)

فالمشرع عني بالتجريم، دون أن يكفل للمحكوم له الضمانات لتنفيذ حكمه ولم يتخذ حلا إيجابيا يساعده على كفالة التنفيذ(2)، وكما يقرر جانب من الفقه وبحق أن أكبر وصمة تصيب دولة القانون أن يكون تنفيذ الأحكام فيها باتباع الأسلوب الجنائي(3)، لأن ذلك الأسلوب يكشف عن إرادة في حاجة إلى تقويم سلوكها بسيف العقاب، وإرهابها بسلاح التجريم مثلها مثل الخارجين على القانون، في الوقت الذي يتوجب عليها أن تكون مثلا لاحترام الشرعية، وقدوة في المسارعة إلى تنفيذ أحكام القضاء دون خشية من العقاب.(4)

وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا في أحكامها، فقررت أنه يتعين على الإدارة تنفيذ الأحكام، وأن ذلك ليس منحة منها، وإنما هو إلزام عليها بحكم القانون ويجب عليها أن تسارع إلى التنفيذ احتراماً للدستور، وإعلاء لفكرة الاحتكام للقانون، ومنعا للتطاول على أحكام القضاء، وحتى لا ينفرد عقد الأمن في البلاد بعدم اللجوء للقضاء، فقالت "عدم تنفيذ الأحكام يشكل قراراً سلبياً مخالفاً للدستور والقانون إذ يتعين إعمالاً للشرعية وسيادة القانون أن تنفذ الجهات الإدارية الأحكام القضائية لا على سبيل المنحة وإنما على سبيل الحكم و الإلزام".(5)

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 36

(2) د. حسن السيد بسيوني: المرجع السابق. ص: 32.

(3) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 37

(4) CASSIA (P): Le réfere- examen devant le juge administratif – J. C. P. 2003-1-15

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 37

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعانان رقما 29395، 29501 لسنة 55 قضائية عليا. جلسة 2010/3/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

**سابعاً: من ناحية أخيرة** يرى جانب من الفقه أنه فضلاً عما تقدم لا بد من أن يتم إعلان الموظف المختص بالتنفيذ بالصورة التنفيذية للحكم المطلوب تنفيذه بشخصه أو في موطنه الأصلي طبقاً لنص المادة 281 من قانون المرافعات قبل الشروع في التنفيذ وإلا كان الإعلان باطلاً ولم يتحقق العلم الشخصي اليقيني بل ويتعين إنذاره بالتنفيذ وانقضاء ثمانية أيام دون التنفيذ وأن مجرد الإعلان بالصيغة التنفيذية ليس كافياً لقيام الركن المادي لهذه الجريمة<sup>(1)</sup>، مما يزيد من صعوبة الأمر ويعرقل الإجراء ويحد من فاعلية الدعوى الجنائية<sup>(2)</sup>، وأن التجريم الجنائي لم يأت بالثمار المرجوة وهي تنفيذ الحكم<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحث أنه إن صدق ذلك القول في الأحوال العادية عملاً بنص المادة 281 مرافعات والمادة 2/123 من قانون العقوبات إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية، فإذا كان الأصل أن الغرض من إعلان الموظف المعني بالتنفيذ بالصورة التنفيذية هو أن يعلم بوجود السند التنفيذي وما هو ملزم بتنفيذه فعلاً، وتأكيداً لذلك قضي بأنه "أن الحكمة التي استهدفها المشرع من سبق إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 281 من قانون المرافعات هي إعلانه بوجوده وإخطاره بما هو ملزم بأدائه على وجه اليقين وتخويله إمكان مراقبة استيفاء السند المنفذ به لجميع الشروط الشكلية والموضوعية، وهذه الحكمة مستهدفة في جميع الأحوال"<sup>(4)</sup>.

إلا أنه من ناحية أولى نجد أن العلم بالحكم الصادر في الدعوى الدستورية يتحقق بموجب النشر في الجريدة الرسمية عملاً بنص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، مما لا نرى معه ضرورة لإعادة إعلام المعني بالتنفيذ بالحكم وأن ذلك النشر يقوم مقام الإعلان فإذا امتنع عن التنفيذ كان ذلك كافياً لإقامة الدعوى الجنائية دون اتخاذ إجراء الإعلان.

(1) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 582

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 149، محكمة النقض: الطعن رقم 658 لسنة 47 قضائية. جلسة 1978/3/19. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 157

(4) محكمة النقض: الطعن رقم 6919 لسنة 57 قضائية. جلسة 1988/3/27. والطعن رقم 658 لسنة 47 قضائية. جلسة 1978/3/19. والطعن رقم 236 لسنة 54 قضائية. جلسة 1995/7/12 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

وفي ذلك قضي بأن "النص في المادة 178 من الدستور على أنه "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار" وفي المادة 31 من القانون رقم 66 لسنة 1970 الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه "تنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء" يدل على أن نشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة، وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر، وأنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية".<sup>(1)</sup>

فلا يعدو النشر في الجريدة الرسمية أن يكون إجراء شكليا استلزمه القانون لعله جوهريه هي إعلام الكافة والسلطات العامة في الدولة به وإلزامهم تبعا لذلك بتنفيذه وإعمال مقتضاه وإهمال ما يتعارض مع هذا المقتضى وتحتيته. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا.<sup>(2)</sup>

ومن ناحية ثانية فإن المشرع قد اشترط في المادة 281 من قانون المرافعات أن يتم إعلان المعنى بالتنفيذ بالسند التنفيذي الذي يحمل الصيغة التنفيذية في حين أن ذلك السند يستخرج - بحسب الأصل - مرة واحدة في الأحوال العادية ويحصل عليه صاحب الدعوى، أما في مجال القضاء الدستوري فلا تمهر الأحكام بالصيغة التنفيذية كما لا يمكن تسليم أصل الحكم - الذي يعد سندا تنفيذيا في ذاته - لكل ذوي الشأن أو المصلحة في تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وبالتالي فلا يمكن عملا اتخاذ إجراء الإعلان بالنسبة للحكم الدستوري باعتبار أن السند التنفيذي لا يحصل عليه كل ذوي المصلحة في التنفيذ في أيديهم.

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 128 لسنة 47 قضائية. جلسة 1981/3/18. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري... مرجع سابق. ص: 357

خاصة وقد استقر القضاء على أن خلو النص العقابي (م2/123 عقوبات) من أن يتم إعلان الموظف المعني بالتنفيذ بأصل السند التنفيذي لا يعني إغفال ذلك الإجراء باعتباره مطلوباً قبل البدء في التنفيذ عملاً بنص المادة 281 من قانون المرافعات.

وفي ذلك قضي بأنه " لما كان ذلك، وكانت المادة 123 من قانون العقوبات قد نصت في فقرتها الثانية على أنه يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلياً في اختصاص الموظف مما مفاده اشتراط الشارع أن يقوم طالب التنفيذ بإنذار الموظف المختص المطلوب إليه التنفيذ لتحديد مبدأ مهلة الثمانية أيام الممنوحة له للتنفيذ خلالها والتي يستحق بانقضائها العقاب إذا امتنع عمداً عن التنفيذ. وكان من المقرر أن إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 281 من قانون المرافعات إجراء لازم قبل الشروع في التنفيذ أياً كان نوعه وإلا كان باطلاً فإنه لا يتصور أن يكون الشارع بإغفاله إيراد هذا الإجراء في النص المؤتم لامتناع الموظف عن تنفيذ حكم قد قصد الخروج عن القواعد العامة في تنفيذ الأحكام ذلك أن الحكمة التي استهدفها المشرع من سبق إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 281 من قانون المرافعات هي إعلانه بوجوده وإخطاره بما هو ملزم بأدائه على وجه اليقين وتخويله إمكان مراقبة استيفاء السند المنفذ به لجميع الشروط الشكلية والموضوعية".<sup>(1)</sup>

كما قضي بأنه "من المقرر أيضاً أن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم أو امر قضائي لا تتحقق إلا إذا كان الحكم أو الأمر الممتنع عن تنفيذه مستوفياً لجميع شرائطه الشكلية والموضوعية بحسبانه سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ ومؤدى ذلك أن مناط العقاب على عدم تنفيذ الأحكام بالنسبة للموظف العمومي المختص بتنفيذها يقتضى بداءة التحقق من استيفاء تلك الأحكام لشرائطها التي عنها القانون".<sup>(2)</sup>

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 6919 لسنة 57 قضائية. جلسة 1988/3/27، الطعن رقم 658 لسنة 47 قضائية. جلسة 1978/3/19. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) محكمة النقض: الطعن رقم 7145 لسنة 65 قضائية. جلسة 2004/3/3. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

ولعل الاستعراض المتقدم لا يعدو أن يكون فرضا نظريا لم تأت الفرصة لمناقشته في الواقع العملي، فبالبحث في عدد من المؤلفات والأحكام القضائية لم نصادف حكما يعبر فيه القضاء عن موقفه من هذا الرأي أو يتعرض لمسألة الإعلان بالحكم الدستوري وما إذا كان النشر في الجريدة الرسمية يقوم مقامها من عدمه، وهو ما دفعنا لعرض الفكرة في إطار تحليلي وفقا للمنطق القانوني، فالفقه يخلق الفكرة ويقترحها ليقننها المشرع ثم يطبقها القضاء ثم تعود مرة أخرى للفقه ليرى ماذا فعل بها كل من المشرع والقضاء، وفي ضوء ذلك فإننا لا نجد ما يمنع من الأخذ بذلك الرأي لجعل آثار الدعوى الجنائية أكثر فاعلية خاصة وأنه لا يتعارض مع المنطق القانوني ونص المادة 281 من قانون المرافعات.

## الفرع الرابع

### إثارة المسؤولية التأديبية للموظف الممتنع عن التنفيذ

تنص المادة (58) من قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 على أن "كل موظف يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يُجازى تأديبياً."

ولا شك أن من أهم واجبات الوظيفة العامة احترام الأحكام القضائية فامتناع الموظف عن تنفيذ الحكم أو عمله على عرقلة تنفيذه ينطوي على إخلال بواجبات وظيفته وإهدار للحكم ويشكل جريمة تأديبية في حق الموظف<sup>(1)</sup>، وطالما أن قيام المسؤولية الجنائية للموظف لا يحول دون مساءلته تأديبياً عن الفعل ذاته<sup>(2)</sup>، فلا يقتصر جزاء الامتناع عن تنفيذ الحكم على الجزاء الجنائي بينما يمكن كذلك إثارة المسؤولية التأديبية للموظف عن امتناعه.

وإثارة المسؤولية التأديبية تشترك فيها السلطة الرئاسية والنيابة الإدارية، فالأصل مساءلة الموظف من خلال سلطته الرئاسية، بينما تتولى النيابة الإدارية تحريك الدعوى التأديبية ضد الموظف أمام المحكمة التأديبية المختصة

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 105 أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 100.

(2) أنظر فكرة استقلال الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية في أحوال الارتباط: د. أيمن فتحي: التعليق على قانون الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى. دون سنة نشر. ص: 392 وما بعدها.

أنظر أيضا: المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 6629 لسنة 45 قضائية عليا. جلسة 2001/3/18. أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 104

إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الرئيس الإداري<sup>(1)</sup> وذلك إذا اقتضت جسامه المخالفة توقيع جزاء تختص به المحكمة التأديبية.

وتكمن أهمية هذه الوسيلة في حالة ما إذا كان الخطأ الناتج عن عدم تنفيذ الحكم هو بأكمله خطأ مرفقي بحيث لا يمكن الرجوع على الموظف مالياً، إذ يمكن في هذه الحالة مساءلة الموظف تأديبياً عن الخطأ المرفقي<sup>(2)</sup>، بالإضافة إلى أن الجزاء التأديبي لا يشترط فيه وقوع ضرر بينما يكفي أن يثبت خطأ الموظف، وكذلك في الحالات التي يصعب فيها إثبات قيام مسؤوليته الجنائية. فالركن المعنوي للجريمة التأديبية لا يستلزم العمد بل يكفي اتجاه إرادة الموظف إلى عدم مراعاة الدقة والحرص فحسب أي مجرد الخطأ ولو وقع بغير عمد<sup>(3)</sup>، فيسهل بالتالي إثبات قيامها عن إثبات قيام المسؤولية الجنائية.

ولا يشفع للموظف المسؤول عن التنفيذ لكي يتهرب من المسؤولية، التذرع في كل الحالات بأن امتناعه عن تنفيذ الحكم القضائي كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه تجب عليه طاعته، إذ حدد القانون المصري شروط إعفاء المرسوم من الجزاء الذي يترتب على تنفيذ أمر صادر إليه من رئيسه، وتتمثل هذه الشروط في أن الموظف ارتكب المخالفة تنفيذاً لأمر مكتوب صادراً من رئيسه المباشر بالرغم من تنبيهه صراحة إلى مخالفة ذلك الأمر حيث تكون في هذه الحالة المخالفة على مصدر الأمر وحده

وفي الاتجاه ذاته قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها "ومن حيث أنه ولئن كان هذا هو الأصل في حالة ارتكاب العامل للمخالفة تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه بان أعفى المشرع العامل من الجزاء بشرط أن يكون الأمر الصادر إليه مكتوباً وان يقوم العامل بتنبيهه رئيسه إلى المخالفة"<sup>(4)</sup>.

ويلقى الرئيس الإداري الذي يتدخل لدى رؤوسه لمنعه من تنفيذ حكم قضائي ذات الجزاء التأديبي وذلك لكونه تسبب بشكل غير مباشر في إعاقة

(1) أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري. 2010. مرجع سابق. ص: 357

(2) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: في 1967/7/12. ملف رقم 113/2/86. أشار إليها د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراه. مرجع سابق. ص: 618

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 750 لسنة 38 قضائية عليا. جلسة 1997/6/24. أشار إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 105

(4) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 2611 لسنة 30 قضائية عليا. جلسة 1986/4/29. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 371

تنفيذ الحكم حيث يحل محل الموظف في ارتكاب هذا الجرم التأديبي وينال الجزاء بدلا منه.

ويرى جانب من الفقه أنه يتعين مساءلة الموظف العام تأديبيا عن الفعل الذي يشكل جريمة جنائية ولو كان صادرا من رئيس يجب عليه طاعته، وذلك استنادا إلى نص المادة 63 من قانون العقوبات التي تقيم مسؤولية الموظف الجنائية عن تنفيذ أمر غير مشروع إلا إذا أثبت انه كان يعتقد مشروعيته، فطالما أن الفعل مؤثم جنائيا يتعين على الموظف أن يتمتع عن إتيانه.<sup>(1)</sup>

### - عدم فاعلية المسؤولية التأديبية كضمانة لتنفيذ الحكم الدستوري:

تبدو عدم فاعلية تلك الوسيلة في أن إثارة مسؤولية الموظف الممتنع عن عدم التنفيذ عن خطئه الشخصي أمر يبدو من الصعوبة بمكان. وهذا يرجع إلى عدة أسباب: أولهم يعود إلى السياسة القضائية لمجلس الدولة بشأن مفهوم الخطأ الشخصي، ذلك أن المجلس يصرف هذا المفهوم إلى معنى أضيق بكثير من معناه في القضاء الجنائي بالنسبة للجرائم الجنائية، ومن المعنى الذي يجريه حتى القاضي المدني في حالات غصب السلطة.<sup>(2)</sup>

ومن جهة ثانية أن هذا المفهوم يصطدم بعقبة تجعل المجلس يتردد في شأنه، وهي أن رفض التنفيذ لا يكون بإرادة الموظف، ولا هو من عمله المنفرد به دون غيره، بحيث يمكن القول بأنه كان وليد دوافع شخصية تثبت معها في جانبه الخطأ الموجب لمسئوليته وإنما هو ناتج في الغالب عن تدخل العديد من الجهات الرئاسية، أو حتى من الوزير نفسه، وأحيانا يكون بأمر الحكومة مجتمعة. وهنا يصطدم بعقبة جديدة هي طاعة أوامر الرؤساء التي تنفي القصد السيء في جانب الموظف، وتمثل عائقا يحول دون مسئوليته الشخصية<sup>(3)</sup> فتلك المسؤولية تفترض دائما أن الموظف حين ارتكب الخطأ قد ارتكبه بالمخالفة لرؤسائه.

(1) د. أيمن فتحي: المرجع السابق. ص: 344

(2) أنظر: أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري... 2009. مرجع سابق. ص: 327 وما بعدها، أ. د. محمد رفعت. أ. د. حسين عثمان: القضاء الإداري. الإسكندرية. مطبعة التوني. 1997. ص: 600 وما بعدها

(3) MADIOT (Y.): Droit de l'homme. Paris. Masson. Droit. Sciences économiques. 1992. P. 123

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 33

ومن ناحية ثالثة قد يلجأ الموظف الممتنع لرؤسائه ذاتهم لحمايته من الجزاء باعتبارهم المختصين بمساءلته، فلا تقدم الإدارة على مساءلته إذا كان الامتناع عن التنفيذ يحلو لها أو بأمر منها فتقتصر هذه الوسيلة على الحالة التي يكون الامتناع فيها راجعا إلى أسباب شخصية لدى الموظف.(1)

ومن ناحية رابعة أن المسؤولية التأديبية شأنها في ذلك شأن المسؤولية الجنائية مسؤولية شخصية، حيث ترتبط العقوبة فيها بالمسؤولية فلا توقع إلا عن جريمة وفي مواجهة من تقرر مسئوليته عنها ولا ينال أذاها غيره(2)، فيتعين لإدانة الموظف ومجازاته إداريا في حالة شيوع التهمة بينه وبين غيره أن يثبت أنه قد وقع منه فعل إيجابي أو سلبي محدد يعد إسهاما منه في وقوع المخالفة الإدارية والواقع أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام نادرا ما يكون نتاج عمل موظف واحد وإنما نتيجة تواطؤ أو توافق بين مجموعة من الموظفين.(3)

## المطلب الثاني

### أساليب التهديد المالي لضمان التنفيذ

اتجهت بعض التشريعات إلى استخدام أسلوب التهديد المالي الذي ينظمه القانون المدني لحمل الإدارة على تنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام، كالفوائد التأخيرية واستبدال الالتزام أو فرض الغرامة التهديدية والتي قننها المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 539 الصادر في 16 يولية 1980.(4)

ويقصد بالتهديد المالي الحكم على المدين بالتنفيذ العيني، وذلك بتوقيع غرامة تهديدية عليه إذا تأخر في التنفيذ(5)، والتهديد المالي لا يعد تعويضا ولا يستهدف جبر الضرر بينما يستهدف إكراه المدين على التنفيذ، كما لا يدخل في تقديره الضرر ولا يشترط فيه تحقق ضرر(6)

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 108 أشار

إليه د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 106

(2) أ. د. علي القهوجي - أ. د. فتوح الشاذلي: المرجع السابق. ص: 281

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 617،

أنظر أيضا: د. سردار عماد الدين: المرجع السابق. ص: 106

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 241

(5) أ. د. السيد عمران: أحكام الالتزام. الإسكندرية. دار الفتحة للطباعة والنشر. 2007. ص:

52

(6) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 575

## الفرع الأول الغرامة التهديدية:

تتلخص في أن القاضي يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة فاذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير مبلغا معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي حينئذ أن يخفض هذه الغرامات<sup>(1)</sup>، فالغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزامه عيناً، وفي مجال تنفيذ أحكام القضاء يقصد بها أنها حكم قضائي بالزام المحكوم عليه المعاند بأداء مبلغ مالي يتناسب مع درجة امتناعه عن تنفيذ الالتزام الأصلي بقصد إجباره بصورة غير مباشرة على تنفيذ أحكام القضاء<sup>(2)</sup>، فهل يستطيع القاضي الدستوري أن يطبق هذه الوسيلة لتنفيذ أحكامه؟

### أولاً: الغرامة التهديدية في القانون الخاص

نصت المادة 213 من القانون المدني على أنه "إذا كام الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ بدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة". ومن ثم فإنه يشترط للحكم بالتهديد المالي ثلاثة شروط: أولاً - أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني لازال ممكناً. ثانياً - أن يقتضى التنفيذ العيني لهذا الالتزام تدخل المدين الشخصي والا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم. ثالثاً

(1) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. نظرية الالتزام بوجه عام. الإثبات. آثار الالتزام. القاهرة. دار النهضة العربية. 1968. ص: 807

(2) Chabas (F): juris classeur civil, fasc. 22-2, n. 3

أشار إليه أ. د. علي عبد الحميد تركي: نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية. دراسة في القانون الفرنسي. القاهرة. دار النهضة العربية. 2011. ص: 13

- أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها.(1)

والحكم بالتهديد المالي أما أن ينتهي إلى أن يحدث أثره على المدين فيقلع عن عناده وينفذ التزامه وأما أن يصر على موقفه وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً عن التنفيذ أو عن عدم التنفيذ فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد بعد أن استنفد غرضه ويتعين في هذه الحالة تصفيته وتحويله إلى تعويض نهائي فيلجأ الدائن إلى القاضي ليحدد مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين.(2)

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية(3):

1- أنها تهديدية حيث يقصد بها التغلب على المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه.(4)

2- أنها تحكيمية: فلا ينظر في تحديدها إلى الضرر بقدر ما ينظر إلى المدين وقدرته المالية(5)، لأنها تهدف إلى حث المدين على التنفيذ على عكس التعويضات والفوائد التي وظيفتها جبر الضرر الفعلي الناتج عن التأخير في التنفيذ أو عدمه، فتقدر تقديراً تحكيمياً بقدر قدرة المدين على المماثلة.

3- أنها وقتية وذلك لأن معدلها قابل للتغيير بالتخفيض أو الإلغاء، فإذا استجاب المدين وقام بالتنفيذ حط عنه القاضي مبلغ الغرامة وألزمه بالتعويض المناسب عن التأخير.(6)

4- الحكم بها وقتي فلا يكون الحكم بها نهائياً وواجب التنفيذ(7) إلا بعد أن تتحول إلى تعويض نهائي بعد أن يتضح موقف المدين من تنفيذ الالتزام

(1) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. مرجع سابق. ص: 808 وما بعدها.

(2) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 493

(3) لمزيد من التفصيل حيال هذه الخصائص راجع: د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 253

(4) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 55

(5) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 55

(6) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 55

(7) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 575

5- لا يحوز الحكم بالغرامة التهديدية حجية الأمر المقضي به<sup>(1)</sup>، لأنه حكم وقتي تهديدي، فلا تعتبر الغرامة دينا محققا في ذمة المدين ولا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بها إلا بعد التصفية ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير.<sup>(2)</sup>

شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

1- ضرورة وجود التزام على الإدارة بالتنفيذ:  
فإذا لم يكن هناك التزام لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية، فلا يمكن مثلا الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار أحد الخصوم على الحضور أمام المحكمة في دعوى لأنه غير ملزم بالحضور<sup>(3)</sup>، وأما عن وجود هذا الالتزام بشأن تنفيذ الأحكام فإذا كانت الأحكام تتمتع بحجية مطلقة، فإنها تسرى في مواجهة كافة فيلزم الحكم الجهة التي صدر في مواجهتها الحكم والجهات الإدارية الأخرى باعتبارها تدخل في مفهوم كافة وبذلك تتخذ الغرامة لإجبار الجهة الإدارية الصادر ضدها الحكم على تنفيذه، كما تتخذ أيضا لحمل غيرها عليه حتى ولو لم تكن طرفا في الدعوى.<sup>(4)</sup>

2- وجوب أن يكون التنفيذ عينا ممكنا:<sup>(5)</sup>  
فيجب أن يكون هناك التزام وممكن تنفيذه عينا، فلا مجال لإعمال نظام الغرامة التهديدية إذا استحال تنفيذ الحكم فلا تكليف بمستحيل ولا إجبار إلا على تأدية مقدور، وتتنوع الاستحالة المانعة من التنفيذ تبعا لمصدر الإجراء أو الواقعة المؤدية إلى استحالته إلى نوعين:

**أولاً: الاستحالة القانونية:** بعض الحالات يستحيل تنفيذ الحكم استحالة مرجعها إلى إجراء يستند إلى نص أو يستقر على مبدأ من المبادئ القانونية، أو يتأسس على حكم قضائي يغدو لا محل للتنفيذ معه.<sup>(6)</sup>

(1) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. مرجع سابق. ص: 815

(2) أ. د. جلال العدوي: أحكام الالتزام. دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. بيروت. الدار الجامعية. 1992. ص: 168

(3) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 53

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 257

(5) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 53

(6) لمزيد من التفاصيل أنظر: أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق.

ص: 138 وما بعدها

**ثانياً:** الاستحالة الواقعية للتنفيذ: استحالة تنفيذ الحكم هنا ترجع إلى حدث أو واقعة خارجة عن نطاق الحكم. فهي بمثابة عارض يقطع الاتصال بين الحكم وبين تنفيذه، وهو عارض مرجعه إلى شخص أو يعود إلى ظروف عاصرت صدور حالك دون تنفيذه.<sup>(1)</sup>

3- أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل المدين<sup>(2)</sup>:

فإذا كان التنفيذ ممكناً بغير تدخله كالتنفيذ على نفقته مثلاً فلا يجوز الحكم بالغرامة.

ولم يقيد المشرع سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية حتى لو توافرت مقتضياته فالحكم بالغرامة أمر جوازي لمحكمة الموضوع.<sup>(3)</sup>

**ثانياً: الغرامة التهديدية كوسيلة لحث الإدارة على تنفيذ أحكام الدستورية**

القاضي العادي الذي ابتدع فكرة الغرامة التهديدية حتى قبل النص عليها للتغلب على عنق الأفراد لم يجد أي غضاضة في استخدامها ضد الإدارة في بعض الحالات<sup>(4)</sup>، فالغرامة يمكن أن تستخدم لحث المدين لتنفيذ التزامه بصفة عامة.

لكن القضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا رفض التوسع في تطبيق الغرامة التهديدية بحجة مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(5)</sup>، ففي مصر قضت محكمة القضاء الإداري في بداية عهدنا أنها لا تملك الحلول محل الإدارة ولا إصدار الأوامر إليها ولا أن تُكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية.<sup>(6)</sup>

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 145

(2) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 54

(3) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 54

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 493

(5) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 497

(6) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 335 لسنة 2 قضائية. جلسة 1950/5/17. أشار

إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 497

ويرى جانب من الفقه أنه طالما أن الغرامة التهديدية هي تعبير عن سلطة الأمر لدى القاضي فإن استخدامها ضد الإدارة لا يمكن ألا أن يكون مرفوضاً، وحتى ولو كان ذلك بقصد إجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه.<sup>(1)</sup>

بينما يرى الباحث أن تنفيذ الحكم القضائي هو التزام شأنه شأن أي التزام فما المانع من استخدام الغرامة كوسيلة للضغط لتنفيذ الأحكام، ولعل هذا هو ما أدي بالمشروع الفرنسي إلى حسم هذا الخلاف وإصدار قانون 16 يوليو 1980 الذي أعطى للقاضي الإداري سلطة إصدار الغرامات التهديدية ضد الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ الأحكام.

ومن الملامح العامة لنظام الغرامة التهديدية في فرنسا لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامها، نجد أنه لا يختلف اختلافاً جوهرياً عنه في القانون الخاص.

إذ يعتبر نظام الغرامة التهديدية نظاماً إجرائياً يهدف إلى توكي عدم تنفيذ الأحكام القضائية<sup>(2)</sup>، فلم يقيد المشرع سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية حتى لو توافرت، وتتنوع تلك الغرامة إلى غرامة نهائية وغرامة مؤقتة، وتتميز بأن القاضي لا يستطيع تعديل قيمة الغرامة النهائية عند تصفيتها إلا في حالة ما إذا كان عدم تنفيذ الإدارة للحكم يعود إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي. وأن الغرامة التهديدية النهائية تكتسب هذه الصفة من حكم القاضي، فلا بد أن يحدد في حكمه أنها نهائية، وحال الصمت عن بيان ذلك يتم تكييفها على الأصل فتصبح عندئذ بمثابة غرامة مؤقتة، أما الغرامة المؤقتة يكون للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء الغرامة التي قضى بها عند التصفية حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً. ولم يحدد المشرع المدة التي يستغرقها سريان الغرامة، وكذلك اللحظة التي يبدأ منها هذا السريان وتركها للسلطة التقديرية لقاضي الغرامة، وعليه فيتخذ القاضي من تاريخ تنفيذ الحكم نهاية لمدة سريان الغرامة، وذلك هو الغاية من الغرامة التهديدية، فإذا تحققت الغاية ونفذت الإدارة فلا حاجة للاستمرار في سريان الغرامة. ودائماً نجد أن الأحكام الإدارية يذكر فيها عبارة تفيد انتهاء مدة سريان الغرامة بتمام التنفيذ<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر في ذلك د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراه. مرجع سابق.

ص: 498

(2) أ. د. علي عبد الحميد تركي: نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية. مجلة الأمن والقانون. أكاديمية شرطة دبي. السنة العشرين. العدد الثاني يوليو 2012. ص: 278 وما بعدها.

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 280 وما بعدها

وللقاضي سلطة تعديل هذه المدة بعد الحكم بها زيادة أو نقصانا تبعا لمقتضيات الحال ومدى تأثير الغرامة المحكوم بها على موقف الإدارة من تنفيذ الحكم.<sup>(1)</sup>

ومن المآخذ التي وجهت إلى نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام في فرنسا أنه:<sup>(2)</sup>

1- لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية إلا في حالة عدم تنفيذ الحكم الإداري، أي أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يتلزم مع الحكم الأصلي فهو لا يصدر مقترنا به مباشرة فور الطعن بهذا الأخير فالحكم بالغرامة يمر بمرحلتين، الأولى: مرحلة النطق بالحكم الأصلي، والثانية: مرحلة الحكم بالغرامة، وهذه الأخيرة لا يمكن تحقيق مقتضياتها إلا بعد ظهور عنت جهة الإدارة أو رفضها تنفيذ الحكم الأصلي. على عكس القاضي العادي فيستطيع أن يحكم بالغرامة في نفس الوقت الذي يقضي فيه في النزاع كما يمكنه أيضا أن يقضى بها بعد صدور الحكم أما هنا فإن القانون لم ينص على إمكانية قيام القاضي الإداري بإصدار الغرامة التهديدية مع الحكم في الموضوع الأصلي فهو لا يمكنه أن يلجأ لهذه السلطة إلا بعد الحكم وبعد أن يتبين أن الإدارة لم تقم بتنفيذه.

2- عدم اعتراف المشرع في هذا القانون للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر تنفيذية يستلزمها تنفيذ حكمه، وهذا يجعل دور الغرامة في تحقيق هدفها محدود الفاعلية.

وبالنسبة للقانون المصري فلم يأخذ المشرع المصري حتى الآن في مدونة التشريعات بنظام الغرامة التهديدية للضغط على الإدارة، ولقد ساعد على عدم إقرار قانون الغرامة التهديدية في مصر حتى الآن هو أن بعض فقهاء القانون العام يرون أن القاضي الإداري ممنوع من أن يصدر حكما ضد الإدارة في موضوع الدعوى إلا بالإلغاء، وكل ما يمكنه أن يحكم به خلاف الإلغاء إنما يكون ذا طبيعة تعويضية، وله أن يحكم على الإدارة بالغرامات التأخيرية وكذلك أن يحكم عليها بفوائد التأخير، وكل ما له صفة تعويضية نهائية أو مؤقتة عينية أو نقدية ما لم تتضمن تكليفا بعمل وذلك كله اشتقاق من ولايته في التعويض.<sup>(3)</sup>

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 226

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 255

(3) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 261

ويستند رأي هذا الفقه في عدم تأييده للحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة إلى أن السماح للقاضي بتوجيه تهديد للإدارة بغرامة تهديدية يجعل من القضاة سلطة رئاسية تعلق الإدارة نفسها وهو أمر غير مستساغ، فضلا عن أن الغرامة تعني توجيه أمر للإدارة بالمخالفة لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة<sup>(1)</sup>، فوفقا لمبدأ الفصل بين السلطات فإن القاضي الإداري لا يملك توجيه أوامر إلى جهة الإدارة ولا الحكم عليها بتهديدات مالية.<sup>(2)</sup>

بينما هناك من يري أن قيام القاضي الإداري بذلك لا يعتبر انخراطا منه أو تدخلا في عمل الإدارة ولا هو يحل محلها في شيء، ولكنه لا يفعل سوى أن يذكرها بالتزاماتها الأساسية التي نص عليها الدستور والقانون مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي وهو التهديد المالي<sup>(3)</sup>. فضلا عما يحققه قانون الغرامة من اقتصاد في الإجراءات القضائية الإدارية في تنفيذ الأحكام، إذ بامتناع الإدارة عن التنفيذ يطعن المحكوم له في قرار رفضها الصريح أو الضمني، فإذا صدر حكم في هذا الأخير وامتنعت الإدارة عن تنفيذه فيلجأ تارة أخرى إلى القضاء طعنا عليه وهكذا إلى ما لا نهاية، وخير سبيل لمواجهة ذلك أن يلجأ إلى نظام الغرامة التهديدية.<sup>(4)</sup>

ومن هنا يمكن أن نجد نقطة الانطلاق لمناقشة استخدام الغرامة التهديدية للإجبار على تنفيذ الحكم الدستوري.

فإذا كانت الغرامة التهديدية هي إحدى وسائل الإجبار على تنفيذ ما يقبل التنفيذ من الأحكام بطبيعته، فهي إذن تعد سبيلا للتنفيذ الجبري أو للإجبار عليه للأحكام التي لها طبيعة الإلزام<sup>(5)</sup>؛ وعلى هدى من ذلك يسوغ القول بأن الغرامة التهديدية تصلح من الناحية العملية كوسيلة للإجبار على تنفيذ الحكم الدستوري باعتباره حكما بالزام من ناحية، وباعتباره حكم إلغاء من ناحية أخرى، فيتمتع بما لأحكام الإلغاء من طبيعة الإلزام<sup>(6)</sup> - وذلك على نحو ما سبق تفصيله عند الحديث عن القوة التنفيذية للحكم الدستوري - التي تفرض

(1) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 576

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 262

(3) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 577

(4) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 57 أشار

إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 262

(5) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 194

(6) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 195

على الإدارة من جانبها أعمال مقتضاها. فالالتزام بعمل هو المجال الفسيح لإعمال التهديد المالي، فحيث يكون التنفيذ عينا غير ممكن أو غير ملائم دون تدخل المدين جاز الالتجاء إلى التهديد المالي لإذعان المدين وجبره على التنفيذ<sup>(1)</sup>، وهو ما يستلزمه تنفيذ الحكم الدستوري إذ لا يمكن في حالات عديدة تنفيذه بغير تدخل سلطات الدولة.

ومن جانب آخر فإن القاضي الدستوري -في نظر الباحث- هو أقرب للقاضي العادي منه للقاضي الإداري، إذ أن الأصل أنه يطبق على الدعوى الدستورية قانون المرافعات المدنية وليس قانون مجلس الدولة، ولا يخاطب بأحكامه جهات الإدارة فحسب بينما يلزم بها كل أفراد وسلطات الدولة، فما المانع الحقيقي من تطبيق نظام الغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكمه. خاصة أن القضاء العادي قد استخدم فكرة الغرامة التهديدية للتغلب على عناد المدين حتى يذعن ويقوم بتنفيذ التزامه، ولم يتردد أيضا في استخدامها ضد الإدارة في بعض الحالات التي تمتنع فيها عن تنفيذ التزاماتها<sup>(2)</sup>، فضلا عن أن الأسباب التي قيلت لحظر استخدام الغرامة التهديدية ضد الإدارة سبق تنفيذها ودحضها. وأن المادة 213 من القانون المدني عندما نظمت الغرامة التهديدية من ناحية لم تفرق بين الالتزام بأداء مبلغ مالي أو القيام بعمل أو تنفيذ حكم قضائي ومن ثم فينسحب حكمها إلى أي التزام طالما أمكن تنفيذه عينا ومن ناحية ثانية لم تقصر هذا النص على مدين معين أو تشترط فيه صفات محددة حتى نقول بأن جهة الإدارة أو سلطات الدولة تستثنى من هذا الطريق.

ونرى فوق ذلك أنه إزاء غياب التنظيم التشريعي لاستخدام تلك الوسيلة في القضاء الدستوري على وجه خاص، فينبغي استغلال حكم النص المطلق للغرامة التهديدية في الاستفادة منه لأقصى حد لتنفيذ الحكم الدستوري، ذلك أن عدم وجود تقنين أو نص ينظم المسألة لدى القضاء الدستوري وإن كان له مأخذه التي تجعل القاضي يتردد نحو الحكم بالغرامة، إلا أنه في الوقت ذاته يعفيه من القيود التي قد يأتي بها هذا التنظيم وتحد من سلطته حيال الغرامة، مما يدفعنا للقول أن الوضع الحالي يعطي للقاضي الدستوري قدرا كبيرا من المرونة إذا ما قرر استخدامها كوسيلة لتنفيذ حكمه.

(1) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 575

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 262

أما عن آلية اللجوء للقاضي الدستوري لطلب الحكم بالغرامة، فنرى أنه في نظام منازعات تنفيذ الأحكام الدستورية ما يكفي لسلك ذلك السبيل، فالمشرع اختص القاضي الدستوري بالفصل في منازعات تنفيذ أحكامه، فيتدخل لإزالة العقبة التي تعترض تنفيذ أحكامه وجريان آثارها، ويكون له بالنسبة من الوسائل القانونية ما يكفل تلك الإزالة، ومن ثم يستطيع من خلال نظر منازعة التنفيذ أن يلجأ لأسلوب الغرامة التهديدية وفق الشروط المعمول بها في القانون الخاص، باعتباره القاعدة العامة لنظام الغرامة في ظل عدم وجود نص خاص في قانون المحكمة الدستورية العليا، مع استبعاد ما قد يتعارض مع طبيعة الحكم الدستوري منها.

## الفرع الثاني الفوائد التأخيرية

فوائد التأخير هي مبلغ من النقود يؤديه المدين "الإدارة" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من المال حال تأخره عن الوفاء بالتزامه بنسبة مئوية تكفل المشرع بتحديدتها.<sup>(1)</sup>

ولا يشترط طبقاً للقانون المدني م 228 لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير ومن ثم فإن الفوائد التأخيرية تعد تعويضاً قانونياً محدد النسبة ركن الضرر فيه مفترض افتراضاً أولياً غير قابل لإثبات العكس. والفوائد التأخيرية وإن كانت تعويضاً قانونياً محدد النسبة بالنظر لأصل الدين إلا أنه لا يعد تعويضاً نهائياً، حيث نصت المادة 231 من القانون المدني على أنه "لمن صدر لصالحه الحكم الحق في المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد التأخيرية، إذا تجاوز ما أصابه من ضرر قيمة تلك الفوائد، متى يثبت أن هذا الضرر أحدثه المدين بسوء نية."<sup>(2)</sup>

ومن شروط الفوائد التأخيرية المتعلقة بمحل الالتزام، أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود.<sup>(3)</sup>

(1) المادة 226 من القانون المدني.

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 242

(3) أ. د. السيد عمران: المرجع السابق. ص: 116

وفي مجال تنفيذ الحكم الدستوري نعتقد أن هذه الوسيلة (الفوائد التأخيرية) تكون محدودة وغير فعالة وذلك لسببين: أولهما: اقتصار نطاق هذه الوسيلة على الأحكام الصادرة ضد الإدارة ذات الصبغة المالية دون سواها، الأمر الذي لا يجوز معه الحكم بتلك الفوائد على الإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكام خارج هذا النطاق وهي أغلب الأحكام الدستورية، إذ أن الأصل أنه إذا كان يترتب على الحكم بعدم دستورية نص التزام مالي فإن المنوط به التدخل لتنفيذ هذا الالتزام هو محكمة الموضوع بينما يقتصر دور القاضي الدستوري على إلزام محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص وتتولى محكمة الموضوع أعمال أثار هذا الامتناع بنفسها. ثانيهما: إن الإدارة لن تعبأ بتراكم الفوائد التأخيرية عليها والناجمة عن استمرار امتناعها في تنفيذ الحكم ذي الطبيعة المالية، معتمدة في ذلك على عدم جواز الحجز على أموالها استيفاء لأصل الدين المحكوم عليها به وفوائده القانونية.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث

## الوسائل المساعدة على تنفيذ الحكم

### الفرع الأول

## سلطة القاضي في توجيه أوامر بتنفيذ مقتضى حكمه

### أولاً: نبذة عن الأوامر التنفيذية.

هي التي يوجهها القاضي إلى الإدارة بأن تتخذ إجراء معين أو تمتنع عن تصرف معين متى استلزم تنفيذ الحكم أياً من ذلك، وذلك الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل يكون بأمر القاضي لا بمجرد مقتضى الحكم، وبغرض ضمان تنفيذ الحكم<sup>(2)</sup>. ويختلف مدلول الأوامر عن مجرد تحديد مضمون الالتزامات التي يترتبها الحكم على عاتق الإدارة<sup>(3)</sup>، فالقاضي عندما يوجه أوامر للإدارة فهو يساعدها على كيفية تنفيذ الحكم وتوضيح الإجراءات اللازمة لهذا التنفيذ وحين يحدد لها مدة التنفيذ وبعدها يتم فرض غرامة تهديدية عليها لعدم التنفيذ فهو أيضاً يقوم بتنفيذ حكمه حتى لا يكون حبراً على ورق.<sup>(4)</sup>

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ الأحكام الإدارية... مرجع سابق. ص: 6 أشار إليه

د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 247

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 200

(3) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 165

(4) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 208

والأوامر التنفيذية إما أن تمثل جزء من منطوق الحكم حين تصدر مقترنة به ويكون لها ذات حجته وهذا حال تقديم الطلب مع الطلب الأصلي للدعوى أو أثناء سير الدعوى<sup>(1)</sup>، وإما أن يحكم القاضي بالأوامر بعد صدور حكمه وممانعة الإدارة في تنفيذه، فتكون وسيلة للقضاء على ممانعة الإدارة للتنفيذ.<sup>(2)</sup>

وأفرد الفقه نقاشا واسعا بين مؤيد ومعارض بخصوص موضوع توجيه القاضي أوامر للإدارة كوسيلة لتنفيذ الأحكام الإدارية، باعتباره يشكل خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

فاستقر بعض فقهاء القانون العام على أنه ليس لقاضي الإلغاء سلطة إصدار الأوامر لجهة الإدارة، لأن ذلك يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(3)</sup>، وأطرد قضاء مجلس الدولة المصري منذ البداية على هذا الاتجاه تأسيسا على أنه لا يجوز للقضاء أن يحل محل الإدارة<sup>(4)</sup> وأن القاضي يقضي ولا يدير<sup>(5)</sup>، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بقولها "إن هذه المحكمة ليست من هيئات الإدارة، فلا تملك إصدار أوامر إدارية ومن باب أولى أن تقوم مقام الإدارة في اتخاذ إجراء معين"<sup>(6)</sup>، وأن المحكمة لا تملك أن تنصب من نفسها مكان الإدارة، إذ ليس للقاضي أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية التي تعتبر نتيجة حتمية لحكم الإلغاء.<sup>(7)</sup>

(1) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 200

(2) Guihl (D.) : droit répressif de l'environnement , 2e édition economicau 1999 p 181

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 200  
(3) أنظر في ذلك: أ. د. سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة. القاهرة. دار الفكر العربي. 1966. ص: 499 أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 165، د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 575، أ. د. يسري العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة. دراسة مقارنة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2011. ص: 71

(4) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 458  
(5) أنظر في ذلك: أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. 1999. ص: 380

(6) محكمة القضاء الإداري: الطعن رقم 72 لسنة 1 قضائية. جلسة 1947/5/28 أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 165

(7) أنظر في ذلك: المحكمة الادارية العليا: الطعن رقم 289 لسنة 16 قضائية. جلسة 1974/2/24. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

فلا يقضي مثلاً بتعديل القرار المطعون فيه ولا استبداله بغيره ولا أن يصدر الأوامر لجهة الإدارة بضرورة تنفيذ حكم الإلغاء بطريقة معينة أو القيام بعمل معين أو الامتناع عنه.

وقد تعرض هذا الاتجاه القضائي للنقد من قبل بعض فقهاء القانون العام<sup>(1)</sup>، فيرى أ. د/ مصطفى أبو زيد أن القاضي الإداري يملك في دعوى القضاء الكامل سلطات واسعة في مواجهة الإدارة تصل إلى درجة تحديد ما يجب عليها عمله تنفيذاً لحكمه، ولم يكن هناك معترض على ذلك رغم أن هذا يمثل خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، ولهذا كان من الأجدر أن يكون الحظر عاماً طالما أنه يتأسس على أصل واحد أو مبدأ واحد لأنه لا يعقل أن يتغير تفسير المبدأ بتغير القضاء الذي يفصل في الدعوى فيكون له تفسيران أحدهما يحظر أو يمنع والآخر يجيز أو يمنح. كما يرى أن مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة كان مقصوداً به حال إقراره القاضي العادي وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن القاضي العادي كان أكثر جرأة على التحلل من هذا المبدأ فوسع سلطاته تجاه الإدارة معتبراً إياها خصماً عادياً له أن يتخذ في مواجهتها كافة ما يتخذه في مواجهة الخصوم العاديين من وسائل تكفل الاحترام لأحكامه.

كما يرى د/ صلاح يوسف عبد العليم أن في رومانيا والنمسا يستطيع القاضي بالإضافة إلى توجيه أوامره للإدارة لتنفيذ أحكامه، أن يوجه أيضاً أوامره للخزانة العامة بدفع التعويضات المقضي بها.

بينما يرى أ. د/ محمد باهي أبو يونس أن هذا المبدأ ما كان ينبغي أن يظل عقبة تمكث طويلاً حائلاً دون تدخل القاضي الإداري لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه وتمنعه من أن يكون كالقاضي العادي له دوره الفعال في ضمان احترام أحكامه، لذا يجب قصر تطبيق هذا المبدأ على الحالات التي لا تتصل بمنازعة منظورة أمام القضاء فلا يكون للقاضي أن يصدر أمراً بترقية شخص أو تعيين آخر أو منح ترخيص طالما كان هذا خارج نطاق الخصومة، أي بشأن مسائل لم تطرح بخصوصها منازعة أمامه، لأنه بذلك يكون القاضي قد قام بعمل من أعمال الإدارة، ورخص له بأن يمارس سلطة رئاسية، ولكن إذا كان الأمر يتعلق بمنازعة منظورة أمامه سواء للفصل فيها أو لاتخاذ ما يلزم لتنفيذ حكم أصدره فالأمر على خلاف ذلك تماماً فلو كان سبب الحظر حقاً هو مبدأ الفصل

(1) أنظر في ذلك: د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 167

بين الهيئات الإدارية والقضائية فلماذا لم يمنع القاضي العادي من توجيه أوامر للإدارة، ولماذا لم يحل بينه وبين إجباره لها على تنفيذ ما يصدره من أحكام إذا له في حالات كثيرة منها غصب السلطة أن يأمرها برد ما اغتصب أو بوجه عام إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تدخلها، لذلك فتطبيق هذا المبدأ على القاضي الإداري ليس له أساس قانوني.<sup>(1)</sup>

ويرجح هذا الرأي لسببين أولهما أن هذا الحظر قد يدفع الإدارة إلى الاستهانة برقابة الإلغاء طالما أن الأمر سيرجع إليها في النهاية لتحديد مضمون ذلك الإلغاء وتحقيقه، وثانيها أن قيام القاضي الإداري بإلغاء القرار غير المشروع وترك الأمر للإدارة لتنفيذ آثاره، يقود الأخيرة إلى أن تتصرف في الغالب بروح تنقصها الحيطة ويكتنفها الحقد على المحكوم له الذي توصل إلى إهدار قرارها بالإلغاء.<sup>(2)</sup>

وإذا كانت التشريعات القضائية في القانون المصري لا تسمح لقاضي الإلغاء بأن يوجه أوامره للإدارة لتنفيذ أحكامه إلا أن المتفق عليه لدى فقهاء القانون العام وقضاء مجلس الدولة المصري أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء هو بمثابة قرار سلبي خاطئ يتيح لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء وطلب التعويض إذا كان لذلك محل.<sup>(3)</sup>

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن "هذه المحكمة لا تملك في منازعات الترقية إلا إلغاء التخطي عند الاقتضاء والمدعي لا يقول بالتخطي ولا يدعيه بالنسبة إلى قرار الترقية موضوع دعواه وإنما يطلب ترقيته عليها عوضاً عن الدرجة الرابعة وكلا الأمرين يخرج عن سلطة هذه المحكمة وعماً يجوز أن تلزم به جهة الإدارة لأن مهمتها مقصورة على إلغاء القرارات الإدارية دون تعديلها ولأنها لا تملك الطول محل الإدارة في إصدار قرار الترقية ولا إلزامها باتخاذ إجراء يقتضيه مثل هذا القرار".<sup>(4)</sup>

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 10 وما بعدها

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 168

(3) محكمة القضاء الإداري: في الطعن 464 لسنة 12 قضائية. جلسة 1956/9/24، المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1835 لسنة 29 قضائية عليا. جلسة 1986/2/8. أشار

إليهما د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 169

(4) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1358 لسنة 7 قضائية عليا. جلسة 1965/4/25.

أشر إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 172

بينما على الصعيد الآخر قد حسم المجلس الدستوري الفرنسي هذه المسألة عندما أكد أن سلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه لا يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وإنما هو من مقتضيات تفعيل دوره في تنفيذ ما يصدره من أحكام على نحو يستوجب مبدأ خضوع الدولة للقانون، مما يؤكد عدم تعارض ذلك مع أي نص دستوري.<sup>(1)</sup>

ثم أصدر المشرع الفرنسي قانون 8 فبراير 1995 الذي منح القاضي الإداري في جميع المحاكم الإدارية سلطة توجيه الأوامر لجهات الإدارة لتنفيذ الأحكام التي تمتنع عن تنفيذها، فيوجه القاضي الأمر للإدارة ليبين لها كيفية تنفيذ الحكم ويحدد لها مدة لتنفيذ هذا الحكم ويأمرها باتخاذ إجراءات التنفيذ ويهددها بتوقيع غرامة تهديدية حال عدم التنفيذ.<sup>(2)</sup>

وبعد ذلك صدر قانون المرافعات الإدارية الفرنسي رقم 597 لسنة 2000 وجمع كافة إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري ومنح للقاضي سلطة توجيه أوامر للإدارة والحكم عليها بغرامة تهديدية كسبيل لإجبارها على تنفيذ أحكامه.<sup>(3)</sup>

ويرى الباحث أن القاضي الدستوري جرى بالفعل على توجيه هذه الأوامر لسلطات الدولة من خلال نظام منازعات التنفيذ إما بتوضيح لها ما يجب عليها فعله لتنفيذ الحكم تنفيذاً صحيحاً، أو بأمرها بتنفيذ الحكم صراحة، فغالباً ما تجري أحكامه على القضاء بتوجيه أمر بإزالة العقبة التي تحول دون التنفيذ وإعدام وجودها والاستمرار في تنفيذ حكمه.

**ثانياً: مدى إمكانية توجيه أوامر من جهات القضاء المختلفة إلى السلطات لتنفيذ الحكم الدستوري**

أثيرت في الفقه فكرة توزيع الاختصاص بين نوعي القضاء فذهب البعض إلى أنه لو صدر الحكم من القاضي العادي ضد جهة الإدارة فلا يكون بإمكانه استخدام سبل التنفيذ الممنوحة للقاضي الإداري مثل الغرامة التهديدية أو

---

(1) Cons. Const: 2 févr. 1995 organisation des jurisdiction, décis . no 95 -360 décl, rec. const. 195

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 175، أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 45

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 8

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 175

إصدار الأوامر، كما لا يمكن للقاضي الإداري أن يستخدم تلك السبل لتنفيذ حكم صادر عن القضاء العادي حتى لا يجاوز قواعد توزيع الاختصاص بين جهات القضاء<sup>(1)</sup>، وإزاء هذا الرأي ليس للقضاء العادي أو الإداري توجيه أمر لتنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الدستوري، ومن ثم فإن التعقيب على هذا الفقه يتطلب الرد من ناحيتين أولاًهما مدى جواز إصدار أوامر للإدارة من القضاء العادي، والثانية مدى جواز توجيه تلك الأوامر من جهة قضائية لتنفيذ حكم جهة قضائية أخرى.

من ناحية أولى يحكم القاضي في علاقته بالإدارة أصل إجرائي مؤداه أن القاضي يقضي ولا يدير<sup>(2)</sup> ويقال أنه في حقيقة نشأته محض تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(3)</sup> مما مفاده أنه يحظر على القاضي أياً كان نوع القضاء الذي يتبعه (عادياً/ إدارياً) توجيه أوامر للإدارة، ولكن الحجج التي يسوقها الفقهاء تبريراً لهذا الحظر تحتاج إلى وقفة متأنية، فيقولون تارة، أن الحظر يعد واحداً من مقتضيات مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية<sup>(4)</sup> ويعلنون تارة أخرى بأن مبرره يكمن في الخشية على هيئة القاضي الإداري؛ ذلك لأنه لا يملك من الوسائل ما يجبر الإدارة على تنفيذ أحكامه، ولا على احترام ما يصدره إليها من أوامر يقتضيها تنفيذ هذه الأحكام. ولذا فإنه لو أمرها، ولم تطعه، فإن هذا يكون من أثره ضياع هيئته، وفقد احترامه، ولعل تلك الحجج يتصف الاعتصام بها بشيء كبير من عدم المعقولية، وما كان ينبغي أن تظل عقبة تمكث طويلاً حائلة دون تدخل القاضي الإداري لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه<sup>(5)</sup>، وذلك على نحو ما سنفصله بعد قليل.

---

(1) Claude ricci (j.) : contentieux administratif , hachette, éd 2007 p. 202 , Lombard (m), et Dumont, (G) droit administratif, Dalloz, éd 2009 p. 461

أشار إليهما د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 180  
(2) أنظر في ذلك: أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. 1999. مرجع سابق. ص: 380

(3) PACTEAU (B) : contentieux administratif .paris. P.U.F thémis 2e édition.2003 p. 290

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 15  
(4) MEME (C.): L'intervention du juge daminstratif dans L'exécution des se décision. E. D. C. E. 1968. P. 41

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 17  
(5) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 17

ومن ناحية ثانية فإن الباحث يرى أن طبيعة الحكم الدستوري وخصوصيته تفرض واقعا مغايرا لما ذهب إليه هذا الفقه، ذلك أن من المقرر أن المعنى بتنفيذ الحكم الدستوري هو جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة القضائية بنوعها وذلك نظرا لحجيته المطلقة، فيقع على القاضي الإداري والقاضي العادي التزام بتنفيذ مقتضاه ولكل منهم في سبيل ذلك اتخاذ الإجراءات الممنوحة له وفقا للقانون الحاكم للدعوى محل النزاع سواء كان قانون مجلس الدولة أو قانون المرافعات، والتي يستطيع القاضي العادي في ظلها أن يوجه تلك الأوامر للإدارة<sup>(1)</sup>، فلا مجال للحديث عن عدم اختصاص جهات القضاء الأخرى بتوجيه تلك الأوامر لتنفيذ الحكم الدستوري.

وتطبيقا لذلك لم يرفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم بالغرامة التهديدية ضد جهة الإدارة لحملها على اتخاذ إجراءات التنفيذ اللازمة لحكم إلغاء قرار جهة إدارية أخرى، باتخاذ إجراءات إقامة مشروع مد شبكة صرف صحي على أرض الطاعن<sup>(2)</sup>، باعتبار أن الحكم المطلوب تنفيذه حكم إلغاء له حجية مطلقة.

أما بالنسبة لسلطة القاضي الدستوري في توجيه هذه الأوامر بنفسه فإن المسألة يمكن مناقشتها من خلال التذكير بعدة أفكار ومبادئ على النحو الآتي بيانه.

### ثالثا: سلطة القاضي الدستوري في توجيه أوامر للإدارة

#### 1- التطبيق السليم لمفهوم حق لتقاضي:

توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ الحكم أو الحكم عليها بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ يعد استكمالا للحكم في الدعوى المنظورة أمام القاضي حتى يتسنى للإدارة تنفيذ الحكم، فالمدعي يريد من الحكم أن يتم تنفيذه فعلا، فإذا جاء الحكم بالأمر بتنفيذه خلال مدة محددة أو بغرامة تهديدية في حال انقضاء هذه المدة دون تنفيذ الحكم فإن القاضي لم يخرج عن المطلوب في الدعوى، وذلك باعتبار أن النفع الذي يريجه المدعي من الحكم ليس مجرد بيان أحقيته فيما

(1) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 479-480، أنظر أيضا:

Debbasch (c.) et claud ricci (j): contentieux administratif , Dalloz, 1990 p 614

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 179  
(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 131

يدعى به، وإنما جل همه فاعليته في الحصول عليه، أي إمكانية تحوله إلى واقع.<sup>(1)</sup>

فمفهوم حق التقاضي على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا مؤداه "أن مجرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافيا لصون الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية، بل يتعين دوماً أن يقترن هذا النفاذ بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها".<sup>(2)</sup>

2- الاستهداء بأحكام قانون المرافعات الإدارية الفرنسي. حيث أن الأصل طبقاً لهذا القانون أن يطلب ذوو الشأن من القاضي تنفيذ الحكم ويجب أن يحددوا في طلبهم الإجراءات التي يرونها إلا أنه في حالة ما إذا كان الحكم ذاته لم ينص على تلك الإجراءات ففي هذه الحالة لا يشترط أن يحدد صاحب الطلب تلك الإجراءات بينما يلتزم القاضي في هذه الحالة بتحديد عملاً بنص المادة 4/911 من قانون المرافعات الإدارية الفرنسي.<sup>(3)(4)</sup>

مما يؤكد على سلطة القاضي في التدخل لتنفيذ حكمه ابتداءً من خلال تحديد إجراءات التنفيذ في الحكم أو لاحقاً بناءً على طلب إذا لم يكن حدد تلك الإجراءات مسبقاً في الحكم.

ومن ذلك ما طبقته المحكمة الدستورية العليا بالفعل في حالات عديدة منها حكمها في القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية دستورية جلسة 19/5/1990، والقضية رقم 20 لسنة 34 قضائية دستورية الصادر بجلسة 14/6/2012 التي قضت فيهما بعدم دستورية النصوص التي تم بناءً عليها انتخاب أعضاء البرلمان وأوضحت في حكمها أن تنفيذ هذا الحكم يترتب عليه بطلان تكوين

---

(1) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. مطابع المجلس الوطني. 1984. ص: 7

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية دستورية. جلسة 15/6/1996، وأنظر أيضاً المعنى ذاته: القضية رقم 81 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 6/2/1999. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 209

(4) Cour administrative d'appel de paris 10/4/2003 A.J.D.A 2003 p.2105 Haim, V

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 222

المجلس مع استمرار ما أقره من قوانين ما لم يقره بشأنها سبب آخر لعدم دستورتيتها.

3- أن عدم تنفيذ الأحكام مسألة تتعلق بالنظام العام، ولذلك يكون للقاضي أن يتعرض لها من تلقاء نفسه:

ويقول البعض تأكيداً على ما تقدم أن الأوامر أو الغرامة التهديدية الصادرة عن القاضي لتنفيذ حكم قضائي تعني القضاء ولا تعني قيامه بالإدارة، لأن كل ما أتاه القاضي هو الأمر الموجه إلى الإدارة باتخاذ الإجراءات الضرورية لتنفيذ الحكم والقاضي ليس له فقط سلطة النطق بالقانون ولكن أيضاً أن يأمر بكل الإجراءات الضرورية لحسن أداء العدالة (سلطة الأمر).<sup>(1)</sup>

وتطبيقاً لذلك نلمح اتجاهات للمحكمة الدستورية العليا تعبر فيها صراحة عن سلطتها في توجيه أمر لسلطات الدولة المعنية بتنفيذ أحكامها، فذهبت في قضاء لها إلى أن "تتدخل المحكمة الدستورية العليا لإزاحة هذه العوائق التي يُفترض أن تكون قد حالت فعلاً، أو من شأنها أن تحول، دون تنفيذ أحكامها تنفيذاً صحيحاً مكملاً، وسبيلها في ذلك الأمر بالمضي في تنفيذ أحكامها، وعدم الاعتداد بذلك الحائل الذي عطل مجراها".<sup>(2)</sup>

كما جري قضاؤها على أنها تتدخل لا لإعمال أثر أحكامها بنفسها، وإنما سبيلها إلى ذلك- تعيينها عليه سلطات الدولة كل في مجال اختصاصها- بالأمر بالمضي في تنفيذ الحكم بعدم الدستورية.<sup>(3)</sup>

4- بالتأني في النظر إلى الحكم القضائي يتبدى أنه لا يعدو أن يكون أمراً يوجهه مصدره إلى المعني بالتنفيذ إما للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل،

---

<sup>(1)</sup> Lebreton (G) , Droit administrative général, dalloz 2011 p 562

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 210  
(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 10 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/9/5، ورقم 24 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/8/1، ورقم 7 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2014/10/12 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019

(3) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 311، ويراجع المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4-موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، والقضية رقم 15 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2005/4/10. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

وأن بين الحكم والأمر بتنفيذه صلة وثيقة حدت بالبعض إلى تشبيهها بالتمائل بين الشيء وظله.(1)

5- أن سلطة قاضي الإلغاء – وهو يشمل القاضي الدستوري- بلغت حد إلغاء النص وإعدامه بأثر رجعي دون أن يعتبر ذلك مساسا باستقلال الإدارة أو المشرع، فليس ثمة ما يبرر القول بأن ترتيب آثار هذا الإلغاء أو إصدار الأوامر بإعمال هذه الآثار يتضمن عدوانا على استقلال الإدارة(2)

6- التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات حجة واهية وإقحام للمبدأ في غير موضعه(3)، فلماذا -كما يقول الفقيه الفرنسي CHEVALLIER - لم يُمنع القاضي العادي من توجيه أوامر إلى الإدارة، ولماذا لم يحل هذا المبدأ بينه وبين إجباره لها على تنفيذ ما يصدره من أحكام مستخدما في هذا الشأن الغرامة التهديدية؟! ولم يستتكر أحد على القاضي العادي في حالات كثيرة أن يأمر الإدارة ومنها غصب السلطة فيأمرها برد ما اغتصبت، أو بطردها مما استولت عليه(4). أو بوجه عام إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تدخلها(5)، بل إن القاضي الإداري ذاته يملك في دعوي القضاء الكامل سلطات واسعة في مواجهة الإدارة تصل إلى درجة تحديد ما يجب عليها عمله تنفيذا لحكمه(6)، فلا يعقل أن يتغير تفسير المبدأ بتغير القضاء الذي يفصل في الدعوى فيكون له تفسيران أحدهما يحظر والآخر يجيز. ومن ثم فإن القاضي الدستوري سواء كان يتمتع بسلطات القاضي العادي أو القاضي الإداري فهو يملك في الحالتين توجيه هذه الأوامر.

وإن جاز القول فإن الحالة التي يشكل فيها إصدار القاضي أوامر للإدارة أو لأي سلطة في الدولة خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات هي الحالة التي يصدر

---

(1) WEIL (P.): Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Thèse. Paris. Pendone, 1952. P. 60

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 26

(2) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 578

(3) لمزيد من التفاصيل حول مبدأ الفصل بين الهيئات كسبب لحظر توجيه القاضي أوامر للإدارة أنظر: أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 18 وما بعدها

(4) أنظر في ذلك: أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 480-479

(5) CHEVALLIER (J). l'interdiction pour le juge administratif de faire act d'administrateur A. J. 1972 P. 67

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 18

(6) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 18

فيها القاضي أمرا لا يتصل بتنفيذ حكمه، أو يكون الأمر غير لازم لتنفيذ الحكم ومتصلا بمفهوم أقرب بتسيير المرفق.

7- إن تطبيق الحظر على القاضي الإداري لا أساس قانوني له، وإنما مصدره تفسير قضائي موسع لمجلس الدولة أفضى إلى أن فرض على نفسه، ومن تلقاء نفسه، هذا القيد الذي كان القاضي العادي - المقصود به - أكثر منه جرأة على التحلل منه، فوسع سلطاته تجاه الإدارة معتبرا إياها خصما عاديا له أن يتخذ في مواجهتها كافة ما يتخذه في مواجهة الخصوم العاديين من وسائل تكفل الاحترام لأحكامه، ولم يعترض أحد عليه مدعيا بأن فيه إخلالا بمبدأ فصل الهيئات، بل إن محكمة النقض الفرنسية ذاتها أكدت في أكثر من حكم على أن ما يأتيه القاضي العادي في هذا الشأن لا يعد خرقا لمبدأ فصل السلطات ذاته<sup>(1)</sup>

8- كما ابتدع مجلس الدولة مبادئ كبرى تمثل علامات تهتدى بها الإدارة في تصريف شئونها، وتلزمها في عملها اليومي. فكان بمثابة المشرع الحقيقي لها. ولا يمكن لمنصف أن ينكر أنها بمثابة أوامر، حتى ولو اتسمت بالطبيعة غير المباشرة<sup>(2)</sup>، وثمة رأي للفقهاء الكبير Jeze نسوقه دحضا للزعم بأن المبدأ يبرر الحظر، إذ قال مع مطلع هذا القرن بأن هذا المبدأ ليس إلا خرافة قديمة اصطنعتها أنظمة مستتبدية، لا يستقيم وجوده الآن بما يرتبه من آثار مع دولة سيادة القانون.<sup>(3)</sup>

9- سلطة القاضي الدستوري في استخدام صلاحيات القاضي العادي: وفقا لنص المادة 51 من قانون المحكمة الدستورية العليا تسري أحكام قانون المرافعات المدنية على أحكام المحكمة الدستورية العليا، ومن ثم فإن تلك المادة تكون قد أجازت للقاضي الدستوري استخدام سلطات وصلاحيات القاضي العادي بما في ذلك ضمانات تنفيذ أحكامه بما لا يتعارض مع طبيعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ومن تلك السلطات أن اعتاد القاضي العادي على توجيه الأمر للدولة بالزامها بتنفيذ الحكم أو بإتيان فعل واضح ومحدد.

وجدير بالذكر أن بعض الدساتير تعطي الحق للمحاكم في أن تصدر أمرا قضائيا إلى الموظفين المختصين، بالامتناع عن تنفيذ قانون ثبت عدم دستوريته وهي ما تعرف بالرقابة عن طريق أوامر المنع ويعمل بها في

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 19

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 20

(3) JEZE (G.): Principes généraux du droit public, Paris, Marcel Giard. 1914. P. 9

القضاء الأمريكي<sup>(1)</sup>، وفي حالة استمرار الموظف في تنفيذ القانون يعد مرتكباً لجريمة تسمى "احتقار المحكمة" لامتناعه عن تنفيذ الأمر الصادر إليه.<sup>(2)</sup>

10- ذهب جانب من الفقه إلى أنه في ضوء نص المادة 100 من الدستور المصري 2014، يضحى مجرد عدم اشتراط هذه المادة لأن "يتولى المشرع تنظيم قانون يكفل تنفيذ الأحكام" مؤداه أن الجهة صاحبة الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ تكون هي ذاتها المختصة دون غيرها بإيجاد الوسائل التي تكفل تنفيذ الأحكام وتجبر الإدارة على تنفيذها، فطالما لم يشترط الدستور تنظيم هذه المسألة بقانون تقره السلطة التشريعية فلا مناص من انعقاد الاختصاص بإيجاد هذه الوسائل للجهة القضائية التي تنتظر منازعات التنفيذ، وعرض هذا الفقه لذلك الرأي في معرض تفسيره للمادة 190 من الدستور بأنها تعني أن مجلس الدولة هو المختص بإيجاد تلك الوسائل<sup>(3)</sup>، وبمسايرة منطوق هذا الرأي يكون بالتالي نص المادة 192 من الدستور مؤداه اختصاص المحكمة الدستورية العليا بإيجاد وسائل تكفل تنفيذ الأحكام الدستورية.

ويستطرد هذا الفقه، أنه ترتيباً على ذلك يستطيع مجلس الدولة المصري أن يأخذ عن مجلس الدولة الفرنسي سلطة توجيه الأوامر للإدارة والحكم عليها بغرامة تهديدية لتنفيذ أحكامه، والتي قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنها لا تعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وإنما هي من مقتضيات تفعيل دوره في تنفيذ الأحكام الصادرة عنه على النحو الذي يستتبعه مبدأ خضوع الدولة للقانون خاصة وأن الفصل بين السلطات لا يعني الفصل المطلق بينما يعني التعاون والتوازن بين السلطات لتكتمل كل منها عمل الأخرى، وأنه لا يوجد نصوص في الدستور أو في القانون تمنع توجيه الأوامر من القاضي للإدارة والحكم عليها بغرامة تهديدية لتنفيذ أحكامه.<sup>(4)</sup>

وأنه بالفعل في كثير من الأحيان يقوم مجلس الدولة المصري بتوجيه أوامر إلى الإدارة، منها الأوامر الموجهة إليها لتقديم ما تحت يدها من مستندات، وأوامر إجراء التحقيق، والأحكام بوقف التنفيذ للقرارات الإدارية

(1) أ. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري. الكويت. مطبوعات جامعة الكويت. 1972. ص: 479

(2) أ. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري. 1972. مرجع سابق. ص: 480

(3) أنظر في هذا الرأي: د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 162

(4) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 163، 164

المطعون فيها، والأوامر بمراعاة القواعد القانونية المتعلقة بالإعلان عن العقود الإدارية.<sup>(1)</sup>

#### رابعاً: بعض ملامح نظام توجيه أوامر للإدارة في القانون الفرنسي

إزاء خلو القانون المصري لتنظيم مسألة توجيه القضاء أوامر للإدارة فسنعرض فيما يلي نبذة عن ملامح نظام الأوامر التنفيذية في القضاء الإداري في فرنسا لبحث إمكان الإستهداء بأحكامه لإعمالها في مجال تنفيذ الحكم الدستوري، والوقوف على مواطن القصور أو النقد لتلافيها لإعمال هذا النظام لتنفيذ الحكم الدستوري؛ ويشترط لتوجيه الأمر للإدارة في ظل القانون الفرنسي ما يلي:

1- أن يطلب صاحب الشأن من القاضي توجيه الأوامر التي يراها لازمة لتنفيذ حكمه: فلا يملك القاضي أن يمارس تلك السلطة من تلقاء نفسه حتى لو تراءى له أن التنفيذ يستلزم تلك الأوامر، فيجب أن يطلب ذوو الشأن ذلك صراحة.<sup>(2)</sup>

ويجد ذلك الشرط مبرراته في أنه من ناحية أولى لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم في المسائل غير المتعلقة بالنظام العام<sup>(3)</sup>، ومن ناحية ثانية أن الأمر التنفيذي وسيلة لتيسير مهمة الإدارة في إجراء التنفيذ على الوجه الصحيح، وتذليل الصعوبات التي قد تحول دون تمامه، وذلك على خلاف الغرامة التهديدية التي هي وسيلة للإجبار على التنفيذ، ولما كان المدعي وحده هو الذي يقدر مدى الفائدة المرجوة من الأمر، والتي تعود عليه فإنه يكون من اللازم ألا تقضي به المحكمة إلا بناء على طلبه الصريح.<sup>(4)</sup>

(1) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 171

(2) Claude ricci (j.) : contentieux administratif , hachtte, éd 2007 p 202.

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 201

(3) DEBBASCH, (c.) et Claude ricci (j.) : contentieux administrative Dalloz, 1990 p 614

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 201

(4) Claude ricci (j.) : contentieux administratif , hachtte, éd 2007 p 202.

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 202

2- أن يحدد صاحب الشأن الإجراء الذي يريده صراحة:

أي الذي يراه لازماً لتنفيذ الحكم وفي حدود مقتضاه، وعلى ذلك يتم رفض الطلب العام الذي يعلن من خلاله ذو الشأن رغبته في توجيه أمر يقتضيه تنفيذ الحكم دون أن يحدد الإجراء الذي يريده<sup>(1)</sup>

وتحديد الطلب يقيد سلطة القاضي، فلا يملك سوى تقدير ما إذا كان الإجراء مما يقتضيه تنفيذ الحكم أم لا فإذا كان كذلك وجب عليه أن يأمر به<sup>(2)</sup>.

أما إذا تبين للقاضي خلاف ما تقدم فإنه لا يستطيع إلا رفض الطلب دون أن يكون له سلطة الأمر باتخاذ الإجراء الصحيح الذي يقتضيه التنفيذ<sup>(3)</sup>

ورغم ذلك يرى جانب من الفقه أن الطلبات العامة غير المحددة تكفي لأن يأمر القاضي باتخاذ الإجراء الذي يراه مناسباً لتنفيذ الحكم، تأسيساً على أن عدم تنفيذ الأحكام مسألة تتعلق بالنظام العام، ولذلك يكون للقاضي أن يتعرض لها من تلقاء نفسه<sup>(4)</sup>، وعلى الرغم من الاعتبار المنطقي الذي يقوم عليه هذا الرأي إلا أن هذا الشرط مستمد من نصوص القانون الفرنسي لذلك فهو يعمل به في فرنسا ولا يجوز مخالفته<sup>(5)</sup>.

واستناداً لهذا الاعتبار المنطقي وإزاء غياب نص في القانون المصري يفرض مثل هذا القيد فإن الباحث يرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يبادر القاضي الدستوري لسد هذا النقص في الطلب وتحديد ما يراه لازماً من إجراءات.

---

(1) Guihl (D.) : droit répressif de l'environnement , 2e édition economicau 1999 p 181

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 202

(2) C. maungue sur c.e. sect. 26 juil 1996, assoc. lyonnaise de protection des locataires: r.f.d. adm 1996 p773

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 204

(3) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 89

(4) Chabanol (D.): un printemps procédural pour la juridiction administrative. AJDA. 1995 p 388

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 203

(5) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 203

3- أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيه تنفيذ الحكم:

طبقا لنصوص قانون 2000 الخاص بالمرافعات الإدارية لا بد أن يكون توجيه الأوامر التنفيذية بغرض تنفيذ حكم<sup>(1)</sup>، ولا بد أن يتحقق القاضي من أن الإجراء المطلوب مما يقتضيه تنفيذ الحكم، فإما أن يرفض الطلب أو يقضي باتخاذ الإجراء المطلوب إذا تبين أن التنفيذ يستتبعه<sup>(2)</sup>، وعلى هدى أحكام مجلس الدولة الفرنسي فلا يجوز للقاضي الإداري أن يوجه أوامر للإدارة خارج حالة تنفيذ حجية الأمر المقضي به<sup>(3)</sup>.

ويتولى القاضي تقدير ما إذا كان الإجراء المطلوب يقتضيه التنفيذ من عدمه، فإذا تبين له أن التنفيذ لا يستتبع هذا الإجراء رفض الحكم به، وعلى العكس إذا رأى أن الإجراء فعلا يقتضيه تنفيذ الحكم فلا مناص من أن يحكم به إذ لا يوجد حرية اختيار لديه بين الحكم به من عدمه، فإذا تحققت الشروط القانونية لتقرير الأمر باتخاذ إجراء محدد وجب على القاضي اتخاذه ولا يمكنه أن يرفض الرد على الطلبات التي تستهدف فرض هذا الأمر<sup>(4)</sup>.

ومن جانب آخر تكون سلطة القاضي مقيدة في تقدير مدى اقتضاء تنفيذ الحكم للإجراء المطلوب حين يوجد نص قانوني يفرض هذا الإجراء أو يتطلبه<sup>(5)</sup>.

وترتيباً على ذلك فإن الأحكام غير الملزمة التي لا تحتاج أي تدخل أو إجراءات لتنفيذها لا يمكن للقاضي إصدار أوامر تنفيذية بشأنها لأن التنفيذ في هذه الحالة لا يقتضي هذه الإجراءات.

---

(1) Gohin (O.): contentieux administratif, 3e édition, Litec 2002 p 355

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 211

(2) Guhl (D.) : droit répressif de l'environnement , 2e édition Economica 1999 p 180

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 211

(3) C.e 28/2/1996 eauqueux , p 52 r.f.d., 1996 p 397

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 212

(4) C. maugue sur c.e. sect. 26 juil 1996, assoc. lyonnaise de protection des locataires: r.f.d. adm 1996 p773

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 218

(5) Gohin (O.): contentieux administratif, 3e édition, Litec 2002 p 356

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 218

ولعل هذا الوضع هو المعمول به فعلا في القضاء الدستوري فلا يقبل القاضي منازعة التنفيذ أو يصدر حكمه المتضمن أمرا بإزالة عقبة التنفيذ أو عدم الاعتداد بها إلا إذا كان هذا الأمر يقتضيه تنفيذ الحكم الدستوري.

ومن ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بأن "تدخل المحكمة الدستورية العليا - وفقاً لنص المادة (50) من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 - لهدم عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها، وتتال من جريان آثارها في مواجهة الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين جميعهم، دون تمييز، بلوغاً للغاية المبتغاة منها في تأمين حقوق الأفراد وصون حرياتهم، يفترض ثلاثة أمور، أولها: أن تكون هذه العوائق- سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها- حائلة دون تنفيذ أحكامها أو مقيدة لنطاقها...".<sup>(1)</sup>

وبأن "اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا الملاذ الأخير لإزاحة عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها وتحول دون جريان آثارها".<sup>(2)</sup>

4- ضرورة وجود التزام على عاتق الإدارة بالتنفيذ:

اقتضت رغبة المشرع الفرنسي على الأحكام القضائية الإدارية، ذلك أن هدف المشرع من إصدار قانون الأوامر والغرامة التهديدية هو تنفيذ الأحكام الإدارية لضمان تنفيذ هذه الأحكام ونزولا على مقتضى ما تتمتع به من حجية، ونظرا إلى أن الأحكام القضائية وحدها هي التي تتمتع بالحجية فإن الأحكام وحدها هي التي تنصرف إليها هذه السلطة.<sup>(3)</sup>

ومن ناحية يمتد هذا الالتزام إلى كافة الهيئات والجهات المختصة بإعمال أثر الحكم ولو لم تكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم باعتبار أن حكم

---

(1) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى رقم 4 لسنة 39 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 2018/9/22. الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى 61 لسنة 38 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 2017/7/30. الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) Claude ricci (j.) : contentieux administratif , hachtte, éd 2007 p 202.

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 177

الإلغاء (ومن قبيله الحكم الدستوري) له حجية مطلقة في مواجهة الكافة<sup>(1)</sup>، ومن ناحية ثانية الأصل أن منطوق الحكم هو الملزم للإدارة وحده استنادا للقاعدة الإجرائية التي مؤداها أن حجية الحكم تقتصر على منطوقه<sup>(2)</sup> إلا إذا ارتبطت الأسباب ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب.<sup>(3)</sup>

5- أن يكون التنفيذ ممكنا:

فلا يتصور أن يوجه القاضي أمرا إلى جهة الإدارة لتنفيذ حكم أو أن يستخدم الغرامة التهديدية في مواجهتها لإجبارها على تنفيذ حكم أو أمر إلا إذا كان التنفيذ غير مستحيل.<sup>(4)</sup>

**خامسا: مدى فاعلية نظام توجيه أوامر للإدارة كوسيلة لتنفيذ الحكم الدستوري.**

لم يحدد المشرع الفرنسي جزاء مخالفة جهة الإدارة للأمر الموجه إليها من المحكمة التي أصدرت الحكم الإداري، والذي حددت فيه الإجراء أو القرار الذي يجب اتخاذه من أجل تنفيذ الحكم، ولكن يأخذ القاضي تصرف الإدارة في اعتباره عند تقدير التعويض الذي يطلبه المحكوم له لجبر الضرر الذي لحقه من عدم التنفيذ.<sup>(5)</sup>

ويرى الباحث أن تلك السلطة (توجيه أوامر للإدارة) رغم تقنينها في القانون الفرنسي وعلى الرغم من استخدام القاضي الدستوري لها أحيانا -على نحو ما سلف بيانه- فهي لا تضيف جديدا وليس لها من الفاعلية ما يدعو للقول بجدارتها، ذلك أن الأزمنة في الامتناع عن تنفيذ الأحكام ليست في مدى وجود عبارات تنص على وجه الحق أو الإجراءات التي يتعين إتباعها لبلوغ ذلك الحق، بعبارة أخرى فإن الحكم القضائي الذي تماطلت الإدارة في تنفيذه يوضح بجلاء وجه الحق ورغم ذلك تتمادى الإدارة في عصيانها، فما الفائدة إذن من

---

(1) أنظر في ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 847 وما بعدها أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 227

(2) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 135

(3) المحكمة الإدارية العليا: 1996/5/28 الطعن رقم 1015 لسنة 33 قضائية عليا. أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 231. نقلا عن د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 107

(4) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 233

(5) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 286

إصدار أمر آخر من القاضي لاحق للحكم ليؤكد على الإدارة التزامها بتنفيذ الحكم، وما وجه الإلزام أو وسيلة الإلزام على التنفيذ التي تجعل للأمر الصادر من القاضي فاعلية تميزه عن الحكم الممنوعة الإدارة عن تنفيذه، فلا نجد في تلك الوسيلة ما يردع الإدارة ويجبرها عمليا على التنفيذ، بل تستطيع رغم ذلك أن تتماذى في امتناعها.

## الفرع الثاني دعوى التفسير

من الوسائل التي تساعد السلطة التنفيذية أيضا هي إمكانية لجوئها إلى دعوى التفسير، فأجازت المادة 192 من قانون المرافعات للخصوم أن يطلبوا تفسير ما وقع في منطوق الحكم الصادر من المحكمة من غموض وإبهام. ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى<sup>(1)</sup>، ويسري بشأنها أحكام قانون المرافعات بشأن تفسير الأحكام.<sup>(2)</sup>

ولا يعنينا في هذا النطاق التطرق لتفصيلات وإجراءات دعوى التفسير، وإنما نعرض للملامح الأساسية المعتبرة في كونها وسيلة للمساعدة على تنفيذ الحكم الدستوري، سواء كانت ملامح إجرائية أو موضوعية.

1- دعوى التفسير يمكن اللجوء إليها مباشرة: تيسيرا على الخصوم حتى يتسنى تنفيذ الحكم الدستوري اطرده قضاء المحكمة الدستورية العليا على إجازة اللجوء إليها مباشرة بطلب تفسير أحكامها تفسيراً قضائياً متى كان الطلب مقدماً من أحد الخصوم وهم ذوو الشأن في المنازعة التي صدر فيها الحكم المطلوب تفسيره استنهاضاً لولاية هذه المحكمة في مجال تجلية معناه والوقوف على حقيقة قصدها منه إذا كان الغموض أو الإبهام قد اعتري منطوقه أو لحق أسبابه المرتبطة بذلك المنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة.<sup>(3)</sup>

(1) أ. د. صلاح الدين فوزي: الدعوى الدستورية. القاهرة. دار النهضة العربية. 1993. ص: 305

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٢ لسنة ١٠ قضائية. جلسة 1990/3/3. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة ١٨ قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1999/4/3. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

فقضت المحكمة بأنه "في نطاق التفسير القضائي. يجوز لكل خصم - وعملا بنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي يعتبر مضمونها مندمجا في قانون المحكمة الدستورية العليا على تقدير أن تطبيقها على الأحكام التي تصدرها لا يتعارض مع طبيعة اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها - أن يتقدم مباشرة إليها بدعواه المتعلقة بتفسير قضائها، وقوفا على حقيقة مرادها منه".<sup>(١)</sup>

أما إذا لم يكن طالب التفسير طرفا في الدعوى الدستورية التي صدر فيها الحكم المطلوب تفسيره فيتعين أن تقام دعوى التفسير بأحد طرق إقامة الدعوى الدستورية الأصلية (الدفع - الإحالة - التصدي)، فلا يملك الخصم في الدعوى الموضوعية إقامتها من تلقاء نفسه مباشرة إذا لم يكن طرفا في الدعوى الدستورية.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا على ذلك بقولها "المحكمة الدستورية العليا لا تتصل بالدعوى والطلبات التي تدخل في اختصاصها، إلا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن أعمال أثار الأحكام التي تصدرها في المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع...، فإذا أدعى أحد الخصوم أمامها (محكمة الموضوع) غموض قضاء المحكمة الدستورية العليا أو إبهامه، وتبين لها أن لهذا الدفاع وجهاً، كان لها أن تمنحه أجلاً يطلب خلاله من المحكمة الدستورية العليا تفسير قضائها المختلف على مضمونه ذلك أن تقدير محكمة الموضوع غموض هذا القضاء يولد لديها صعوبة قانونية تحول في اعتقادها دون تطبيقه بالحالة التي هو عليها على وقائع النزاع...، لما كان ذلك، وكان طلب التفسير - وعلى ما سلف البيان - لا يقدم إلا من ذي شأن بمناسبة دعوى موضوعية يتوقف الفصل فيها على الحكم الصادر في المسألة الدستورية وتقدر محكمة الموضوع غموض الحكم الصادر فيها، وكان المدعى بعد أن أقام دعواه الموضوعية قد تقدم مباشرة إلى هذه المحكمة بطلب تفسير حكمها الصادر في الدعوى رقم 20 لسنة 1 قضائية "دستورية" فإن هذا الطلب لا يكون قد اتصل

(١) المحكمة الدستورية العليا: الطلب رقم ١ لسنة 16 قضائية تفسير. جلسة 1995/4/15. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

بالمحكمة وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً على ما سلف البيان ويغدو الطلب من ثم غير مقبول".<sup>(1)</sup>

وهذا اتجاه منتقد لأنه يتيح للحكومة وحدها باعتبارها طرفاً في جميع الدعاوى الدستورية - حق التقدم في أي وقت بطلب تفسير أي حكم دستوري، كلما تراءى لها تصادم هذا الحكم مع مصالحها، بينما يحرم باقي الخصوم في ذات الدعوى من حق التقدم مباشرة بطلب تفسير الأحكام الدستورية - التي لم يكونوا طرفاً فيها - رغم انطباق هذه الأحكام عليهم في الدعاوى الموضوعية، بما يخل بمبدأ المساواة بين الحكومة وباقي خصومها في جميع الدعاوى الموضوعية أمام جميع الجهات القضائية بمختلف درجاتها دون مبرر.<sup>(2)</sup>

## 2- ترفع من الكافة:

بالنظر إلى الطبيعة العينية للدعاوى الدستورية، والحجية المطلقة للأحكام الصادرة فيها، فقد انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى قبول طلبات تفسير الأحكام الصادرة عنها في الدعاوى الدستورية، ولو كانت مقدمة إليها ممن لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدرت فيها هذه الأحكام، فإنه إذا توافرت الصفة والمصلحة الشخصية المباشرة لأي فرد أو جهة في تقديم طلب تفسير الحكم الصادر عن القضاء الدستوري إذا ما كان مشوباً بغموض أو إبهام فلا يوجد ما يمنع من قبوله.

وفي ذلك قالت المحكمة الدستورية العليا "الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تحوز حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى الدستورية التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء أكانت تلك الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، لما كان ذلك، فإن قصر الحق في طلب تفسير الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية على الخصوم فيها وفقاً

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية منازعة تنفيذ جلسة 1988/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 278

لما تقضى به المادة 192 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، إنما يتعارض وطبيعة الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى"<sup>(1)</sup>

3- يجوز إقامتها سواء كان الغموض أو الإبهام في أي من المنطوق أو الأسباب التي قام عليها المنطوق.<sup>(2)</sup>

4- الأحكام التي تصلح محلاً لطلب التفسير:

على نحو ما تقدم فإن أي حكم صدر مشوباً بغموض أو إبهام في منطوقه وما يرتبط به من أسباب يجوز أن يكون محلاً لطلب تفسيره عن طريق المحكمة التي أصدرته، وتبعاً لذلك فإن الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في كافة أنواع الدعاوى التي تدخل في اختصاصه تصلح محلاً لطلب التفسير إذا اعتراها غموض يصعب معه فهم ما قصدت إليه المحكمة، وذلك متى كانت قابلة للتنفيذ.<sup>(3)</sup>

5- تمتد الحجية المطلقة والقوة الإلزامية للحكم التفسيري:

فيلزم الكافة شأنه شأن الحكم الذي يفسره، فقضت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن بأن "الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، وكلاهما لازم للفصل في الدعوى الموضوعية لا ينفكان عنها، لأنهما يتعلقان بالقاعدة القانونية التي يقوم عليها أو يستند إليها الفصل في النزاع الموضوعي".<sup>(4)</sup>

## الفرع الثالث

### منازعات التنفيذ

فكرة إشكالات التنفيذ هي أحد سبل تحقيق التوازن التشريعي في تنظيم عملية تنفيذ الحكم القضائي، فالإشكالات لا ترد إلا على تنفيذ ولا تخاطب إلا عملية التنفيذ وإجراءاته، فلا تتعلق بأصل الحق أو تناقشه بينما تعترض التنفيذ أو تسعى لاستمراره، ويكون مرماها في الحالتين "وقف التنفيذ أو إعدام

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1988/6/19، والقضية رقم 1 لسنة 38 تفسير أحكام. جلسة 2017/4/1. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 38 تفسير أحكام. جلسة 2017/4/1. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري... مرجع سابق. ص: 370

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1988/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

أساسه" سواء ورد ذلك الوقف على العائق الذي يعترض التنفيذ أو على الحكم المطلوب تنفيذه، ومنازعة التنفيذ هي التي تسوغ طلب وقف التنفيذ<sup>(1)</sup>

ومنازعة التنفيذ الدستورية هي خصومة تتوخى في ختام مطافها إنهاء الآثار القانونية المصاحبة للعوائق التي تعترض تنفيذ الحكم الدستوري أو الناشئة عنها أو المترتبة عليها، ولا يكون ذلك إلا بإسقاطها، وإعدام وجودها لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها، والسبيل في ذلك الأمر بالمضي في تنفيذ الحكم بعدم الدستورية، وعدم الاعتداد بذلك العائق الذي عطل مجراه، وأن قوام منازعة التنفيذ أن يكون تنفيذ الحكم القضائي لم يتم وفقاً لطبيعته، وعلى ضوء الأصل فيه، بل اعترضته عوائق تحول قانوناً بمضمونها وأبعادها دون اكتمال مداه، وتعطل بالتالي أو تقيد اتصال حلقاته بما يعرقل جريان آثاره كاملة دون نقصان ومن ثم تكون عوائق التنفيذ هي ذاتها موضوع منازعة التنفيذ.<sup>(2)</sup>

#### أولاً دور منازعات التنفيذ الدستورية في الإجبار على أعمال الحكم الدستوري

منازعات تنفيذ الأحكام الدستورية تسعى في الأساس إلى هدم العقبات القانونية التي تحول دون جريان آثار الحكم الدستوري، لتقضي فيها المحكمة الدستورية العليا متى توافرت شروطها بإعدام تلك العقبة والاستمرار في تنفيذ الحكم الدستوري<sup>(3)</sup>، وبهذه المثابة تلعب تلك الوسيلة دوراً كبيراً في حماية الأحكام الدستورية من تصرفات سلطات الدولة وعلى رأسها السلطة التنفيذية، إذ يمكن اللجوء إليها من ذوي المصلحة والصفة للمطالبة بإعدام العمل القانوني أو العقبة التي تعطل تنفيذ الحكم الدستوري.

فدور منازعات التنفيذ كضمانة للتنفيذ يتمثل في أن المحكمة الدستورية العليا تصدر حكمها بإعدام الإجراء الذي عطل تنفيذ حكمها سواء كان قراراً إدارياً فردياً أو لائحياً أو عملاً مادياً ومن ثم تعود بالتنفيذ إلى مرحلة ما قبل ظهور تلك العقبة التي عطلت التنفيذ.

(1) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 194

(2) أنظر من ذلك على سبيل المثال: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 10 لسنة 24 قضائية تنازع. جلسة 2003/12/14 جـ 2/11 ص: 2748. موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية.

(3) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 198 وما بعدها.

## ثانيا مدى فعالية منازعات التنفيذ الدستورية

يرى الباحث أن الحكم في منازعة التنفيذ يعتريه العيوب ذاتها التي شابت الوسائل السابقة، فشأنه شأن دعوى الإلغاء وشأن الحكم ذاته المنازع في تنفيذه، **فمن ناحية أولى** قد تصر الجهة على الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها في منازعة التنفيذ.

ويبدو أن ما نخشى خطورته قد حدث فعلا، ونذكر من ذلك انه سبق أن قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية "دستورية" جلسة 1997/2/22 بعدم قبول الدعوى الدستورية لانقضاء شرط المصلحة في الطعن بعدم الدستورية وأوضح في أسباب حكمها أن القانون الواجب التطبيق في الدعوى الجنائية (الموضوعية) هو القانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لاحد حق البقاء فيها، وليس أي من القوانين محل الطعن بعدم الدستورية ومن ثم يغدو الطعن بعدم دستورية هذه النصوص مفقدا لشرط المصلحة، وقالت في أسباب حكمها أن حكمها باعتبار هذا القانون كذلك يكون متمتعا بالحجية المطلقة التي اسبغها المشرع على أحكامها الصادرة في المسائل الدستورية وملزما بالتالي للناس وكل سلطة في الدولة بما في ذلك جهات القضاء على اختلافها"، إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض رفضت الانصياع لما جاء بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا، فرفع المتهم منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا فأكدت الأخيرة ما سبق أن قررته في حكمها السابق في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية "دستورية" مؤكدة على استمرار تنفيذ حكمها فيما فصل فيه باعتبار القانون رقم 4 لسنة 1996 هو الواجب التطبيق مع ما يترتب على ذلك من آثار.<sup>(1)</sup>

ورغم قضاء المحكمة الدستورية في منازعة التنفيذ إلا أن محكمة النقض مازالت مصررة على موقفها.<sup>(2)</sup>

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 1998/10/3. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.  
(2) أنظر محكمة النقض: الطعن رقم 6826 لسنة 61 قضائية. جلسة 1998/10/20. أشار إليه أ. د. محمد عبد الواحد الجميلي: آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا. القاهرة. دار النهضة العربية. 2002. ص: 45

ومن ناحية ثانية قد يجد ذوي الشأن صعوبات في إقامة دعوى منازعة التنفيذ، إذ يشترط لقبول منازعة التنفيذ- على نحو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا- أن تقوم مشكلة التنفيذ من خلال فعل إيجابي يشكل عقبة في التنفيذ ويحول بذاته دون إتمامه، بحيث يكون إزاحته وتدخل المحكمة الدستورية العليا لإعدام وجوده هو الطريق الوحيد لتنفيذ الحكم.

فينبغي استنفاد طريق دعوى الإلغاء أولاً لتكون منازعة التنفيذ هي السبيل الوحيد للتنفيذ<sup>(1)</sup>، وأكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك بقولها "يستلزم - كأصل عام - اللجوء إلى تلك المحاكم ابتداءً لإعمال آثار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية على الوجه الصحيح، وليضحى اللجوء إلى هذه المحكمة الدستورية العليا هو الملاذ الأخير لإزاحة عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها، وتحول دون جريان آثارها"<sup>(2)</sup>.

وهو ما من شأنه أن يطيل من أمد النزاع، ويشكل إحباطاً للمتقاضين قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى عزوف صاحب الحق عن المطالبة به لكي لا يتكبد مشقة إجراءات ومصرفات لا يعلم جدواها في نهاية المطاف، مما ينعكس سلباً في النهاية على قوة وفعالية تلك الوسيلة في حماية الأحكام الدستورية.

## الفرع الرابع الحث على التنفيذ بالإلزام الأدبي

أولاً: الإحالة إلى جهة الإدارة لاتخاذ اللازم

حاول القاضي الإداري أن يطوع منطوق حكمه لإلزام الإدارة بأن يضيف إليه فقرة تنص على إحالة المحكوم له للجهة الإدارية لاتخاذ اللازم قانوناً<sup>(3)</sup>، وقد يلجأ القاضي إلى إحالة المحكوم له إلى جهة الإدارة بإضافة فقرة إلى منطوق حكمه يضمنها الإجراءات التي يجب أن تتخذها الإدارة للتنفيذ<sup>(4)</sup>.

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 47 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14، أيضاً حكمها في القضية رقم 18 لسنة 38 منازعة تنفيذ. جلسة 2019/7/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 14 لسنة 37 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 469

(4) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 232

ويصعب اتباع تلك الوسيلة مع الحكم الصادر بعدم دستورية نص نظرا إلى أن الحكم الدستوري موجه لكافة سلطات وجهات الدولة في وقت واحد، باعتباره ملزما للكافة وليس للخصوم فقط، الأمر الذي يصعب معه توجيه تلك الإحالة لكل سلطة أو كل جهة بذاتها.

### ثانيا: لجنة التقرير والدراسات بمجلس الدولة

وهي لجنة تتبع مجلس الدولة الفرنسي يمكن من خلالها مساعدة الأفراد الذين تحصلوا على أحكام ولم تنفذ إذ تقوم بالاتصال بالجهة الإدارية المعنية بالتنفيذ وتبين لها كيفية تنفيذ الحكم وتتابع معها التنفيذ وهذه اللجنة لا تحمل أي جزاء للجهة الإدارية في حالة الامتناع عن التنفيذ إلا أنها تنشر الواقعة في التقرير السنوي لمجلس الدولة<sup>(1)</sup>

ولا يعرف القانون المصري هذا الطريق، ولا نرى أن له من الفعالية ما يستدعي إتباعه ذلك أن وسيلة الضغط على الإدارة تقتصر على فضح أمرها من خلال نشر حالات الامتناع عن التنفيذ مما يستدعي إثارة الرأي العام، وهو ما لا نراه كافيا لإقرارها كوسيلة معتبرة للحد من الامتناع عن التنفيذ، فالإدارة الممتنعة عن تنفيذ الحكم لم تخجل من هجوم المواطنين عليها-على فرض حدوثه، فضلا عن أن جهة الإدارة لديها سبل أخرى توضح لها كيفية التنفيذ مثل استفتاء مجلس الدولة أو دعوى التفسير أو طلب الرأي القانوني من المختصين بجهة الإدارة، فليس هناك بالتالي أي فائدة حقيقية تذكر من عمل هذه اللجنة.

### ثالثا: الوسيط والذي حل محله في 2011 المدافع عن الحقوق أو حامى الحقوق

يعمل بهذه الوسيلة في القانون الفرنسي دون المصري، وحامى الحقوق هو عضو برلماني يقوم بدور الوسيط بين المحكوم له والإدارة، يلجا إليه لإجبارها على تنفيذ حكم رفضت أو أهملت في تنفيذه<sup>(2)</sup> وهو يقوم بتوجيه

(1) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 7

(2) LE CLERCQUE (J) et autre: droit administratif. Paris Litec 2004. P. 59

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 39

وأمر للجهات الإدارية لتنفيذ الأحكام<sup>(1)</sup>، ولا يملك في النهاية إلا أن ينشر تقريره السنوي في الواقعة في الجريدة الرسمية في حالة الامتناع عن التنفيذ.

وكان يلعب الوسيط كوسيلة للرقابة غير القضائية على الإدارة دورا أساسيا من أجل القضاء على مظاهر سوء الإدارة، وذلك من خلال إيجاد حلول للمنازعات الإدارية أو طرح مقترحات للإصلاح الإداري لحث الإدارة على إعادة النظر في موقفها أو إعادة النظر في القواعد التي تحكم دولا العمل الإداري أو الممارسات الإدارية أو القرارات الصادرة عنها مما قد يدعوها إلى تعديلها أو تحسينها.<sup>(2)</sup>

ولا نرى أن هذا الطريق يختلف كثيرا عن سابقه، ويعتريه العيوب ذاتها؛ فهاتين الوسيلتين غير فعاليتين في نظرنا في ظل غياب قدرتهما على توقيع الجزاء أو على اتخاذ إجراءات تنفيذية في حالة الامتناع، إلا أننا لا يمكن أن ننكر الدور الأدبي الذي تؤديه والمتمثل في الاستنكار والانتقاد الذي سيعبر عنه أفراد المجتمع نتيجة حالة الغضب التي ستتسرب إليهم نتيجة نشر حالات الامتناع عن التنفيذ مما قد يكون له دور محمود في الضغط الأدبي العام على الجهات الممتنعة عن التنفيذ، فربما تلتزم بالتنفيذ للفرار من النقد والقذح في سلوكها.

#### رابعاً: طلب الفتوى أو الرأي

يمكن للسلطة التنفيذية أن تطلب من مجلس الدولة بما له من اختصاص في الإفتاء أن يعطي لها فتاوى حين يستشكل عليها تنفيذ الحكم فتطلب رأي المجلس حول الإجراءات الواجب اتخاذها أو تطلب إصدار فتوى توضح لها كيفية التنفيذ متى اقتضى الحال ذلك.<sup>(3)</sup>

ويؤخذ على هذه الوسيلة أن الرأي الإفتائي الصادر من مجلس الدولة ليست له أي قيمة إلزامية أو رسمية فهو نوع من الاستشارة الفقهية فلا يلزم

---

(1) LE BERTON G. : Droit administrative general, Dalloz,2011, P. 563

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 7

(2) د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 265

(3) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: فتوى رقم 901 جلسة 1993/11/11. ملف

رقم 204/2/86. أشار إليه د. محمد رضوان صالح رضوان: المرجع السابق. ص: 239

المحاكم أو جهة الإدارة ذاتها<sup>(1)</sup>، كما نأخذ عليه أن طبيعته كحل بيد الإدارة المزمع التجاؤها طلبا لفتوى: في حين أنها عينها الممتنع عن التنفيذ.

## المبحث الثاني

### ضمانات إلزام السلطة القضائية بالأحكام الدستورية

السلطة القضائية هي التي تتولى تطبيق القانون في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وبعضهم أو بينهم وبين إحدى جهات السلطة العامة في الدولة، ومن أهم ضمانات القضاة لكفالة استقلالهم هي عدم قابليتهم للعزل بغير الطريق التأديبي، ليكونوا في مأمن من تدخل السلطة التنفيذية.<sup>(2)</sup>

وبالنظر للطبيعة الفريدة للحكم الدستورية وما يتميز به من حجية في مواجهة كافة وإلزام لجميع سلطات الدولة، فإنه يمتد بقضائه ليلزم كافة محاكم السلطة القضائية بتأدية ما يقتضي إنفاذ محتواه. ويقع على السلطة القضائية عدة إلتزامات في شأن تنفيذ الحكم الدستوري، ومن أمثلة ذلك: إلتزامها بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته، الإلتزام بالتفسير الذي تبنته المحكمة الدستورية العليا للنصوص التشريعية والامتناع عن قبول الدفع بعدم دستورية نص سبق أن بحثت المحكمة الدستورية العليا مدى دستوريته<sup>(3)</sup>.

فاستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "إعمال آثار الأحكام التي تصدر في المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع، وذلك ابتناء على أن محكمة الموضوع هي التي تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن المسألة الدستورية باعتباره مفترضا أوليا للفصل في النزاع الموضوعي الدائر حولها."<sup>(4)</sup>

وعلى ضوء تلك الإلتزامات وبالنظر إلى طبيعتها تتحدد طبيعة وأنواع وسائل ضمان التقيد بها والعمل في أطرها بغير انحراف أو شطط، فبالنظر والتحليل لوسائل ضمان التنفيذ في مواجهة السلطة التنفيذية -المستعرضة

(1) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 465

(2) أ. د. ماجد راغب الحلو: المرجع السابق. ص: 332

(3) يراجع لاستعراض دور السلطة القضائية تفصيلا في تنفيذ الحكم الدستوري: د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 127 وما بعدها.

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1988/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

سلفا- والتي تصلح مع طبيعة نشاط السلطة التنفيذية يتبين أن بعضها سيكون غريبا على طبيعة نشاط السلطة القضائية.

فمثلا لا يسوغ منطقا للجوء لأساليب التهديد المالي للمحكمة التي تمتنع عن تنفيذ الحكم الدستوري، ذلك أن التهديد المالي يفترض حدوث تراخ في التنفيذ يدفع القاضي للقضاء به لتهديد المدين وحثه على التنفيذ، بينما في نشاط السلطة القضائية فإن موقف محكمة الموضوع من مخالفة الحكم الدستوري لا يتضح إلا بعد النطق بالحكم أي بعد وقوع المخالفة وإتمامها فعلا، فما جدوى فرض غرامة تهديدية مثلا للحث على الامتناع عن مخالفة قاعدة تم مخالفتها بالفعل؟!!

وعلى الصعيد الآخر نجد في نظام إشكالات التنفيذ أو توجيهه أوامر ما يمكن أن يشكل ضمانا حقيقية في التصدي للحكم القضائي المخالف للحكم الدستوري، ذلك أن تدخل المحكمة الدستورية العليا -عند نظر منازعات التنفيذ- يعدم وجود الحكم القضائي المخالف للحكم الدستوري من ناحية، ومن ناحية ثانية يتضمن حكمها في منازعة التنفيذ توجيهات وأوامر للسلطات المختصة بعدم الاعتداد بالعمل القضائي أو القانوني -سواء كان تشريعا أصليا أو فرعيا- المناقضين للحكم الدستوري، وبالإستمرار في تنفيذ الحكم الدستوري.

كما لا يمكن للجوء للقسم الاستشاري بمجلس الدولة لاستصدار فتوى تساعد القاضي على تنفيذ الحكم الدستوري، باعتبار أن مجلس الدولة هو مستشار الإدارة وليس القضاء ومن ناحية ثانية فإن المنوط به تفسير القوانين والعمل على تطبيقها هو القضاء فلا ينبغي أن يلجأ القضاء إلى هيئة استشارية يطلب منها تفسير القانون أو الأحكام القضائية.

بينما يمكن أن يلجأ قاضي الموضوع إلى دعوى تفسير الحكم الدستوري إذا رأى فيه من الغموض الذي يستوجب توضيحه، مما يساعده على تنفيذه على نحو سليم.

كما يظهر نوع آخر من الضمانات وهو إمكان مراجعة المحكمة فيما صدر منها وذلك من خلال نظام الطعن على الأحكام القضائية، وإن كان يشبه في نظرنا دعوى الإلغاء باعتبار كلاهما وسيلة لإلغاء العمل القانوني الذي خالف الحكم الدستوري وكلاهما يعد مراجعة لمشروعية سلوك الهيئة أو

الجهة التي خالفت مقتضى الحكم الدستوري، ولكن كما سبق أن بيّنا تبدو المشكلة في الحالات التي نكون فيها بصدد حكم غير قابل للطعن.

وانطلاقاً من هذه المعطيات سنعرض للضمانات التي من شأنها أن توقف اعتداء السلطة القضائية على الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية وتحد من وطأة تحديدها لهذه الأحكام، ونكتفي في هذا النطاق بالإحالة إلى ما سبق التعرض له من ضمانات لمواجهة أعمال السلطة التنفيذية وتصلح بطبيعتها لمواجهة أعمال السلطة القضائية، ليقصر هذا المطلب على ما يستجد من إجراءات تتلاءم مع طبيعة عمل السلطة القضائية دون تكرار لما سبق تفصيله بشأن السلطة التنفيذية.

وعليه ينقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب يعرض كل منها لآلية أو ضمانات لإجبار السلطة القضائية على احترام مقتضى الحكم الدستوري كالتالي:

**المطلب الأول: الجزاء الطبيعي على الإخلال بتنفيذ الحكم الدستوري (دعوى البطلان الأصلية)**

المطلب الثاني: إثارة مسؤولية السلطة القضائية.

المطلب الثالث: توجيه الأوامر.

## **المطلب الأول**

### **الجزاء الطبيعي على الإخلال بتنفيذ الحكم الدستوري**

#### **(دعوى البطلان الأصلية لانعدام الحكم)**

**أولاً: التعريف بانعدام الحكم كسبب لإقامة دعوى البطلان.**

من المسلم به أن هناك عيوباً جسيمة إذا شابت الحكم القضائي تمنع من اعتباره موجوداً منذ صدوره ولذا لا تستنفد سلطة القاضي ولن يرتب الحكم حجية الأمر المقضي وفي هذه الحالة يكون غير قابل للتصحيح لأن غير الموجود لا يمكن تصحيحه ولذا يمكن التمسك بهذا العيب بأي طريق سواء بطريق الدعوى الأصلية أو بالطلب العارض أو الدفع أو بالمنازعة في تنفيذه كما يمكن استخدام طرق الطعن القانونية للتمسك بهذه العيوب ويمكن للقاضي أن يقرر انعدامه من تلقاء نفسه إذا جري التمسك بالحكم أمامه ويطلق علي

الأمر الذي ترتبه هذه العيوب الانعدام تمييزاً له عن البطلان القابل للتصحيح.<sup>(1)</sup>

فالعيب الجسيم هو العيب الذي يجرد الحكم من مقوماته وأركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم ويطيح بماله من حصانة ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فاذا لم يتوافر في العيب هذه الصفة فإنه لا يكون جسيماً فلا يجرد الحكم من صفته ولا يؤدي إلى انعدامه.<sup>(2)</sup>

والبطلان هو تكييف قانوني لعمل تم دون أن يكون مطابقاً لنموذجه القانوني، ويترتب على قيام هذا الوصف عدم قدرة العمل القانوني على توليد آثاره القانونية التي يولدها العمل الصحيح، وعدم القدرة هو الجزاء الإجرائي أما البطلان فهو الوصف الذي يطلق على العمل المعيب.<sup>(3)</sup>

وفكرة انعدام الأحكام وعدم الاعتداد بها لها جذورها في الفقه والقضاء في مصر فالمادة 147 من قانون المرافعات بعد أن قررت أن يكون باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المشار إليها في المادة 146 قررت أنه إذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة النظر في الطعن أمام دائرة أخرى وهو يعني ضمناً أنه يجوز إبطال حكم النقض بسبب عدم صلاحية من أصدره.<sup>(4)</sup>

وتبعاً لذلك يجوز حسب الرأي الراجح في الفقه رفع دعوى بطلان أصلية ضد الأحكام المنعدمة ولو وقع الانعدام في حكم صادر من محكمة النقض وذلك عملاً بنص المادة 2/147 من قانون المرافعات "يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى".<sup>(5)</sup>

---

(1) أ. د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1974. ص: 403 أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية. الطعن في الأحكام الإدارية والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا. القاهرة. دار أبو المجد للطباعة. دون سنة النشر. ص: 906

(2) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 907  
(3) أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2000. ص: 698

(4) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 899

(5) د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 274

وهو ما يعني أن هناك من قواعد النظام العام ما يعلو على حجية الأحكام وقوتها ومن هنا كانت منطقية القضاء في الاعتراف بدعوى البطلان الأصلية في أحكام المحاكم العليا.(1)

على الرغم من ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه النظرية ليس لها سند تشريعي وهي فكرة غير منطقية وخاطئة وغير دقيقة فضلا عن أنها فكرة غير مفيدة(2)، وقد ظلت محكمة النقض لفترة طويلة ترفض التمسك بانعدام الأحكام القضائية بدعوى بطلان أصلية، احتراماً منها للأحكام القضائية وحجيتها(3)، غير أن غالب الفقه يؤيد هذه النظرية(4).

وفكرة انعدام الأحكام أخذت بها المحكمة الدستورية العليا بتصريحها في أحكام عديدة بأن الحكم القضائي الذي يخالف مقتضى حكم المحكمة الدستورية العليا يعد عقبة مادية من عقبات التنفيذ هي والعدم سواء ولا يرتب أي أثر(5). لعل ذلك ما حدا بمحكمة النقض أن تعدل عن هذا الاتجاه، إذ أخذت تشير في أحكامها التالية إلى أنه يمكن قبول دعوى البطلان الأصلية التي ترفع ضد الحكم القضائي الذي يتجرد من أركانه الأساسية(6)، ذلك أن الحكم المنعدم هو الحكم الذي يفقد ركناً أساسياً من أركان وجوده(7) فإذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفة كحكم(8).

- 
- (1) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 900
  - (2) أ. د. فتحي والي - أ. د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الثانية. 1997. دون مكان النشر. ص: 525 وما بعدها.
  - (3) محكمة النقض: جلسة 1967/5/16 سنة 18 قضائية، 1968/9/19 سنة 19 قضائية أشار إليهما د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 274.
  - (4) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 908
  - (5) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2002/4/14، والقضية رقم 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، واستقرت المحكمة الدستورية في أحكامها دوماً على اعتبار عقبات التنفيذ أمراً معدوماً أنظر مثال ذلك في حكمها في القضية رقم 15 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2005/4/10. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.
  - (6) د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 274
  - (7) راجع أ. د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1986. ص: 1200 وما بعدها
  - (8) أ. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات. القسم الأول. إسكندرية. منشأة المعارف. الطبعة الرابعة. دون سنة نشر. ص: 309

واختلف الفقه في تحديد الأركان الأساسية للحكم القضائي والتي يعتبر منعدها بفقده واحدا منها، والرأي الراجح أنها ثلاثة أركان، هي أن يصدر الحكم من محكمة تتبع جهة قضائية، وأن يصدر من المحكمة بما لها من سلطة قضائية أي أن يصدر في خصومة، وأن يكون مكتوباً.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: الفرق بين الانعدام والبطلان.<sup>(2)</sup>

أساس التفرقة بين الانعدام والبطلان في فقه القانون الخاص في القوانين العربية يقوم على أساس التفرقة بين أركان الشيء وبين شروط صحته، فإذا تحلف أحد الأركان نكون بصدد حالة انعدام (وتسمى بطلاناً) وليس قابلية للإبطال، أما إذا وقع العيب في أحد شروط الصحة نكون بصدد قابلية للإبطال؛ وهذه التفرقة متأثرة بالفقه الإسلامي كما تتفق مع ما هو مستقر عليه في الفقه اللاتيني التقليدي.<sup>(3)</sup>

ويبدو أنه على هدى من ذلك قد حصر الفقه حالات انعدام الأحكام في تخلف أحد أركان الحكم<sup>(4)</sup>، وليس هناك سوى تطبيقات قضائية أو تصورات فقهية تضع خطوطاً عريضة لتلك الفكرة.

ف نجد من ذلك المحكمة الإدارية العليا تحاول أن تسن نهجا يحد من آثار نظرية الانعدام الذي يؤدي إلى دعوى البطلان، فانتهدت إلى أن دعوى البطلان ضد أحكام المحكمة الإدارية العليا يشترط فيها أن يكون الخطأ الذي لحق بالحكم خطأ فاضحا وبيننا ولا يكفي فيه أن يكون مما يحتمل الخلاف في الرأي أو التأويل، ذلك أن الأصل في حالة الخلاف في الرأي أن يكون رأي هذه المحكمة هو المعتبر. وفي ذلك قضي بأنه : ومن حيث أن المحكمة الإدارية

(1) أ. د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات. الجزء الثاني. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012. ص: 246، د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 274

(2) لمزيد من التفاصيل أنظر أ. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات. المرجع السابق. ص: 309 وما بعدها

(3) J.FLOUR, J. L. AUBERT. Droit civil, les obligations. V. 1., L'acte juridique, 1975 No. 3220 p. 240. , Ph Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations. 1985. No. 361. p. 225, et. s.

أنظر في ذلك: أ. د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق. ص: 231  
(4) أ. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات. المرجع السابق. ص: 33،

العليا فيما وسد لها من اختصاص القوامة على إنزال حكم القانون وإرساء مبادئه وقواعده بما لا معقب عليها في ذلك ، وبما لا سبيل معه إلى نسبة الخطأ بينا غير مستور، وثمرة غلط فاضح يبنى في وضوح عن ذاته إذ الأصل فيما تستظهره المحكمة الإدارية العليا من حكم القانون، أن يكون هو صحيح الرأي في هذا الحكم بما لا معقب عليها فيه - بحسبانها تستوى على القمة في مدارج التنظيم القضائي لمجلس الدولة والخطأ في هذه الحالة إن لم يكن كاشفا بذاته عن أمره بما لا مجال فيه إلى خلف بين وجهات النظر المعقولة لا يستوى ذريعة لاستنهاض دعوى البطلان وإهدار قضاء للمحكمة بما تحمل من أمانة القضاء وعظيم رسالاته وإرساء الصحيح من المبادئ في تفسير القانون الإداري واستلهام قواعده. ومن حيث انه لا يتوافر فيما استثاره الطاعن جميعا من أسباب الطعن بالبطلان على الحكم الطعين، ما ينحدر بهذا الحكم إلى هاوية البطلان، إذ لا يعدو الأمر حد الخلف في الرأي الذي أبان الحكم قواعده.(1)

كما قضي بأن "الأسباب الموضوعية التي تندرج تحت احتمالات الخطأ والصواب في تحصيل الواقع وتفسير القانون وتأويله لا تشكل بذاتها إهدارا للعدالة من شأنه أن يفقد معه الحكم وظيفته، كما لا يصم الحكم المطعون فيه بالانعدام الذي هو مناط قبول دعوى البطلان الأصلية"(2)

والراجع في نظر الباحث أنه في حالة انتفاء صلاحية أحد القضاء للحكم فهنا يكون الحكم منعما لا باطلا، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها.(3)

أهم النتائج العملية للفرقة بين الانعدام والبطلان(4):

(1) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 902 حكم الإدارية العليا في 3564 لسنة 32 قضائية جلسة 1990/6/3. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، كذلك حكمها في الطعن رقم الطعن رقم 14381 لسنة 52 قضائية عليا. جلسة 2009/1/10.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 881 لسنة 46 قضائية عليا. جلسة 2001/6/2 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، وحكمها في الطعن رقم 388 لسنة 42 قضائية عليا. جلسة 2002/7/12 د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 976

(3) أنظر في ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 917

(4) لمزيد من التفاصيل أنظر: أ. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات. المرجع السابق. ص: 319 وما بعدها

## 1- طريقة الطعن على الحكم الباطل:

فإن كان الحكم منعوما فلا يعد حكما بالمعنى الدقيق بينما يعد عقبة مادية ويصلح محلا لدعوى البطلان تختص بها المحكمة التي أصدرته باعتبارها لم تستنفذ ولايتها بشأنه لكونه معدوما أما إذا كان باطلا فمحله طرق الطعن المعتادة.

ويرى أغلب الفقهاء انه إذا أقيمت دعوى بطلان عن حكم ليس معدوما وإنما العيب الذي يشوبه يؤدي فقط إلى بطلانه فتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم القبول، وينبغي الطعن على الحكم بطرق الطعن العادية.<sup>(1)</sup>

وتقام دعوى البطلان وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أي بمراعاة الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى، ويطلب من المحكمة إصدار حكم صحيح في الدعوى واعتبار الحكم المعدوم كأن لم يكن.<sup>(2)</sup>

## 2- مواعيد الطعن:

يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها وذلك الحكم يسرى على الأحكام الباطلة، دون الأحكام المنعدمة، ذلك أن الحكم، ولو كان باطلا، إنما هو حكم موجود ولكنه معيب، ويتمتع بحجية تحول دون تجريحه أو مهاجمته بغير طرق الطعن، وتنقلب إلى قوة الأمر المقضي بفوات ميعاد الطعن. أما الحكم المنعدم فهو حكم لا وجود له، ولا تلحقه أية حصانة، وليست له حجية على الإطلاق، ويمكن تجريحه بطرق كثيرة، خلاف طريق الطعن، وبالتالي فإن فوات مواعيد الطعن لا تجعل الحكم المنعدم حائزا قوة الأمر المقضي.<sup>(3)</sup>

وفي ذلك قضي بأنه: لئن كان المشرع قد حصر طرق الطعن في الأحكام ووضع لها أجالا محددة وإجراءات معينة، بحيث يتمتع ببحث أسباب العوار التي قد تلحق بالأحكام إلا عن طريق التظلم منها بطرق الطعن المناسبة لها، فاذا كان الطعن غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لإهدار تلك الأحكام

(1) أ. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان في قانون المرافعات. القاهرة. دار النهضة العربية. 1999. ص: 215، أ. د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية. المرجع السابق. ص: 1202 أشار إليهما د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 923

(2) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 921

(3) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 918

بدعوى بطلان أصلية وذلك تقديراً لحجية الأحكام باعتبارها عنواناً للحقيقة إلا أنه يستثنى من هذا الأصل العام حالة تجرد الحكم من أركانه الأساسية.<sup>(1)</sup>

### 3- المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان:

أختلف الفقه في تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان الأصلية (طلب انعدام الأحكام)، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى رفعها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، حيث مهمة المحكمة تنتهي بإصدار الحكم في الدعوى سواء أكان صحيحاً أم قابلاً للأبطال، ولا تنتهي مهمتها بأمر معدوم.<sup>(2)</sup>

فلا تقام دعوى البطلان أمام محكمة أول درجة نظراً إلى أن سلامة التنظيم القضائي تتطلب أن تفصل في تلك الدعوى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم حتى لا تُمكن محكمة من الإشراف على قضاء صادر من محكمة أعلى درجة.

كما لا يمكن أن تختص بها محكمة الطعن لأن تلك الدعوى يمكن أن تقام ضد الحكم البات الصادر من محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو المحكمة الدستورية العليا فلا طريق للطعن عليه، فضلاً عن أن الحكم من الناحية الفنية هو حكم منعدم لم يستنفد ولاية المحكمة التي صدر عنها ولا حجية له.

وهذا الرأي هو الأقرب للصواب لأنه بالإضافة إلى الحجج التي قام عليها فإن المشرع أشار في المادة 147 من قانون المرافعات إلى تقديم طلب إلغاء حكم النقض في حالة عدم الصلاحية إلى محكمة النقض نفسها فهذا الطلب ليس سوى دعوى بطلان أصلية للحكم الصادر من محكمة النقض.<sup>(3)</sup>

والقضاء الدستوري لا يختلف في ذلك عن سائر الجهات القضائية، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك بحكمها الصادر في الدعوى رقم 2 لسنة 5 قضائية الذي قضت فيه بأنه "يجوز - وفقاً للفقرة الثانية من المادة 147 من هذا القانون - إذ وقع بطلان في حكم صادر من المحكمة العليا لسبب

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 772 سنة 45 قضائية. جلسة 1981/4/21 أشار إليه د.

محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 927  
(2) أنظر في ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق.

ص: 920

(3) أ. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان في قانون المرافعات. مرجع سابق. ص: 220 أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 924

من أسباب عدم الصلاحية، أن يطعن الخصم في هذا الحكم بأن يطلب إلغاءه وما يترتب على ذلك من وجوب إعادة النظر في موضوع الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم. وإذ عهدت المادة الثالثة من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا - إلى هذه المحكمة - دون غيرها - ولاية الفصل في الدعاوى المتعلقة بالطعن في أحكام المحكمة العليا لسبب عدم صلاحية أعضائها على ما سلف بيانه، فإن مقتضى ذلك أنه ينبغي رفع هذا الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا ذاتها وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً أمامها".(1)

### ثالثاً: مدى جواز إقامة دعوى البطلان الأصلية ضد الحكم المخالف للحكم الدستوري (التأصيل القانوني لانعدام الحكم الصادر مخالفاً للحكم الدستوري)

ذهب جانب فقهي إلى أن لدعوى البطلان الأصلية دوراً هاماً ومؤثراً في حالة تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي إذ من مقتضى تنفيذ الحكم الدستوري إهدار الأحكام الصادرة بالمخالفة لحكم المحكمة الدستورية العليا وعليه فإن دعوى البطلان الأصلية هي الطريق الوحيد لهذا الهدف.(2)

وفي هذا الصدد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على اعتبار الحكم الصادر بالمخالفة لأحكامها مجرد عقبة مادية هي والعدم سواء(3)، ومن ثم يصلح محلاً لدعوى البطلان باعتباره معدوماً.

وعلى هدى مما تقدم سيتناول الباحث تأصيل فكرة انعدام الحكم القضائي المخالف لمقتضى الحكم الدستوري كضمانة لتنفيذ مقتضى ذلك الأخير(4) وذلك من خلال الوقوف على الأساس القانوني لانعدامه.

وإذا كان الأصل أن دعوى البطلان لا تقام إلا ضد الحكم الذي فقد أحد أركانه مما يؤدي إلى فقدانه لوصف الحكم القضائي فإن الأمر يقتضي الوقوف

(1) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى رقم 2 لسنة 5 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1984/4/7. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 996

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2002/4/14، والقضية 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4 موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(4) أنظر في فكرة البطلان كضمانة لفاعلية الحماية الدستورية: أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية... الطبعة الثانية. 2000. مرجع سابق. ص: 778

على مدى اعتبار الحكم الصادر بالمخالفة للحكم الدستوري حكماً منعدهما فاقداً لاحد أركانه من عدمه، وهنا ينبغي أن نطرح تساؤل: هل امتناع القاضي عن تنفيذ الحكم الدستوري يفقد الحكم الموضوعي أحد أركانه؟

قرر قانون المرافعات في المادة 499 أن يقع باطلاً عمل القاضي غير الصالح لنظر الدعوى، مما مفاده جواز إقامة دعوى البطلان على الحكم الذي صدر عن قاض غير صالح لنظر الدعوى، ومن هنا يتطرق الباحث إلى تساؤلين: 1- هل عدم صلاحية القاضي يُفقد الحكم أحد أركانه ويؤدي إلى انعدامه؟ 2- هل مخالفة الحكم الدستوري تعد خطأ مهنياً جسيماً يجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى؟

### 1- عدم صلاحية القاضي يعد سبباً لانعدام الحكم وليس بطلانه.

ينبغي التفرقة ابتداءً في هذا المقام بين حالة انعدام الحكم وهي التي عادة ما يصفها الفقه والقضاء بأنها سبب لإقامة دعوى البطلان الأصلية، وبين حالة بطلان الحكم وهي التي تجيز الطعن على الحكم بطرق الطعن دون دعوى البطلان، فالتفرقة بين هذين المصطلحين ترجع أهميتها إلى ما يمكن أن يحدث من خلط في استخدام الألفاظ.

لذا ينبغي أن نوضح أنه جرى الفقه والقضاء على استخدام لفظ بطلان الحكم ويقصد به وجود عيب يجيز الطعن على الحكم بطرق الطعن، أما انعدام الحكم هو تخلف ركن من أركان الحكم يعد معه الحكم منعدهما وهو ما يجيز إقامة دعوى البطلان الأصلية، وبعبارة أخرى انعدام الحكم يؤدي بنا إلى دعوى البطلان، أما بطلان الحكم يؤدي إلى الطعن بطرق الطعن.

بينما اللفظ الصحيح لحالة الانعدام هو بطلان الحكم، أما اللفظ الصحيح لحالة وجود عيب يجيز الطعن على الحكم بطرق الطعن المختلفة فهو قابلية الحكم للإبطال.

وعلى ذلك، نجد أن المادة 1/494 من قانون المرافعات نصت على أن "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم..." ثم جاءت المادة 498 من القانون ذاته لترتب عدم صلاحية القاضي الذي قضي بمخاصمته لنظر الدعوى فنصت على أن "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بجواز قبول المخاصمة".

وفي ضوء هذين النصين يبدو واضحا أن المشرع أراد أن يجعل من الخطأ المهني الجسيم للقاضي سببا لعدم صلاحيته لنظر الدعوى، ولكن هل تعد عدم صلاحية القاضي سببا لانعدام الحكم؟

وفي هذا النطاق أجازت محكمة النقض الطعن في الأحكام الصادرة عنها بدعوى البطلان الأصلية إذا قام بأحد القضاة الذين أصدروا الحكم سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة 146 من قانون المرافعات<sup>(1)</sup> أي أنها اعتبرت عدم الصلاحية سببا لانعدام الحكم يجيز إقامة دعوى البطلان الأصلية.

على الرغم من ذلك ذهبت محكمة النقض إلى اتجاه آخر فقالت أن "عدم صلاحية الهيئة التي أصدرت الحكم لنظر الدعوى أثره بطلان الحكم وليس انعدامه، ومواده عدم جواز النعي عليه إلا بالطعن فيه بالطرق الجائزة دون اللجوء إلى دعوى مبتدأه ببطلانه"<sup>(2)</sup>

والباحث لا يتفق مع هذا الاتجاه الأخير، ويرى أن عدم صلاحية القاضي تعد سببا لإقامة دعوى البطلان ومن ثم تعد سببا لانعدام الحكم الصادر عنه، فإن كان جائزا للطعن بطرق الطعن عند بطلان الحكم (انعدامه) عملا بنص المادة 248 من قانون المرافعات إلا أن ذلك لا يمنع من إقامة دعوى البطلان كذلك عن هذه الأحكام ولا يحول دون اعتبارها منعمة، وذلك للأسباب الآتية:

**من ناحية أولى:** انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه يجوز للخصم أن يطلب إلغاء الحكم إذا وقع باطلا بسبب عدم صلاحية القضاة ووجوب إعادة النظر في الموضوع.<sup>(3)</sup> فقضت بأنه "يبين من نص المادة 13 من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 1969 - وهي تماثل نص المادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا - أن أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن احتراماً لحجيتها وبالنظر إلى وظيفة تلك المحكمة وما أسند إليها من اختصاصات، غير أنه يستثنى من هذا الأصل الدعاوى المتعلقة بمخاصمة أعضائها وعدم

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 61 لسنة 59 قضائية. أحوال شخصية. جلسة 1999/10/26. أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 936

(2) محكمة النقض: الطعن رقم 4008 لسنة 62 قضائية. جلسة 1999/2/25. أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 937

(3) أ. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية... مرجع سابق. ص: 413

صلاحيتهم، وهي تخضع للأحكام المقررة في قانون المرافعات بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض...، ومن ثم يجوز وفقا للفقرة الثانية من المادة 147 من هذا القانون، إذا وقع بطلان في حكم صادر من المحكمة العليا لسبب من أسباب عدم الصلاحية، أن يطعن الخصم في هذا الحكم بأن يطلب إلغاءه وما يترتب على ذلك من وجوب إعادة النظر في موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم...<sup>(1)</sup>، وباعتبار أن أحكام المحكمة الدستورية العليا غير قابلة للطعن فإن السبيل الوحيد لإلغاء الحكم في هذه الحالة هو دعوى البطلان الأصلية مما يعد إقرارا من المحكمة الدستورية العليا بقبول دعوى البطلان الأصلية بسبب عدم صلاحية أحد القضاة.

ولما كان قبول دعوى البطلان مقصورا على حالات انعدام الحكم فإن قبول المحكمة لتلك الدعوى في حالة عدم صلاحية القاضي الذي أصدر الحكم معناه أن عدم الصلاحية كانت سببا لانعدام الحكم.

**ومن ناحية ثانية:** عدد قانون المرافعات في المادة 494 حالات مخاصمة القضاة وجاء من بينهم حالة وقوع خطأ مهني جسيم من القاضي، ثم جاء في المادة 498 أفصح عن أن الحكم بجواز قبول مخاصمة القاضي مؤداه عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى، ثم نص في المادة 499 على أن يقع باطلا عمل القاضي الذي قضي بمخاصمته، ومن ثم فإن الخطأ المهني الجسيم الذي أدى إلى عدم صلاحية القاضي يكون من شأنه بطلان الحكم واعتباره معدوما. مما مفاده أن عدم صلاحية القاضي أدت إلى بطلان حكمه.

ويؤكد أ. د/ نبيل إسماعيل عمر على أن الحكم الصادر من قاض غير صالح يكون باطلا ولو كان نهائيا حتى ولو كان القاضي لا يعلم بسبب عدم الصلاحية.<sup>(2)</sup>

والبطلان الذي قصده المادة 499 المذكورة هو الانعدام ولا يمكن أن يقصد به عيب في الحكم يقتصر تصحيحه على طرق الطعن لأن دعوى البطلان التي مرجعها مخاصمة القاضي على أساس عدم الصلاحية لا يمكن أن تكون طعنا للأسباب الآتية: **أولا:** أنها يمكن أن ترفع بدون أن يكون هناك

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 2 لسنة 5 قضائية "منازعة تنفيذ". جلسة 1984/4/7. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2008. ص: 38

حكم في الدعوى، فيمكن مخاصمة القاضي إذا امتنع عن الفصل في الدعوى<sup>(1)</sup> وإقامة دعوى البطلان على عمله باعتبار أن المفهوم من نص المادة 499 من قانون المرافعات أن عدم صلاحية القاضي يترتب عليها بطلان تصرفه أيا كان هذا التصرف ولم تقصر هذا التصرف على الحكم وحده، وثانياً: أن المشرع وضع تنظيمًا محددًا وحالات لمخاصمة القاضي ولبطلان الحكم مستقلة عن أسباب الطعن في الأحكام، فلو كان يقصد هيمنة طرق الطعن على حالات البطلان لما عددها مرة أخرى استقلالاً عن أسباب الطعن في الأحكام.

وتبعاً لذلك فإن عدم الصلاحية تجيز إقامة دعوى البطلان ومن ثم تعد سبباً لانعدام الحكم

**ومن ناحية ثالثة:** نصت المادة 147 من قانون المرافعات على أن عدم الصلاحية يترتب البطلان ويجيز إلغاء الحكم ولو كان صادراً من محكمة النقض، فكيف يمكن الطعن على الحكم الصادر من محكمة النقض بطرق الطعن؟! فالطريق الوحيد للإلغاء هنا هو دعوى البطلان، مما مفاده أن عدم الصلاحية ترتب الانعدام الذي يصلح سنداً لدعوى البطلان.

ومن ناحية رابعة فإن عدم صلاحية القاضي يُفقد الحكم أحد أركانه: إذا كان انعدام الحكم مرده تخلف أحد أركان الحكم وكان من بين أركان الحكم أن يصدر عن قاض له ولاية القضاء<sup>(2)(3)</sup>، وكان المستقر عليه أن عدم صلاحية

---

(1) أ. محمود سعد عبد المجيد: أصول المسؤولية عن الأعمال القضائية. الإسكندرية. المكتب الفني للموسوعات القانونية. دون سنة نشر. ص: 143

(2) د. عاطف سالم عيد الرحمن: المرجع السابق. ص: 274، أ. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1990. ص: 798

(3) " الحكم المعدوم وهو الذي تجرد من الأركان الأساسية للحكم والتي حاصلها أن يصدر من محكمة تتبع هيئة قضائية بما لها من سلطة قضائية...، يجوز الطعن فيه بالبطلان بدعوى أصلية". أنظر في ذلك المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5239 لسنة 62 قضائية علياً. جلسة 2019/1/19، والطعن رقم 30952 لسنة 59 قضائية علياً. جلسة 2018/11/17. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، والطعن رقم 537 لسنة 22 قضائية علياً. جلسة 1980/6/7، وأنظر أيضاً: "يجوز رفع دعوى بطلان أصلية إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية وقوامها صدور من قاض له ولاية القضاء...". محكمة النقض: الطعن رقم 509 لسنة 45 قضائية. جلسة 1982/3/2. أشار إليه أ. د. سامي جمال الدين: الطعون الانتخابية البرلمانية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2011. ص: 184

القاضي تؤدي إلى انتفاء صفة الحكم القضائي<sup>(1)</sup> فإن الباحث يرى أن ذلك مرجعه أن القاضي غير الصالح للفصل في الدعوى من وجهة أولى يفقد صفته كقاض في تلك الدعوى ومن وجهة ثانية لا تكون له ولاية القضاء في هذه الدعوى ومن ثم يتخلف أيضا ركنا القاضي والولاية القضائية ويغدو الحكم معدوما، وذلك باعتبار أن عدم الصلاحية تعد من عوارض صفة القاضي، وإن كانت الولاية القضائية هي مقدار السلطة الممنوحة للمحاكم للفصل في المنازعات<sup>(2)</sup>، فإن تلك الولاية تفترض أولا وجود قاض حتى يتسنى القول بوجود سلطة للمحكمة، فإذا انزع عنه ذلك الوصف زالت الولاية القضائية تبعا لذلك، فإن القاضي إذا زالت عنه ولاية القضاء يعد حكمه فاقدا لأحد أركانه<sup>(3)</sup>، ومن ثم فالقاضي الذي زالت عنه ولايته القضائية يعد الحكم الصادر عنه معدوما<sup>(4)</sup>.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا تأكيدا على ما تقدم بأن عدم صلاحية بعض مستشاري المحكمة للفصل في الدعوى يعد سببا يجيز قبول دعوى البطلان الأصلية فقالت "دعوى البطلان الأصلية، وهي طريق طعن استثنائي في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية وفي غير حالات البطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتتنصر في الحالات التي تتطوي على عيب جسيم مثل إهداراً للعدالة....، كأن يصدر الحكم من تشكيل بالمحكمة غير مكتمل، أو من مستشار قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للفصل في الخصومة"<sup>(5)(6)</sup>.

كما قضى بأنه "أن المحكمة الإدارية العليا تختص بالفصل في طلب إلغاء، الحكم الصادر منها إذا ما شابه عيب جسيم يسمح بإقامة دعوى البطلان الأصلية، ولا يكون ذلك إلا إن كان الحكم المطعون فيه يمثل إهدارا للعدالة

(1) راجع في ذلك: المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 593 لسنة 24 جلسة 1979/6/17 أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 940، 941

(2) أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. 2008. مرجع سابق. ص: 51

(3) أ. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية. 1990. المرجع سابق. ص: 798

(4) أ. د. عبد الباسط جميعي و أ. د. آمال الفزائري: المرجع السابق. ص: 312، 314

(5) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 14381 لسنة 52 قضائية عليا. جلسة 2009/1/10

(6) أنظر أيضا الطعن رقم 4223 لسنة 33 قضائية عليا. جلسة 1988/1/3 أشار إليه د.

محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 945

ويفقد الحكم فيها وظيفته، وتنتفي عنه صفة الحكم القضائي كأن يصدر الحكم عن مستشار قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية أو يقترن الحكم بعيب جسيم تقوم به دعوى البطلان الأصلية" (1).

وإذا كان عدم صلاحية القاضي وفقاً لما تقدم يهوى بقضائه إلى درك الانعدام، فمن هنا ننتقل إلى التساؤل التالي: هل مخالفة القاضي للحكم الدستوري تعد خطأ مهنياً جسيماً يجعله غير صالح للفصل في الدعوى؟

## 2- مدى اعتبار مخالفة قاضي الموضوع لمقتضى الحكم الدستوري من قبيل الخطأ المهني الجسيم

وفقاً لنصوص المادتين 494 و499 من قانون المرافعات يتضح أن المشرع اعتبر الخطأ المهني الجسيم سبباً لعدم صلاحية القاضي يؤدي بعمله إلى البطلان، وهنا يتساءل الباحث: هل مخالفة قاضي الموضوع للحكم الدستوري تعد خطأ مهني جسيم يوصم عمله بالبطلان؟!

الأصل أن المسؤولية التقصيرية للفنيين تتطلب منهم بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة، فإن هذا هو السلوك الفني المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية ويقظة. والانحراف عن هذا المعيار يعتبر خطأ مهنياً؛ فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولته مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران. ومعيار الخطأ العادي هو معيار الخطأ المعروف: الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة، كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض، وأن المعيار الذي يقاس الخطأ المهني هو معيار فني. فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن، مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه، والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال الفن، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً، ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم، فاختلف به.

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 3415 لسنة 32 قضائية عليا جلسة 1988/4/30. أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 946، يراجع أيضاً حكمها في الطعن رقم 3118 لسنة 35 قضائية عليا جلسة 2001/4/14 د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية... مرجع سابق. ص: 972

ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج على هذه الأصول المستقرة، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسؤولية.<sup>(1)</sup>

فليست هناك قاعدة تضع حدوداً فاصلة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، لأن تحديد درجة جسامته مسألة نسبية تتفاوت بقدر كفاءة الموظف وخبرته، بينما يعد خطأ جسيماً بلا شك الإخلال بأي إجراء جوهري يؤثر على كيان العمل المنوط بالموظف أداؤه.<sup>(2)</sup>

ويعرف جانب من الفقه الخطأ المهني الجسيم بأنه: الخطأ الذي يجاوز المخاطر العادية للوظيفة، ويتعدى خطورة الأخطاء التي تقع من موظف متوسط الكفاءة<sup>(3)</sup>، وقد يكون الخطأ المهني جسيماً ولو كان غير عمدي لكن يبلغ قدراً من الجسامته وهو الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصراً وحيطة.<sup>(4)</sup>

ومن ثم فالخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص العادي، والخطأ المهني الجسيم الذي قصدته المادة 494 من قانون المرافعات والذي يجعل القاضي غير صالح للفصل في الدعوى هو الخطأ الذي لا يقع فيه القاضي العادي.<sup>(5)</sup>

وبرى الباحث أن علة اعتبار المشرع للخطأ المهني الجسيم سبباً لعدم صلاحية القاضي هو أن ذلك الخطأ لا يتصور وقوعه من الشخص العادي على نحو يرجح معه أنه خطأ عمدي مبعثه الغش وعدم الأمانة.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا الخطأ المهني الجسيم بأنه "الخطأ المهني الجسيم كأحد الأحوال التي يجوز معها مخاصمة القضاة طبقاً لنص المادة (494) من قانون المرافعات، هو الذي يوصف بالخطأ الفاحش الذي لا ينبغي أن يتردى فيه القاضي، ولا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتى بحسن نية، فهو يمثل أعلى مدارج الخطأ الذي ينطوي على أقصى درجات الإهمال في أداء الواجب، أي أنه الخطأ الذي يكون ارتكابه نتيجة غلط

(1) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. مرجع سابق. القاعدة رقم 548. ص: 821 وما بعدها.

(2) د. عبد الفتاح مراد: المسؤولية التأديبية لرجال القضاء والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية. رسالة دكتوراة كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 1993. ص: 645

(3) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 623

(4) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 633

(5) أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. 2008. ص: 35

فاضح أو إهمال مفرط، ما كان القاضي ليقع فيه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(1)</sup>

وعرفته محكمة النقض بأنه "الخطأ الفاحش الذي يرتكبه القاضي الذي ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(2)</sup>، "وبأنه الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في فاضح ما كان ليتردى فيه لو أنه ألم بالمبادئ القانونية...، وأهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(3)</sup>، وبأنه: الخطأ الفاحش مثل الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون.<sup>(4)</sup>

وذهب جانب من الفقه إلى أنه عند مخالفة إحدى المحاكم بأي جهة قضائية موضوعية حكما للمحكمة الدستورية العليا فإن في أحكام قانون المرافعات وقوانين الهيئات القضائية المختلفة ما يمنع تكرار هذه المخالفة، خاصة إذا ما رؤى أنها تشكل "خطأ مهنيا جسيما".<sup>(5)</sup>

فالقاضي من واجباته العادية أن يكون عالما بالقانون، خاصة وأن الفرد العادي لا يعذر بجهله بالقانون، فمن باب أولى يكون القاضي عالما بالقانون ويقضي به فهو مطالب بمتابعة كل تطور يطرأ على القوانين<sup>(6)</sup>، والقاضي لا يعذر أبدا بجهله بالقانون لأن من صميم وظيفته وواجباته العلم بالقانون والقيام بعمله طبقا للقانون.<sup>(7)</sup>

---

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 30 قضائية مخاصمة. جلسة 2008/8/24. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق، أنظر أيضا ذات المعنى: المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 18223 لسنة 50 قضائية عليا. جلسة 2007/2/24. أشار إليه د. عابد بوفراج بوبكر: المسؤولية التأديبية لرجال القضاء. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2013. ص: 106

(2) محكمة النقض: 1992/2/25 أشار إليه أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسئولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20

(3) محكمة النقض: الطعن رقم 2720 لسنة 59 قضائية جلسة 1996/11/24.

(4) محكمة النقض: الطعن رقم 1882 لسنة 35 قضائية. جلسة 1992/2/25، و2464 لسنة 34 قضائية. جلسة 1990/1/14.

(5) المستشار. ممدوح عطية: في محاضراته عن الرقابة الدستورية وقانون المحكمة الدستورية العليا المنشورة بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. الجزء الأول. ص: 125. أشار إليه د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري... مرجع سابق. ص: 385

(6) أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: مجلس تأديب وصلاحيه القضاء. القاهرة. دار النهضة العربية. 2005 ص: 44

(7) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 761

ومن أبرز حالات مسؤولية القاضي التأديبية والمدنية والجنائية هي خطؤه المهني الجسيم نتيجة عدم التزامه بواجب العلم بالقانون.<sup>(1)</sup>

فمخالفة القاضي لمقتضى الحكم الدستوري كان من الممكن تجنبها إذا كان مدركا ومقدرا لأهمية وظيفته و حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه بالقيام بالفصل في المنازعات ورد الحقوق لأصحابها، وذلك بأن يضع في حسبانته الموانع أو الظروف أو الأسباب القانونية التي تعترض طريقه في تطبيق النص القانوني وتؤدي به إلى إعماله في غير محله، وأهم تلك الأسباب هو زوال وجود هذا النص بحكم دستوري، خاصة وأن الأحكام بعدم الدستورية هي عارض ذو طبيعة خاصة قليل الحدوث نسبيا لا يصعب على القاضي التربص به في كل حين، ويستوجب بطبيعته الحرص والمغالاة في الالتزام بضوابطه ومتابعة كل أثر يحدثه على نصوص القوانين تفسيراً أو إلغاءً، أما وإن لم يراع القاضي تلك الظروف والأسباب أو يضعها في حسبانته بأن أعرض عن متابعة كل تطور والتحقق من وجود النص القانوني أو صدور حكم دستوري بشأنه، فذلك ينضح بما يتسم به من عدم المبالاة بمهام وظيفته التي تستلزم منه العلم بالقانون والتقيد بأحكامه ويعد ذلك من جانبه خطأ مهنيا جسيما.

فتجاهل قاضي الموضوع لمقتضى الحكم الدستوري يخل أولاً بما تحضاه المحكمة الدستورية العليا وأحكامها من مكانة و قدسية متميزة حدت بالقائل وبأغلب التشريعات أن تسميها "المحكمة العليا" أعلى درجات السلم القضائي في الدولة، وإن جاز القول فهي محكمة القوانين التي تحاكم القوانين ذاتها، ولا تقل أحكامها قوة وشأناً عن قوة القوانين الصادرة عن المشرع، وتستمد قوتها ومكانتها تلك من الدستور ذاته، فكان يتعين على رجال القضاء في المقام الأول إدراك تلك المكانة والحرص على رفعتها باعتبارهم منتميين للسلطة القضائية التي تستظل بمظلة هذه المحكمة وإلا لما استحقوا الانتماء إليها متى خالفوا هذه الأحكام فيوصموا بعدم الصلاحية فيما أتوه من أعمال بالمخالفة لها؛ وبما يخل كذلك بالمكانة الأدبية العظيمة التي يحظاها القضاة بصفة خاصة بحكم طبيعة عملهم وأهليتهم لولاية من لا ولي له وبحكم أمانة الحفاظ على أرواح وحقوق الناس الملقاة على عاتقهم وما يتطلبه ذلك من اتسامهم بالتروي والدقة والمبالغة في أداء العمل بأمانة على نحو صارت معه الثقة والحكمة أمراً لصيقاً بمهنتهم فجرت العادة منذ قديم على أن ينادى القاضي "بالمستشار".

(1) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 786

فلا شك -على ضوء ما تقدم- في أن القاضي الذي يخالف مقتضى الحكم الدستوري قد اقترف خطأ مهنيا جسيما يصم عمله بالبطلان ويجعله غير صالح لنظر الدعوى.

وتواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الحكم المخالف لمقتضى الحكم دستوري يعد هو والعدم سواء ولا يعدو أن يكون عقبة مادية من عقبات التنفيذ، مما يعد تقريرا ضمنيا من المحكمة الدستورية العليا أن الأحكام المخالفة لأحكامها تعد فاقدة لركن من أركان الحكم القضائي لذا تعتبرها المحكمة الدستورية مجرد عقبة مادية<sup>(1)</sup>، ويمكن إرجاع هذا الفقد إلى الخطأ المهني الجسيم لقاضي الموضوع الذي جعله غير صالح لنظر الدعوى ووصم حكمه بالبطلان.

نخلص مما تقدم أن عدم صلاحية القاضي يعد سببا لانعدام الحكم الذي أصدره، وأن مخالفة قاضي الموضوع للحكم الدستوري يعد خطأ مهنيا جسيما من جانبه يجعله غير صالح لنظر الدعوى، ومن ثم فإن مخالفة قاضي الموضوع للحكم الدستوري مؤداها اعتبار حكمه معدوما لا أثر له، ويشترط لاعتبار حكمه معدوما أن يكون قد تم مخاصمة القاضي لعدم الصلاحية وصدر حكم بقبول دعوى المخاصمة، وذلك عملا بنص المادة 499 من قانون المرافعات.

## المطلب الثاني

### إثارة مسئولية السلطة القضائية

مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية يمكن تأسيسها على الأساس العام للمسئولية للأشخاص العامة والخاصة ألا وهو الخطأ، فينص الدستور في المادة 99 منه على أن تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن لحقه اعتداء أصاب حقوقه وحرياته التي أقرها له القانون أو الدستور، وهذا النص يكرس مبدأ مفاده أن كل خطأ يستتبعه الحصول على تعويض لجبره، فضلا عن أن عدم الإقرار بتلك المسئولية يخلق حالة من إنكار العدالة ويناقض مبدأ خضوع

(1) المحكمة الدستورية العليا: في القضية رقم 1 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2002/4/14، والقضية 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

الدولة للقانون، الذي يفرض تقيد كافة السلطات العامة به ومنها السلطة القضائية.<sup>(1)</sup>

على الرغم من ذلك لا يزال القضاء الإداري المصري يصر على عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية<sup>(2)</sup>، بينما ذهب الفقه إلى أن تقرير المسئولية عن أعمال السلطة القضائية أصبح هو المقابل العادل للتوسع في سلطات القاضي، وأصبحت هذه المسئولية أفضل ضمان في مواجهة انحرافات بعض القضاة وتجاوزاتهم وسوء أداء الوظيفة القضائية، فالنشاط القضائي مثل أي نشاط إنساني يمكن أن يقبل المسئولية<sup>(3)</sup>، وأن تقرير مسئولية الدولة عن السلطة القضائية والاعتراف بها بات أمراً ملحا في ضوء اعتراف العديد من الدساتير في دول العالم به، فضلا عن أن الخطأ القضائي ليس بعيدا في ظل عدد القضايا الضخم الذي ينظرها القاضي في كل جلسة<sup>(4)</sup>؛ خاصة وأن الحجج والأسانيد التي قيل بها لتبرير عدم مسئولية الدولة عن الأعمال القضائية غير مقنعة ولا تبرر عدم مسئوليتها عن هذه الأعمال.<sup>(5)</sup>

ويرى جانب آخر من الفقه أن القضاء يأخذ بفكرة مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ولكن على سبيل الاستثناء من قاعدة عدم المسئولية.<sup>(6)</sup>

وأكدت محكمة النقض على أن "الأصل في التشريع أن القاضي غير خاضع في نطاق عمله للمساءلة القانونية لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله له

---

(1) أ. د. فتحي فكري: التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول. مجلة الدستورية. العدد العشرون. السنة التاسعة. أكتوبر 2011. ص: 63.

(2) راجع المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 5262 لسنة 43 قضائية عليا. جلسة 2000/1/22. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) أ. د. محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري. مسئولية السلطة العامة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2004. الكتاب الثالث. ص: 260 أشار إليه: د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2013. ص: 1025

(4) أ. د. فتحي فكري: التنظيم الدستوري لحق التقاضي... المرجع السابق. ص: 63

(5) انظر في عرض تفصيلي للحجج والرد عليها: أ. محمود سعد عبد المجيد: أصول المسئولية عن الأعمال القضائية. مرجع سابق. ص: 128 وما بعدها، د. محمد رضا النمر: مسئولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2014. ص: 203-214، أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 54 وما بعدها

(6) أ. د. رمزي الشاعر: المسئولية عن أعمال السلطة القضائية. 1997. دون ذكر الناشر. ص: 403-404، أنظر أيضا: د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 1025

القانون وترك له سلطة التقدير فيه ولكن المشرع رأى أن يقرر مسئوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها وحصرها في نطاق ضيق محكم بالنص على أسبابها في المادة 494 من قانون المرافعات وقد وزن المشرع بهذا التشريع بين حق القاضي في توفير الضمانات له فلا يتحسب في قضائه إلا وجه الحق ولا يهتز وجدانه من مظنة النيل منه أو يستنفذ الجهد في الرد على من ظن الجور به وأثر الكيد له، وبين حق المتقاضى في الاطمئنان بأن قاضيه مقيد بالعدل في حكمه فإن جنح عنه لم تغلق الأبواب في وجهه فله أن ينزله منزلة الخصومة يدين بها قضائه ويبطل أثره، وهذا كله يجد حده الطبيعي في أن القضاء ولاية تقدير وأمانة تقرير وأن مجرد الخلاف أو الخطأ لا يسقط بهما منطبق العدل وإنما يسقطه الجور والانحراف في القصد".<sup>(1)</sup>

وأيا ما كان الأمر سواء أصلاً أو استثناءً، فإن ما يهيم الباحث في هذا النطاق هو وجود مبدأ المسئولية عن أعمال السلطة القضائية والتسليم به من جانب أغلبية الفقه، فإذا وجدت المسئولية نشأ حق الضرور في التعويض. لذا نرى أنه من واجب المشرع أن يحسم ذلك الجدل وينظم تشريعاً صريحاً بخصوص تلك المسئولية، "فالمتقاضى يحس بالاطمئنان بان قاضيه مقيد بالعدل في حكمه... فله أن ينزله منزلة الخصومة يدين فيها قضاءه ويبطل أثره".<sup>(2)</sup>

### أولاً: المسئولية المدنية.

أخذ المشرع المصري بقاعدة مسئولية رجال القضاء الشخصية في المواد من 494 إلى 500 من قانون المرافعات بعنوان مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة<sup>(3)</sup>، فحدد المشرع في قانون المرافعات نظام المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، وجعل من دعوى المخاصمة سبيلاً وحيداً لتقرير مسئولية القضاة كما حدد حالات المخاصمة التي هي ذاتها حالات المسئولية في المادة

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 8569 لسنة 66. جلسة 1997/7/8. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019

(2) محكمة النقض في الطعن رقم 1236 لسنة 51 قضائية جلسة 1987/3/29. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 68

494 من قانون المرافعات، وفي حالة الحكم بمخاصمة القاضي حرص  
المشرع على جزاء بطلان تصرفات القاضي وإلزامه بالتعويض.

ويتضح من عجز نص المادة 499 من قانون المرافعات "...وإذا قضت  
بصحة المخاصمة حكمت على القاضي أو عضو النيابة المخاصم ببطلان  
تصرفه وبالتعويضات والمصاريف"، أن القاضي غير الصالح لنظر الدعوى  
يقترف خطأ شخصياً وإلا ما كان المشرع ألزمه بالتعويض.

وعلى ذلك فإن القانون المصري يعترف بمبدأ المسؤولية الشخصية  
للقاضي عن خطئه الشخصي<sup>(1)</sup>، ويبقى التساؤل هنا متى يعد خطأ القاضي  
شخصياً؟

لقد عدد المشرع حالات مخاصمة القاضي التي يترتب عليها إلزامه  
بالتعويض ومن ثم يمكن اعتبار الخطأ المهني الجسيم (وهي الحالة الأولى من  
حالات المخاصمة) خطأ شخصياً.

وكان القضاء الفرنسي يعرف الخطأ الجسيم للقاضي بأنه "الخطأ الذي  
يرتكبه القاضي تحت تأثير ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته اهتماماً عادياً  
وذلك الخطأ يقيم مسؤولية الدولة، وبهذا التعريف يقترب الخطأ الجسيم من كونه  
خطأ شخصياً."<sup>(2)</sup>

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه "الخطأ الفاحش الذي يرتكبه  
القاضي الذي ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(3)</sup>

---

(1) على خلاف ذلك أعتد مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين  
المعقود في ميلانو من 26 أغسطس إلى 6 ديسمبر 1985 مبادئ أساسية بشأن استقلال  
السلطة القضائية كما اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم  
المتحدة 32/40 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985 و146/40 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985،  
ونصت في البند 16 على أن: ينبغي أن يتمتع القضاة بالحصانة الشخصية ضد أي دعاوى  
مدنية بالتعويض النقدي عما يصدر عنهم أثناء ممارسة مهامهم القضائية من أفعال غير  
سليمة أو تقصير، وذلك دون إخلال بأي إجراء تأديبي أو بأي حق في الاستئناف أو في  
الحصول على تعويض من الدولة، وفقاً للقانون الوطني. موقع الأمم المتحدة لحقوق  
الإنسان:

<https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>

(2) أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسئولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20  
(3) محكمة النقض: 1992/2/25 أشار إليه أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية  
للمسئولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20

وبأنه "الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في فاضح ما كان ليتردى فيه لو أنه ألم بالمبادئ القانونية...، وأهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(1)</sup>، وبأنه: الخطأ الفاحش مثل الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون<sup>(2)</sup>

وعرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه "الخطأ الفاحش الذي لا ينبغي أن يتردى فيه القاضي، ولا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتي بحسن نية، فهو يمثل أعلى مدارج الخطأ الذي ينطوي على أقصى درجات الإهمال في أداء الواجب، أي أنه الخطأ الذي يكون ارتكابه نتيجة غلط فاضح أو إهمال مفرط، ما كان القاضي ليقع فيه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي"<sup>(3)</sup>

وباعتبار أن السلطة القضائية صاحبة الاختصاص الأصيل بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها<sup>(4)</sup>، فلا جدال في أن تجاهل القاضي للحكم الدستوري الذي يلغي النص التشريعي ويعدم وجوده وإصراره على تطبيق هذا النص المقضي بعدم دستوريته يشكل إهمالا غير عادي، إذ من المفترض في الكافة علمهم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية وعلمهم كذلك بالحكم الدستوري بعد نشره، فالأولى أن يكون القاضي أول المهتمين بالعلم بالقانون.

وذهب جانب من الفقه على هدى من ذلك إلى أنه إذا وصلت مخالفة الالتزام بتنفيذ الحكم إلى حد تنفيذ القرار الإداري الملغي، وهو ما يعتبر نوعا من الاعتداء المادي، وثبت علم الموظف بإلغاء القرار الإداري فإنه بلا شك يكون قد ارتكب خطأ شخصيا<sup>(5)</sup>، وتأسيسا على ذلك فإن امتناع قاضي الموضوع عن أعمال مقتضى الحكم الدستوري المفترض فيه العلم بعد أن تم نشره بالجريدة الرسمية يرتب مسئوليته الشخصية ويعد خطأ شخصيا ويلزمه بالتعويض.

(1) محكمة النقض: الطعن رقم 2720 لسنة 59 قضائية جلسة 1996/11/24

(2) محكمة النقض: الطعانان رقما 1882 لسنة 35 قضائية جلسة 1992/2/25، و2464 لسنة 34 قضائية جلسة 1990/1/14

(3) المحكمة الدستورية العليا: الدعوى 1 لسنة 30 قضائية مخاصمة. جلسة 2008/8/24. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(4) د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص: 349

(5) د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 610

وسبق أن تعرضنا تفصيلاً في هذا البحث لمسألة اعتبار الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي يشكل خطأ شخصياً يلزم مقترفه بالتعويض، وأوضحنا تفصيلاً في الحديث عن دعوى البطلان أن امتناع القاضي عن تنفيذ الحكم الدستوري يعد خطأ مهنياً جسيماً.

أما عن مسؤولية الدولة عن ذلك الخطأ، فيرى جانب من الفقه أنه ليس كافياً أن تقتصر مسؤولية السلطة القضائية على الاعتراف بالخطأ الشخصي للقضاة وإمكانية التعويض عنه دون إثارة مسؤولية الدولة، وأن نظام المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية في القانون المصري بهذا التصور لا يتفق مع مفهوم حق التقاضي الذي يكفله الدستور المصري<sup>(1)</sup> في المادة 97 من دستور 2014.

وتبرير ذلك يكمن في أن نظام المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية في مصر في حقيقته العملية يشكل عقبة أمام دعوى المخاصمة وأمام حق التقاضي الذي يكفله الدستور وذلك لسببين: أولاً أن حق التقاضي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في 1999/2/6 يفترض ثلاث نقاط: تمكين المتقاضين من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لا تحوله عوائق إجرائية، ويليه أن يلقي حيدة واستقلالاً من القضاء، وينتهي المطاف بحل منصف يمثل التسوية وهذه التسوية هي الفائدة العملية من التقاضي وتندمج في حق التقاضي ولا تنفصل عنه، إلا أن نظام المخاصمة يمكن المتقاضين من النفاذ إلى القضاء ولكن دون الوصول إلى تلك التسوية أو الترضية القضائية في أغلب الأحوال، فلا يكفل للمتقاضين من الناحية الفعلية تقرير مسؤولية القضاة، وأن تحديد المشرع لحالات المخاصمة بما فيها من صعوبة في الإثبات بمثابة إقامة العراقيل في وجه اقتضاء تلك الترضية. وثانياً أن التعريف الذي تتبناه محكمة النقض للخطأ الجسيم يجعل نظام المسؤولية بعيداً عن مساءلة الدولة عن الأداء المعيب لمرفق القضاء ويقصر المسؤولية على القضاة أنفسهم، وهو ما يعد مانعاً ابتداءً من اللجوء إلى القضاء لمقاضاة الدولة وإثارة مسؤوليتها عن أعمالها القضائية، لذا فإن نظام المسؤولية في مصر عن أعمال السلطة القضائية يتعارض مع حق اللجوء إلى القضاء في وجهة نظر هذا الرأي، ويجب أن يكرس المشرع المصري حقوق المواطنين في مواجهة السلطات العامة<sup>(2)</sup>.

(1) أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 19

(2) أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20

لذا عرفت محكمة النقض الفرنسية فيما بعد في 2001/2/23 الخطأ الجسيم للقاضي بأنه "كل تقصير يتميز بكونه واقعة أو مجموعة من الوقائع التي تكشف عدم قدرة مرفق القضاء على القيام بالمهمة الموكولة إليه"، وبذلك التعريف يدخل الخطأ الجسيم تحت نطاق الخطأ الموضوعي المرفقي الذي تسأل عنه الدولة.<sup>(1)</sup>

ويرى جانب من الفقه أن الحكم ببطلان الحكم القضائي أو إلغائه من المحكمة الأعلى يعني أن الحكم وقع خاطئاً وينبغي تعويض المضرور عنه وأن عناصر المسؤولية كلها متوافرة، ويسهم في تعميق تلك الفكرة ما أطررت عليه المحكمة الدستورية العليا في منازعات التنفيذ حيث تنتهي إلى عدم الاعتراف بأحكام النقض أو الإدارية العليا المخالفة لمقتضى الحكم الدستوري.<sup>(2)</sup>

ولا تختلف أحكام المسؤولية المدنية للقاضي في هذا النطاق عن نظيرتها لسواه من الموظفين العموميين، لذا نكتفي بالوقوف عند هذا الحد ونحيل في أحكام تلك المسؤولية لما سبق تفصيله سلفاً بشأن السلطة التنفيذية.

### ثانياً: المسؤولية الجنائية.

اعترفت القوانين بمبدأ المسؤولية الجنائية للقضاة عن أعمالهم القضائية، فنجد أن القانون المصري قرر مسئوليتهم عن جريمة إنكار العدالة في المادتين 121 و122 من قانون العقوبات، كما قرر قانون العقوبات الفرنسي في المادة 27 منه مسؤولية القضاة عن الامتناع عن تطبيق القوانين.<sup>(3)</sup>

ولا نرى ما يمنع من امتداد تلك المسؤولية لغيرها من الجرائم التي تقع من الموظفين العموميين ومنها جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي متى كان التنفيذ منوطاً بالقاضي كما هو الحال في أعمال مقتضى الحكم الصادر بعدم الدستورية على النزاع الموضوعي.

(1) أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20، د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 1048

(2) د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 1105، المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 1 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2002/4/14. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(3) د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010. ص: 119

وعلى الرغم من ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية لا تقوم في مواجهة القضاة، تأسيساً على أن السلطة التنفيذية هي وحدها المسؤولة عن تنفيذ الأحكام القضائية<sup>(1)</sup>، ولكن يرى الباحث أن الأساس الذي قام عليه هذا الرأي لم يضع في اعتباره أن هناك حالات تلتزم فيها السلطة القضائية بتنفيذ الحكم القضائي كحالات وجوب احترامها لحجية الأحكام الأخرى، أو حالات التزامها بتنفيذ مقتضى الحكم الدستوري.

ولا محل كذلك لما ذهب إليه جانب من الفقه من أن القاضي لا يقوم في مواجهته جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية باعتباره لا يعد موظفاً عاماً<sup>(2)</sup>، فذلك القول يسهل دحضه دون الحاجة إلى الخوض في تحليلات فقهية -في مفهوم الموظف العام ومدى انطباقه على القاضي- نصل بها إلى عكس تلك النتيجة، وذلك بأن لفظ "القاضي" ورد صراحة تحت الباب الخامس من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المعنون "تجاوز الموظفين حدود وظائفهم" في المادة 121 و 122 ضمن الجرائم التي تعد تجاوز من الموظفين مما يعد اعترافاً من المشرع بأن وصف الموظف العام يستغرق القاضي وإلا ما كان أورد ما يقع منه من جرائم تحت هذا الباب.

بالإضافة إلى أن الفقه بات مستقراً على أن القاضي يعد موظفاً عاماً يشغل وظيفة عامة وتسري في مواجهته أحكامها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون السلطة القضائية أو يتعارض مع طبيعة عمله<sup>(3)</sup>.

وتبعاً لذلك -في نظر الباحث- لا تختلف كثيراً أحكام إثارة المسؤولية الجنائية للقضاة حال امتناعهم عن إعمال مقتضى الحكم القضائي عن نظيرتها لموظفي السلطة التنفيذية، فكلاهما تحكمه المادة 123 من قانون العقوبات والتي سبق تفصيل أحكامها بما لا داعي معه للتعرض لها من جديد.

إلا أن ما يحد من فاعلية هذه الوسيلة هنا بالإضافة إلى الأسباب التي سبق تفصيلها في إثارة المسؤولية الجنائية لموظف السلطة التنفيذية، هو الحصانة القضائية التي يتمتع بها القاضي الممتنع عن التنفيذ والمصر على تطبيق النص

(1) أ. د. سامي جمال الدين: الطعون الانتخابية البرلمانية. مرجع سابق. ص: 163

(2) أنظر في ذلك: أ. د. سامي جمال الدين: الطعون الانتخابية البرلمانية. مرجع سابق. ص:

163

(3) أنظر في ذلك على سبيل المثال: د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 9-16، أ.

د. أسامة أحمد شوقي المليجي: المرجع السابق. ص: 64

المقضي بعدم دستوريته، ذلك أن إجراءات رفع الحصانة وما قد تصطدم به من عقبات يزيد الأمر تعقيدا.

### ثالثا: المسؤولية التأديبية.

لم يحدد المشرع تعريفا للجريمة التأديبية للقضاة، مكتفيا بالنص على أهم الواجبات التي تقع على عاتق القاضي ويلتزم بعدم الخروج عليها<sup>(1)</sup>، كما نص في عموم اللفظ على المقصود بالجرائم التأديبية للوظف العام والتي تشمل القضاة وجميع وموظفي الدولة.<sup>(2)</sup>

فنص في المادة 58 من قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 على أن "كل موظف يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازى تأديبياً..."

والمسئولية التأديبية للموظف هي ما يمكن أن يتعرض له الموظف بسبب ما يرتكبه من أخطاء تنطوي على معنى الإخلال بحسن سير العمل الوظيفي أو انتظامه.<sup>(3)</sup>

والمخالفة التأديبية هي الخروج عن مقتضى الواجب أو المهنة أو الإخلال بأمانة الوظيفة<sup>(4)</sup>، ولم يحدد المشرع المصري المخالفات التأديبية على سبيل الحصر سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للموظف العام بصفة عامة، بينما أورد في قانون السلطة القضائية تعدادا لبعض المخالفات على سبيل المثال من خلال إدراج مجموعة من الواجبات التي تقع على القاضي في قانون السلطة القضائية شأنه شأن الموظف العام<sup>(5)</sup> يتعين عليه الالتزام بها وإلا وقع في مخالفة تأديبية.

(1) يراجع في ذلك قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 في المواد من 71 حتى 77.

(2) د. محمد ضياء محمد محمد رفاعي: المسؤولية التأديبية للقضاة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة المنوفية. 2011. ص: 182

(3) أ. د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني: الجريمة التأديبية وعلاقتها بالجريمة الجنائية. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2007. ص: 38 أشار إليه د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 17

(4) د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 10

(5) ذات المعنى: المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 729 لسنة 35 قضائية عليا. جلسة 1991/1/19. أشار إليه د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 99

فالمشرع في المخالفات التأديبية لم يتبع قاعدة لا جريمة إلا بنص، بينما اقتصر على تحديد العقوبات التي يمكن توقيعها سواء على الموظف العام بوجه عام أو على القاضي بصفة خاصة؛ ذلك أن تلك القاعدة يصعب إعمالها في مجال المجال التأديبي إذ يصعب تحديد دقيق أو وضع قائمة بالواجبات والمحظورات على القضاة على سبيل الحصر.<sup>(1)</sup>

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا على ذلك بقولها "الأفعال المكونة للذنب الإداري ليست محددة على سبيل الحصر، وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها".<sup>(2)</sup>

وعلى ضوء ذلك وباعتبار أن القاضي موظف عام، فيمكن الاستهداء بأحكام القوانين التي تنظم شئون الوظيفة العامة للعاملين بالدولة وسحبها على القضاة فيما لا يتعارض مع قانون السلطة القضائية. إذ هناك بعض الالتزامات والواجبات التي ترتبط وثيقا بالتنظيم القانوني للدولة ولا يمكن أن تنفصل عن علاقة القاضي بمرفق القضاء، فهي التزامات أساسية لا يسوغ الإفلات منها بذريعة أنها لم ترد ضمن قانون السلطة القضائية.

فمصادر التزام القاضي بالقيام بواجبات وظيفته طبقا للقانون كثيرة، ومنها العلاقة التنظيمية بينه وبين الدولة التي توجب عليه احترام القوانين المنظمة لعمله، والقسم الذي أقسمه على أن يحترم القانون، ووجوده في مجتمع معين والتزامه باحترام قوانينه ومباشرة نشاطه طبقا للقانون.<sup>(3)</sup>

وعلى ضوء ما تقدم يعرف الفقه المخالفة التأديبية للقاضي بأنها كل عمل أو امتناع عن عمل يرتكبه أحد القضاة ويتضمن الإخلال بواجبات الوظيفة القضائية<sup>(4)</sup>، وبأنها كل تصرف يصدر من القاضي يشكل خروجاً عن واجبات وظيفته سواء كان داخل نطاق هذه الوظيفة أو خارجها<sup>(5)</sup>، وبأنها كل ما يصدر عن القاضي داخل العمل أو خارجه من تصرفات إيجابية كانت أو سلبية من شأنها أن تشكل خروجاً على مقتضيات وواجبات وظيفته القضائية<sup>(6)</sup>.

(1) أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: المرجع السابق، ص: 60

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 729 لسنة 35 قضائية عليا. جلسة 1991/1/19.

أشار إليه د. عابد بوفراج بويكر: المرجع السابق، ص: 14

(3) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق، ص: 761

(4) د. محمد ضياء محمد محمد رفاعي: المرجع السابق، ص: 187

(5) أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: المرجع السابق، ص: 67

(6) د. محمد ضياء محمد محمد رفاعي: المرجع السابق، ص: 188

وبأنها كل ما من شأنه أن يشكل إخلالا بالواجب الوظيفي لمهنة القضاء بصورة إيجابية كانت أو سلبية<sup>(1)</sup>، وبأنه كل فعل أو امتناع يأتيه القاضي ويتعارض مع واجبات وظيفته ومقتضيات عمله<sup>(2)</sup>

ويعرف في فرنسا بأنه كل نقص في أداء الواجب بشرف وذمة ولباقة ولطف أو بعزة نفس وكرامة، وكل ما من شأنه الإخلال بأدبيات المهنة وحفظ أسرارها<sup>(3)</sup>

فتتعدد التعريفات الفقهية للمخالفة التأديبية للقاضي ولكن جميعها تدور في فلك إخلاله بواجبات وظيفته، ومن ثم بات متعينا الوقوف على تلك الواجبات حتى يتسنى تحديد مسؤوليته.

وانطلاقا من هذه المعطيات فالقاضي من واجبات وظيفته القضائية - بطبيعة الحال- العلم بالقانون<sup>(4)</sup> والعلم بالحكم الدستوري الذي يؤثر على وجود ذلك القانون، خاصة وقد توافرت في ذلك الحكم وسيلة العلم المفترض وهي النشر في الجريدة الرسمية شأنه شأن القوانين، وواجب العلم بالقانون يستتبع التزام القاضي أن يطبقه ويعمل في إطاره.

فالقضاء علم يستلزم لامتهانه المعرفة المتعمقة بأصول القانون وكلياته، ثم الإحاطة بمختلف التشريعات التي يطبقها القاضي، ثم الوقوف على آراء الفقهاء وسوابق تطبيق القضاء لها<sup>(5)</sup>

ويستمد القاضي الالتزام بأداء عمله طبقا للقانون من القسم الذي يقسمه على أن يحترم القوانين، وعليه احترام القوانين عند إصدار الأحكام وتسببها<sup>(6)</sup>؛ والمعيار المعول عليه في تحديد الخطأ المستوجب التأديب يعتمد

(1) د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 250

(2) د. حسن السيد بسيوني: قضاء النقض الإداري. دون ذكر الناشر 1993. ص: 311 أشار إليه أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: المرجع السابق. ص: 66

(3) G Wenola Kerbaol, la responsabilite des magistrates, Depot legal – 1 re edition, 2006, no.2, P.P. 43,44

أشار إليه د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 92

(4) أنظر في ذلك: د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 785 وما بعدها

(5) د. عبد الفتاح مراد: رسالة دكتوراة. المرجع السابق. ص: 768

(6) أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: المرجع السابق. ص: 64

على طبيعة الاختصاصات المعهود بها إلى الموظف، فإذا كانت الاختصاصات مقيدة فإن أي خروج عليها يشكل مخالفة تأديبية.<sup>(1)</sup>

فضلا عن أن معيار الخطأ التأديبي بالنسبة لرجال القضاء يتعلق بالتزامه بواجباته المهنية بعناية الرجل الحريص، بحيث تكون النتيجة التي انتهى إليها في قراراته منسجمة مع الواقع والقانون غير مجاف للقواعد والمبادئ القانونية.<sup>(2)</sup>

ومن ثم إذا كان القاضي مقيدا في قضائه بحجية الأحكام التي تسري على النزاع ومقيدا قانونا ودستوريا بالحكم الدستوري بصفة خاصة ولو لم يكن متفقا من وجهة نظره مع مقتضى هذا الحكم، فإن أي مخالفة لهذا الحكم تشكل مخالفة لمقتضيات واجبه في احترام القانون وتثيير مسؤوليته التأديبية تبعاً لذلك. إذ تنعدم سلطته التقديرية في تقييم الحكم الدستوري أو في العمل به من عدمه ويقتصر تقديره على تطبيق القانون على النزاع ووزن واقعات الدعوى التي ينظرها في ضوء ما انتهى إليه الحكم الدستوري.

ولا تختلف قواعد المسؤولية التأديبية للقضاة كثيرا عن نظيرتها للموظف العام بصفة عامة، ويكاد يقتصر ذلك الاختلاف على إجراءات تلك المساءلة إذ يتولاها التقديش القضائي ومجلس التأديب بدلا من السلطات الرئاسية أو النيابة الإدارية والمحكمة التأديبية للموظف العام عموما، لذا نكتفي هنا بتوضيح أساس هذه المسؤولية وصلاحياتها كوسيلة للحد من تجاوز القاضي وإهداره للحكم الدستوري ونحيل في أحكام المسؤولية التأديبية وضوابطها لما سبق تفصيله في هذا البحث عند الحديث عنها في مواجهة السلطة التنفيذية.

### المطلب الثالث

#### توجيه الأوامر

سبق أن أوضحنا أن الحكم القضائي لا يعدو أن يكون أمرا يوجهه مصدره إلى المعني بالتنفيذ إما للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، وأن بين الحكم

(1) أنظر في هذا المعنى: المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1487 لسنة 7 قضائية عليا. جلسة 1965/5/8. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) د. عابد بوفراج بوبكر: المرجع السابق. ص: 98

والأمر بتنفيذه صلة وثيقة حدث بالبعض إلى تشبيهها بالتمثيل بين الشيء وظله.<sup>(1)</sup>

وتعرضنا لنظام توجيه الأوامر للإدارة سواء من القاضي الدستوري أو جهات القضاء الأخرى لتنفيذ مقتضى الحكم الدستوري وأوضحنا أن تلك الأوامر عبارة عن توجيهات للجهة المسؤولة عن التنفيذ أو توضيح للإجراءات التي يتعين عليها اتخاذها للتنفيذ.

وإن كان هذا الطريق ليس من المعتاد استخدامه في مواجهة السلطة القضائية إلا أن الباحث يرى أن المحكمة الدستورية العليا تباشره بالفعل كثيراً ولكن بمسمى آخر، وهو اختصاصها بنظر منازعات تنفيذ أحكامها، فغالبا ما تذلل المحكمة العقبة التي تحول دون تنفيذ أحكامها بأن تعدها وتجعلها كأن لم تكن ولو كانت حكما قضائيا، وتوجه أمرا للسلطة المختصة بالتنفيذ ولو كانت إحدى المحاكم، لتلزمها بالمضي في تنفيذ الحكم الدستوري وبعدم الاعتداد بما يعطل تنفيذه.<sup>(2)</sup>

كما أن القاضي الدستوري أحيانا يحاول توضيح طريقة تنفيذ أحكامه في حيثيات حكمه تسهيلات للجهات المعنية بالتنفيذ.<sup>(3)</sup>

ومن ذلك قضاؤها بأن "قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور أو مخالفتها إما أن يكون كاشفاً عن صحتها منذ صدورهما أو مقررراً لبطانتهما وملغياً قوة نفاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها. وهو بذلك يعتبر محددأ وبصفة نهائية - للقاعدة القانونية

---

(1) WEIL (P.): Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Thèse. Paris. Pendone, 1952. P. 60

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 26  
(2) أنظر أمثلة على توجيه تلك الأوامر: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 10 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/9/5، ورقم 24 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/8/1، ورقم 7 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2014/10/12، والقضية رقم 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4، والقضية رقم 15 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2005/4/10، والقضية رقم 6 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/9/5، والقضية رقم 28 لسنة 37 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2016/6/4. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق

(3) انظر مثال لذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية دستورية. جلسة 1990/5/19، والقضية رقم 20 لسنة 34 قضائية دستورية. جلسة 2012/6/14، والقضية رقم 92 لسنة 21 قضائية دستورية. جلسة 2001/1/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

اللازمة للفصل في النزاع الموضوعي والتي يتعين على محكمة الموضوع أن تطبقها - دون تعديل في مضمونها - على العناصر الواقعية التي حصلت لها وليس ذلك إلا إنفاذاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا والتزاماً بأبعاده وإعمال أثره على الناس كافة دون تمييز وبإخضاع الدولة لمضمونه دون قيد".<sup>(1)</sup>

وبأنه "فاذا أعاق انسيابه (الحكم الدستوري) أي عارض، ولو كان تشريعاً أو حكماً قضائياً؛ جاز لهذه المحكمة التدخل لا لإعمال هذا الأثر بنفسها، وإنما لترفع من طريقه ذلك العارض، وسبيلها إلى ذلك - تعيينها عليه سلطات الدولة كل في مجال اختصاصها - الأمر بالمضي في تنفيذ الحكم بعدم الدستورية".<sup>(2)</sup>

فالمحكمة لم تميز بين سلطات الدولة المختلفة التي ستوجه لها الأمر بالمضي في التنفيذ، فضلاً عن أن الباحث لا يجد ما يمنع قانوناً من تنبيه محكمة الموضوع لضرورة التزامها بالحكم الدستوري، ولا يعد ذلك من قبيل التدخل في قضائها، إذ أن الأمر يقتصر على أن تضع في اعتبارها الحكم الدستوري وإعمال أثره إن كان له مقتض، دون التمادي للإملاء عليها بما تقضي وبما لا تقضي.

### المبحث الثالث

#### أساليب تقييد السلطة التشريعية بالأحكام الدستورية

السلطة التشريعية يتولاها البرلمان وتتمثل وظيفتها الأصلية في وضع التشريعات التي تحكم في مختلف أنواع الأنشطة ذات الأهمية في الدولة سواء تعلقت هذه الأنشطة بالأفراد أم بهيئات الدولة المختلفة، كما تقوم هذه السلطة بممارسة نوع من الرقابة على أجهزة الدولة التنفيذية بصورة أو بأخرى حسب نوع النظام السياسي المطبق<sup>(3)</sup>، ويقصد بالتشريع القواعد العامة المجردة التي تخضع لها الجماعة<sup>(4)</sup> ووظيفة التشريع يقصد بها وضع القواعد العامة الملزمة

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 7 لسنة 14 قضائية منازعة تنفيذ. 1993/6/19.

موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة

2001/8/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019

(3) أ. د. ماجد راغب الحلو: المرجع السابق. ص: 227

(4) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في نظم الحكم والإدارة. مرجع سابق. ص: 92

للأفراد، ويكون ذلك عن طريق اقتراح القوانين وإقرارها، بحيث لا يصدر تشريع إلا إذا أقرته السلطة التشريعية.<sup>(1)</sup>

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية في سن التشريعات المناسبة سواء من ناحية اختيار ملاءمة موضوع التشريع أو مدى حاجة المجتمع إليه وتوقيت سنه، أو من ناحية القواعد والاحكام التي يتضمنها التشريع وكيفية تنظيمه للمسألة، إلا أنه تلك السلطة تقيدها في بعض الأحيان أحكام الدستور، ويبرز ذلك في حالات عدة أهمها عندما يكلف الدستور السلطة التشريعية بتنظيم مسألة معينة، أو عندما يتولى المشرع تنظيم احكام مسألة معينة بصورة قاصرة غير مكتملة تنطوي على مخالفة دستورية.

وتلك المسألة تتضح من خلال حالتها الاغفال التشريعي أو الامتناع التشريعي<sup>(2)</sup>، ويبرز إلزام السلطة التشريعية بتنفيذ مقتضى الحكم الدستوري في حالة أن يكون الحكم كشف عن أو أدى إلى فراغ تشريعي يستلزم تدخل من المشرع لسد هذا الفراغ بناء على نص دستوري، إذ أن تراخي المشرع عن ملئ هذا الفراغ في هذه الحالة يعد اغفال أو امتناع تشريعي بحسب الأحوال.

ومن أمثلة إلزام السلطة التشريعية بالحكم الدستوري هو الالتزام بالامتناع عن إعادة سن تشريع يتضمن ذات المبادئ التي سبق أن قضى بعدم دستوريتها، وهو ما يعرف بالتحايل التشريعي على حد تعبير المحكمة الدستورية العليا بقولها "وحيث إن منازعات التنفيذ تتعدد صورها وتتنوع تطبيقاتها وإن كان جميعها أنها تطرح عوائق التنفيذ سواء كانت معطلة له أو مقيدة مدها، ويندرج ضمن هذه المنازعات أن يتبنى المشرع بتشريع جديد ذات أحكام نص تشريعي سبق لهذه المحكمة القضاء بعدم دستوريته... إذ لا يعدو أن يكون ذلك تحايلاً على أحكام الشرعية الدستورية، ومن ثم يعتبر هذا التشريع الجديد أو ما يصدر من قرارات تنفيذاً له عقبه من عقبات التنفيذ، ويجوز لهذه المحكمة عندئذ أن تعمل ما خولته إياها المادة 27 من قانونها من التصدي لدستورية النص الجديد الذي عرض لها بمناسبة

(1) أ. د. رأفت دسوقي: هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2006. ص: 5 أشار إليه: د. نايف خالد نايف المطيري: المرجع السابق. ص:

(2) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 44، 45، 136

نظرها منازعة التنفيذ المطروحة عليها لاتصاله بها، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية<sup>(1)</sup>.

ويمكن إيجاز ما تقدم في أن الحكم الدستوري يرتب علي عاتق السلطة التشريعية نوعين من الالتزامات لتنفيذه أحدهما إيجابي والآخر سلبي، ويتمثل الالتزام الإيجابي بالأساس في وجوب مبادرة السلطة التشريعية لإلغاء أو تعديل النصوص المحكوم بعدم دستورتيتها أو التدخل بسن تشريع معين، ويتمثل الالتزام السلبي في امتناع المشرع عن إعادة إصدار النص المحكوم بعدم دستوريته أو تضمينه في نصوص أخرى، بما يفرغ الحكم الدستوري من مضمونه، ويتناقض مع أسبابه ومنطوقه.

والقاعدة أن السلطة التشريعية تقوم بتنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية طواعية، ولا مناص من التسليم بأن لحسن نيتها الدور الأكبر في هذا المجال إذ لا توجد سلطة أو وسيلة تستطيع إجبارها على تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا بالقوة<sup>(2)</sup>.

ولما كان دور السلطة التشريعية في تنفيذ الحكم الدستوري يدور في مضمار سن تشريع يتفق مع هذا الحكم إما تعديلا لتشريع سابق أو إلغاء له أو تقريراً لنص جديد، وذلك في الحالات التي يكون عليها واجب من الدستور بهذا التدخل، فإن طبيعة التزام المشرع تذكرنا بالتزام جهة الإدارة بالتدخل لإصدار قرارها الفردي تنفيذاً لحكم الإلغاء سواء الإداري أو الدستوري، باعتبار أن كلا السلطتين تباشر عملاً تشريعياً في هذه الحالة. وعلى هدى من ذلك ثارت الفكرة لدى الباحث في تناول سبل وضمانات التنفيذ ذاتها التي تصلح في مواجهة السلطة التنفيذية بما يتفق مع طبيعة السلطة التشريعية وأعضائها.

فأما عن أساليب التهديد المالي وتوجيهه أوامر للمشرع، فلا نجد أن هناك ما يمنع من استخدامها في مواجهة المشرع من الناحية النظرية، فسبق أن أشرنا إلى أن أسلوب التهديد المالي بالغرامة التهديدية لم يقصره المشرع على مدين معين أو نوع محدد من الالتزامات.

كما سبق أن بينا أن نظام توجيه الأوامر لا تتوانى المحكمة الدستورية العليا عن استخدامه دوماً ولكن في صورة مستترة إما وراء نظام منازعات

(1) المحكمة الدستورية العليا: رقم 5 لسنة 22 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(2) أ. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية... مرجع سابق. ص: 420

التنفيذ أو عند تسبب أحكامها بالباسه ثوب توضيح للإجراءات التي يتعين على السلطة المختصة بالتنفيذ اتخاذها لتنفيذ الحكم الدستوري ولم تفرق في توجيهاتها بين سلطة وأخرى.<sup>(1)</sup>

وأما دعوى التفسير واستفتاء القسم الاستشاري في مجلس الدولة فلا نجد ما يحول قانونا دون لجوء السلطة التشريعية لأي منهما لطلب المساعدة في تحديد ما يقتضيه تنفيذ الحكم الدستوري، ولكن دعوى التفسير قد يعترضها ضرورة وجود نزاع مثار أمام محكمة الموضوع يكون المشرع هو أحد أطرافه إذ سبق أن أوضحنا أن إقامة دعوى التفسير لا تقام مباشرة من ذوي المصلحة بل يتعين أن تصرح بها محكمة الموضوع إلا إذا كان ذو المصلحة طرفا في الدعوى الدستورية الأصلية التي يطلب تفسير الحكم الصادر فيها.<sup>(2)</sup>

وفيما يتعلق بنظام منازعات التنفيذ فاستقرت المحكمة الدستورية على أن أي تشريع لاحق على الحكم الدستوري ويناقض مقتضاه يعد عقبة من عقبات تنفيذ هذا الحكم ويصلح سببا لإقامة منازعة في التنفيذ<sup>(3)</sup>، بشرط أن يكون تدخل المحكمة لإزالة هذا العائق هو السبيل الوحيد للمضي في تنفيذ الحكم الدستوري<sup>(4)</sup> فبصدور الحكم في منازعة التنفيذ بعدم الاعتداد بالتشريع الجديد يغدو ذلك التشريع معدوما ويتعين على جميع سلطات الدولة الامتناع عن

---

(1) أنظر في ذلك: المحكمة الدستورية العليا: القضايا رقم 10 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/9/5، ورقم 24 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/8/1، ورقم 7 لسنة 36 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2014/10/12، ورقم 193 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 2000/5/6، ورقم 9 لسنة 16 قضائية دستورية. جلسة 1995/8/5، ورقم 92 لسنة 21 قضائية دستورية. جلسة 2001/1/6، ورقم 84 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 1999/11/6، ورقم 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4، ورقم 15 لسنة 23 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2005/4/10. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) يراجع المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 1988/6/19. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق، د. عاطف سالم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص: 278

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية 3 لسنة 21 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2001/8/4. القضية رقم 4 لسنة 35 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2015/4/11. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 47 لسنة 38 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14، أيضا حكمها في القضية رقم 18 لسنة 38 منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14، القضية رقم 14 لسنة 37 قضائية منازعة تنفيذ. جلسة 2017/10/14. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

تنفيذه، ويبدو أن المشكلة الأكبر ليست في حالة إقرار قانون يناقض الحكم الدستوري بينما تتفاقم الأزمة في حالة الامتناع عن سن قانون يتعين على المشرع إقراره.

وإذا كانت الضمانات السابق ذكرها لم يسبق استخدامها بشكل صريح في الواقع العملي، فإن الباحث يرى أن هدف البحث هو استعراض الأفكار المثارة في ذهنه أو ربما خلق إحداها وتأسيس هذه الأفكار في إطار قانوني ودستوري لعلها تحث المشرع على تقنينها بشكل صريح أو تستنهض قاضيا لإقرارها كمبدأ وسابقة قضائية، لذا فلا نجد ما يمنع من توجيه نظرة جادة لهذه السبل – على الرغم من العيوب وأوجه القصور في كل منها- ولكنها سبل ووسائل تسهم وتتكاتف معا وربما تقدم حلا لجزء من مشكلة الامتناع عن تنفيذ الحكم.

وفضلا عن تلك السبل فإن الباحث يرى أن هناك ضمانات أخرى خصها النظام القانوني لمواجهة أعمال السلطة التشريعية تحديدا ويمكن تطويعها سبيلا يلجأ إليه عند امتناعها عن تنفيذ الحكم الدستوري، وهو ما سننتاوله فيما يلي مع التعرض لمسئولية السلطة التشريعية عن هذا الامتناع بقدر من التفصيل.

ومن يرى الباحث تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تدخل السلطة التنفيذية لضمان الالتزام التشريعي بالحكم الدستوري.

المطلب الثاني: إثارة مسؤولية السلطة التشريعية.

المطلب الثالث: إصدار أمر للمشرع.

## المطلب الأول

### تدخل السلطة التنفيذية لضمان تنفيذ الحكم الدستوري

أولا: حق السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين

نصت المادة 1/122 من دستور 2014 على أن "الرئيس الجمهورية، ولمجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين".

ثم جاءت ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها على أن "وكل مشروع قانون أو اقتراح بقانون رفضه المجلس، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه"

وتعد وسيلة اقتراح القوانين من الحكومة أكثر فاعلية وسرعة من اقتراحه من عضو البرلمان حتى يتم تمرير القانون كما تزيد من احتمالية إقراره من مجلس النواب، وذلك نظرا إلى أن مشروعات القوانين التي تقدمها الحكومة لا تقدم إلا بعد دراستها دراسة متخصصة من جهات فنية عديدة الأمر الذي يستوجب إحالتها مباشرة إلى اللجان المختصة بمجلس النواب دون تطلب أي إجراءات مسبقة تعطل دراستها ومناقشتها<sup>(1)</sup>، وذلك على عكس الاقتراح المقدم من أعضاء البرلمان.

فضلا عن أن الواقع العملي جرى على عدم الاهتمام باقتراحات النواب إلا إذا قدمت الحكومة مشروعا يعالج ذات الموضوع وأن بعض النواب لا يضعون المبادرات التشريعية في أولوية اهتماماتهم، ففي إحدى الدراسات المسحية أجاب 90,7% من أعضاء العينة أن المهمة الأساسية لاقتراح القوانين تقع على عاتق الحكومة.<sup>(2)</sup>

لذا يمكن اعتبار هذا الطريق وسيلة هامة لحث السلطة التشريعية وتنبيهها لإقرار القانون الذي يفرض عليه الدستور إقراره.

وهنا نشور مسألة كيفية إلزام السلطة التنفيذية بتقديم ذلك الاقتراح؟ إذ أنه في ظل وضوح النص الدستوري المنظم لتلك المسألة لا نجد إجبارا على تقديم ذلك الاقتراح وإنما يدخل في مطلق سلطتها التقديرية، فلا يمكن اعتبار سكوتها عن تقديمه قرارا سلبيا يصلح محلا لدعوى الإلغاء، ومن هنا يرى الباحث أنه من الملائم تعديل ذلك النص ليفرض التزاما على السلطة التنفيذية بتقديم ذلك الاقتراح متى تعلق الأمر بتشريع يقتضي الحكم الدستوري سنه، بحيث يشكل سكوتها قرارا سلبيا وبذلك تتحقق ضمانة مضاعفة إحداها من السلطة القضائية عندما يُطعن على قرارها السلبى هذا بالإلغاء والثانية من حرص السلطة التنفيذية على تقديم المقترح من تلقاء نفسها.

وكذلك نقترح إضافة جملة: إلا إذا تعلق بتنفيذ حكم دستوري، في نهاية الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها لتكون كالتالي: "وكل مشروع قانون أو اقتراح

(1) أ.د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري دستور سنة 1971. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1980. ص: 242

(2) أ.د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر. القاهرة. شركة ناس للطباعة. 2004/2003. ص: 369

بقانون رفضه المجلس، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه، إلا إذا تعلق بتنفيذ حكم دستوري"

خاصة وأنه ليس هناك حكمة واضحة من اشتراط تجديد الاقتراحات بمشروعات القوانين في دور الانعقاد التالي.(1)

**ويعيب هذه الوسيلة أمران،** فمن ناحية أنها مجرد اقتراح لا يتضمن أي إلزام للمشرع لوضع هذا الاقتراح موضع التنفيذ، ومن ناحية ثانية أنه ليس هناك دافع أو وسيلة فعالة تستنهض الحكومة لاقتراح التشريع خاصة لو كان تنفيذ الحكم بعدم الدستورية يعود بالمصلحة على أحد الأفراد ويعود بخسارة على الحكومة، فلن تلجأ الحكومة من تلقاء نفسها لاقتراح التشريع إلا إذا كان لها مصلحة من ورائه كما لا يملك الأفراد أي وسيلة لإرغام الحكومة أو الالتماس منها تقديم ذلك الاقتراح.

### ثانياً: سلطة حل البرلمان

نصت المادة 137 من دستور 2014 على أن "لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس النواب إلا عند الضرورة، وبقرار مسبب، وبعد استفتاء الشعب، ولا يجوز حل المجلس لذات السبب الذي حل من أجله المجلس السابق.

ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس، وإجراء الاستفتاء على الحل خلال عشرين يوماً على الأكثر، فإذا وافق المشاركون في الاستفتاء بأغلبية الأصوات الصحيحة، أصدر رئيس الجمهورية قرار الحل، ودعا إلى انتخابات جديدة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ صدور القرار..."

تعد سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان من أهم وسائل رقابة السلطة التنفيذية على أعمال السلطة التشريعية، وتتعدد أسباب تدخل رئيس الدولة لاتخاذ إجراءات حل البرلمان متى وجد هناك ضرورة لذلك، ولا يتولى هذا القرار من تلقاء نفسه بينما يتعين أن يخضع لإرادة الشعب نظراً لخطورة الإجراء.

ويرى الباحث أن امتناع المشرع عن الالتزام بالحكم الدستوري إيجاباً أو سلباً يعد من أخطر صور الخطأ من جانبه، إذ يتعين عليه كسواه من سلطات

(1) أ. د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني... المرجع السابق. ص: 370

الدولة أن يتقيد بأحكام القضاء وخاصة القضاء الدستوري، لذا فإن حالة تحديه لهذا القضاء تستوجب توجيه أشد الإجراءات نحوه لعله يتنبه إلى خطورة سلوكه بالامتناع، فلا ضرورة في نظرنا تفوق ضرورة التدخل للحد من إهمال تنفيذ أحكام القضاء الدستوري.

ونرى أنها وسيلة جيدة للضغط على البرلمان لإقرار القوانين وفقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا، لكن يعترها ذات العيوب السابقة، وهي أنه لا إلزام على رئيس الدولة لاتخاذ هذا الإجراء فلن يقدم عليه خاصة لو كان تنفيذ الحكم وإقرار هذا القانون ليس في صالح الحكومة.

### ثالثاً حق الاعتراض على القانون

نصت المادة 123 من دستور 2014 على أن "الرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها. وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب، رده إليه خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر. وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس، وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه، اعتبر قانوناً وأصدر"

وسلطة اعتراض رئيس الجمهورية على القانون الذي قرره البرلمان لا تعد سلطة تشريعية<sup>(1)</sup>، ويستخدم رئيس الدولة ذلك الحق لأسباب سياسية كعدم الملاءمة أو أسباب قانونية كعدم دستورية القانون.<sup>(2)</sup>

ولا تختلف هذه الوسيلة عن سابقتها من حيث المثالب التي قد تعطل من فاعليتها، فليس هناك ضمانات حقيقية تكفل تدخل رئيس الدولة لإبداء ذلك الاعتراض، ويضاف إلى ذلك أن اعتراضه لن يكون فعالاً بدرجة كبيرة إذ رغم ذلك الاعتراض يستطيع البرلمان أن يمضي في إقرار القانون المخالف للحكم الدستوري ولكن بأغلبية خاصة.

(1) أ. د. سعد عصفور: المرجع السابق. ص: 165

(2) أ. د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني... مرجع سابق. ص: 383

## المطلب الثاني إثارة مسؤولية السلطة التشريعية

يمكن تصنيف الأعمال التي يباشرها البرلمان إلى أعمال تشريعية وهي وظيفة سن القوانين، وأعمال برلمانية مثل القرارات والاقتراحات والإجراءات الداخلية والتصرفات التي يجب عرضها عليه وفقاً للدستور لأهميتها وحقوق وواجبات الأعضاء والنظام الداخلي للمجلس. فالطائفة الأولى لا تخضع لرقابة القضاء الإداري بينما تخضع الثانية لدعوى الإلغاء<sup>(1)</sup>، وكان الفقه الفرنسي مستقر على عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية فلا تخضع لرقابة القضاء ولا يتم تعويض المضرور في حالة مخالفة الأعمال البرلمانية للقانون والسبب في ذلك كان سبب تاريخي خاص بفرنسا وحدها.<sup>(2)</sup>

فإذا كان الأصل هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية إلا أن أعضاء البرلمان كسائر البشر معرضون للخطأ كما أن المسؤولية يمكن أن تقوم - وبخاصة في القانون العام - على أساس الخطر لا الخطأ، وتطبيقاً لفكرة التعويض على أساس مبدأ مساواة الأفراد أمام التكليف العامة، أخذ القضاء في بعض الحالات بمسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية<sup>(3)</sup>، وهو ما يمكن التوسع فيه ليشمل حالات تعطيل تنفيذ الأحكام بسبب تدخل المشرع فيستحق المستفيد من الحكم الذي تعطل تنفيذه تعويض.<sup>(4)</sup>

وفي نطاق الحديث عن المسؤولية فإنها لا تخرج عن صور أربع وهي المسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية والمسؤولية المدنية والمسؤولية السياسية، وهو ما نعرضه في إيجاز لنرى مدى إمكانية إثارتها في مجال الامتناع عن تنفيذ الحكم الدستوري.

(1) أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. مرجع سابق. ص: 130  
(2) أ. د. مصطفى أبو زيد: الوجيز في النظام الدستوري المصري. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2006. ص: 239 وما بعدها.

(3) أ. د. عثمان خليل عثمان: القانون الإداري. الكتاب الثاني. مجلس الدولة. القاهرة. دار الفكر العربي. الطبعة الثانية 1951. ص: 65 وما بعدها أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 427

(4) يؤيد هذا الرأي: د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص: 427

## أولاً: المسؤولية المدنية (التعويض)

### 1- الجدل القانوني حول المسؤولية المدنية للسلطة التشريعية: (1)

المبدأ المستقر عليه منذ القدم في هذا الخصوص هو عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار التي يحدثها العمل التشريعي، والحجة في تبرير هذه العصمة أو الحصانة تركز على طبيعة هذا العمل العامة المجردة، التي تجعله محققاً لمبدأ المساواة فلا يتجه مضمونه إلى مس مصلحة فردية والإضرار بها نفعاً للغير.

وقيل في الاستدلال على هذا المبدأ بعدة حجج حاصلها هو مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحول دون تدخل القضاء في عمل المشرع ومن ثم تقرير مسؤولية الدولة عن عمل السلطة التشريعية، ومبدأ السيادة الوطنية التي لا يمكن أن تحاسب على أعمالها أي سلطة أخرى باعتبار أن المنتخب من الشعب، وقرينة انتفاء الخطأ، وحصانة أعضاء البرلمان، وأخيراً ما قد تؤدي إليه إثارة مسؤولية أعضاء البرلمان من إرهاب الدولة بالتعويضات.

إلا أن تلك الحجج مردود عليها وتم دحضها، فمبدأ الفصل بين السلطات لا يحتج به عند قيام مسؤولية السلطة التنفيذية ومن ثم فلا يمكن أن يسري كذلك على أعمال السلطة التشريعية لأنها في منزلة واحدة بالنسبة لعلاقتها مع الأفراد.

كما لا يصح افتراض عصمة البرلمان من الخطأ لأن عمله من ناحية أولى يصدر عن إرادة أعضائه وتلك الإرادة معرضة للخطأ ولا تنفي حصانة الأعضاء ذلك الخطأ، بينما هي وسيلة لحماية عملهم وتأمين حريته؛ ومن ناحية ثانية فإن الخطأ وحده ليس هو أساس المسؤولية فهناك مسؤولية على أساس المخاطر؛ ومن ناحية ثالثة فإن إرادة البرلمان ليست مطلقة بل مقيدة بالأسس الدستورية ومن ثم فإن خطأ البرلمان أمر وارد الحدوث إذا خالف تلك الأسس<sup>(2)</sup> والرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد تقريراً بوضوح

(1) أ. خليل جريح: الرقابة القضائية على أعمال التشريع. معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية. 1971. ص: 101 وما بعدها، أنظر أيضاً د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 943 وما بعدها.

(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 40

لمسئولية الدولة عن القوانين، فالحكم بعدم الدستورية يعني أن الخطأ متوافر في حق السلطة التشريعية.(1)

والعمومية والتجريد اللتان يتمتع بهما التشريع لا تنفيان احتمالية وقوع ضرر خاص بفئة معينة من الأفراد، فهناك حالات تصدر فيها قوانين تلحق الضرر بفئة معينة فيكون من العدالة أن يعرض من يضارون من جراء صدور تلك التشريعات.(2)

أما عن التسليم بأن البرلمان هو صاحب السيادة فإن هذا لا يعني عدم إمكان مساءلته، فجميع سلطات الدولة تخضع للقانون ولا سيادة لأحد فوق القانون(3)، فالدولة القانونية لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها لسلطاتها، بعيداً عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتبارها قيداً على كل تصرفاتها وأعمالها(4)، والسيادة لا تتنافى مع المسؤولية(5) ويؤكد الدستور المصري 2014 في المادة 94 منه على أن سيادة القانون هي أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، كما أكد في المادة الخامسة منه على أن النظام السياسي قائم على تلازم المسؤولية مع السلطة.

وأخيراً من حيث الاستناد إلى حصانة الأعضاء لنفي المسؤولية، وما قيل من أن عدم مسؤولية البرلمان مستمدة من عدم مسؤولية الأعضاء، فإذا كان من غير الممكن مساءلة الجزء فلا يمكن مساءلة الكل، فإن هذه الحجة غير مقنعة أولاً لأن حكمة عدم المسؤولية بالنسبة لعضو البرلمان كفرد ليست متوفرة في البرلمان كمجموعة، وثانياً أن عدم المسؤولية بالنسبة للعضو مقرر بالنصوص صراحة وليس هناك نصوص مقابلة فيما يتعلق بعدم مسؤولية البرلمان عما يصدر عنه من أعمال.(6)

(1) للتفاصيل حول الأساس القانوني للمسئولية عن القوانين في مصر أنظر: د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص: 960 وما بعدها.

(2) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 39

(3) نقض مدني في الطعن رقم 538 لسنة 46 قضائية جلسة 1983/2/27. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(4) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 131 لسنة 32 قضائية دستورية. جلسة 2014/11/8، والقضية رقم 126 لسنة 38 قضائية دستورية. جلسة 2020/1/4. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

(5) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 29

(6) أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 28

## 2- إثارة المسؤولية المدنية للدولة عن العمل التشريعي:

على هدى من دحض أسانيد الاتجاه القائل بعدم المسؤولية، فإن مبدأ المسؤولية المدنية التي تؤدي إلى التعويض عن أعمال السلطة التشريعية أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي حين انتهى إلى جواز تعويض أصحاب الشأن المتضررين من تطبيق قانون حتى وإن كان القانون يتفق مع الدستور، فعدم دستورية القانون -أي الخطأ- ليس شرطاً للتعويض.<sup>(1)</sup>

وبالفعل حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1934/6/29 بالتعويض عن إصدار قانون يحظر صناعة "الكريمة" إلا من اللبن الخالص بنسبة 100%، مما ترتب عليه توقف العمل بإحدى الشركات وتحملت خسارة جسيمة، وقضي بالتعويض على أساس قاعدة المساواة أمام الأعباء العامة.<sup>(2)</sup>

واتفق الفقه على إقرار مبدأ التعويض عن أعمال المشرع حتى وإن لم يثبت خطؤه، فإن لمن لحقه ضرر خاص من التشريع أن يطالب بالتعويض عنه، فلا يجوز أن يتحمل فرد نتائج أعمال فرضها الصالح العام بل يجب أن توزع الأعباء على المجموع وتستوفى من خزانة الدولة.<sup>(3)</sup>

ويؤسس جانب من الفقه هذا الرأي على أن أساس ذلك يرجع إلى مقتضى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة إذ يتعين على الجماعة التي تمثل جميع المواطنين أن تتحمل الالتزام بالتعويض عن نتائج الأضرار الناشئة عن نشاط السلطات العامة، ويعد ذلك أحد تطبيقات مبدأ المساواة أمام القانون<sup>(4)</sup> المنصوص عليه في المادة 35 من الدستور والتي نصت على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الإجتماعي، أو الإنتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر."

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم هام لها إلى أنه "ومن حيث أنه وإن كان المشرع قد وسد إلى المحكمة الدستورية العليا بموجب نص المادة 25

(1) المجلس الدستوري الفرنسي: 1989/7/4، 1991/1/8 أنظر في ذلك: أ.د. محمد عبد

اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 16

(2) أ.د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 45

(3) أ. خليل جريح: الرقابة القضائية على أعمال التشريع. مرجع سابق. ص: 107

(4) أ.د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسؤولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 16

من القانون رقم 48 لسنة 1979 أنفاً الذكر ولاية الرقابة الدستورية على اللوائح وهي قرارات إدارية تنظيمية، إلا أن ولاية التعويض عما يقضى بعدم دستوريته من هذه اللوائح تظل معقودة لمجلس الدولة قاضى القانون العام، وصاحب الولاية العامة بنظر سائر المنازعات الإدارية، وبحسبان أن عبارة "مخالفة القوانين" الواردة في الفقرة قبل الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة قد وردت عامة لیتسع مفهومها ليشمل مخالفة الدستور فضلاً عن مخالفة القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية باعتبار أن الدستور لا يعدو أن يكون قانوناً وإن اختلف مصدره ومرتبته عن مصدر ومرتبته القانون العادي، بما يعين على استنهاض ولاية محاكم مجلس الدولة في التعويض عن النصوص اللائحية المقضي بعدم دستوريته مثلها في ذلك مثل النصوص اللائحية التي تختص مجلس الدولة بنظر طلبات التعويض عنها لعدم مشروعيتها.

ومن حيث أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بجلسة 1999/3/6 في القضية رقم 155 لسنة 18 قضائية دستورية، بعدم دستورية المادة الثانية من قرار وزير التأمينات رقم 1988/11 بشأن الحد الأقصى لأجر الاشتراك المتغير فيها نصت عليه من أنه "يعمل به اعتباراً من أول مارس سنة 1988، بما يقيم ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية المطعون ضدها.

ومن حيث أنه يتعين قيام عنصر الضرر، حتى يمكن التعويض عن القرار المذكور.

ومن حيث أن الضرر الذي يمكن التعويض عنه هو الضرر الذي يتوافر فيه الخصوصية بمعنى أن يكون الضرر قد انصب على فرد معين أو على أفراد بذواتهم بحيث يكون لهم مركز خاص قبله.

ومن حيث أن القرار التنظيمي يتضمن قواعد عامة مجردة، فإنه لا يمكن أن تسبب هذه القواعد لفرد معين أو لأفراد معينين ضرراً مباشراً، ذلك أنه إذا كان القرار الفردي الصادر تنفيذاً لقرار تنظيمي يمكن أن يسبب لفرد ما ضرراً، وبالتالي تثور مسئولية الإدارة، فإن ذلك لا يثور بالنسبة للقرار التنظيمي. وإذا كان الأفراد يمكن أن يطالبوا بإلغاء قرار تنظيمي فذلك راجع إلى أن دعاوى الإلغاء دعوى موضوعية تقوم على مجرد مصلحة، أما بالنسبة لدعوى التعويض فهي دعوى شخصية تقوم أساساً على حق شخصي اعتدى عليه، وهو الأمر الذي يتصور بالنسبة للقرارات الفردية، وإذا كان الضرر

الناتج عن القواعد التنظيمية يفقد عنصر الخصوصية فإنه بالتالي لا يترتب ضرراً خاصاً يمكن أن يعرض عنه الطاعن طالب التعويض".<sup>(1)</sup>

وهذا الحكم يحمل إرهابات إمكانية قيام مجلس الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين التي يقضى بعدم دستوريته

وينبغي لاستحقاق التعويض عن عمل المشرع أن يكون هناك ضرر جسيم وشاذ وغير مألوف<sup>(2)</sup>، وليس مجالنا عرض شروط استحقاق التعويض عن العمل التشريعي وتفصيلاته بينما ما يكفينا في هذا المجال هو أولاً: توضيح أن قيام هذه المسؤولية يتطلب شروطاً خاصة<sup>(3)</sup> نجملها في 1- أن يكون هناك ضرر مباشر وجسيم وخاص أي يلحق بفئة قليلة من الأفراد 2 - ألا ينص القانون على عدم تعويض المضرور 3- أن تكون المصالح التي لحقها ضرر من عمل البرلمان مشروعة<sup>(4)</sup>، وثانياً: التأكيد على مبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض عن أعمالها التشريعية لعله يكون دافعاً للمشرع على سرعة تنفيذ مقتضى الحكم الدستوري قبل أن تقوم في حقه شروط اقتضاء التعويض.

ولا يرى الباحث أن هناك ما يثار من خلافات بشأن جهة القضاء التي تختص بنظر دعوى التعويض، فالعمل التشريعي لا يعد قراراً إدارياً فلا يمكن أن يختص بنظرها القضاء الإداري وينعقد الاختصاص للقضاء العادي وفقاً للقواعد العامة.

أما إذا كان محل الدعوى هو الطعن على القرار السلبي بالامتناع عن تعويض المضرور من القانون الذي يتحدى مقتضى تنفيذ الحكم الدستوري، ففي هذه الحالة نعتقد أن تلك الدعوى تقام ضد الجهة الإدارية التي غل القانون يدها عن تنفيذ الحكم الدستوري، والتي أصبحت غير قادرة على تنفيذ الحكم الدستوري في ظل وجود قانون مخالف لمقتضاه، فيمكن في هذه الحالة مطالبها بالتعويض طالما تعذر إلزامها بالتنفيذ، فالتعويض كما سبق أن

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 7063 لسنة 46 قضائية علياً. جلسة 2002/1/26. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) أ. خليل جريح: الرقابة القضائية على أعمال التشريع. مرجع سابق. ص: 110

(3) أنظر في تلك الشروط: أ. خليل جريح: الرقابة القضائية على أعمال التشريع. مرجع سابق. ص: 114

(4) لمزيد من التفاصيل أنظر: أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض... مرجع سابق. ص: 46 وما بعدها

أوضحنا لا يقصد به التنفيذ، وإنما جبر الضرر الناتج عن عدم التنفيذ، وهنا يخضع الاختصاص بنظر دعوى التعويض للقضاء الإداري.

### 3- كيف يمكن أن يكون التعويض سبيلا للضغط على البرلمان لتنفيذ الحكم الدستوري؟

البرلمان هو أحد مؤسسات الدولة الدستورية وتلك المؤسسات هي مؤسسات عامة تعد أشخاص معنوية عامة مملوكة للدولة والبرلمان كمؤسسة عامة يجب أن ننتبه إلى أن له طبيعة الهيئات العامة فيما يخص موازنته الممولة من موازنة الدولة وما يملكه من مباني وهيكل إداري واعتبار العاملين به موظفين بالدولة، فبعيدا عن اختصاصه التشريعي الذي يباشره النواب فالبرلمان كمؤسسة هو جهة إدارية تابعة للدولة وفيما يباشره من أعمال غير تشريعية يعد جهة إدارية.

ومن ثم فإذا افترضنا توافر شروط مسؤولية البرلمان عن العمل التشريعي (سواء بسن تشريع أو بالامتناع عن سن تشريع)، فإن الحكم بالتعويض سيصدر إما بإلزام البرلمان بأداء التعويض أو إلزام الجهة الإدارية -التي لا تستطيع تنفيذ الحكم الدستوري بسبب وجود أو عدم وجود تشريع يتسبب في غل يدها عن التنفيذ- بالتعويض.

ففي الحالة الأولى نعتقد أن الملزم بأداء التعويض هو البرلمان كمؤسسة عامة ويسدد ذلك التعويض من ميزانيته، وهو ما يشكل نوعا من الضغط على رئيس المجلس باعتباره الممثل القانوني للمجلس ولن يستحسن إرهاب ميزانيته بالتعويضات، أما في الحالة التي يلجأ فيها المضرور إلى جهة الإدارة لتعويضه عن عدم التنفيذ، فإن السلطة التنفيذية بلا شك سوف تنفر من إلزامها بتعويضات نتجت عن سلوك السلطة التشريعية، مما قد يستنهض رئيسها للجوء إلى إثارة المسؤولية السياسية للبرلمان والمطالبة بحله، وهو ما يشكل كذلك نوع من الضغط على السلطة التشريعية لتبادر بتنفيذ الحكم الدستوري.

#### ثانيا: المسؤولية الجنائية

سبق تفصيل القواعد العامة للمسؤولية الجنائية عن الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي عند التطرق لمسؤولية الموظف العام في هذا الخصوص بما نكتفي معه بالإحالة أحكامها، ونقتصر هنا على بحث مدى جواز تطبيقها على السلطة التشريعية.

إثارة المسؤولية الجنائية عن الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي لا يمكن تصورها في العمل التشريعي إلا إذا افترضنا إمكانية مساءلة عضو البرلمان عن اقتراح قانون يخالف مقتضى تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية أو التصويت بالموافقة على إقرار القانون الذي سبق أن قضى بعدم دستوريته فتلك هي الصورة الوحيدة التي يمكن أن يخالف فيها عضو البرلمان مقتضى تنفيذ الحكم الدستوري من خلال عمله التشريعي، ولكن هذا التصور يعرقل إعماله مسألتان: أولهما مدى خضوع عضو البرلمان للنظام الحاكم للمسؤولية الجنائية عن الامتناع عن تنفيذ الأحكام، وثانيها مسؤولية عضو البرلمان عما يبيده من آراء بمناسبة عمله في المجلس.

### 1- مدى خضوع عضو البرلمان للنظام الحاكم للمسؤولية الجنائية:

قد سبق تفصيل جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي بنوعيتها والتي تبين من تفصيلها أن تلك الجريمة لا تقع إلا من شخص له صفة الموظف العام، ومن ثم بات تحديد مدى اكتساب عضو البرلمان لتلك الصفة أمراً مبدئياً لا يجوز التطرق للموضوع قبل بحثه.

والمقصود بالموظف في هذه الجريمة هو الموظف العام كما هو معرف به في القانون دون من في حكمه، فهو من يعهد عهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق.<sup>(1)</sup>

وبات مستقراً في الفقه أنه يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يعهد لذلك الموظف بعمل دائم، وذلك العمل الدائم يقصد به أن تكون الوظيفة دائمة وأن يكون شغله لها بصفة دائمة بأن ينقطع لها بصفة مستمرة وليست عارضة، وعلى ذلك لا يعتبر من يقوم بعمل عارض موظفاً عاماً ولو كانت الوظيفة نفسها دائمة ويباشرها باسم الدولة.<sup>(2)</sup>

(1) د. سمير عبد الله سعد: المرجع السابق. ص: 542، أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص: 90، محكمة النقض الجنائي: الطعن رقم 1934 لسنة 45 قضائية جلسة 1976/3/21. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) أ. د. حسين عثمان: أصول القانون الإداري. مرجع سابق. ص: 655، أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري "نظام الموظفين العموميين في مصر". الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2017 ص: 4

ولا تقوم هذه الجريمة إلا ضد الموظف العام دون من في حكمه<sup>(1)</sup>، ذلك أن المشرع في قانون العقوبات كلما رأى اعتبار أشخاص معينة في حكم الموظفين العموميين في موطن ما أورد نص على ذلك<sup>(2)</sup> مثلما نص في المادة 111، 119 مكرر على اعتبار أعضاء المجالس النيابية المنتخبة في حكم الموظفين العموميين. ونظرا لأننا مقيدون في نطاق النصوص الجنائية بالتفسير الضيق<sup>(3)</sup>، ولما كان المشرع لم يورد نصا لاعتبار هؤلاء الأشخاص في حكم الموظفين العموميين في تطبيق نص المادة 123 فلا يمكن أن تسري عليهم هذه المادة.

ولما كان عضو البرلمان يشغل منصبه في عضوية البرلمان بصفة عارضة وهي مدة انتخابه لمدة مؤقتة فضلا عن أن وظيفة العمل التشريعي ليست منصب في الهيكل الإداري في الدولة، فلا يمكن اعتباره موظف عام ولا تنسحب إليه بالتالي الأحكام التي يخاطب بها هذا الأخير<sup>(4)</sup>، ولا يجوز تبعا لذلك اعتباره مقترفا لجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي أو جريمة استعمال الموظف لسلطته ليعوق تنفيذ هذا الحكم.

## 2- مدى مسئولية عضو البرلمان عن آرائه داخل المجلس التشريعي:

نصت المادة 112 من دستور 2014 على أن "لا يسأل عضو مجلس النواب عما يبديه من آراء تتعلق بأداء أعماله في المجلس أو في لجانه."

ولما كان عمل المجلس التشريعي هو سن التشريعات فإن أي رأي يبديه أعضاء البرلمان بشأن قبول أو رفض التشريعات أثناء التصويت عليها أو اقتراح القوانين لا يسألون عنه.

وبالبناء على ما تقدم فإن عضو البرلمان لا يقوم في شأنه أركان جريمة الامتناع بهذا التصور، فمن الناحية الشكلية لا يخضع لذلك التنظيم القانوني

(1) محكمة النقض الجنائي: الطعن رقم 1934 لسنة 45 قضائية. جلسة 1976/3/21. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية... مرجع سابق. ص: 91

(3) د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. 1970. مرجع سابق. ص: 584

(4) وما يؤكد على أن عضو البرلمان لا يعد موظف عام هو أن المشرع في قانون العقوبات عندما أراد أن يعامله كالموظف العام أورد نص صريح وخاص لاعتباره في حكم الموظف العام في المادة 111 و119 مكرر فلو كان يعد موظفا عاما لما احتاج المشرع للنص على اعتباره كذلك في حالات معينة.

المنظم لجريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم ومن الناحية الموضوعية لا يعد فعل الامتناع جريمة في حقه عملاً بنص المادة 112 من الدستور.

### ثالثاً: المسؤولية التأديبية

نصت المادة 37 من قانون مجلس النواب الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 2014 على أن يقسم عضو مجلس النواب قبل مباشرة عمله على أن يحترم الدستور والقانون، ونصت المادة 368 من اللائحة الداخلية للمجلس على أن "يجب على العضو أن يراعي الاحترام الواجب لمؤسسات الدولة الدستورية..."، وتنص المادة 370 من اللائحة ذاتها على أن "لا يجوز للعضو أن يأتي أفعالاً داخل المجلس أو خارجه تخالف أحكام الدستور أو القانون أو هذه اللائحة"

فيتعين أن تكون تصرفات عضو البرلمان وأفعاله مطابقة لأحكام القانون والدستور، فلا يجوز أن يتصرف بالمخالفة لأحكام الدستور استناداً إلى صفته ومركزه كعضو برلمان كأن يتدخل في شئون العدالة<sup>(1)</sup> كما يتعين عليه أن يحترم مؤسسات الدولة الدستورية بما فيها المحكمة الدستورية العليا وما يقتضيه ذلك من احترام ما يصدر عنها من أحكام، لا يجوز له تبعاً لذلك أن يخالف أحكام القضاء وخاصة القضاء الدستوري.

فالحظر الوارد بهذه النصوص هو حظر عام لدرجة أنه يضع التزام بالآلا يخالف عضو البرلمان أي حكم من القانون أو الدستور، وذلك الحظر يستغرق بلا شك عدم الالتزام بأحكام القضاء، ولا حاجة في هذا الشأن - من وجهة نظر الباحث - بفكرة الحصانة البرلمانية، ذلك أن الحصانة البرلمانية تعني حماية عضو البرلمان من اعتداءات السلطات الأخرى، والسماح له بالتصرف بحرية داخل المجلس النيابي، وذلك ليتمكن من ممارسة مهامه بحرية واستقلال<sup>(2)</sup> ومجالها الإجراءات الجنائية، أما المسؤولية التأديبية التي يباشرها المجلس ذاته فلا حصانة لها.

ونصت المادة 381 من اللائحة الداخلية للمجلس أن مخالفة عضو البرلمان لواجبات العضوية أو ارتكابه أي من الأفعال المحظورة يرتب مجازاته بأحد الجزاءات التي نصت عليها اللائحة، وعلى هدى من ذلك فيرى

(1) د. أحمد سليمان عبد الراضي: المسؤولية التأديبية لأعضاء المجالس النيابية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2016. ص: 379

(2) د. أحمد سليمان عبد الراضي: المرجع السابق. ص: 17

الباحث أنه من الناحية النظرية يمكن مساءلة عضو البرلمان الذي يسعى إلى إقرار قانون يخالف مقتضى تنفيذ الحكم الدستوري، باعتبار أن في تلك المخالفة ما يخل باحترام مؤسسات الدولة ومخالفة واضحة للدستور والقانون الذي يحظر عليه مخالفته.

ولكن من الناحية العملية نجد أن في إجراءات مساءلة عضو البرلمان تأديبيا ما يشكل عقبة عملية في حالة ما إذا كانت مخالفته تتمثل في الامتناع عن تنفيذ الحكم، تتمثل تلك العقبة في أن مجازاة العضو تكون بأغلبية أصوات أعضاء المجلس عملا بنص المادة 381 من اللائحة الداخلية للمجلس، فإذا أقر المجلس القانون أو كان يميل إلى قبول اقتراح القانون المقدم من العضو بالمخالفة لحكم دستوري، فإنه لن يقدم على مساءلته.

#### رابعاً: المسؤولية السياسية

في واقع الأمر وبعد استعراض ما تقدم من وسائل، فإنه لا توجد وسيلة قانونية في النظام القانوني الحالي لإجبار السلطة التشريعية -اجباراً فعالاً - على أعمال مقتضى ما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا من أحكام وقرارات إذا امتنعت عن ذلك، ولكن يمكن أن يكون ذلك سبباً في حدوث أزمة سياسية بينها وبين السلطة التنفيذية.<sup>(1)</sup>

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن تخلي السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية عن واجباتها أو تفریطها في مسئوليتها مرده إلى هيئة الناخبين التي منحها الثقة.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث

#### إصدار أمر للمشرع

في هذا الجزء يتناول الباحث مناقشة فكرة القياس على حكم الإلغاء في القضاء الإداري الذي يتخذه القضاء الإداري سبيلاً لإصدار أوامر للإدارة، ونطرح تساؤلاً: هل يجوز للقاضي الدستوري توجيه أوامر للمشرع لتنفيذ أحكامه؟

(1) أ. د. محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية. القاهرة. دار النهضة العربية. دون سنة نشر. ص: 219

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 34 لسنة 17 قضائية دستورية. جلسة 1997/1/4. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. الجزء الثامن. ص: 222

تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية يتطلب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته والتساؤل الذي يطرح نفسه كيف تتم هذه الإعادة؟

يمكن القول أن هناك ثلاثة احتمالات: الفرض الأول هو وجود تشريع سنه المشرع بمقتضى سلطته التقديرية في سن التشريعات الملائمة، وكان يوجد تشريع سابق عليه ينظم المسألة ذاتها، ثم قضي بعدم دستورية التشريع الأخير فإن مجرد الحكم بعدم الدستورية يكون كافيا لإعادة النظام إلى ما كان عليه وذلك بإلغاء التشريع الذي سنه المشرع بمقتضى سلطته التقديرية و بإعادة إحياء التشريع السابق الذي كان ينظم المسألة ذاتها.<sup>(1)</sup>

والفرض الثاني هو أن هناك تشريعا ينظم مسألة أوجب الدستور على المشرع تقنينها ثم قضي بعدم دستوريته ولم يكن هناك تشريع سابق ينظم المسألة ذاتها، هنا الدستور يفرض على المشرع سواء كان الإدارة (بمقتضى سلطة إصدار اللوائح) أو البرلمان التزاما باتخاذ خطوات إيجابية لتنفيذ مقتضى الحكم بسن التشريع البديل عن التشريع الملغى بعد تصويب ما كان به من عوار.

والفرض الثالث إذا قضي بعدم دستورية تشريع فيما تضمنه من عدم النص على قواعد معينة، فإن هذا معناه أن الدستور ألزم المشرع بتنظيم هذه المسألة، وهنا نجد أن الدستور من ناحية والحجية والقوة التنفيذية للحكم الدستوري من ناحية أخرى يفرضان التزاما على سلطة التشريع باتخاذ خطوات إيجابية لتنفيذ الحكم من خلال سن التشريع الذي يقتضيه التنفيذ.

مثال ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (223) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 2003 فيما لم يتضمنه من وضع حد أقصى للاشتراك السنوي الذي تلتزم المنشأة بسداده عن كل عامل، ومن تحديد لتعداد الخدمات التي يقدمها صندوق الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية على المستوى القومي. وبعدم دستورية

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 28 لسنة 6 قضائية دستورية. جلسة 1998/6/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

نص الفقرة الخامسة من المادة (223) ذاتها فيما لم يتضمنه من بيان كيفية التصرف في الموارد المالية لهذا الصندوق.<sup>(1)</sup>

كذلك حكمها في 2006/6/11 في القضية الدستورية رقم 308 لسنة 24 قضائية "بعدم دستورية نص البند ج من (ثانيا) من المادة 75 من القانون رقم 90 لسنة 1944 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحري عن القيمة الحقيقية للأراضي الزراعية للأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن، وتحصيل رسم عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة"

والحكم بعدم الدستورية لخلو التشريع من حكم أو قاعدة معينة قد يتطلب أحيانا تنفيذه بإصدار تشريع جديد، فالحكم بالإلغاء في القانون الإداري أو بعدم الدستورية في القانون الدستوري لا يترتب عليه دائما النتيجة العكسية للتشريع الملغي، وإنما لكي تتحقق تلك النتيجة لابد من إصدار قرار أو تشريع بذلك.

مثال ذلك: الحكم بإلغاء قرار رفض الموافقة على الترخيص لا يعني قبول الترخيص، وإنما هو إحالة للإدارة مرة أخرى لبحث المسألة وذلك يرجع إلى أن سبب الإلغاء قد يكون شكليا يتعلق بالإجراءات أو الاختصاص لا يمس مضمون القرار<sup>(2)</sup>، أو الحكم الصادر بإلغاء قرار رفض قيد الطاعن في جداول المحامين لا يؤدي بذاته إلى قيد الطاعن بجداول المحامين وإنما يتطلب تدخلا إيجابيا من سلطة الاعتماد لقيده.

وقياسا على ذلك فالحكم بعدم دستورية لائحة كانت تمنع فئة من المواطنين من حق معين، لا يعني أحقية تلك الفئة في الاستفادة من ذلك الحق بلا ضوابط. فلا يعقل أن يكون الحكم بعدم دستورية النص معناه وجوب إثبات السلوك الذي كان يحظره النص إذ أن ذلك الوجوب قد لا يتحقق إلا بمقتضى نص آخر.

وتبدو أهمية هذا الفرض في الحالات التي ينص فيها الدستور على مسألة معينة أو يقرر أحد الحقوق ويضيف عبارة تفيد أن تلك المسألة أو ذلك الحق يتم مباشرته على النحو الذي ينظمه القانون أو وفقا للقانون، في هذه الحالة لا يكفي الحكم بعدم دستورية خلو النص من تنظيم تلك المسألة حتى يتمكن الأفراد

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 21 لسنة 30 قضائية دستورية. جلسة 2014/12/13. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 220

من مباشرة الحق أو لكي يسرى العمل بتلك المسألة، ففي الحالة التي يحيل فيها الدستور إلى المشرع تنظيم مسألة معينة لا يمكن مباشرة هذه المسألة ولا تكون ملزمة إلا بعد تنظيمها بتشريع

وهنا يثار التساؤل حول مدى جواز إصدار أمر للمشرع أو للإدارة بتقنين ذلك السلوك العكسي، الذي كان ينص القانون المقضي بعدم دستوريته على عكسه.

بالقياس على سلطة التشريع الممنوحة للإدارة، نجد أنه يمكن إجبارها على التنفيذ متى كان التنفيذ يستلزم إصدار تشريع جديد، وذلك في حالة الحكم بإلغاء قرار أو لائحة ويكون واجبا على الإدارة إصدار تشريع جديد بدل الملغي تنفيذا لقانون.<sup>(1)</sup>

ويكون الإيجار على إصدار هذ التشريع بالغرامة التهديدية أو الأوامر التنفيذية، فقد أصدر القضاء الإداري الفرنسي عدة أحكام استخدم فيها سلطة توجيه أوامر لحكومة والحكم عليها بغرامة تهديدية لإجبارها على استعمال سلطتها اللائحية، ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ 1984/6/2 الذي قضى فيه بإلغاء قرار أحد الوزراء بالامتناع عن إصدار لائحة تنفيذية لتشريع صدر في 1984/1/11 بشأن بعض الحقوق الوطنية الخاصة بالموظفين العموميين وعندما لم تقم الحكومة بإصدار اللائحة التنفيذية التي ألزمها المشرع بإصدارها، لجأ المحكوم له إلى مجلس الدولة ملتمسا الحكم على الحكومة بالغرامة التهديدية لإجبارها على تنفيذ الحكم، فأصدر مجلس الدولة بتاريخ 1994/3/11 حكما ثانياً بمنح الحكومة مهلة شهرين من إعلان الحكم إليها لكي تقوم بإصدار اللائحة وفرض عليها غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في التنفيذ.<sup>(2)</sup>

واستخدم مجلس الدولة الفرنسي سلطة توجيه الأمر لإصدار مرسوم باللائحة التنفيذية لتطبيق قانون واقترن الأمر بمدة يتم فيها ذلك وكذلك بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ.<sup>(3)</sup>

(1) أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 100

(2) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 215

(3) Claude ricci (j.) : contentieux administratif , hachtte, éd 2007 p 202.

أشار إليه د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 216

وإزاء ما تقدم وبالنظر إلى أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص يعد من قبيل أحكام الإلغاء<sup>(1)</sup> باعتبار ما يترتب عليه من إلغاء النص المقضي بعدم دستوريته، فلا نرى بالتالي ما يمنع من إعمال الأحكام ذاتها التي أعملها مجلس الدولة الفرنسي بشأن تنفيذ أحكام الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية، فيمكن بالتالي للقاضي الدستوري أن يصدر الأوامر للإدارة أو للمشرع لاتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم الدستوري.

---

(1) د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 149.

## الخاتمة

ولعل ما تقدم يستخلص منه التوصل لحقيقة راسخة، ألا وهي: أن الحكم في الدعوى الدستورية: شأنه شأن سائر أحكام القضاء: حبر ساء على ورق كريم، يقف دوره عند الصدح بالحق، وترديده، وتكراره توكيدا وتثبنا، وإزالة للبس أو غموض، وتحديدًا لمسؤول عن عدم التنفيذ، إلا أنه في نهاية المطاف لا يسعه أن يعرف طريقًا لترجمته فعلا، يرد حقا، أو يدفع مظلمة: إلا من خلال تضافر إرادات السلطات كافتها على احترامها كغاية سامية، وإن لم يرق قطاعا منها، وإلا تهدد بالإهدار.

ذلك أن عرض ما تقدم من حلول للإنفاذ لا يغفل أن مناط فعاليتها هو أن يرضخ - ولو في نهاية المطاف - مختص: ليحاسب مقصرا جابه الحكم، أو يمضي قلم العدل بسيف الإنفاذ، ذلك السيف الذي لا تملكه المحاكم بموجب رسوخ مبدأ الفصل بين السلطات، والقول بتقريره لها: فيه من الخطورة على النظم القانونية ما لا يقل عنها لشأن تهدد الأحكام بالإهدار، فلا سبيل بيد القاضي الذي ليس بوسعه أن يتنزل من منصفته لينفذ الحق قسرا.

ولعل متسائلا عن جدوى الحلول المعروضة في ضوء النتيجة الموصل إليها البحث: وهنا ننوه إلى حقيقة: وهي أن الفرض المغالى فيه لبلوغ التحدي مرحلة القنوط من منصاع من السلطات لإنفاذ الأحكام: هو فرض واقعا نادر الحدوث، لم يتكرر في تاريخ الأمم المنتظمة دستورا سوى مرات نادرة - تناولنا منها قدرا مغنيا في البحث- تندر بها الوسط القانوني والسياسي على حد سواء، وعدت على بنان الدارسين، بينما السير الطبيعي للأمر يجريها في إطار التزام المجموع، وشرود نفر من المارقين عن أحكام القانون، وهنا ظهرت الحاجة للحلول المعروضة بالبحث فيما تقدم: بإضاءة طريق المجموع الراغب في احترام أحكام القضاء، وهدية سبيل تقويم النافر عن صراطه، بتكليف سليم لمسلكه، وعرض للمتاح من أدوات القانون بأفرعه المختلفة المتسقة مع الفرع محل البحث، وجدواها.

## أولا النتائج:

1- إعادة النظر في المعنى الاصطلاحي للتنفيذ الجبري الذي يعرفه قانون المرافعات وتطويعه بما يتلائم مع طبيعة التقاضي الدستوري والأحكام التي تصدر من خلاله، توصل إلى نتيجة بالغة الأهمية وهي أن الاجبار على التنفيذ لا يقتصر بالضرورة على التنفيذ بالقوة كما يعرفه قانون المرافعات،

- بينما يمكن أن يتسع ليشمل أي وسيلة أخرى للإجبار كالضغط على المعني بالتنفيذ بوسائل تشكل عبئا على عاتقه فيتضطر للتنفيذ للتخلص من ذلك العبء وهو ما يندرج تحت الإجبار المعنوي.
- فتح الباب امام ذلك التصور يتيح الفرصة لاستفزازه قرائح الباحثين لتلهج بطرح الفرضيات وحلولها، ولتنشأ عنها حركة محمومة من البحث العلمي عن وسائل مبتكرة للإجبار المعنوي على الانفاذ.
- 2- ظاهرة تحدي الحكم الدستوري وتمرد سلطات الدولة على أعمال مقتضاه وإنفاذ قوته، هي واقع قائم يعاني الوسط القانوني من تبعاته لصعوبة إيجاد حلول قانونية جذرية له.
  - 3- صور حيل سلطات الدولة للامتناع عن التنفيذ استلهاما بنظيرتها في الحكم الإداري وبما يتفق مع الحكم الدستوري وطبيعة المخاطب بتنفيذه، عديدة وبصعب حصرها.
  - 4- يصعب من الناحية العملية إلزام سلطات الدولة بإعمال مقتضى الحكم الدستوري باستخدام القوة، باعتبار أن المنوط به هو سلطات الدولة التي تقوم عليها أشخاص معنوية عامة، وباعتباره يتطلب تدخلا شخصيا للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل لإعمال مقتضاه وهو ما لا يمكن أن يتم بالقوة لما ينطوي عليه ذلك الإجبار من استحالة.
  - 5- الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي بصفة عامة والدستوري بصفة خاصة من أكثر الأخطاء فداحة التي يمكن أن تقع من سلطات الدولة، فتثير أقصى مسؤولية للحكومة وتعدم العمل القضائي للقاضي وتصل إل حد إثارة المسؤولية السياسية للبرلمان أمام هيئة الناخبين.
  - 6- يتعين اللجوء للضمانات المستمدة من النظم القانونية المختلفة سواء القانون المدني أو القانون الإداري أو القوانين الإجرائية، والتي تمثل نوعا من الاجبار المعنوي لسلطات الدولة للالتزام بالحكم الدستوري.
  - 7- انتهى البحث إلى تجميع آليات الاجبار علي تنفيذ الحكم الدستوري المنتثرة بين أنظمة قانونية مختلفة وقوانين عدة، منها ما هو مألوف للأحكام القضائية بصفة عامة ومنها ما هو مبتكر وفقا لتناول الباحث، مشمولاً ذلك التجميع بتحليل ونقد مع توضيح مواطن الإيجاب أو القصور والتأصيل القانوني لكل منها، وتطويعها مع طبيعة الحكم الدستوري إما بإضافة بعض الضوابط أو باستبعاد بعضها، وخطوات اللجوء لتلك الضمانات، وتحديد لكل التزام على عاتق كل سلطة من السلطات الثلاث بتنفيذ الحكم الدستوري.

8- كافة الآليات المتاحة وفقا للنظام القانوني القائم للاجبار على تنفيذ الحكم الدستوري، لم تسلم من أوجه النقد أو القصور التي لها وجاهتها.

### ثانيا: التوصيات

مثل قصور السبل التي تناولها البحث في حمل سلطات الدولة على تنفيذ ما يصدر في مواجهتها من أحكام دستورية، دافعا قويا للبحث عن أفكار مبتكرة لكفالة تنفيذ الأحكام التي تصدر في مواجهة الدولة أو تعنى الأخيرة بتنفيذها، فتفتق ذهن الباحث عن مجموعة من الأفكار نجملها فيما يلي:

1- إنشاء هيئة تتبع المحكمة الدستورية العليا تتولى تنفيذ الأحكام الدستورية.

قد طالب الفقيه Jeze أن يعين على مستوى الإدارات المركزية طاقم خاص من الموظفين يقع على عاتقه تنفيذ الأحكام الإدارية وبالتالي المسؤولية إذا ترتبت.<sup>(1)</sup>

ومن هنا تفتق إلى ذهن الباحث اقتراح إنشاء كيان مستقل يحدد ميزانيته الدستور ذاته، ويتولى بنفسه وضع لائحة العمل به، ويكون له من الصلاحيات ما يكفل هذا التنفيذ، إذ يتولى التنفيذ بنفسه، كإنشاء هيئة يكون قرارها ملزما وتحل محل السلطة المختصة في كافة الجهات فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام ويكون لها كافة سلطاتها وهيمنة مباشرة على اختصاصات الوزارات المعنية بالتنفيذ -فيما يستلزمه تنفيذ الحكم الدستوري- بحيث يصدر قرارها كما لو صدر من الوزير ذاته وبالأخص وزارة المالية، إذ تملك إصدار القرار أو الأمر المطلوب ذاته وليس مجرد أمر للإدارة بالتنفيذ، ويرقي قرارها إلى مرتبة القرارات الملزمة.

كما تتولى تلك الهيئة إعداد التشريع المناسب الذي يمتنع المشرع عن إقراره، ثم يطرح في استفتاء شعبي للتصويت.

ويمكن أن تتمثل تلك الهيئة من عدد كاف من أعضاء من كل السلطات المعنية بالتنفيذ (السلطات الثلاث) ورأيهم يكون استشاريا بالتصويت السري، ثم يعرض على لجنة ثلاثية من قضاة المحكمة الدستورية العليا لإصدار قرارها بالتنفيذ بعد سماع الآراء.

(1) Les principes généraux, précité, T. II, p 720

أشار إليه د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. مرجع سابق. ص:

وقد يقول قائل: ما جدوى عمل تلك الهيئة متى كان نتاج عملها معرضا لما سيتعرض له الحكم القضائي ذاته من معرقلات أو تعنت، ونرد على ذلك بأن: الفرض المطروح هو أن السلطات تعارضت بحسن نية على التنفيذ، بحيث ظن كل منها أنه الممثل الأجدر للصالح العام، فيمكن للهيئة المقترحة أن تؤدي خدمة من طابع تحكيمي يرتضيه حسنو النية مهما خالفوه اعتقادا، ثانيا: أن فروض الشطط الدستوري فروض غير قانونية بل أقرب لسياسية، ثالثا: أن تلك الهيئة لن تكلف سواها بأداء العمل بينما سيمنح لها الدستور سلطة أداء العمل القانوني تنفيذا للحكم الدستوري بنفسها، فتحل محل المعني بالتنفيذ متى أبدى الأخير عصيانه وتمرده.

إلا أن تقديم هذا المقترح لا يمنع من ضرورة اقترانه بتحفظ لصيق لا يبارحه صونا للحق واستقامة جادته، ألا وهو التنبيه إلى السلطان النافذ الممنوح للهيئة المشار إليها بهذا المقترح، والمتعين تهذيبها بأدوات رقابية دقيقة ومحكمة تكبح المقترح عن الشطط بلوغا لظهور الإشكال من وجهه الآخر: تغول السلطة القضائية من خلال فرض أحكامها بمعرفة الهيئة المعنية على نظيرتها المختصتين أصلا، فتعين أن يعرف بدقة حالة المنازعة في تنفيذ الحكم، و تحدد دون قياس حالات جواز تدخل الهيئة، ويضرب لإجراءاتها رسم لا يتجاوز قيد أنملة، وتخضع أعمالها في نهاية المطاف لاستفتاء السلطة التأسيسية.

## 2- إلزام المشرع بتقنين وسيلة تكفل التنفيذ

سبق أن أشار هذا البحث إلى مسألة حدود السلطة التقديرية للمشرع في سن التشريع، وانتهى إلى أن تلك السلطة ليست مطلقة، بل أنه من الجائز أن تراقب المحكمة الدستورية امتناع المشرع عن سن تشريع معين<sup>(1)</sup>، وذلك في الحالات التي ينص فيها الدستور على وجوب تنظيم مسألة معينة بتشريع<sup>(2)</sup>.

وهنا يجدر التنويه عن مبدأ انفراد التشريع في الحقوق والحريات وهو يعني اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه وفي ذات الوقت يعني أن المشرع لا يملك الإفلات من المسؤولية في معالجة

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. باسم محمد حيدق: المرجع السابق. ص: 133 وما بعدها  
(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 193 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 2000/5/6، والقضية رقم 82 لسنة 41 قضائية دستورية. جلسة 2021/2/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق.

هذه المسائل وتوفير الضمانات لممارسة الحقوق والحريات<sup>(1)</sup>، ويتعلق مبدأ انفراد التشريع بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التي يحددها الدستور<sup>(2)</sup>، وعلى ذلك فإذا حدد الدستور مسألة معينة يتعين تنظيمها بتشريع فإن تلك المسألة باتت مندرجة تحت مبدأ انفراد التشريع وتكاد تغدو سلطة المشرع -في تنظيمها أو عدم تنظيمها- معدومة، إذ لا يمكن أن يقعد عن سن تشريع بشأنها وإلا كان مرتكباً لخطأ دستوري.

وانطلاقاً من هذا المعطى يستند الباحث في هذا المقترح إلى مبدئين دستوريين يلزمان المشرع بسن تشريع يكفل تنفيذ الحكم الدستوري، أحدهما يفصح عن هذا الإلزام صراحة والآخر ضمناً، وهما مبدأ حق التقاضي ومبدأ كفالة تنفيذ الأحكام المنصوص عليهما في المادتين 97 و100 من الدستور.

1- الإلزام الدستوري الصريح بضرورة سن تشريع يكفل تنفيذ الحكم الدستوري:

نصت المادة 100 من دستور 2014 على أن "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذي ينظمه القانون"

وكانت تقابلها المادة 72 من دستور 1971 التي نصت على أن "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون...."

والمادة 79 من دستور 2012 التي نصت على أن "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وامتناع الموظف العام المختص عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها جريمة يعاقب عليها القانون...."

في ضوء ذلك النص يتضح أن دستور 2014 الحالي استحدث حكماً بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية متمثلاً في أن **تكفل الدولة وسائل تنفيذ الأحكام على النحو الذي ينظمه القانون**، فالمشرع أصبح مطالباً بإصدار قانون يكفل تنفيذ الأحكام القضائية وفقاً للدستور<sup>(3)</sup>، وإزاء تجاهل المشرع لذلك الإلزام الدستوري لا نجد ما يمنع من أن يقيم كل صاحب مصلحة في تنفيذ حكم

(1) أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية ... الطبعة الثانية. 2000. مرجع سابق. ص: 400

(2) أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية ... الطبعة الثانية. 2000. مرجع سابق. ص: 405

(3) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 159

دستوري دعواه الدستورية بالطعن على عدم دستورية خلو قانون المحكمة الدستورية العليا وقانون مجلس الدولة من تقنين وتنظيم وسائل كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عنهما، أو عدم دستورية امتناع المشرع عن سن قانون يكفل تنفيذ الأحكام الدستورية، ليحصل على حكم بعدم الدستورية.

فيصير المشرع آنذاك أمام التزام بتنفيذ حكم قضائي وليس فقط بنص دستوري.

وسبق أن أجازت المحكمة الدستورية العليا الطعن بعدم الدستورية بسبب خلو القانون من مسألة يتعين عليه تنظيمها، ومن ذلك قضاؤها بعدم دستورية عجز الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 144 لسنة 2006 في شأن تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الأيالة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري، فيما لم يتضمنه من تحديد قواعد وضوابط تقدير التعويض المقرر به وصرفه لمستحقه.<sup>(1)</sup>

وقضاؤها بعدم دستورية نص البند (ج) من (ثانيا) من المادة (75) من القانون رقم 90 لسنة 1944 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحري عن القيمة الحقيقية للأراضي المعدة للبناء الكائنة في ضواحي المدن، وتحصيل رسم عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة.<sup>(2)</sup>

وقضاؤها بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (223) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 2003 فيما لم يتضمنه من وضع حد أقصى للاشتراك السنوي الذي تلتزم المنشأة بسداده عن كل عامل، ومن تحديد لتعداد الخدمات التي يقدمها صندوق الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية على المستوى القومي. وبعدم دستورية نص الفقرة الخامسة من المادة (223) ذاتها فيما لم يتضمنه من بيان كيفية التصرف في الموارد المالية لهذا الصندوق.<sup>(3)</sup>

(1) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 39 لسنة 39 قضائية دستورية. جلسة 2019/3/11. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(2) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 109 لسنة 33 قضائية دستورية. جلسة 2017/5/6. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

(3) المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 21 لسنة 30 قضائية دستورية. جلسة 2014/12/13. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

وفي هذا النطاق ذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى أن مجرد عدم النص على أن "يتولى المشرع تنظيم قانون يكفل تنفيذ الأحكام" مؤداه أن الجهة صاحبة الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ هي المختصة دون غيرها بإيجاد الوسائل التي تكفل تنفيذ الأحكام وتجبر الإدارة على تنفيذها، وذلك عندما حمل هذا الجانب تفسير المادة 190 من الدستور<sup>(2)</sup> على أن مجلس الدولة هو المختص بإيجاد تلك الوسائل، وبمسايرة منطوق هذا الرأي يكون بالتالي نص المادة 192 من الدستور<sup>(3)</sup> مؤداه اختصاص المحكمة الدستورية العليا بإيجاد وسائل تكفل تنفيذ الأحكام الدستورية، وهو ما لا يتفق معه الباحث، باعتبار أن الاختصاص القضائي وغير القضائي الموكل للجهات القضائية عدده المشرع تعدادا يفيد التحديد والحصار، ولا ينبغي استنطاق النص الدستوري بما لم ينطق به لحمله نحو ذلك التفسير، فخلق القاعدة أو المبدأ يكون من اختصاص المشرع بحسب الأصل، وحتى إن خلق القضاء أفكارا تسهل تنفيذ الحكم فإن وسيلة التنفيذ الملزمة والفعالة لا يمكن كفالتها إلا من خلال نص تشريعي، ومهما بلغت اجتهادات الفقه والقضاء في هذا النطاق فإن هذا الاجتهاد لا يعني اختصاص القضاء بذلك التنظيم أو إعفاء المشرع من تلك المسؤولية، ذلك أن المحكمة تقضي بالحق ولكن لا تملك أن تقضي بجزء يكفل التنفيذ لبلوغ ذلك الحق إلا من خلال نص.

## 2- الإلزام الدستوري الضمني بضرورة سن تشريع يكفل تنفيذ الحكم الدستوري

(1) د. عبد المجيد محجوب عبد الواحد: المرجع السابق. ص: 162  
(2) المادة 190: مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصلة التشريعية التي تحال إليها، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفا فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

(3) المادة 192: تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها.

في ضوء نص المادة 97 من دستور 2014 يعد حق التقاضي من المجالات المرتبطة بمبدأ انفراد التشريع، بل ويعد تنظيمه في مرتبة التشريعات المكملة للدستور، ولما كانت المحكمة الدستورية العليا جرت على تأكيد أن حق التقاضي لا يقتصر على الحق في النفاذ إلى القضاء<sup>(1)</sup> وأنه حسبما وصفته هذه المحكمة يتكون من ثلاث حلقات أولها النفاذ إلى القضاء وثانيها الحق في الوصول إلى التسوية أو الترضية القضائية والأخيرة هي أن تقترن تلك الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا واقتضائها بقوة السلطة من الملزمين بها، فلا تتحقق تلك الترضية إلا بإزالة العوائق التي تحول دونها، وأن تلك الحلقة الأخيرة هي التي تكمل حق التقاضي.<sup>(2)</sup>

فالترضية القضائية التي لا تقترن بوسائل تنفيذها جبرا تعطل دور السلطة القضائية في مجال تأمين الحقوق وتفقد قيمتها العملية وتلك الترضية التي هي جزء من حق التقاضي تستوجب اقتراحها بوسائل تكفل تنفيذها.<sup>(3)</sup>

ومن ثم فإن هناك التزاما على المشرع بتنظيم وسائل فعالة تكفل تنفيذ الحكم الدستوري تتفق مع طبيعته وينبع هذا الالتزام من حق التقاضي الذي يكفله الدستور، وفي ضوء هذا الالتزام يمكن إقامة دعوى دستورية بالطعن على امتناع المشرع عن سن تشريع يكفل تنفيذ الحكم الدستوري.

فإغفال المشرع تقرير النصوص التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحللها إلى فراغ عقيم.<sup>(4)</sup>

---

(1) أنظر في هذا المعنى: د. عوض المر: المرجع السابق. ص: 1420  
(2) أنظر المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية دستورية. جلسة 1996/6/15، ورقم 81 لسنة 19 قضائية دستورية. جلسة 1999/2/6. موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الإنترنت. مرجع سابق، وذات المعنى في القضية رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية. جلسة 1993/4/3، والقضية رقم 37 لسنة 18 قضائية دستورية. جلسة 1998/4/4. موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019، أنظر أيضا أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسئولية الإدارية. مرجع سابق. ص: 20  
(3) د. عبد العزيز سالم: الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية. مجلة الدستورية. العدد الثامن عشر. السنة الثامنة. أكتوبر 2010. ص: 30  
(4) د. عوض المر: المرجع السابق. ص: 1420

### 3- جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي:

سبق أن عرض الباحث أن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي كضمانة لتنفيذ الأحكام القضائية أصابها أوجه قصور عدة، منها أن القضاء جرى على وقف تنفيذ العقوبة الصادرة بها مما أدى إلى صيرورتها عديمة الجدوى.

لذا نرى أنه من الأجدى أن يعاد النظر في آلية توقيع العقوبة المقررة لهذه الجريمة فضلا عن تقرير المشرع لقانون يتضمن اعتبار تلك الجريمة لا تتقادم عملا بنص المادة 99 من الدستور<sup>(1)</sup>، باعتبار أن الامتناع عن تنفيذ الحكم يعد اعتداء على حق التقاضي وهو من الحقوق التي كفلها الدستور.

### 4- منح القاضي الدستوري سلطة الحكم بالغرامة التهديدية:

نرى أنه بات من المأمول التوسع في فكرة الغرامة التهديدية واستثمارها في مجال القضاء الدستوري، فما المانع من النص بشكل صريح على سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية ضد أي سلطة بما فيها السلطة التشريعية، ويتبنى الباحث ذلك المقترح على هدى من التفصيل والتأصيل القانوني لتلك الفكرة الذي سبق أن عرضناه في هذا البحث، فنرى أن يصدر القاضي الدستوري حكمه بالغرامة التهديدية في ذات الوقت الذي يصدر فيه الحكم الأصلي فيعد حكمه بالغرامة جزءاً من منطوق الحكم الأصلي أسوة في ذلك بالقاضي المدني.

وتبدو أهمية الغرامة في أنها ليست السبيل لفرض احترام الأحكام فحسب، وإنما أيضا وسيلة للإجبار على تنفيذ ما يرتبط بها من أوامر تنفيذية.<sup>(2)</sup>

ويجب أن يراعي القاضي عند الحكم بالغرامة أو المشرع عند تقنينها أن يقيم ما يكفل عدم إساءة الدولة لاستعمال سلطاتها فتهدر حجية الأحكام، وألا يتخذ المتقاضون من الغرامة سبيلا للإثراء بغير سبب على حسابها.

---

(1) نصت المادة 99 من دستور 2014 على أن "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم"

(2) GOURDOU (J.): les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'ingonction t et d'astreinte. R. F. D. Ad. 1996. P. 333

أشار إليه أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. 2012. المرجع السابق. ص: 44

5- إلزام المحكمة الدستورية العليا بالتصدي ومحكمة الموضوع بالإحالة.

قد يتحايل المشرع أو الإدارة على تنفيذ الحكم الدستوري اعتمادا على أن الأفراد قليلا ما يلجأون للقضاء، فيصدر التشريع من جديد بذات مضمون التشريع الملغى.

وفي هذا الفرض يرى الباحث المبادرة لسن تشريع يتضمن أمرين: 1- يُلزم المحاكم كافة بأن تحيل للمحكمة الدستورية العليا أي دعوى محلها نص يترأى لها سبق القضاء بعدم دستورية نص مطابق له، 2- يُلزم المحكمة الدستورية العليا بالتصدي لبحث دستورية أي نص يترأى لها أنه مماثل لنص سبق القضاء بعدم دستوريته.

والغرض من هذا المقترح أن تتربص المحاكم دائما بأي شطط أو خروج عن تنفيذ مقتضى الحكم الدستوري متى أخذ ذلك الشطط صورة إعادة إصدار التشريع أو القرار الملغى.

6- تأهيل رجال الإدارة والبرلمان والقضاء:

يستمد الباحث هذه الفكرة على هدى من فكرة التدابير الاحترازية في القانون الجنائي، فالتدبير الاحترازي هو مجموعة من الإجراءات يقرها القانون على من تثبت خطورته الإجرامية بقصد مواجهة تلك الخطورة.

وهدف تلك التدابير هو القضاء على العوامل الدافعة للجريمة في المستقبل وذلك من خلال أساليب تهييبية وعلاجية لتأهيل المجرم ليسلك سلوكا مطابقا للقانون<sup>(1)</sup>، وجوهر تلك التدابير هو مواجهة الخطورة الإجرامية بالحيلولة بين من توافرت لديه تلك الخطورة وبين ارتكاب جرائم في المستقبل، أي بهدف إزالة تلك الخطورة ووقاية المجتمع من شرها.<sup>(2)</sup>

فما المانع من تطبيق فكرة التأهيل ذاتها مع تقويمها وتطويعها لما يتناسب وقيمة رجال سلطات الدولة بإعدادهم فنيا وتوعيتهم بأهمية وقيمة الالتزام بالحكم الدستوري التي تعلقو أي حكم قضائي آخر باعتباره ينطق باسم الدستور ذاته الذي هو تعبير عن إرادة مباشرة للسلطة التأسيسية، بل والتأكد قبل إلحاقهم بمناصبهم من تأهلهم نفسيا لاحترام الدستور وإدراكهم لقيمة أحكام القضاء

(1) أ. د. محمود نجيب حسني: علم العقاب. مرجع سابق. ص: 145

(2) أ. د. علي راشد: القانون الجنائي. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الثانية. 1974.

الدستوري، وذلك بأساليب -ليست تهذيبية أو علاجية - وإنما تدريبية وبصفة دائمة وتوجيهات مستمرة توظف وجدانهم بين الحين والآخر لأهمية الانصياع للحكم الدستوري حتى يستقر هذا الالتزام في فطرتهم وسلوكهم اللاواعي، ومن ناحية أخرى تفتينهم إلى مقتضيات التنفيذ وتدريبهم على إجرائه.

وذلك بحيث يكون الغرض منها هو الحيلولة دون وقوع المخالفة مستقبلا ومواجهة خطرها مثلها مثل التدبير الاحترازي مع تمييزها بالأحكام التي تتفق مع طبيعة الأفراد المستهدفة.

7- تقرير تشريع أو نص دستوري يجعل اختصاص السلطة التنفيذية باقتراح القوانين واجبا وليس حقا، متى كان سن ذلك القانون يفرضه الحكم الدستوري.

فسبق أن أوضحنا أن حق اقتراح القوانين هي آلية تملكها الحكومة بإعداد مشروع قانون لتنظيم مسألة معينة ثم يعرض على البرلمان لمناقشته، والفرض المعروف هو حال صدور حكم دستوري يقتضي سن تشريع لتنظيم مسألة معينة فتجاهله المشرع ولم يقدم على سن ذلك التشريع، فالباحث يرى أنه يتعين إلزام الحكومة في هذه الحالة بإعداد مشروع القانون اللازم لبحث البرلمان على نظر المسألة.

## المراجع

### أولاً: الكتب

- 1- أ. د. السيد عمران: أحكام الالتزام. الإسكندرية. دار الفتح للطباعة والنشر. 2007.
- 2- أ. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1990
- 3- أ. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات. القسم الأول. إسكندرية. منشأة المعارف. الطبعة الرابعة. دون سنة نشر.
- 4- أ. د. أحمد سليمان عبد الراضي: المسؤولية التأديبية لأعضاء المجالس النيابية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2016.
- 5- أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات. القاهرة. دار الشروق. الطبعة الأولى. 1999
- 6- أ. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات. القاهرة. دار الشروق. الطبعة الثانية. 2000
- 7- أ. د. أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري. 1977. دون ذكر الناشر
- 8- أ. د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الثانية. 1997. دون مكان النشر.
- 9- أ. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: مجلس تأديب وصلاحيه القضاة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2005
- 10- أ. د. أماني فوزي السيد: ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2015.
- 11- أ. د. أيمن فتحي: التعليق على قانون الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى. دون سنة نشر.
- 12- أ. د. توفيق فرج: دروس في النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول. الإسكندرية. مؤسسة الثقافة الجامعية. 1980.
- 13- أ. د. ثروت عبد العال: الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. دار النهضة العربية. 1996.
- 14- أ. د. جلال العدوي: أحكام الالتزام. دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. بيروت. الدار الجامعية. 1992
- 15- أ. د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. القاهرة. مطابع المجلس الوطني. 1984.

- 16- أ. د. حسين عثمان: أصول القانون الإداري. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. 2004.
- 17- أ. خليل جريح: الرقابة القضائية على أعمال التشريع. معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية. 1971
- 18- د. دعاء محمد إبراهيم بدران: نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا. القاهرة. دار النهضة العربية. 2017
- 19- أ. د. رأفت فودة: عناصر وجود القرار الإداري. دراسة مقارنة. القاهرة. دار النهضة العربية. 1999
- 20- أ. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية. القاهرة. دار النهضة العربية. 2004 الطبعة الأولى
- 21- أ. د. رمزي الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية. 1997. دون ذكر الناشر.
- 22- أ. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري. الكويت. مطبوعات جامعة الكويت. 1972
- 23- أ. د. سامي جمال الدين: الطعون الانتخابية البرلمانية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2011.
- 24- أ. د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري دستور سنة 1971. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1980
- 25- أ. د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي. القاهرة. مطبعة جامعة عين شمس. 1986
- 26- أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. الكتاب الأول. القاهرة. دار الفكر العربي. 1986
- 27- أ. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري. قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام. الكتاب الثاني. القاهرة. دار الفكر العربي. 1986.
- 28- أ. د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية. القاهرة. دار الفكر العربي. 2016
- 29- أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري. دراسة مقارنة. القاهرة. مطبعة جامعة عين شمس. 1982
- 30- أ. د. سليمان الطماوي: الوجيز في نظم الحكم والإدارة. القاهرة. دار الفكر العربي. الطبعة الأولى. 1962.
- 31- أ. د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية. 1952 دون ذكر الناشر

- 32- د. سمير عبد الله سعد: الجرائم التأديبية والجنائية للموظف العام. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2018.
- 33- أ. د. صلاح الدين فوزي: الدعوى الدستورية. القاهرة. دار النهضة العربية. 1993
- 34- أ. د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات. الجزء الثاني. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012
- 35- أ. د. عبد الباسط جمعي و أ. د. آمال الفزايري: التنفيذ في المواد المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1990
- 36- أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. بيروت. دار إحياء التراث العربي. 1952.
- 37- أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. نظرية الالتزام بوجه عام. الإثبات. آثار الالتزام. القاهرة. دار النهضة العربية. 1968
- 38- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2008.
- 39- أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. دعوى الإلغاء. دعوى القضاء الكامل. الإسكندرية. دار أبو العزم للطباعة. الطبعة الرابعة 2009
- 40- أ. د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1997
- 41- أ. د. عبد الغني بسيوني: الوسيط في القانون الإداري. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2007
- 42- أ. د. عبد الغني بسيوني: ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة. قضاء الإلغاء. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1983.
- 43- أ. د. عبد الفتاح الصيفي: الجرائم الجنائي. دراسة تاريخية وفلسفية وفقهية. بيروت. دار النهضة العربية. 1972.
- 44- د. عبد الفتاح مراد: جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع. دار الكتب والوثائق. دون سنة نشر
- 45- أ. د. علي القهوجي - أ. د. فتوح الشاذلي: علم الإجرام وعلم العقاب. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2006.
- 46- أ. د. علي راشد: القانون الجنائي. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الثانية. 1974.

- 47- أ. د. علي عبد الحميد تركي: نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية. دراسة في القانون الفرنسي. القاهرة. دار النهضة العربية. 2011.
- 48- د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية. مركز رينية. جان دبوي للقانون والتنمية. دون سنة نشر. دون مكان نشر.
- 49- أ. د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر. القاهرة. شركة ناس للطباعة. 2004/2003
- 50- أ. د. ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2011
- 51- أ. د. محسن خليل: قضاء الإلغاء والتعويض. الإسكندرية. مطبعة التوني. 1992
- 52- أ. د. محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية. القاهرة. دار النهضة العربية. دون سنة نشر
- 53- أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2001
- 54- أ. د. محمد باهي: الغرامة التهديدية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012.
- 55- د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2014
- 56- د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010
- 57- أ. د. محمد رفعت. أ. د. حسين عثمان: القضاء الإداري. الإسكندرية. مطبعة التوني. 1997
- 58- أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري "نظام الموظفين العموميين في مصر". الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2017
- 59- أ. د. محمد رفعت: القانون الإداري. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2010
- 60- أ. د. محمد عبد الواحد الجميلي: آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا. القاهرة. دار النهضة العربية. 2002
- 61- د. محمد ماهر أبو العينين: التعويض عن أعمال السلطات العامة. الكتاب الثاني. القاهرة. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2013
- 62- د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في قضاء مجلس الدولة. الدفوع أمام قضاء مجلس الدولة. الكتاب الخامس. القاهرة. لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين. 2007

- 63- د. محمد ماهر أبو العينين: سلسلة المرافعات الإدارية. الطعن في الأحكام الإدارية والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا. القاهرة. دار أبو المجد للطباعة. دون سنة النشر
- 64- أ. محمود سعد عبد المجيد: الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية واستعمال سلطة الوظيفة في تعطيل تنفيذها. الإسكندرية. دار الكتب والدراسات العربية 2018
- 65- أ. محمود سعد عبد المجيد: الحماية التنفيذية للأحكام الإدارية بين التجريم والتأديب والإلغاء والتعويض. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2012
- 66- محمود سعد عبد المجيد: أصول المسؤولية عن الأعمال القضائية. الإسكندرية. المكتب الفني للموسوعات القانونية. دون سنة نشر.
- 67- أ. د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي. القاهرة. دار النهضة العربية. 1988
- 68- أ. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام. القاهرة. دار النهضة العربية. الطبعة الرابعة. 1977.
- 69- أ. د. محمود نجيب حسني: علم العقاب. القاهرة. دار النهضة العربية. 1966.
- 70- أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. 1999.
- 71- أ. د. مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. قضاء الإلغاء. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2008
- 72- أ. د. مصطفى أبو زيد: الوجيز في النظام الدستوري المصري. الإسكندرية. مطابع السعدني. 2006
- 73- أ. د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2007
- 74- أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2008
- 75- أ. د. نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 2000
- 76- أ. د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية. منشأة المعارف. 1986.
- 77- أ. د. يسري العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة. دراسة مقارنة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2011.

## ثانياً: الرسائل العلمية

- 78- د. أماني فوزي السيد: ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة أسيوط. 2012.
- 79- د. إمام محمد إمام أبو عائشة: امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016
- 80- د. باسم محمد حيدق: تنفيذ الحكم الدستوري وإشكالاته "دراسة تحليلية". رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة الإسكندرية. 2022
- 81- د. حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1984
- 82- د. حمدان حسن فهمي: حجية أحكام القضاء الدستوري وأثارها. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2006
- 83- د. سردار عماد الدين: وسائل ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة في النظام القانوني العراقي. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016
- 84- د. عابد بوفراج بوبكر: المسؤولية التأديبية لرجال القضاء. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2013.
- 85- د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة عين شمس. 2010/2009.
- 86- د. عبد الفتاح مراد: المسؤولية التأديبية لرجال القضاء والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية. رسالة دكتوراة كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 1993
- 87- د. عبد المجيد محبوب عبد الواحد: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2016.
- 88- د. عبد المنعم جيرة: آثار حكم الإلغاء. دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 1970
- 89- أ. عبدو يعقوب: رسالة في التنفيذ لنيل دبلوم دراسات عليا في القانون العام. بيروت. معهد الحكمة العالي لتدريس الحقوق. جامعة الحكمة. 2005
- 90- د. محمد رضوان صالح رضوان: مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2012.

91- د. محمد ضياء محمد محمد رفاعي: المسؤولية التأديبية للقضاة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة المنوفية. 2011

92- د. نايف خالد نايف المطيري: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وتنفيذه في الكويت. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. 2010

ثالثا: المجالات والأبحاث العلمية

93- د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء في تنفيذ أحكامه الإدارية ومدى فاعليتها. مجلة المحاماة. العددان الخامس والسادس. السنة الثانية والستون. مايو ويونيه 1982.

94- أ. حسن كامل: أحكام الإلغاء. مجلة القانون والاقتصاد. العددان الثالث والرابع. السنة الرابعة والعشرون. عدد سبتمبر 1954

95- د. سري محمود صيام: الحماية الدستورية لحق التقاضي واستقلال القضاء والقضاة. مجلة الدستورية. العدد العشرون. السنة التاسعة. أكتوبر 2011

96- د. عبد العزيز سالماني: الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية. مجلة الدستورية. العدد الثامن عشر. السنة الثامنة. أكتوبر 2010

97- د. عبد الفتاح حسن: تعطيل تنفيذ الحكم القضائي. مجلة العلوم الإدارية. السنة السادسة. العدد الأول. يونيه 1964.

98- أ. د. علي عبد الحميد تركي: نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية. مجلة الأمن والقانون. أكاديمية شرطة دبي. السنة العشرون. العدد الثاني يوليو 2012.

99- أ. د. فتحي فكري: التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول. مجلة الدستورية. العدد العشرون. السنة التاسعة. أكتوبر 2011

100- مجلة هيئة قضايا الدولة. السنة الرابعة والخمسون. إبريل - يونيو 2010.

101- أ. د. محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية للمسئولية الإدارية. مجلة الدستورية. العدد الرابع. السنة الأولى. أكتوبر 2003

102- أ. د. مصطفى كمال وصفي: خصائص الإثبات أمام القضاء الإداري. مجلة المحاماة. السنة 50. العدد الثاني. فبراير 1970

رابعا: موسوعات الأحكام.

103- موسوعة الجامع في الفقه والقضاء والتشريعات إصدار 2019.

104- محكمة القضاء الإداري: مجموعة السنة السابعة والعشرون

105- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. الجزء الثامن

106- موسوعة مكتبة القاضي الإلكترونية

خامسا: المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت.

107- موقع الأمم المتحدة لحقوق الإنسان:

<https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>

108- موقع المحكمة الدستورية العليا:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=ny93e4xwl&Adf-Page-Id=0>

سادسا: المراجع الأجنبية

109- Christian GABOLDE, Histoire de la formule exécutoire, La Revue administrative 8e Année, No. 48 (NOVEMBRE DÉCEMBRE 1955).

110- JEZE (G.): Principes généraux du droit public, Paris, Marcel Giard. 1914.



## أبحاث قانون المرافعات

**مبدأ الأمانة الإجرائية**  
**أمام القضاء المدني**

دكتور

مصطفى سلامة عز العرب سلامة

دكتوراه قانون المرافعات المدنية والتجارية

## المقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله خاتم النبيين، وعلي اله وصحبه، الطاهرين.

### أما بعد

فإن غاية العدالة وهدفها الأساسي هو قول ما هو حقيقي وعادل<sup>(1)</sup>، وما يعصف بتلك الحقيقة هو عدم الأمانة الإجرائية في السلوك قولاً وفعلاً.

وكثيراً ما تحدث الفقه الإجرائي عن مبدأ الأمانة الإجرائية، وهو ما يعبر عنه أحياناً بأمانة التقاضي وينصرف مدلول هذه الأمانة إلي ما هو متطلب من كل خصم من الخصوم في الدعوي في مباشرة الإجراءات بحسن نيه، وألا يقصد الإساءة بالخصم الاخر بأي وسيلة من الوسائل، وبالأخص اللجوء للغش والتدليس أو الكيد والتعسف في استعمال الحق الإجرائي<sup>(2)</sup>.

وبحق فإن مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني يعتبر من المبادئ الدولية التي استقر الضمير العالمي علي قبولها، فهو لا يحتاج إلي نصوص تقرر ه، بقدر ما يحتاج إلي نصوص تنظمه وتوضحه وتحدد جزاء الإخلال به.

ومبدأ الأمانة الاجرائية يوجب علي الخصوم ووكلائهم، القيام بالعمل الإجرائي بأمانة تحقيقاً لاعتبارات عديدة منها، حسن سير مرفق القضاء والإسراع، في الفصل في القضايا فلأمانة الإجرائية يندفع الجور والفساد عن الخصوم في التقاضي.

وينعدم التشفي والانتقام بينهم، ويزول الكيد والتعسف والتحيز والهوي، فضلاً عن زيادة الثقة والطمأنينة في الأحكام القضائية وبسط العدالة<sup>(3)</sup> هذا بالنسبة للخصوم.

وأما الوكيل بالخصومة وهو المحامي، فكذلك يجب عليه الالتزام بالأمانة الاجرائية عند القيام بعمله، ولا أدل علي ذلك من نص المادة (20) من قانون المحاماة المصري رقم (17) لسنة 1983م وتعديلاته ، والتي جاء فيها ما يعرف بقسم المحاماة عند بداية مزاوله مهنة المحاماة وهو كالتالي: (أقسم بالله العظيم أن أمارس اعمال

(1) أحمد سيد احمد محمود: الإستوبل الاجرائي (مبدأ عدم التناقض الاجرائي ) في قانون المرافعات – ط دار النهضة العربية 2016م ص1

(2) حسام أحمد محمد العطار: الأمانة الإجرائية ، دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس 2014م ص7 وما بعدها.

(3) أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الإجرائية في التقاضي ، ط دار الوفاء إسكندرية 2018م ص7.

المحاماة بالشرف والأمانة والاستقلال وأن احافظ علي سر مهنة المحاماة وتقاليدها وأن أحترم الدستور والقانون(1).

لكن الواقع المشاهد ينبئ بخطر، حيث إن تعطيل العدالة وتضليلها يرجع في حالات كثيرة إلي مسلك بعض المحامين وتحايلهم علي القانون، وتواطؤهم مع بعض الموظفين بالمحاكم إضراراً بحقوق الخصوم ومصالحهم، وتعطيلاً لمرفق العدالة وهذا هو الانتهاك الصارخ لمبدأ الأمانة الإجرائية.

لذا ينبغي تنظيم مسؤولية المحامي الذي يثبت للمحكمة التي تنظر الدعوي تواطؤه أو مماطلته أو تضليله للعدالة، وكل هذا خيانة للأمانة الإجرائية، حيث تتجه الدول المتقدمة في أمريكا وأروبا إلي مساءلته عن جريمة تعطيل سير العدالة، وتقترح ذات المحكمة التي تنظر الدعوي وقف قيده(2).

ومن هنا يؤكد فقهاء قانون المرافعات المصري علي أن الأمانة الإجرائية ترتب نتائج عديدة، توجه بالضرورة إلي مسلك الخصم، إذ يجب أن يسلك سبيل الصراحة والاستقامة وألا يكسب الدعوي بالمهارة والمباغثة، كما يجب أن تكون النية حسنة فلا يسمح كذلك للمحامي أن يؤخر التمسك بالدفع الفرعية أو الموضوعية كلها أو بعضها، إلي جلسة يباغت فيها الخصم مباغته حيث أن الغرض من المرافعات إظهار الحقائق، فيجب ألا تكون درعاً يستعمله المتعنت أو الخصم سيء النية للتغلب علي خصمه(3) هذا من جهة.

ومن جهة اخري لا ينبغي الاعتقاد بأن مبدأ الأمانة الاجرائية متطلب كمبدأ يلتزم به الخصوم ووكلائهم فقط، بل إنه مبدأ متطلب بصفة أساسية فيما يباشره القاضي من

(1) أحمد سليمان حسن: مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه دكتوراه 2008م عين شمس ص182.

(2) أحمد هندي: قانون المرافعات ط2020م ص81 ، وانظر: حسام العطار ، المرجع السابق ص18.

(3) حسام العطار: الأمانة الاجرائية، المرجع السابق ص222

- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ط2009م ، ط دار النهضة المصرية ص476 ، رقم

- عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر – ط الاعتماد –

شارع الحسن الاكبر 1922م ص11رقم 89 - وقرب أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح

قانون المرافعات ط2000م دار النهضة المصرية ص907.

أعمال قضائية اذ يجب عليه وفقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية أن يحكم بمقتضى القانون والـأ يعـتذر بعدم وجود قاعدة قانونية فيعد منكرأ للعدالة(1).

كذلك من لوازم مبدأ الأمانة الاجرائية بالنسبة للقاضي ألا يتولى نظر الدعوي إذا كانت له فيها مصلحة أو تربطه بأحد الخصوم صلة من قرابة، أو نسب أو خدمه، لذا قرر المشروع في قانون المرافعات المصري حالات عدم صلاحية القاضي وحالات رده(2).

والحال كذلك بالنسبة لأعوان القاضي من الموظفين القضائيين بالمحاكم من الكتاب والمحضرين والمترجمين حيث جاء في المادة (185) من قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972م وتعديلاته ما يلي:

أن يحلف الكتاب والمترجمون أمام هيئة المحكمة التابعين لها في جلسة علنية يميناً بأن يؤديوا أعمال وظائفهم بالذمة والعدل.

وأيضاً جاء في المادة (160) من قانون السلطة القضائية سالف الذكر بأن العاملين بالمحاكم ممنوعون من إذاعة أسرار القضايا، وليس لهم أن يطلعوا عليها أحداً من غير ذوي الشأن أو من تبيح القوانين أو اللوائح أو التعليمات اطلاعهم عليها(3).

معني ذلك: أن مبدأ الأمانة الاجرائية يقع علي عاتق القائمين بالعمل الاجرائي من الخصوم ووكلائهم، كذلك يلتزم به القاضي وأعوانه من الكتاب والمحضرين والمترجمين وحتى الشهود والخبراء ... إلخ .

ولكن كما لاحظنا أن المشرع المصري تعرض لمبدأ الأمانة الاجرائية في مواطن كثيرة من القانون بيد أنه لم يتعرض لمبدأ الأمانة الاجرائية بصورة مباشرة، وهذا ما دعانا للبحث في هذا الأمر للوقوف علي هذه النصوص، ولتحديد من يلزمهم ذلك، وفي المقابل التعرف علي جزاء الإخلال بمبدأ الأمانة الاجرائية بالنسبة للخصم أو بالنسبة للقاضي وأعوانه، ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة(4).

### أهمية موضوع البحث:

(1) قرب حسام العطار: المرجع السابق ، - وجدي راغب :مبادئ القضاء المدني ط2004م دار النهضة العربية ص277.

(2) حالات عدم صلاحية القاضي جاء النص عليها في قانون المرافعات في م 146,147 وحالات رد القاضي في المادة (148) لمزيد من التفصيل نظر احمد هندي المرافعات المرجع السابق.

(3) لمزيد من التفصيل حول أعوان القاضي راجع كلاً من: أحمد هندي: قانون المرافعات ط2020م.

الانصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، ط2020م وزارة التربية والتعليم

(4) راجع على سبيل مثال نصوص المواد (12, 14, 188, 228, 241, 122, 142, 352)

تتمثل أهمية دراسة مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني في عدة أمور:

أولاً: تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع في أنه يتعرض لجانب من الجوانب الهامة في القانون الاجرائي، وهو الجانب الخاص بحماية مبادئ القانون ضد استعمال الاجراءات القضائية بشكل لا يتفق مع الغاية منها، وهذه المسألة لها أهمية في تأثيرها المباشر علي قيام المحاكم بالدور المنوط بها في تحقيق العدالة، حيث إن التجاء الخصوم إلي استخدام أساليب الالتواء والمماطلة، بل والكذب والغش لتحقيق نواياهم الخبيثة مما يترتب علي ذلك لحوق الضرر بالخصم، وكذلك لحوق الضرر بصرح العدالة لذا يلزم ايضاح الخبيث من الطيب .

ثانياً: امتثال الخصوم عند قيامهم بالعمل الاجرائي بالأمانة الاجرائية يترتب عليه حتما حسن سير العدالة وانتظامها، وبالتالي تحقيق العدالة الناجزة، وفي المقابل عدم امتثال الخصوم لمبدأ الأمانة الإجرائية عند القيام بالعمل الاجرائي يؤدي الي عدم حسن سير العدالة وضياع الحقوق، ويحدث نوع من بطء التقاضي مما يترتب عليه ضياع العدالة.

ثالثاً: كذلك تأتي أهمية هذه الدراسة في أنها تطرح على بساط البحث مشكلة حماية الخصم ضد تصرفات خصمه، كالتي تنطوي علي تعسف واساءة في استعمال الحق، أو حدوث غش اجرائي ودعاوي كيدية، كل هذه الامور هي إخلال بالواجب الاجرائي والذي يستوجب في المقابل أن يكون هناك جزاء اجرائي يوقع علي هذا الخصم سيء النية حماية لخصمه الأخر.

### مشكلة البحث:

يثير مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني، اشكالية حول تحديد المقصود بهذا المبدأ حيث إن قانون المرافعات المصري الحالي لم ينص عليه صراحة، ومن هنا تنثور مجموعة من الأسئلة الفرعية، فيثور التساؤل عن حقيقة وجود مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني واساس هذا المبدأ كذلك يثور التساؤل عن نطاق ومجال الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني كذلك يثور التساؤل عن جزاء الاخلال بمبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني.

## منهج البحث:

يتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي التطبيقي، وذلك من خلال العرض لنصوص القانون المصري، وأقوال الفقه ثم تطبيق ذلك عملياً، من خلال نطاق مبدأ الأمانة الاجرائية في مرحلتي التقاضي، والتنفيذ.

## خطة البحث:

اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن يتم تقسيمها الي فصلين وهما:

الفصل الأول: مفهوم الأمانة الاجرائية وقواعدها دراسة تحليله.

المبحث الأول: مفهوم الأمانة الإجرائية وموقف المشرع المصري والفرنسي منها.

المطلب الأول: مفهوم الأمانة الاجرائية وأهم خصائصها.

المطلب الثاني: تمييز الأمانة الاجرائية عن غيرها.

المطلب الثالث: موقف المشرع المصري والفرنسي من الأمانة الإجرائية.

المبحث الثاني: أهم القواعد التي تقوم عليها الأمانة الإجرائية.

المطلب الأول: واجب الحقيقة والصدق.

المطلب الثاني: المواجهة.

المطلب الثالث: المساواة.

المطلب الرابع: الاستتوبل الاجرائي (عدم التناقص).

المطلب الخامس: مبدأ حياد القاضي وحيدته.

الفصل الثاني: نطاق الأمانة الاجرائية وجزء مخالفتها دراسة تطبيقية.

المبحث الأول: نطاق الأمانة الإجرائية.

المطلب الأول: نطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التقاضي.

المطلب الثاني: نطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التنفيذ.

المبحث الثاني: صور الاخلال بالأمانة الاجرائية وجزء ذلك.

المطلب الأول: أهم صور الاخلال بالأمانة الاجرائية بالنسبة للخصوم.

المطلب الثاني: أهم صور الاخلال بالأمانة الاجرائية بالنسبة للقاضي واعوانه.

المطلب الثالث: جزاء الاخلال بالأمانة الاجرائية.

## المبحث الأول

### مفهوم الأمانة الاجرائية

#### وموقف المشرع المصري والفرنسي منها

مما لا شك فيه فإن الحق الاجرائي هو حق خوله المشرع لصاحب الحق بالقيام به ، لكنه غير مطلق في استعماله فعلي صاحب الحق القيام بفعل الاجراءات المنوطة به بأمانة وصدق وحسن نية بما يتلاءم والظروف التي قررها المشرع في هذا الخصوص<sup>(1)</sup>.

ومن هنا تبدو أهمية مبدأ الأمانة الاجرائية في أنه مفترض ضروري في سلوك القائم بالعمل الاجرائي سواء كان الخصوم ، أو ووكلائهم أو القاضي وأعوانه من الكتاب والمحضرين والمترجمين والشهود والخبراء... الخ

هذا من جهة، ومن جهة اخري، ذهبت تشريعات كثيرة إلي تقنين هذا المبدأ كالمشرع الايطالي والفرنسي، وأما المشرع المصري فهو لم يتعرض حتي الآن بصفة مباشرة له وإن كان هذا المبدأ مشار إليه في عدة نصوص من قانون المرافعات لذا ينبغي لنا الوقوف علي مفهومه وموقف المشرع منه، وعلي هذا فسوف يعرض الباحث لمفهوم الأمانة الإجرائية وموقف المشرع المصري والفرنسي منها ، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الأمانة الاجرائية وأهم خصائصها.

المطلب الثاني: تمييز الأمانة الاجرائية عن غيرها من الافكار المشابهة.

المطلب الثالث: موقف المشرع المصري والفرنسي من الأمانة الإجرائية.

وذلك على النحو التالي:

---

(1) محمود محمد عبد العزيز الهجرسي: الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات في التقاضي والتنفيذ – دراسة تأصيلية تطبيقية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق عين شمس 2019م ، ص 141 وما بعدها.

## المطلب الأول

### مفهوم الأمانة الاجرائية وأهم خصائصها

للقوف على مفهوم الأمانة الاجرائية وأهم خصائصها ينبغي لنا الوقوف على هذه النقاط  
أولاً: مفهوم الأمانة الإجرائية.

ثانياً: خصائص الأمانة الإجرائية.

وذلك النحو التالي:

أولاً: مفهوم الأمانة الاجرائية:

#### ( أ ) مفهوم الأمانة الاجرائية في اللغة العربية:

الأمانة الاجرائية عبارة مكونة من كلمتين: الأولى الأمانة ، وهي لغة ضد الخيانة  
وهي مصدر للفعل أمن بكسر الميم أمانة فهو أمين، والأمن هو طمأنينة النفس وزوال  
الخوف.

والكلمة الثانية: الاجرائية وهي مأخوذة من الفعل أجري ،يقال أجري الأمر إذا قام بتنفيذه  
وأجري الماء إذا أساله وأجري العدل أقامه، والجمع إجراءات<sup>(1)</sup>.

وعلي هذا فتعني كلمة الأمانة الإجرائية لغة: الأمور التنظيمية واجبة الاتباع<sup>(2)</sup>.

---

(1) انظر: ابن منظور: لسان العرب المعجم الوسيط دار المعارف ط-2011ص96، - احمد خليفة  
شرفاوي: الأمانة الاجرائية في التقاضي ، مرجع سابق ص12 وما بعدها. هذا ولقد وردت كلمة  
الأمانة في القران الكريم في مواضع كثيرة منها، قوله تعالى: إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى  
أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ... الآية رقم (58) من سورة النساء، وقوله تعالى: يا  
أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وانتم تعلمون ... الآية رقم (27) سورة  
الانفال..

(2) إن مبدأ الأمانة الاجرائية يعد من المبادئ الاساسية للقانون الاسلامي الذي يمثل قانون الفطرة ويعتبر  
مصدراً رئيسياً للتشريع وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصري وبالتالي فإن هذا المبدأ  
يتماشى مع مبادئ العدالة حيث يقوم علي اعتبارات خلقية واجتماعية ويحارب الخديعة والاحتيال  
في القانون والانحراف عنه، ويعمل به في جميع فروع القانون صيانة لمصالح الاشخاص في  
المجتمع ، كما يعمل به في جميع التصرفات القانونية والاجرائية بغير نص، وعرف الفقه الاسلامي  
الأمانة بانها: كل حق لزمك أدأؤه - انظر المناوي فيض القدير جزء أول ص288 ، وقيل =الأمانة  
هي : التعفف عما يتصرف الانسان فيه من مال وغيره ، وما يوثق به عليه من الاعراض ، انظر:  
الجاحظ تهذيب الاخلاق ط1 دار الصحابة للتراث القاهرة 1989م ص24 ،

## (ب) الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات :

بداية نشير إلي أن القوانين تتحرز من وضع تعريفات تاركة ذلك للقضاء والفقهاء لأن التعاريف غالباً ترد غير جامعة ومانعة.

لذا تركت مهمة التعريفات للفقهاء وكثيراً ما تحدث الفقه الإجرائي المصري والمقارن منذ زمن بعيد عن الأمانة الاجرائية ، وهي ما يعبر عنها أحياناً بأمانة التقاضي ، وينصرف مدلول الأمانة الإجرائية إلي ما هو متطلب من كل طرف من أطراف الدعوي مباشرة الإجراءات بحسن النية وألا يقصد الاساءة بالأطراف الأخرى في الدعوي بأي وسيلة من الوسائل وبالأخص الغش والتدليس<sup>(1)</sup>.

معني هذا أن الأمانة في القانون هي: الالتزام بواجب الصدق والنزاهة والشرف (عكس الغش والاختفاء والاصطناع) والالتزام بما يفرضه القانون من واجبات والتزامات ومصارحة واتفق (عكس السكوت والكتمان وعدم الافصاح) من مبادئ وأحكام القانون وحسن نية (عكس سوء النية) أثناء التعامل بأحكام القانون حتي يتم اظهار الحقيقة وإقامة العدل<sup>(2)</sup>.

إذا الأمانة كقاعدة عامة عكس الغش الذي هو تغيير الحقيقة بأي وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون ، وعلي هذا فالغش متي وجد ترتب عليه بطلات الاجراءات علي وجه العموم اذا شابها<sup>(3)</sup>.

والغش يكون مرادفاً للتدليس أو الكتمان أو الاختفاء أو الكذب المحبوك أو الصورية<sup>(4)</sup> وهو أخطر صور الاخلال بمبدأ الأمانة الاجرائية على الاطلاق ، ولقد

---

- أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الاجرائية، مرجع سابق ص13،

ولمزيد من التفصيل: راجع كلاً من:

- حسام العطار: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص47 وما بعدها.

- محمود محمد الهجرسي: الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات ، المرجع السابق ص141,142 وما بعدهما.

- أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات: دار المطبوعات الجامعية إسكندرية 2007م ص193.

(1) حسام العطار : المرجع السابق ص7 وما بعدها .

(2) محمود الهجرسي : المرجع السابق ص146 وما بعدها.

(3) أحمد أبو الوفا : التعليق المرجع السابق ص193.

(1) GHSTIN ETG. GOUB EAUX: introduction général 1977, on 744, P 625.

عرف بعض الفقه الفرنسي الأمانة الاجرائية بأنها: السلوك الذي يعبر عن النزاهة والشرف المتوقعين من الخصم تجاه القاضي وتجاه خصمه<sup>(1)</sup>.

وعرفها جانب من الفقه المصري بأنها قيام الخصم عند التقاضي باتباع ما ينبغي إتباعه من إجراءات وتصرفات طلباً كانت أو دفعاً علي وجهها المعترف لها قانوناً دون زيف أو كيد أو تجميل أو خديعة<sup>(1)</sup>.

وحول ذات المعني جاء تعريف آخر للأمانة الاجرائية بأنها: السلوك الذي يعبر عن الصدق والنزاهة والاستقامة والالتزام بالأحكام والمبادئ التي يفرضها القانون الاجرائي علي كافة إجراءات التقاضي والتنفيذ التي تصدر من الخصوم أو من القاضي واعوانه بغير زيف أو كيد أو خديعة<sup>(2)</sup>.

### رأي الباحث

يمكن لنا وضع تعريف للأمانة الاجرائية بأنها: كل ما يوجب القانون علي الخصوم ، ووكلائهم أو الغير المتدخل في الدعوي ، أو القاضي وأعوانه من الالتزام بالحقيقة والشرف وحسن النية وعدم الغش أو التعسف أو الكيد عند ممارسة العمل الاجرائي ، سواء في مرحلة التقاضي أو مرحلة التنفيذ وإلا ترتب علي ذلك جزاء إجرائي يكون بحسب المخالفة والضرر .

### ثانياً: خصائص الأمانة الاجرائية

يتميز مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني بمجموعة من الخصائص يمكن توضيحها فيما يلي:

أولاً: الأمانة الاجرائية مبدأ قانوني وليس قاعدة قانونية<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الاجرائية المرجع السابق ص15.  
(2) محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، الرسالة السابقة ص151، وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات ، دار العربي ط 2016 ص143.

(3) التفرفة قائمة بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القانونية ، حيث أن المبادئ أعم وأشمل من الاخري ، لأنها تهيمن علي القانون الوضعي وتوجه تطبيقاته ، وأما القواعد فهي مجرد تطبيق للمبادئ العامة ، انظر نقض مدني: جلسة 1977/6/4م في الطعن رقم 435 لسنة 43قضائية ، مكتب فني 28ج1 ص1361. وراجع كلاً من: سيد احمد محمود : الغش الاجرائي ، مرجع سابق ص79 ، أحمد سيد محمود الاستوبل الاجرائي مرجع سابق ص206,207 ، حسام الأهواني : أصول القانون ، ط1988م ص195 رقم 229 وما يليها.

إن المبدأ العام للقانون هو اجتهاد القاضي للبحث عن حل النزاع ليس بناء على أفكار شخصية أو شعور شخصي بالعدالة ، ولكن بناء على مبادئ عامة كلية غير مكتوبة للنظام القانوني في دولته وأجمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على إنزالها منزلة المبادئ المكتوبة ، فكان مؤدي هذه الموافقة الجماعية أن اعتبرت هذه المبادئ من قبل القانون الوضعي عبرت عنه الإرادة الجماعية فكان بذلك قوة ملزمة (1).

ومن هذه المبادئ وأهمها وأساسها على الاطلاق في القانون الاجرائي مبدأ الأمانة الاجرائية وحسن النية ، والغش يفسد كل شيء (2).

وأما القاعدة القانونية ، فهي مجرد تطبيق للمبادئ العامة، وتستهدف استخلاص الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني ، ومن ثم تحقيق العدالة في مفهوم النظام العام ، ولكن يجب ملاحظة أن هذه المبادئ العامة للقانون يمكن أن يكرسها التشريع أو العرف ، فالخلاصة أن مبادئ القانون هي خلاصة الأسس التي تقوم عليها حضارة المجتمع أو هي التعبير القانوني للحضارة السائدة(3).

#### ثانياً: مبدأ الأمانة الاجرائية مبدأ غير مكتوب

إن مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني يتسم بأنه مبدأ غير مكتوب في معظم التشريعات القانونية الاجرائية صراحة، ولكنه موجود ضمناً مثل غيره من المبادئ القانونية الأخرى كمبدأ حسن النية، ومبدأ الوضع الظاهر، ومبدأ الغش الاجرائي، ومبدأ التعسف في استعمال الحق الاجرائي(4).

والقاضي لا يتقيد فقط عند الفصل في النزاعات بتطبيق النصوص القانونية ، بل تمتد سلطته إلى تطبيق المبادئ، إما بصفة احتياطيه بجانب تلك النصوص القانونية تأكيداً عليها أو بصفة أساسية حال عدم وجود نص قانوني يترجم مفهوم تلك المبادئ، كأن يرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء، أو القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كما هو الوضع في القانون المدني المصري فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم

(1) محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص152 ، سيد محمود: المرجع السابق ص 79.

(2) حسام الالهواني: المرجع السابق الاشارة السابقة.

(3) حسام الالهواني: نفس الاشارة ، سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ص79, 80.

(4) قرب: أحمد سيد محمود: الاستوبل الاجرائي ، مرجع سابق ص 46 وما بعدها.

القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فيه ، فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيها فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>(1)</sup>.

بيد أن قانون المرافعات الفرنسي في المادة (16) وغيرها ، والقانون الايطالي الصادر عام 1942م قنن هذا المبدأ ، وأما في مصر فحتى تاريخه لم يرد نص صريح يقنن هذا المبدأ ونحن من جانبنا نهيب بالمشرع المصري اضافة نص يقضي بوجوب احترام مبدأ الأمانة الاجرائية من قبل الخصوم ووكلائهم أو الغير أو القاضي وأعوانه أمام القضاء المدني وتوقيع جزاء علي مخالفته<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: مبدأ الأمانة الاجرائية مبدأ أساسه الأخلاق:

من أهم خصائص مبدأ الأمانة الاجرائية أنه مبدأ يعتمد علي الأخلاق، أي أن أصله وأساسه الأخلاق الحميدة المبنية علي الصدق والنزاهة والاستقامة وحسن النية في جميع التصرفات القانونية في كافة الاجراءات والاعمال الإجرائية<sup>(3)</sup>.

فيجد مبدأ الأمانة الاجرائية مصدره في الأخلاق التي تربي عليها الشخص ، إذ يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً ولا يمكن انفصاله عنها فأينما وجدت الاخلاق وجد معها مبدأ الأمانة الاجرائية في التعاملات<sup>(4)</sup>.

وحيث إن الاعتبار الخلقية في المجتمع تتطلب محاربة الغش والخديعة والاحتيال في التصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، لذا فإن القيم الاخلاقية في المجتمع تتطلب أن يسلك الخصم في المطالبة بحقه أو في الدفاع عنه أو الحصول علي ثماره أمام القضاء المدني مسلكاً يتسم بالنزاهة والصدق في القول،

---

(1) وفي اعتقادنا أن مبدأ الأمانة الاجرائية هو مبدأ دستوري حيث نصت المادة الثانية من دستور مصر العربية الصادر بتاريخ 2014/1/18م ويعمل به بتاريخ 2014/1/18م ونص على أن: ..... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، ومبدأ الأمانة الاجرائية هو من مبادئ الشريعة الاسلامية ، انظر حكم الدستورية العليا: في جلسة 2002/5/12م في الطعن رقم 127 لسنة 22دستورية ، مكتب فني 10رقم الجزء 1ص368 وانظر حكم نقض في 2001/2/26م في الطعن رقم 8365لسنة 64ق مكتب فني 52ج1ص366.

(2) تضمن المشرع المصري مبدأ الأمانة الاجرائية بصورة ضمنية في المواد (185، 188، 494) وغيرها.

(3) محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص153.

(4) عبد الحليم عبد اللطيف القوني: مبدأ حسن النية وأثره في المرافعات ، رسالة دكتوراه ، القاهرة 1997، ص98، محمود الهجرسي: الاشارة السابقة.

أي أمانة العمل الاجرائي في السلوك قولاً وعملاً وهذا ما نص عليه المشرع الايطالي صراحة في المادة (1/88) من قانون المرافعات التي تتضمن واجب الخصوم ومحاميهم أن يسلكوا في الخصومة بإخلاص ونزاهة<sup>(1)</sup>.

كذلك يرمي مبدأ الأمانة الاجرائية إلي اعتبارات اجتماعية ، لتحقيق مصلحة الفرد والمجتمع التي تتطلب عدم الإضرار بالغير من ناحية ، والمشاركة في إظهار الحقيقة من ناحية أخرى ، وهذا ما جاء في نص المادة (10) من القانون الفرنسي التي أوجبت مشاركة الخصوم في اظهار الحقيقة وكذلك المادة (17) من الدستور المصري<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: مبدأ الأمانة الاجرائية مبدأ مرتبط بالقصد:

من أصعب وأدق خصائص مبدأ الأمانة الاجرائية أنه مرتبط بالنية للشخص وهذه الأمور يصعب إثباتها والتوصل إليها بسهولة فهي أمور خاصة بأصحابها ومن الصعب تقديرها إلا بالرجوع إلي ذات الشخص الذي صدر منه التصرف ، ولذلك لا يمكن وصف شخص بأنه سيئ النية إلا بالبحث في نفسية هذا الشخص<sup>(3)</sup>.

ولكن يجب ملاحظة أنه طالما أن هذا المبدأ مرتبط بالنية والقصد فإنه يأخذ صورة العمل الايجابي المتعمد من الشخص الذي قام بالتصرف وبالعمل الاجرائي ضد الشخص الاخر أو الخصم الاخر والذي يقتضي العزم منه وليس رغباً عنه<sup>(4)</sup>.

فالأمانة ضد الغش وبالتالي لا يتصور أن يصدر غش من شخص مجنون أو سكران أو نائم أو طفل صغير غير مميز، حيث أن هذا التصرف عمل إرادي من جانب الخصم أو القاضي وأعوانه فلا يمكن اعطاء هذا الوصف لشخص غير قادر ذهنياً<sup>(5)</sup>.

---

(1) سيد احمد محمود: الغش الاجرائي ط2017 ، مرجع سابق ص63, 64.

(2) تنص المادة (17) من الدستور علي أن: يسهم الشعب في إقامة العدالة....."

(3) محمود محمد الهجرسي: مرجع سابق ص153.

(4) عبد الحليم القوني : مبدأ حسن النية، المرجع السابق ص97.

(5) نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق ، رسالة دكتوراه القاهرة 1977م ، ص165 ، الهجرسي: ص153.

### خامساً: مبدأ الأمانة الاجرائية مبدأ مستقل:

إن مبدأ الأمانة الاجرائية يعد وبحق أصل كل المبادئ الاجرائية الأخرى، كمبدأ حسن النية ومبدأ الغش يفسد كل شيء، ومبدأ التناقص الاجرائي، ومبدأ التعسف الاجرائي إلخ...

فليس هذا المبدأ فرعاً لهذه المبادئ وإنما يعد أصلها في الحقيقة وإليه مردها.

ومظهر استقلالية هذا المبدأ تكمن في أنه لا يمكن الاستغناء عنه بغيره، كذلك فإن استقلالية هذا المبدأ تبعث في النفس الثقة والطمأنينة أمام القضاء المدني.

### سادساً: نسبية مبدأ الأمانة الاجرائية:

من الخصائص المميزة لمبدأ الأمانة الاجرائية أنه مبدأ نسبي أي يتغير من شخص لآخر ومن عمل إجرائي لآخر فليس له معيار مطلق ، ومحدد يتم تطبيقه علي كل الاشخاص وعلي كل التصرفات ، وهذا يعني أنه قد يكون القائم بالعمل الاجرائي ذو أمانة ولا يعتمد كذلك إذا صدر ذات العمل الاجرائي من شخص آخر له نفس الدور في الواقعة محل الخلاف حيث أن تقدير الأمانة الإجرائية<sup>(1)</sup>.

يتطلب عناصر معينة تختلف من شخص لآخر وكلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع كذلك يختلف هذا المبدأ من زمان لزمان، ومن مكان لمكان رغم كونه مبدأ عالمي استقر في الضمير الانساني لكن تطبيقاته تختلف من مكان لآخر.

ثالثاً: الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأمانة الاجرائية.

يقوم مبدأ الأمانة الاجرائية علي أساسين هما:

### الأول: الأساس التشريعي (2)

إن الهدف الأساسي وراء وضع التشريعات والقوانين هو وضع نظام يكفل لكل فرد من أفراد المجتمع حقوقه، ويحدد واجباته، كي يعيش الناس في أمن وسلام، ويلاحظ أن مبدأ الأمانة الاجرائية حتي كتابة هذه السطور لم يوضح بصورة واضحة وصريحة في قانون المرافعات ، إلا أنه تم الإشارة إليه بصورة ضمنية ، ومن ذلك ما يلي:

(1) محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية، مرجع سابق ص102 وما بعدها.

(2) قرب: احمد خليفة شرقاوي: الأمانة الاجرائية للخصم ، مرجع سابق ص14 , 15.

(1) من ذلك مثلاً م (3) من تقنين المرافعات والتي اشترطت لرفع الدعوي توافر المصلحة ورتبت جزاء إذا أساء الشخص استعمال حقه في رفع الدعوي أمام القضاء المدني وهو الغرامة.

(2) م (14) والتي جاء فيها: تحكم المحكمة بغرامة لا تقل عن 100جنيهاً ولا تتجاوز 400جنيهاًعلي طالب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الاعلان.

(3) كذلك ما تنص عليه المادة 25,26 مرافعات.

(4) كذلك ما تنص عليه المادة (81) مرافعات والمادة (99).

(5) كذلك ما تنص عليه المادة (185, 188) مرافعات مصري.

(6) كذلك ما تنص عليه المادة (494) الخاصة بمخاصمة القضاة هذا بالنسبة للتشريع المصري.

وأما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ في المادة (16) والمادة (763) وكذلك التشريع الايطالي في المادة (188)<sup>(1)</sup>.

### الثاني: الأساس الفني

تتمثل الأسس الفنية لمبدأ الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات أمام القضاء المدني في مجموعة قواعد تتكامل وتتضافر فيما بينها للتأكيد على ضرورة وجود هذا المبدأ وتبريره ومن هذه الأسس:

1- أن قواعد المرافعات قواعد شكلية ، وتبدو أهمية الشكلية في أنها تحقق حسن سير القضاء فلا يترك الأمر لتحكم الخصوم أو القاضي<sup>(2)</sup>.

2- أن قواعد المرافعات أمره وتتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز مخالفتها وإلا لحق العمل الاجرائي البطلان.

3- كذلك من الأسس الفنية التي يستند عليها مبدأ الأمانة الاجرائية مبدأ حسن النية.

4- كذلك من الأسس الفنية قاعدة أن العش يفسد كل شيء.

---

(1) لمزيد من التفصيل راجع: أحمد خليفة شرقاوي، المرجع السابق، محمود الهجرسي: المرجع السابق، ص97.

(2) لعرض فكرة الشكلية في المرافعات انظر: أحمد هندي: قانون المرافعات، 2019ص6.

4- عدم التناقص الاجرائي كل هذه أسس فنية تتضافر وتتكامل فيما بينها ليخرج منها مبدأ الأمانة الإجرائية (1).

## المطلب الثاني

### تميز الأمانة الاجرائية عن غيرها من المبادئ

من الأهمية بمكان توضيح الفارق بين مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني وبين غيره من الأفكار التي قد تتشابه معه نظراً لاختلاف أحكام وأثار ونتائج كل منها وذلك على النحو التالي

#### أولاً: الأمانة الاجرائية وحسن النية

الأمانة الإجرائية كما سبق لنا تعريفها بأنها كل ما يوجب القانون على الخصوم ووكلائهم والغير والقاضي وأعوانه من واجب الالتزام بالحقيقة والشرف والاستقامة والنزاهة وعدم سوء النية والغش والتعسف عند ممارسة العمل الاجرائي في التقاضي والتنفيذ ، وإلا ترتب على ذلك الجزء الإجرائي بحسب المخالفة والضرر (2).

وأما حسن النية فيقصد به: الالتزام بأحكام ومقاصد القانون في التصرفات (3).

حيث إن حسن النية ينبع من داخل الشخص نفسه والذي يختلط بما يدور داخل الشخص من أفكار فيظهر لنا في النهاية موقف ايجابي من شخص ملتزم لا ينوي الخروج على أحكام القانون فذلك هو الشخص حسن النية (4).

وقد قضت محكمة النقض المصرية فيما يخص مفهوم مبدأ حسن النية: بأنه هو اعتقاد المتصرف اعتقاد تاماً حين التصرف بأن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (5).

(1) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية: مرجع سابق، من ص124 وص140.

(2) لمزيد من التفصيل حول تعريف مبدأ الأمانة الاجرائية انظر ما سبق من هذا البحث ص9.

(3) عبد الحلیم القوني: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق ص39، محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص106، محمد الشرقاوي: حسن النية في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه حقوق المنوفية 2015 ص84.

(4) محمود الهجرسي: الاشارة السابقة.

(5) حكم نقض في 1998/5/23م في الطعن رقم (677) المدونة الذهبية ص929.

وعلي هذا فعرف بعض الفقه مبدأ حسن النية في قانون المرافعات ، بأنه قصد الالتزام بالحدود القانونية التي يفرضها القانون الاجرائي أو ارادة مطاوعة القانون في اتخاذ كافة الاجراءات والتصرفات القانونية بناء على اعتقاد مغلوط في ظل وجود جهل ميرر لدي الشخص بالعييب الذي يجعل التصرف أو الوفاء أو الاجراء المتخذ صحيحاً (1).

### رأي الباحث:

يتضح للباحث مما سبق عرضه حول مبدأ الأمانة الاجرائية ومبدأ حسن النية أنهما متقاربان ومتشابهان لحد كبير في قانون المرافعات أمام القضاء المدني وتوجد بينهما علاقة هي علاقة الكل بالجزء ، حيث يعتبر مبدأ الأمانة الاجرائية أصل وحسن النية فرع عنه

### ثانياً: الأمانة الاجرائية والاستوبل الاجرائي (2)

سبق أن ذكرنا بأن الأمانة الاجرائية تعني السلوك الصادر من الخصوم ووكلائهم والغير والقاضي وأعوانه بنزاهة وشرف في التقاضي والتنفيذ.

وأما الاستوبل الاجرائي وهو مبدأ عدم التناقض ، فهو مصطلح قانوني يعبر به عن قاعدة إجرائية شكلية تطبق في منازعة قضائية لمنع تناقض الاقوال والافعال (3) فالاستوبل الاجرائي هو عدم قبول أو مانع للدعوي في نفي لوقائع أو طلبات من الخصم ثم أدعي أو طلب عكسها.

(1) احمد سيد محمود: الاستوبل الاجرائي مرجع سابق ص72..

(2) الاستوبل الاجرائي في اللغة: يعني عموماً الصد والمنع والاعلاق والاعاقة ، فالشخص الذي يناقض سلوكه أو موقفه مع ما سبق ، وأن صدر من سلوك أو موقف لابد من أن يصد ويمنع أو يعلق فمه أو يتم إعاقته وهو مصطلح قانوني دخيل وجديد في انتظام القانوني الفرنسي والمصري في أن واحد ، وهو مأخوذ ومقتبس من القانون الانجلوسكسوني ، وترجع هذه الفكرة (الاستوبل) في القانون الانجليزي إلي القرن الثاني عشر والثالث عشر ، وتطورت هذه الفكرة حتي اخذت افكار كثيرة ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسي في عام 2010م في احدي قضايا التحكم: بأن مبدأ الاستوبل يعني منع الخصم أن يتناقض في مسلكة الاجرائي بطريقة تحض الطرف الاخر علي أن يعدل له من مسلكه أيضاً ، وجاء في حكم آخر: بأن الاستوبل هو مسلك اجرائي لخصم غير أمين اضراً بالخصم الاخر لمزيد من التفصيل والاحكام ، انظر : أحمد سيد محمود : الاستوبل الاجرائي ، مرجع سابق ص15 وما بعدها.

(3) أحمد سيد محمود: الاستوبل الاجرائي ، مرجع سابق ص15 وما بعدها.

أو هو مانع قانوني للشخص من أن يحتج أو ينكر واقعة أو مجموعة من الوقائع نتيجة لاحتجازه أو انكاره أو سلوكه أو قبوله السابق أو نتيجة لحكم نهائي في مسألة قانونية صادر عن محكمة<sup>(1)</sup>.

ومن هنا فإنه يوجد تشابه كبير بين مبدأ الأمانة الاجرائية ومبدأ الاستوبل الاجرائي (عدم التناقض الاجرائي) حيث يعتبر مبدأ الأمانة الاجرائية أساس للاستوبل أو أن الاستوبل أحد القواعد التي يبني عليها مبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(2)</sup>.

وما يعضد تأسيس مبدأ الاستوبل الإجرائي علي مبدأ الأمانة الاجرائية أنهما يلتقيان في تحقيق غايات مشتركة، ومنها القضاء علي ظاهرة بطء التقاضي<sup>(3)</sup> فهما يهدفان إلي سرعة الفصل في القضية، وتهذيب القضية أمام القضاء المدني، وفي اعتقادنا أن مبدأ الأمانة الاجرائية له مظاهر وصور وقواعد عديدة ومنها الاستوبل الإجرائي باعتبار أن الخصم أو من يمثله عندما تناقض سلوكياته الاجرائية اضراراً بالغير يعد غير أمين. ولكن يمكن التمييز بينهما بأن فكرة الاستوبل الإجرائي فكرة محددة تواجه التناقض في السلوكيات الاجرائية داخل القضية<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: الأمانة الاجرائية والعدالة الاجرائية:

لفظ العدالة justice يعني مطابقة الحق والتنزه عن التمييز واعطاء كل ذي حق حقه ، وبها يهتدي القضاة في أحكامهم، ويمكن تعريف العدالة الاجرائية بأنها: التطبيق العادل للإجراءات القانونية عند التقاضي علي وجه يحفظ الصيانة للأصول القضائية والقواعد القانونية ويساوي بين جميع الخصوم المتقاضية علي النحو المعترف قانوناً<sup>(5)</sup>.

ومن هنا يتضح للباحث أن الأمانة الاجرائية والعدالة الاجرائية يقتربان ويتشابهان، حيث إن العدالة الاجرائية هي ثمرة للأمانة الاجرائية، لأن كلاً من الأمانة والعدالة يبحثان في أمور تنظيمية وقانونية واجبة الاتباع عند التقاضي علي وجهها

(1) لمزيد حول التناقض الاجرائي: انظر رمضان ابراهيم علام: التناقض الاجرائي ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق –جامعة عين شمس 2004م.

(2) أحمد سيد محمود : الاستوبل ص73 وما بعدها، والمراجع الفرنسية المشار إليها لديه.

(3) حول بطء التقاضي انظر : خالد أبو الوفا : بطء التقاضي .دكتوراه اسكندرية 2016م.

(4) أحمد سيد محمود : المرجع السابق ص77.

(5) أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الاجرائية مرجع سابق ص21: محمود الهجرسي المرجع السابق ص157.

المعتبر قانوناً ولكن يلاحظ أن العدالة الاجرائية واجب اجرائي يلقي علي عاتق القاضي بينما الأمانة الاجرائية واجب اجرائي يلقي علي عاتق الخصوم والقاضي وهذا وجه التمييز بينهما<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: الأمانة الاجرائية والغش الاجرائي

الغش الاجرائي: هو الوجه العكسي أو المخالف للأمانة الإجرائية ويمكن لنا تعريف الغش الاجرائي بأنه: كل تغيير أو خفاء للحقيقة بأي وسيلة بعد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون فهو يعني استخدام الطرق الاحتمالية غير الأمانة أو أساليب الخديعة والتضليل<sup>(2)</sup>.

والفرق بينهما واضح، فالغش هو: أحد صور الاخلال بمبدأ الأمانة الاجرائية حيث يعني الكذب والخداع والتدليس وفيه التضليل عند ممارسة العمل الاجرائي، بينما الأمانة تعني: الصدق والنزاهة والشرف وحسن النية عند ممارسة العمل الاجرائي.

#### المطلب الثالث

#### موقف المشرع المصري والفرنسي من الأمانة الاجرائية

##### ( أ ) موقف المشرع المصري

في حقيقة الأمر لم يقنن المشرع المصري مبدأ الأمانة الاجرائية بنص صريح يتم من خلاله فرض هذا المبدأ علي أطراف الدعوي القضائية، بيد أن هناك نصوص إجرائية عديدة مستقرة في قانوننا الحالي رقم (13) لسنة 1968م تشير إلي مبدأ الأمانة الاجرائية وتعلي من قدره وتحقق موجباته ، ويمكن لنا أن نلتمس ذلك مثلا في نص المادة (12) مرافعات<sup>(3)</sup>.

حيث أوجب المشرع على الخصم أن يراعي الأمانة بتعيين موطن مختار فإن لم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح جاز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي يصح إعلانه بها في الموطن المختار، وهنا قد عامل المشرع الخصم بنقيض قصده وذلك إذا الغي الخصم موطنه الاصيلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك فقد قرر المشرع صحة

(1) أحمد خليفة شرقاوي: العدالة الاجرائية والتقاضى ، بحث منشور ، مجلة كلية الحقوق- بنها 2013م.

(2) سيد احمد محمود: الغش الاجرائي ط2017م ، مرجع سابق ص13 وما بعدها.

(3) حسام أحمد العطار: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص8 وما بعدها، محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، المرجع السابق ص5 وما بعدها.

اعلانه فيه مع تسليم الصورة عند الاقتضاء الي جهة الإدارة وما هذا إلا لأن الخصم أخل بواجب الأمانة الإجرائية في عدم إخباره لخصمه بموطنه الجديد (1).

كذلك يمكن لنا استخلاص مبدأ الأمانة الإجرائية من المادة (188) مرافعات والتي جاء فيها: يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهما الكيد (2).

وبحق فإنه يرجع ظهور مبدأ الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات أمام القضاء المدني إلي ضرورة القضاء علي كل مظاهر سوء النية، والغش، والتضليل، والكيد، والتعسف في التقاضي والتنفيذ ولقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية علي أن المسئولية عبارة عن مباشرة الحقوق أمام القضاء لا تنعقد إلا إذا شابها إساءة استعمال كمارستها بقصد الأضرار بالغير أو بخطأ جسيم كما قضت بعدم جواز الانحراف عما شرع له حق الالتجاء إلي القضاء فلا يجوز استعماله كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن التعويض بسبب ذلك (3).

ويفهم من ذلك أنه يجب اتخاذ كافة الاجراءات بأمانة وصدق واستقامة وهذا ما أكدته المادة (99) مرافعات والتي جاء فيها : حكم المحكمة علي من يتخلف من العاملين بها ومن الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن أربعين جنيهاً ، ولا تجاوز أربعين جنيهاً ولكن المحكمة لها أن تعفي المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً.

---

(1) حسام العطار: الاشارة السابقة، ولمزيد من التفصيل حول شرح المادة (12) مرافعات راجع كلاً من:

- أحمد ابو الوفا: المرافعات ، مرجع سابق، ص215 \_ أحمد هندي: المرافعات ، مرجع سابق، ص323، أحمد مليجي: التعليق، مرجع سابق ص188.

(2) محمود الهجرسي: المرجع السابق، ص5 وما بعدها.

(3) انظر: حكم محكمة النقض المصرية جلسة 1997/6/22م في الطعن رقم 126 مدني مجموعة الاحكام - 38 ص411 - وانظر : محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، المرجع السابق ص104 وما بعدها.

فهذا النص يقصد به منع الخصم من القيام بأي طريق من الطرق الاحتمالية في أي واجب من الواجبات التي يفرضها عليه القانون وفقاً لمبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(1)</sup>. وكذلك نلاحظ ونلمس مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني في نص المادة (188) مرافعات والتي جاء فيها " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من تري إدخاله.

ولا أدل علي تبني المشرع لمبدأ الأمانة الإجرائية من أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر حيث تعد هذه الاسباب مخالفة لمبدأ الأمانة الإجرائية المفترض وجوده في كل مرحلة من مراحل التقاضي أمام القضاء المدني<sup>(2)</sup>.

حيث جاء نص المادة (241) مرافعات على النحو التالي للخصوم أن يلتسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائه في الاحوال الاتية:

- 1- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
- 2- إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الاوراق التي بني عليها أو قضي بتزويرها.
- 3- إذا كان الحكم قد بني علي شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة.
- 4- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي كان خصمه حال دون تقديمها.

- 5- إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
- 6- إذا كان منطوق الحكم متناقضاً بعضه لبعض.
- 7- إذا صدر الحكم علي شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوي وذلك فيما عدا النيابة الاتفاقية.
- 8- لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوي حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم.

ويؤخذ من هذا النص الامتناع عن الغش (وهو الصورة المخالفة لمبدأ الأمانة الاجرائية) بأي صورة وبأي وسيلة من شأنها أن تضلل المحكمة أو الخصم للوصول الي

---

(1) محمود الهجرسي : المرجع السابق ص113 وما بعدها - أحمد خليفة الشرفاوي: المرجع السابق ص15.

(2) ماهية التماس إعادة النظر: هو طريق طعن غير عادي في الاحكام الانتهائية أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لسبب أو أكثر من الأسباب التي نص عليها القانون في المادة (241) على سبيل الحصر ، لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع كلاً من: أحمد مليجي: التعليق ، =مرجع سابق ، ص8 جزء 5 ط3 ، طلعت دويدار: الوسيط في المرافعات ، ط2018، دار الجامعة الجديدة ص792 وما بعدها.

الحكم بدون وجه حق ، ويقصد بالغش في هذه المادة: الانحراف عن أهداف القانون وسوء النية والتدليس والامتناع عن القيام بأي واجب اجرائي من إجراءات الخصومة سواء كان القائم بهذه التصرفات هو أحد الخصوم أو وكلائهم أو القاضي أو أحد أعوانه<sup>(1)</sup>.

### (ب) موقف المشرع الفرنسي من مبدأ الأمانة الإجرائية

تم النص صراحة علي مبدأ الأمانة الاجرائية في نص المادة (2/763) مرافعات فرنسي معدلة في 2004م ، كالتزام يقع علي قاضي التحضير أمام محكمة الخصومة الكبرى (الابتدائية) وهو أن ضمان سير الإجراءات بأمانة لاسيما بخصوص الوقت المناسب لتبادل المذكرات ومستندات القضية<sup>(2)</sup>. وهو من المبادئ الاجرائية الجديدة التي تحكم الدعوي أمام القضاء المدني.

وعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه<sup>(3)</sup> الأمانة الاجرائية هي السلوك الذي يعبر عن النزاهة والشرف المتوقعين من الخصم تجاه القاضي واتجاه خصمه.

والأمانة الإجرائية مطلوبة في كل أداء للعمل الاجرائي ، وهو المبدأ الراسخ الذي يسود في العلاقة بين الخصوم بعضهم البعض ، ولها مجال مطلق في التطبيق في مجال مبدأ المواجهة بين الخصوم<sup>(4)</sup>.

ويري بعض الفقه الفرنسي أن مبدأ الأمانة الاجرائية وجد بشكل ضمنى في نصوص قانون المرافعات الفرنسي وهي النصوص الآتية: (3, 9, 15, 16, 132, 134,

---

(1) سيد احمد محمود: القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات ط دار النهضة العربية القاهرة ط2000م ص162 ولسيادته الغش الاجرائي الغش في التقاضي والتنفيذ ، ط دار الفكر والقانون 2017م ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص117 وما بعدها ، حسام احمد العطار: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص10 وما بعدها.

(2) راجع في عرض موقف المشرع الفرنسي بالنسبة لمبدأ الأمانة الاجرائية كلا من ، أحمد سيد محمود: الاستويل الإجرائي ، مرجع سابق ص72 وما بعدها ، حسام أحمد العطار: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص32 وما بعدها ، محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص115.

(2) Le principe de lo yaute est "un comportement fait de droiture et de probité attendu du plaideur envers le juge et envers son adversaire" M.E Boursler le prinsipe de loyaute en droit procesauel, Nouvelle bibio the que de the ses , Dalloz 2003.

(3) Gerard couche 2 op. cit. P 188 No 238.

135, 763) وتعد الأمانة الاجرائية شرطاً متطلباً في كل قضية منذ بدء التداعي أمام القضاء وهي تصاحب استهلال الدعوي بإعلام الخصم خصمه ببدء الاجراءات القانونية<sup>(1)</sup>.

هذا ولقد صرحت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ في العديد من أحكامها حيث أكدت بأن: الأمانة الاجرائية إلترام يقع علي عاتق القاضي والخصوم معاً ، فقضت بأن القاضي منوط به احترام الأمانة في المرافعات وقد صدر هذا الحكم في 7 يونيو 2005م دائرة أولي مدني بالنظر الي المادة (3) مرافعات والمادة (180) مدني فرنسي<sup>(2)</sup>.

كما قضي بأنه يعد من قبيل عدم الأمانة الاجرائية علم الخصم ببطلان الاجراءات ثم الانتظار للدفع بها بنية تأخير الاجراءات وهو تطبيق للمادة (123) مرافعات فرنسي<sup>(3)</sup>. وقضي كذلك باستبعاد تسجيل محادثات تليفونية خاصة دون علم صاحبها كدليل اثبات لمخالفة ذلك مبدأ الأمانة الاجرائية، ولقد أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(4)</sup>.

في إقامة الدليل وأكدت علي ذلك في حكمها الصادر بجلسة 7 يناير 2011م وجري الاخذ به في مناسبات عديدة<sup>(5)</sup>.

---

(4) Serge Guinchard, les models du droit processuel Droit Privé, 4 ed. 2007, P.1039.

(<sup>2</sup>) مشار إلي هذا الحكم لدي أحمد سيد محمود: المرجع السابق ص140، 141 وانظر: حسام العطار: المرجع السابق ص37.

Civ. 7 mai 1828, S. 1828.1.93

(2) Cass. Ire civ. 19 déc. 2012, n°10 – 27474.

(3) Cass. zeciv 70 ct. 2004, n°03 – 12653.

(4) Cass. ass Dlen, 7jans 2011, n°09- 14.316.

ولمزيد من التفصيل راجع كلاً من:

\* Couchez: principe de la contradiction, j. class procédure, civ fasc. 114.

\* Normand: les droits de la défense devant les juridictions du travail semaine sociale Lamy' suppl. No. 410, 24 mai , 1988 D. 51 ets.

\* Normand iles: droits de la défense devant les juridictions du travail, semaine social Lamy suppl. No 40.

## رأي الباحث

وهكذا يتضح للباحث مما سبق عرضه من نصوص قانونية وأحكام نقض واجتهاد للفقهاء أن مبدأ الأمانة الاجرائية من المبادئ القديمة الحديثة الجديدة، إذ أنه مفترض في سلوك القائمين علي العمل الاجرائي في جميع مراحلها.

### (المبحث الثاني)

#### (أهم القواعد العامة التي تقوم عليها الأمانة الاجرائية)

يقوم مبدأ الأمانة الاجرائية علي مجموعة من القواعد والأصول العامة والتي تؤثر في شكله ومنها يكتمل بنيابة، هذه القواعد والأصول تتمثل في واجب الكشف عن الحقيقة (الصدق) ، ومبدأ المواجهة ومبدأ المساواة الاجرائية بين الخصوم ، ومبدأ الاستوابة الإجرائي ، ومبدأ حياد القاضي وحيدته<sup>(1)</sup> ، وفي ضوء ما تقدم نعرض لكل قاعدة وأصل في مطلب مستقل وذلك على النحو التالي.

### المطلب الاول

#### واجب الكشف عن الحقيقة (قول الصدق)

من القواعد الاساسية التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الاجرائية هو قول الصدق أو ما يعبر عنه بواجب الكشف عن الحقيقة إذ أن النشاط القضائي في المقام الأول يرمي إلي البحث عن الحقيقة ودفع الظلم بقرار أو حكم يستند إلي العلاقات الحقيقة القائمة بين الخصوم ، وليس إلي وقائع مزورة وخادعة أو دعاوي كيدية قصد منها مجرد الاضرار بالخصم الاخر ، ولذا يعبر عن الحكم بأنه عنوان الحقيقة<sup>(2)</sup>.

---

\* Martinien, le juge et le fondement de la prétention Dalloz 1987.

\* Teyssie: droit et pratique de la procédure civile 2000.

\* Rmartin, le double langage de la prétention J.C.P. 1981.1.3024

(1) لمزيد من التفصيل حول هذه القواعد راجع كلاً من: أحمد خليفة شرفاوي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص28 ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص272.

(2) إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الاجرائي ، ط دار النهضة 2011م ص63.

وعلي هذا فإن احترام الحقيقة واجب اخلاقي قبل أن يكون واجباً قانونياً لأن الحقيقة والعدالة مقترنان دائماً ، ومن التناقض القول بتحقيق العدالة دون احترام للحقيقة أو الصدق (1).

وكثيراً ما يورد قانون المرافعات الاشارة إلي أن الخصومة ملك للخصوم (2) ومع ذلك يجب علي كل خصم أن يراعي حسن النية والاستقامة بحيث يتخذ موقفاً ايجابياً يستهدف كشف الحقيقة وعدم الغش أو الكذب والخداع ، كذلك أن يولي كل خصم أهمية كبرى لعدم اضاءة وقت التقاضي أو أن يعتمد أن يطيل أمد النزاع (3).

لذا تقوم الصلة والارتباط الوثيق بين الواجب الملقي علي عاتق كل خصم في الدعوي بالمعاونة في الإثبات وبيان واجب الكشف عن الحقيقة ، إذ في كل الأحوال يجب ان يتجه القصد المشترك لكل خصم في أن تبلغ المحكمة عين الحقيقة في الدعوي ، سواء من حيث تعيين الوقائع أو القانون الواجب التطبيق (4).

معني ذلك أن أقوال الخصوم يجب أن تعبر عن الأمانة والصدق ، لأن ذلك ما يرضيه القانون ويحث عليه عندما اقتضي أن يكون ما يثيره الخصوم متفقاً مع القانون مادام الأصل أن القانون لا يقبل الخروج عن الأمانة ، وإنما يحث على الصدق ويدعوا إلي واجب الكشف عن الحقيقة (5).

هذا وقد قصد المشرع حين أجاز للخصم أن يستعين بتقديم المستندات والاوراق والمذكرات وكذلك له الحق في طلب الاستماع للشهود أو طلب ندب الخبراء أو التحقيق

---

(3) Devechoi (Gorges). la justice la verne Paris 1955. P. 195.

(2) حسام العطار : الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص219 ، انظر ما تشير إليه المادة 4 من القانون الفرنسي ، وانظر كذلك.

Dalloz 1987, chron , 85.

(3) حسام العطار : الإشارة السابقة.

(2) Jean-Vincent et serge Guinchard op cit. 294 no 370

مشار إليه لدي حسام العطار ، المرجع السابق

ولا ريب في أن واجب الكشف عن الحقيقة مفروض علي الخصوم ، سواء أ كنا أمام النظام الاتهامي أو المدني. انظر:

Grard COUCHEZ cit P. 176. No 227.

(5) حسام العطار : المرجع السابق ص221.

إذ هذه الاجراءات وما يماثلها تعد وسائل معينة علي الكشف عن الحقيقة، وما لهذا الكشف عن الحقيقة من غاية الا تحقيق العدالة، ومراعاة الأمانة في التقاضي بين الخصوم جميعاً، سواء المدعي أو المدعي عليه<sup>(1)</sup>.

وإذا كان المشرع الفرنسي لم يورد نصاً صريحاً يوجب الالتزام بالمعاونة في كشف الحقيقة كما أنه لم يورد نصاً صريحاً يفرض الأمانة الإجرائية بصورة مباشرة إلا أن هذا الواجب هو ما يتضمنه كل إجراء قرره القانون ولعل ذلك ما يظهر أثره حينما يفرض النص أثراً اجرائياً علي مخالفة الاجراء، ويكون مرد هذا الجزاء التخلي عن موجبات الأمانة أو عزوف الخصم عن واجبه في المعاونة علي كشف الحقيقة<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة للمشرع الانجليزي فقد تشدد في الالتزام بالأمانة الإجرائية ولقد استقر القضاء الانجليزي علي التأكيد علي المكاشفة بين الخصوم ، وهي مرحلة هامة في الدعوي يتاح لكل خصم الإطلاع علي الأوراق والمستندات والادعاءات التي يقدمها الخصم الاخر<sup>(3)</sup>.

وإدراكاً من النظم الاجرائية لهذه الحقيقة ، فقد فرضت بعض هذه النظم واجب الكشف عن الحقيقة على الخصم باعتباره أحد قواعد وأركان مبدأ الأمانة الاجرائية، إذ أن الأمانة الإجرائية تقضي قول الصدق وفعل ما هو موافق للحقيقة وذلك بالحد المسموح به في هذه النظم<sup>(4)</sup>.

وأما في مصر فإن التنظيم الإجرائي للخصومة أمام القضاء المدني يفرض كذلك التزاماً بالكشف عن الحقيقة وقول الصدق في الحدود التي وضعتها المادة (241) مرافعات<sup>(5)</sup>.

---

(4) Jean Vincent et serge Ginchard, op. cit. P. 318.

- مشار إليه لدي حسام العطار : المرجع السابق ص222.

(2) حسام العطار : الاشارة السابقة.

(3) انظر في عرض موقف المشرع والقضاء الانجليزي: حسام العطار: المرجع السابق ص223/222.

(4) ابراهيم النفيوي: الاخلال بالواجب الاجرائي ، مرجع سابق ص63 ولسيادته: مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ص339 وما بعدها ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص273 ، وقرب: سيد احمد محمود: الغش الاجرائي ، مرجع سابق ص17/16 ط 2017م.

(5) راجع في شرح م (241) مرافعات: أحمد هندي: المرافعات ، مرجع سابق ، الانصاري النيداني: مبادئ قانون المرافعات ، ط وزارة التربية والتعليم ، 2020، ص84.

وتطبيقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني لا يجوز خداع القاضي والخصم الاخر بالالتجاء إلي أساليب الاحتيال أو المكر أو أن يعمل إلي تأكيد وقائع أو انكارها مع علمه بعدم صحتها ، كما لا يجوز له الاستناد إلي مستندات مزورة أو اخفاء المستندات التي تؤدي إلي تغيير وجه الحق في الدعوي وفقاً للمادة (117) إثبات مصري (1).

وتجدر الإشارة هنا أيضا إلي أنه يعد مخالفا لواجب الحقيقة والصدق وبالتالي لمبدأ الأمانة الاجرائية الالتجاء إلي وسائل الغش والكذب ، وذلك باستناد أحد الخصوم الي مستندات مزورة لتزيف الحقيقة من أجل الحصول علي حكم لصالحه بدون وجه حق أو إنكار الوقائع الصحيحة بقصد تضليل المحكمة، وقد جري قضاء محكمة النقض المصرية علي اعتبار أعمال الاحتيال والتدليس غشاً يؤثر في صحة الحكم القضائي (2).

## المطلب الثاني

### المواجهة

**تعريفها:** عرفها جانب من الفقه بأنها: حق كل خصم في أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدي الخصم الاخر من وسائل دفاع وحجج ، وأن يكون هذا العلم أو امكانية العلم به في وقت مناسب يمكنه من الرد علي ما قدمه(3).

**أهميتها:** ترجع أهمية مبدأ المواجهة إلي أنه يضمن احترام حقوق الدفاع (4) فالغرض منه هو ضمان الحد الأدنى من الأمانة الاجرائية ، ومراعاة عدم مفاجأة الخصوم في أي إجراء يتم أثناء نظر الدعوي ، وعلي هذا إذا بدا للقاضي أو المحكمة تكييفاً جديداً للوقائع أثناء حجز الدعوي للحكم وجب عليها أن تعيد الدعوي أو القضية للمرافعة من جديد ، لتضع هذا التكييف تحت بصر الخصوم تحقيقاً لمبدأ الأمانة

(1) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ، المرجع السابق ، ص17 ، النفاوي: المرجع السابق ص64.

(2) نقض مدني: 2012/1/8م في الطعن رقم10158 لسنة 78ق ، الموقع الرسمي لمحكمة النقض اخر زيارة 2022/5/31م.

(3) عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة ، ط دار النهضة العربية 1992م وما بعدها ، لمزيد من التفصيل عن مبدأ المواجهة انظر: مصطفى سلامة عز العرب: النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية: رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 1442هـ 2021م ص45.

(4) إدوارد عيد: أصول المحاكمات المدنية ، ط1988 ص180: نبيل عمر: التحكيم ، ط2011 ص155.

الاجرائية وإلا كان العمل بخلاف ذلك متضمناً الاخلال بمبدأ المواجهة فضلاً  
عن الاخلال بحق الدفاع<sup>(1)</sup>

أركان مبدأ المواجهة<sup>(2)</sup> :

يقوم مبدأ المواجهة على ثلاثة أركان وهي: -

### 1) الركن الأول: المعرفة والعلم

وحق العلم والمعرفة واسع للغاية فهو يستغرق كافة الاعمال الإجرائية للدعوي منذ  
رفعها وحتى صدور حكم فيها ، سواء كانت هذه الأعمال صادرة من الخصوم أو من  
القاضي وأعوانه.

وعلي هذا فإن ركن المعرفة والعلم يرد علي الآتي:

( أ ) العلم والمعرفة بموضوع النزاع :وذلك من خلال الاعلان القضائي.

(ب) العلم والمعرفة بالوقائع ووسائل الاثبات ووسائل الدفاع القانونية التي يثيرها الخصم.

### الركن الثاني: الحضور

يعتبر حضور الخصوم واقعة اجرائية هامة وتبدو أهمية الحضور في أنه يثير  
ويوجد صلة مباشرة في الجلسة بين الخصوم والقاضي<sup>(3)</sup>.

### أنواع الحضور في الدعوي:

1- الحضور الشخصي: ويتحقق ذلك بحضور الخصم بنفسه ليتولي الدفاع عن نفسه إذا كان  
قادراً.

2- الحضور الاعتباري: ويكون من خلال تقديم مذكرة دفاع.

3- الحضور التمثيلي: ويتحقق عن طريق المحامي<sup>(4)</sup>.

---

(1) قرب: محمد سليم العوا: قانون التحكيم ، ط 2014، المركز العربي للتحكيم ، ص48.

(2) أحمد هندي: محاضرات لملقاه على باحثي الدكتوراه الاكاديمية البحرية بالإسكندرية 2018 ، غير  
منشور.

(3) وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني مجلة العلوم القانونية والاقتصادية  
عين شمس 1976م ص158، وبالنسبة للحضور في الدعوي التحكيمية، انظر: مصطفى  
سلامة ، النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية ، رسالة دكتوراه إسكندرية سابق الاشارة إليها  
ص47 وما بعدها.

(4) احمد هندي: محاضرات لملقاه على باحثي الدكتوراه الاكاديمية البحرية 2018 غير منشورة.

## الركن الثالث: الدفاع

لقد استقر الضمير العالمي على أنه لا عدالة بلا دفاع، لذا فإن حق الدفاع يعد من المسلمات به ولا يحتاج إلي نصوص تقرره وإن اقتضي نصوصاً تنظمه.

ويقصد به: حق الدفاع يتحصل في ضرورة تمكين الخصم من العلم بما لدي خصمه من ادعاء وحجج ومستندات وتمكينه من مناقشة دفاعه توصلاً لرفضه ولإقناع القاضي بإصدار حكم لصالحه<sup>(1)</sup>.

وهكذا يتضح للباحث أن مبدأ المواجهة يمثل الحد الأدنى من الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني ، وكذلك يعتبر من القواعد العامة التي يبني عليها مبدأ الأمانة الإجرائية.

ولا قيمة لإعلاء مبدأ المواجهة وتحقيقها للهدف المنشود منها ما لم تقيد المواجهة بمبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(2)</sup>.

وتظهر أهمية ذلك إذا لاحظنا الحقيقة المؤدية إلي اعتبار المواجهة هي الوسيلة العملية لحرية الدفاع بما يعني أنه يجب أن يتاح لكل خصم أن يبدي دفاعه في الخصومة وأن يسمح له بحق مناقشة الخصوم بحيث تغدو الخصومة منهجاً جديلاً<sup>(3)</sup>.

وفي كل الأحوال يجب أن يراعي الخصوم الأمانة في المناقشات وألا يعمدوا إلي الإساءة إلي بعضهم ، ومن أجل ذلك وحتى تتحقق ضرورات واعتبارات المواجهة فيجب توجيه المطالبة إلي الخصم الآخر عن طريق اعلان صحيفة الدعوي واذا

---

(1) أحمد هندي: التحكيم ، دراسة اجرائية ط2019م ، دار الجامعة الجديدة، ص254 رقم 56.

(2) لذا صاغ المشرع الفرنسي عدة مبادئ اجرائية تعلي من قدر الأمانة ، ومن ذلك مثلاً نص المادة (4) من قانون المرافعات والتي اشار إلي أن موضوع النزاع يتحدد بما يقدمه الخصوم من ادعاءات، ولاريب في ان هذه الادعاءات يجب أن تتفق مع مقتضيات الأمانة وكذلك ما جاء في نص المادة (5) ونص المادة (7) من قانون المرافعات الفرنسي ، لمزيد من التفصيل، انظر: حسام احمد العطار: الأمانة الاجرائية مرجع سابق ص205.

(3) تجدر الاشارة إلي أن الطابع الجدلي في الخصومة له مظاهر عديدة في قانون المرافعات المصري، ومن ذلك ما تنص عليه المادة (97) مرافعات التي أشارت إلي أنه: يجوز لكل من المدعي والمدعي عليه أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة ، وكذلك ما جاء في نص المادة (168) ، لمزيد من التفصيل راجع: محمد نور شحاتة: الوسيط في قانون المرافعات ط2007م ، بدون ناشر مرجع 724 ، حسام العطار المرجع السابق ، ص206.

كانت المطالبات المقدمة عارضة فيجب أن يكون ذلك في حضور الخصوم متي كانت مقدمة شفاهه (1).

كذلك من موجبات الأمانة الاجرائية اطلاع الخصم علي المذكرة، بل على كل مذكرة يقدمها الخصم الاخر ويتم هذا بدون حاجة إلي إعلان المذكرة إعلاناً قضائياً وبموجب المادة (168) مرافعات، فإنه لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الاخر عليها والا كان العمل باطلاً (2).

كذلك تدعو موجبات الأمانة الإجرائية الخصم بأن يراعي مبدأ العلانية، ووجه ذلك متابعته الحضور في الجلسات وألا يطلب من المحكمة بأن تأمر بالسرية بدون موجب لذلك مثل ادعائه باتصال الخصومة بالنظام العام أو الأداب أو وحدة الأسرة بينما الامر على خلاف ذلك (3).

واخيراً من دواعي الأمانة الاجرائية في مجال المواجهة تحقيق مبدأ تركيز الخصومة وما يتبعه بين الاقتصاد في الاجراءات والغاية من أداء الخصوم لهذه الأمانة تمكين القضاء من الفصل في القضايا في الوقت المناسب كي تحقق هذه الأمانة فائدة عظمي للخصوم جميعاً ما دام الأصل أن الحماية البطيئة للحق فيها أضرار بالغة (4).

وهكذا يتضح للباحث مما سبق عرضه: أن من نتائج مبدأ الأمانة الإجرائية في مجال المواجهة ان يبسط كل خصم حجته أو أسانيده أمام الخصم الاخر ، ولهذا شقان إيجابي وسلبي ، فأما الشق الايجابي فيتحقق بوضوح الادعاء أو الدفاع وظهوره وعدم المباغطة والمراوغة أو التجهيل أو تعمد الإبهام أو الغموض ، وأما الشق السلبي: فهو الامتناع عن الملاحقة وعدم التمكين من الرد وعلي القاضي أن يراقب هذه الأمانة وينتج فرص المساواة والتكافؤ بين الخصوم اذ بذلك يتحقق الحد الأدنى من الأمانة الاجرائية المطلوبة في المباراة أمام القضاء.

إذاً نلخص إلى أن المواجهة من القواعد والأصول التي يبني عليها مبدأ الأمانة الاجرائية.

(1) محمد محمود ابراهيم: النظرية العامة للطلبات العارضة ط دار الفكر بدون سنة نشر.

(2) حسام العطار: مرجع سابق ص210.

(3) حسام العطار: المرجع السابق ص209.

(4) وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ص2004 دار النهضة العربية ص22.

## المطلب الثالث

### المساواة وحياد القاضي وحيده

كذلك من القواعد والأصول العامة التي يبني عليها مبدأ الأمانة الإجرائية، مبدأ المساواة، ومبدأ حياد القاضي وحيده ، وسوف نعرض لكل مبدأ منها في فرع مستقل، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### المساواة الإجرائية

##### أهمية المساواة الإجرائية كقاعدة للأمانة الإجرائية

ترجع أهمية المساواة الإجرائية بين الخصوم كقاعدة يبني عليها مبدأ الأمانة الإجرائية في أنها تمثل روح العدالة، وجوهر الإجراءات الواجب اتباعها لفض النزاع في الدعوي (1).

وعلي هذا تتجلى أهمية مبدأ المساواة في أن تقره دساتير العالم الحديث وتتبناه التشريعات المختلفة للدول.

##### ماهية المساواة:

يقصد بمبدأ المساواة في التقاضي أن يمنح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفعهم (2).

وعلي هذا فإنه يعد إخلالاً بمبدأ الأمانة الإجرائية أن تمنح هيئة التحكيم أو المحكمة ميعاداً بتقديم مذكرة لأحد الخصوم وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر.

كذلك يعد إخلالاً بمبدأ الأمانة الاجرائية في مجال المساواة أن تسمح المحكمة لمحام الخصم بالمرافعة الشفوية أمامها، ولا تسمح لمحام الطرف أو الخصم الآخر مكتفية بما قدمه من مذكرات (3).

(1) أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الإجرائية، مرجع سابق ص28، وقرب عيد القصاص: التحكيم ط2015، ص242.

(2) فتحي والي: التحكيم علماً وعملاً ، ط2014، منشأة المعارف بالإسكندرية ص399.

(3) انظر: مصطفى سلامة عز العرب، النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية، رسالة حقوق الإسكندرية 2022م، ص49.

لذا فإن من دواعي الأمانة الإجرائية المساواة بين الخصوم في كل شيء لأن حقوق الدفاع لا تؤسس إلا على المساواة والعدل<sup>(1)</sup>.

ومن مظاهر ذلك ما نلمسه من مساواة بين الخصوم عندما تقرر المحكمة قفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم ، لذا لا يجوز للخصوم على قدم المساواة تقديم دفوع جديدة أو طلبات عارضة كما لا يجوز تدخل النيابة أو الغير كطرف منضم ولا يجوز تقديم أدلة جديدة من أحد الخصوم<sup>(2)</sup>.

وفي هذا تقول محكمة استئناف القاهرة في حكم حديث لها: المقصود بمبدأ المساواة هو المساواة الاجرائية أي منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفوعهم<sup>(3)</sup>.

معني ذلك أن المساواة الاجرائية تكون بين جميع الخصوم أمام القضاء المدني دون تمييز لاحد على الاخر ، وهو مبدأ نص عليه الدستور والقانون وارتضاه الضمير العالمي وهو يعد بحق أحد القواعد العامة والأصول التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني ويكون تحقيقه بين القاضي أو هيئة المحكمة أو هيئة التحكيم فإذا أخلت به تعرض حكمها للبطلان.

---

(1) حسام أحمد العطار: الأمانة الإجرائية، المرجع السابق ص208.

(2) حسام أحمد العطار: هامش ص208 رقم (2).

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة: جلسة 2004/2/28م في الدعوي رقم 64 لسنة 120 قضائية ، تحكيم دائرة (9) مشار اليه لدي /مصطفى سلامة عز العرب ، النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية ، رسالة سابق الإشارة إليها ص50.

وتجدر الإشارة هنا الي أن الدعوي تباشر أمام القضاء المدني بطريقتين: الاولى الطلبات: وهو الاجراء الذي يتقدم به الشخص الي القضاء عارضاً عليه ما يدعيه والثانية: الدفوع وهي الوسيلة التي يجيب بها الخصم على طلبات خصمه لتفادي الحكم له بطلباته انظر: احمد هندي: المرافعات ص233 ، الانصاري: المرافعات ص49.

## الفرع الثاني

### حياد القاضي وحيده

من الالهية بمكان الإشارة إلي تفرقة مهمة قلما يلقي أحد لها بالأ بين مصطلح أو مبدأ حياد القاضي ومصطلح ومبدأ حيده القاضي حيث وجد خلط بينهما والمدقق في ذلك يجد أن لكل منهما معني مختلفاً عن الآخر (1) وبيان ذلك كالتالي:

1- حياد القاضي: يعبر هذا المبدأ عن دور القاضي في الخصومة في علاقته بدور الخصوم وما إذا كان دوره ايجابياً أم سلبياً ومن المعلوم أن هذا الدور قد تطور تطوراً كبيراً ارتباطاً بالتوجهات السياسية السائدة من المذهب الفردي إلي المذهب الاجتماعي وفي هذا الاخير أعطي القاضي دوراً ايجابياً تحقيقاً للعدالة وإظهاراً للحقيقة (2) ، ويمكن لنا القول بأن الخصومة لم تعد بعد من اطلاقات الخصوم إلا أنها لم تصبح بعد من اطلاقات القاضي .

2- حيده القاضي: يعبر هذا المبدأ عن أخلاقيات المهنة والنزاهة التي يجب أن تتوفر في القاضي والذي يقوم على فكرة التجرد من الاهواء والميول وعدم التحيز إلي أحد الخصوم على حساب والخصم الاخر رغباً أو رهباً والتشبث بأهداف الموضوعية في الحكم والاستقامة في السلوك (3).

فمبدأ حيده القاضي يعني ارتباطه بفكرة الأخلاق والنزاهة التي هي روح القضاء (4) ، وعلي هذا يعتبر حياد القاضي وحيده من أهم القواعد والأسس التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الإجرائية ، حيث إن حياد القاضي وحيده تعبيران يدلان علي أن القاضي له دور ايجابي في الخصومة حيث يقوم بتوجيه مسارها ، وفي ذات الوقت يتجرد من

---

(1) كثير من الفقه لا يولي عناية بالتفرقة بينهما ،ومن هؤلاء علي سبيل المثال وليس الحصر: أحمد ماهر زغلول : اصول المرافعات ، ط دار النهضة الدولية ، ص143، 144 رقم 72 ، وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ط دار النهضة العربية، 2001م ص218 ، احمد فتحي سرور :استقلال القضاء حق من حقوق الانسان في القانون المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق القاهرة لسنة1980م ، عدد خاص ص133 ولمزيد من التفصيل انظر :طلعت دويدار: ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ط 2019.

(2) طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ، ط دار الجامعة الجديدة 2018م ص76 وما بعدها ، أحمد ابو الوفا : المرافعات ، ط15، 1990م، ص21،20.

(3) طلعت دويدار: المرجع السابق ص8.

(4) أحمد مسلم: أصول المرافعات ، دار الفكر العربي 1979م ص43 رقم 39.

الأهواء والميول والتحيز أخذاً بالموضوعية في حكمه ومستقيماً في سلوكه القضائي وهذا هو جوهر مبدأ الأمانة الإجرائية.

وبمعني آخر فحياد القاضي يقصد به عدم الميل إلي هذا الخصم أو ذلك ولا يساعد أيّاً منهما علي حساب الآخر ولا يضيف وقائع من عنده للنزاع ولا يقوم نيابة عن الخصوم بالإثبات وإنما هو يفصل فيما قدم إليه من وقائع تم طرحها واثباتها أمامه بمعرفة الخصوم<sup>(1)</sup>. فإن هو خالف ذلك استوجب مخاصمته ورده لعدم حياده وفقاً للمادة (494) مرافعات<sup>(2)</sup>.

معني ذلك أن مبدأ الأمانة الإجرائية يقوم ويتأسس على مجموعة من القواعد والمبادئ كل منهما يكون لبنه في بنائه ، ومن أهم هذه القواعد مبدأ حياد القاضي وحيدته.

## المطلب الرابع

### الاستوبل الاجرائي (عدم التناقض الاجرائي)

مما لا شك فيه فإن غاية العدالة وهدفها هو قول ما هو حقيقي وعادل ، وما يعصف بتلك الحقيقة هو التناقض في السلوك الاجرائي قولاً وعملاً ، إذ أن الانسان مقيد في تصرفاته وسلوكه الاجرائي بتثبيت ما قاله وما سلكه وعدم مخالفته ومناقضته أو العدول عنه تفادياً لإضرار الغير<sup>(3)</sup>.

هذا فإن خرج الشخص عن حدود المصالح الشخصية في دعواه إلي المساس بمصالح الآخرين تم تقويضه وتثبيطه، ومثال ذلك: لو تنازل شخص عن نصف حقه لابد من مواجهته إذا أخذ حقه كاملاً ، هذا المانع مترجم في القانون الأنجلو سكسوني علي وجه الخصوص بأنه يمنع الشخص من أن ينفخ في الساخن والبارد في آن واحد أو أن يؤكد في آن ، ثم ينكر في آن واحد<sup>(4)</sup>.

(1) الانصاري حسن النيداني: مبادئ المرافعات ، ط وزارة التربية والتعليم ، 2020م ص12.

(2) لمزيد من التفصيل حول مخاصمة القاضي وعدم صلاحيته ورده ، انظر احمد هندي: قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة 2021م ، الانصاري: المرجع السابق ، ص59 وحتى 64.

(3) أحمد سيد محمود: الاستوبل الاجرائي مبدأ عدم التناقض الاجرائي في قانون المرافعات ، مرجع سابق ص1 ، وقرب احمد هندي: قانون المرافعات ، مرجع سابق ص246 رقم 156.

(4) أحمد سيد محمود : الإشارة السابقة ، حارث سليمان الفاروقي : المعجم القانوني انجليزي- عربي ط مكتبة لبنان 1991م ص142.

وفي حقيقة الأمر: فإن مبدأ الاستتوبل الاجرائي حقيقة وضعية ثابتة من مستلزمات الأمن القانوني واستقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة لم يكن حبيس نظام قانوني أو زمان أو مكان أو حضارة لأنه يعتمد علي فكرة عدم التناقض التي تنسجم والقانون الطبيعي وقواعد العدالة (1).

فالاستتوبل الاجرائي يعلي من قيمة الانسجام مع النفس والالتزام بالأمانة تجاه الغير ، ويلاحظ أن مبدأ الاستتوبل الاجرائي أول ما ظهرت دراسته كانت في مجال التحكيم التجاري الدولي استناداً إلي سوابق تحكيمية طبقت مبدأ الاستتوبل الاجرائي تطبيقاً ضمناً وصريحاً ، حيث قضي: بأن الخصم الذي لم يدعي أمام محكمة التحكيم ببطلان أمر إجرائي لا يقبل منه إثارة تلك المسألة أمام قاضي البطلان.

لأنه بذلك يعد متنازلاً ضمناً عن البطلان ويمكن تأسيس عدم قبول الادعاء علي أساس تنفيذ الالتزام بحسن النية الحاكم لاتفاق التحكيم (2).

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه : يعبر مصطلح الاستتوبل عن قاعدة إجرائية شكلية تطبق في منازعة قضائية لمنع التناقض بين الأقوال والأفعال ، فالاستتوبل هو عدم قبول أو مانع قانوني للدعوي في نفي لوقائع ادعاء أولي أو مسلك سابق (3).

ومثال ذلك: إذا تسبب ( أ ) بمسلكة إلي دفع (ب) إلي الاعتقاد بوجود حالة واقعية محددة وتصرف الآخر (ب) علي نحو تسبب في إلحاق الضرر بنفسه تحت تأثير هذا الاعتقاد فإن ( أ ) يتمتع عن التمسك ضد (ب) بوجود حالة واقعية أخري متناقضة للأولي في ذات الفترة.

وقد ولدت هذه الفكرة في القانون الأنجلوسكسوني في القرن الثالث عشر ، ويعتبر مصطلح الاستتوبل الاجرائي من المصطلحات القانونية الدخيلة المقبولة في القانون المصري والفرنسي في أن واحد (4).

---

(1) محمد محمود المغربي : الاستتوبل الاجرائي في قانون التحكيم ، ط المؤسسة الحديثة لبنان ، 2010 ص2-23 ، احمد سيد محمود : الاستتوبل الاجرائي ، المرجع السابق ص2.

(3) L.Cadiet La renonciation a se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale: Rev.arb.1996.3.civ2e,26,Janu,1994 Bull.civII.no 38.

(3) احمد سيد محمود : المرجع السابق ص16.

(4) احمد سيد محمود : المرجع السابق ص18 ، ولمزيد من التفصيل حول التناقض الاجرائي انظر: رمضان ابراهيم علام رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2004م.

ويعتبر الاستتوبل الاجرائي وهو منع التناقض الاجرائي للخصوم من القواعد العامة والأساسية التي يبني عليها مبدأ الأمانة الاجرائية ، إذ يستوجب هذا الأخير أن يسلك الخصوم مسلكاً اجرائياً ينم عن الحقيقة لا التواء فيه ولا احتيال ولا تناقض ، فان التناقض علامة الكذب والريبة ومن هنا فإن مبدأ الاستتوبل الاجرائي هو من القواعد الأساسية التي يبني عليها مبدأ الأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني.

ويعبر عنه أنه لا يجوز أن يتناقض شخص مع سابق مسلكه فهو يهدف لمنع التناقض في الأقوال والأفعال<sup>(1)</sup> وهذا هو جوهر الأمانة الإجرائية.

معني ذلك: إذا التزم طرف معين بموقف ما ، وعبر عن ذلك باعترافه أو ادعائه أو تصريحه أو سلوكه وكان هذا الموقف يتناقض أو يتعارض مع الحق الذي يدعيه أمام المحكمة ، فإنه يمنع عندئذ بالمطالبة بهذا الحق ، بل وتمنعه المحكمة فهو مبدأ يغلط فم الشخص عن قول غير الحقيقة وهذا المبدأ الاستتوبل الاجرائي يتداخل مع مجموعة من المبادئ في قانون المرافعات كمبدأ حسن النية والوضع الظاهر وعدم الغش<sup>(2)</sup>.

وهو مبدأ غير مكتوب مستقل دولي وله أصوله في الفقه الاسلامي الحنفي في قاعدة (كل من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه).<sup>(3)</sup> ويذهب الفقه<sup>(4)</sup> إلي اعتبار التناقض الاجرائي يعد دعواً بعدم القبول من حيث مضمونه واثره حيث إن عدم التناقض يعتبر شرطاً قانونياً يمنح الخصوم الحق في الدعوي علي أساس الأمانة، لأن المصلحة في حالة التناقض الاجرائي لا تتوافر.

وهو دفع جديد في القضاء المصري بدأ تطبيقه تدريجياً خاصة في مجال التحكيم ، ثم بدأ بعد ذلك تطبيقه بصورة واضحة في الاحكام القضائية<sup>(5)</sup> نخلص من ذلك إلي أن

---

(1) أحمد هندي : المرافعات ، المرجع السابق ص276.

(2) أحمد هندي : المرجع السابق ، ص277 ، أحمد سيد محمود : المرجع السابق ، ص15 وما بعدها.

(3) انظر بالتفصيل في نشأة هذا المبدأ وتطوره وخصائصه احمد سيد محمود : المرجع السابق ، ص46 وما بعدها.

(4) أحمد هندي : المرجع السابق ص37 وما بعدها رمضان ابراهيم علام : التناقض الاجرائي ، الرسالة السابقة – محمد محمود المغربي : الاستتوبل مرجع سابق.

(5) انظر :نقض 2007/3/13م في الطعن رقم 76 لسنة 72 ق ، مشار إليه لدي : احمد سيد محمود : ص191 ، وحكم استئناف القاهرة في الدعاوي رقم 45/44/41/35 لسنة 129 ، تحكيم دائرة

(7) بتاريخ 2013/2/5م ، مشار اليه احمد محمود ص25.

عدم التناقض الاجرائي هو من المبادئ المهمة التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الاجرائية وتتداخل معه.

## الفصل الثاني

### نطاق الأمانة الإجرائية وجزاء مخالفتها

#### دراسة تطبيقية

مما لا شك فيه فإن المبادئ والقواعد الاجرائية هي أدوات ووسائل لتحقيق القضاء العادل ولما كانت هذه القواعد والاجراءات تمارس من قبل البشر فمن الطبيعي أن يحدث الانقسام عند ممارستها بين من يمارسها بنية حسنة ، وبين من يمارسها بنية خبيثة ، فإذا مورست هذه الاجراءات بنية حسنة فإنها تسلك طريق العدل والحقيقة ، وإذا مورست بنية خبيثة أو سيئة فإنها تسلك طريق الظلم والجور<sup>(1)</sup>.

ويعتبر قانون المرافعات هو الشريعة العامة لكل اجراءات التقاضي أمام القضاء المدني ، وهو الذي يتكفل بالدرجة الاولى بوضع المبادئ والأسس الجوهرية لضمان محاكمة عادلة ومنصفة<sup>(2)</sup>.

والهدف من وضع هذه الضمانات والمبادئ الوصول الي حكم عادل كي يتمتع الحكم الصادر في الدعوي بالحجية ويكون منتجاً لآثاره.

---

(1) محمود الهجرسي : الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص167 ، إبراهيم امين النفاوي: انعكاسات القواعد الاجرائية علي اداء العدالة ، ص107.

(2) صدر قانون المرافعات الحالي في عام 1968م برقم 13 ، وتم اجراء تعديلات كثيرة عليه كان اخرها قانون 190 لسنة 2020م ، ويمكن لنا تعريفه بأنه: مجموعة من القواعد الاجرائية التي تنظم المحاكم واختصاصها والدعوي والخصومة والحكم والظعن عليه وتنفيذه. وتجد الاشارة إلي أن قانون المرافعات بحكم اسبقيته التاريخية تضمن العديد من القواعد الاجرائية التي ترقى الي مصاف المبادئ الاساسية ، التي تحكم القضاء أياً كان نوعه مدني-جنائي-اداري-استثنائي ، ومثال ذلك القواعد المتعلقة بالإعلان واستقلال القاضي وحياده وحق الدفاع الخ ، لمزيد من التفصيل راجع كلاً من : احمد هندي : المرافعات ، مرجع سابق ص8.

- احمد ماهر زغلول: الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، الكتاب الاول ط1991م ص13

- طلعت دويدار: الوسيط في المرافعات ، مرجع سابق المقدمة

- احمد ابو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ، ط خاصة ص29

- فتحي والي: قانون القضاء المدني ، ط1993م ص12,13

- وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ، ط1987م ص6

ومما هو جديد بالذكر هنا: أن إجراءات التقاضي تمر في اضطراب وانتظام وتسير في عقد منتظم بداية من المطالبة القضائية وانعقاد الخصومة والسير فيها ، وحتى صدور حكم في موضوع النزاع ثم الطعن عليه وبعدها تأتي مرحلة جديدة تسمى بمرحلة تنفيذ الحكم (1).

ومن هنا نلاحظ أنه قد يقوم الخصم سيء النية بالتعسف، أو الإساءة في استعمال حقه في التقاضي أو في التنفيذ من أجل الإضرار بخصمه الآخر، أو لتحقيق مصلحة غير قانونية (2).

بل قد يلجأ الخصم سيئ النية إلى استخدام الغش الاجرائي لإخفاء الحقيقة بأي وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون هذا من جهة (3).

ومن جهة أخرى، قد تكون المخالفة للأمانة الاجرائية من القاضي نفسه متي قام به أحد أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في قانون المرافعات م (146) أو أحد أسباب الرد المنصوص عليها ايضاً في المادة (148) مرافعات ومع هذا قام بإصدار الحكم في القضية وقد تكون المخالفة للأمانة الاجرائية من أعوان القاضي من الكتاب أو المحضرين أو الخبراء.

مثل : التلاعب في الاعلان القضائي وقد تكون مخالفة الأمانة الاجرائية من المحامي وذلك بقصد تضليل العدالة (4).

---

(1) قرب: حسام العطار: الأمانة الاجرائية ، ص8 وحتى ص31 ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص167 وحتى169.

(2) محمد السعيد رشدي: التعسف في استعمال الحق ، ط دار النهضة العربية ، القاهرة 1991م.

(3) أحمد ابو الوفا: ط 6 ص932 ، سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ، مرجع سابق ص13.

(4) لمزيد من التفصيل حول أعوان القاضي راجع كلاً من

- أحمد هندي: المرافعات ط2020 ص71.
- الأنصاري النيداني: قانون المرافعات ، مرجع سابق ط2020 ص20.
- فتحي والي: قانون القضاء المدني ، مرجع سابق .
- = حامد أبو طالب وحسام مهني : قانون المرافعات ط2010م كلية الشريعة والقانون بأسبوط.
- احمد مسلم : أصول المرافعات.
- عبد العزيز بديوي : بحوث في قواعد المرافعات ص144.

وهنا يثور التساؤل عن الجزاء الذي يترتب علي مخالفة الأمانة الاجرائية؟

وفي ضوء ما تقدم يقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل الي مبحثين وهما:-

1- المبحث الأول: نطاق الأمانة الاجرائية

2- المبحث الثاني: صور الاخلال بالأمانة الاجرائية وجزاء ذلك.

وذلك علي النحو التالي بيانه:

## المبحث الأول

### نطاق الأمانة الاجرائية

لقد اهتمت كل النظم القانونية منذ القدم وفي العصر الاسلامي ، وفي العصر الحديث بتطبيق إجراءات القانون بكل أمانة وصدق وشرف وذلك في كل مراحل النزاع وكذلك عند تنفيذه<sup>(1)</sup>.

ومن هنا: فإن مقتضي الأمانة الاجرائية أن يمارس العمل الاجرائي بالصدق والنزاهة وحسن النية بعيداً عن الغش والكيد والتعسف والتناقض والكذب ، سواء كان القائم بالعمل الاجرائي الخصوم ووكلائهم أو الغير أو القاضي وأعوانه في كل مرحلة تمر بها الإجراءات<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم يتم تقسيم هذا المبحث إلي مطلبين:-

نعرض في المطلب الأول: لنطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التقاضي ،

ونعرض في المطلب الثاني : لنطاق الأمانة الإجرائية في مرحلة التنفيذ

وذلك علي النحو التالي:

---

(1) قرب: حسام العطار: الأمانة الاجرائية، مرجع سابق ص7

محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص11 وما بعدها، أحمد ابراهيم حسن ورضا عبد السلام الجابري: تاريخ القانون المصري في العصرين البطلمي والاسلامي، ط جامعة الاسكندرية 1991م ص5 وما بعدها.

(2) وتأكيد اعلي أن مبدأ الأمانة الاجرائية التزام يقع علي عاتق القاضي والخصوم معاً ، قضت محكمة النقض الفرنسية بالاستعارة بالعبرة الواردة في المادة (16) مرافعات فرنسي بأن القاضي منوط به احترام والعمل علي احترام مبدأ الأمانة الاجرائية في المرافعات ، حكم نقض جلسة 7يونيو 2005م ، دائرة أولي لدي / أحمد سيد محمود : الاستوبل الاجرائي مرجع سابق ص140/141.

المطلب الأول: نطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التقاضي.

المطلب الثاني: نطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التنفيذ.

## المطلب الأول

### نطاق الأمانة الاجرائية في مرحلة التقاضي

وضع المشرع عدة مبادئ وقواعد اجرائية لضمان محاكمة عادلة ورشيده ، وهذه المبادئ والقواعد الاجرائية تمثل سياجاً يحول دون الاعتداء علي حقوق الانسان الطبيعية التي فطر عليها<sup>(1)</sup>.

وجماع هذه المبادئ ومردّها كلها إلي الأمانة الاجرائية إذ هي الأصل في ذلك ، وما عداها فهو فرع عنها والأصل أن الحكم القضائي متي صدر فإنه يكون عنواناً للحقيقة وفي ذات الوقت يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره<sup>(2)</sup>.

ولكن المراحل الاجرائية التي يمر بها موضوع النزاع متنوعة وفي كل مرحلة لها خصوصيتها الاجرائية وضماناتها.

ونحن في هذا نحاول الوقوف علي الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني في كل مرحلة تمر بها إجراءات التقاضي ، وفي ضوء ذلك يتم تقسيم هذا المطلب الي عدة فروع وهي:

الفرع الأول: الأمانة الاجرائية في نظرية الدعوي.

الفرع الثاني: الأمانة الإجرائية في نظرية الخصومة.

الفرع الثالث: الأمانة الإجرائية في نظرية الحكم والطعن فيه.

وذلك علي النحو التالي :-

---

(1) محمود مصطفى يونس : الحماية الاجرائية لحقوق الانسان في القانون القضائي ، ط دار النهضة العربية ، القاهرة 2004م ص 11 ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص 170 وانظر كذلك :

Marie – Emma Boursier: Le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.

(2) حكم نقض مدني جلسة 2009/5/12م في النقض رقم 3773 لسنة 78 ق المرقع الرسمي تاريخ آخر زيارة 2022/6/2م.



## الفرع الأول

### الأمانة الاجرائية في نظرية الدعوي

### الغصن الأول

### الأمانة في الادعاء والتقاضي

حق الادعاء والتقاضي من الحقوق العامة التي كفلها الدستور والقانون ، وقد أوجب قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968م علي الخصوم ضرورة الالتزام بمبدأ الأمانة الإجرائية عند ممارسة هذا الحق ، وهو رفع الدعوي وذلك بغية منع أي تعسف في استعمال هذا الحق<sup>(1)</sup>.

معني ذلك : أن واجب الأمانة الاجرائية يوجب علي الانسان ألا يستخدم حقه في الادعاء والتقاضي كوسيلة للكيد أو الإساءة أو التعسف ، وإذا كان الفقه الحديث يحذر وبحق كثرة انتشار الدعاوي الكيدية والدفع الكيدية ووجوه الدفاع الكيدية<sup>(2)</sup> وغدا من الضروري تمييز الخبيث من الطيب ومعرفة حكم الخبيث في القانون<sup>(3)</sup>.  
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها<sup>(4)</sup> : بأن حق الالتجاء إلي القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير ، وإلا حقت مساءلته بالتعويض سواء اقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لا.

---

(1) قرب: ابراهيم النفاوى : الاخلال بالواجب الاجرائي ، مرجع سابق ص88 ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص172 وما بعدها ، ويقصد بالدعوي القضائية : الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلي القضاء للحصول علي حقه أو حمايته ، انظر: مصطفى سلامة: النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية ، رسالة دكتوراة ، حقوق اسكندرية ص6.

(2) يفرق الفقه بين الدفع وأوجه الدفاع فالدفع : هو الاجراء الذي يرد به المدعي عليه عادة علي طلب خصمه عادة المدعي ، وهو ثلاثة أنواع دفع موضوعي ، ودفع شكلي ، ودفع بعدم القبول ، وأما أوجه الدفاع : فهي عملية الاستنتاج المنطقي والعقلي التي يمارسها الخصم تجاه أقوال وأفعال ومذكرات ومستندات خصمه ليدهضها.

(3) عبد الباسط جميعي : الاساءة في المجال الاجرائي ، بحث منشور في مجلة حقوق القاهرة 1983م ص5 ، حسام العطار :المرجع ص85 ، محمد صبري أبو علم : تطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق ، رسالة ص2 وما بعدها.

(4) حكم نقض : جلسة 1994/11/14م في الطعن رقم 113 لدي محمود الهجرسي ، الاشارة السابقة.

ولا ريب في أن الاستعانة بالدعاوي الكيدية بقصد الاضرار بالطرف الآخر قد عززه ما هو ملاحظ في الوقت الحاضر من بطء شديد في التقاضي (1).

إذ كثيراً ما نجد أن المدين يمتنع عن سداد ديونه الي الدائن، وليصارح الدائن بكل غلطة بأن بإمكانه اللجوء إلي القضاء قاصداً التنكيل به لما هو معلوم عند الكافة من شيوع ظاهرة البطء في التقاضي بحيث لا يجد الدائن بدأ من تسوية المديونية بالتنازل الودي عن قدر كبير منها خشية الاستيفاء المتأخر للدين تمشياً مع قول بعض العامة. مصالحة بغبن خير من قضية رابحة (2)

نخلص من ذلك: أن المشرع ألقى علي عاتق المدعي صاحب الادعاء عند لجوئه إلي القضاء الالتزام بالأمانة الإجرائية عند ممارسته لحقه في الادعاء والتقاضي ، فاذا هو أخل بذلك كان لزاماً توقيع جزاء عليه وفقاً للمادة (188) مرافعات.

## الغصن الثاني

### الأمانة في إتباع الشكل المحدد لرفع الدعوي

قانون المرافعات عبارة عن شكل وميعاد، فجزاء مخالفة الشكل البطلان، وجزاء مخالفة الميعاد سقوط الحق في اتخاذ الإجراء (3).

ومن هنا فقد أوجب قانون المرافعات ضرورة اتباع الشكل المحدد لرفع الدعوي او حتي في الطعن المواد (63-230-243-253) ويؤدي عدم اتباع الشكل الذي رسمه القانون لرفع الدعوي إلي البطلان ، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام (4).

---

(1) يشير بعض الفقه إلي أن ظاهرة بطء التقاضي يرجع سببها الي بعض الخصوم الذين استغلوا القوانين ووظفوها لخدمة مصالحهم الخاصة ، ولو تعارضت مع تحقيق العدالة في الدعوي المطروحة أمام القضاء فإن كان من المقرر بأن حق التقاضي والادعاء والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة ، إلا أنه مشروط بعدم الكيد في استخدامه أو الاساءة والتعسف ، انظر: أحمد صدقي محمود: المدعي عليه وظاهرة بطء التقاضي ، ط دار النهضة العربية بدون سنة نشر ، ص 11 ، 12 ، حسام العطار: ص 85،86.

(2) حسام العطار: الاشارة السابقة ، أمينة النمر : أصول المحاكمات ص 86.

(3) أحمد هندي: محاضرات ملقاة علي باحثي الدكتوراه بالأكاديمية البحرية بالإسكندرية بتاريخ 2018/3م ولسيادته: قانون المرافعات ، ط 2020م ، مرجع سابق ص 497.

(4) قرب : ابراهيم النفاوى : الاخلال بالواجب الاجرائي ، مرجع سابق ص 78.

وهنا يثار التساؤل عن كيفية رفع الدعوي وعن البيانات اللازمة في صحيفة الدعوي والتي يجب أن تكون مطابقة للحقيقة في اطار مبدأ الأمانة الإجرائية؟

للإجابة علي هذا التساؤل نقول:

### كيفية رفع الدعوي

القاعدة هي أن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه وانما بناء علي طلب صاحب المصلحة وهو ما يعبر عنه بمبدأ المطالبة القضائية<sup>(1)</sup> والأصل أن ترفع الدعوي بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة<sup>(2)</sup>.

وعلي هذا فبمجرد إيداع صحيفة الدعوي وقيدها بقلم الكتاب تعتبر الدعوي رفعت وترتب كافة أثارها التي تتمثل في قطع التقادم<sup>(3)</sup> وسريان الفوائد والتزام من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار ولو كان حسن النية.

معني هذا: أن إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة هو الطريق الاصيلي والعادي الذي رسمه المشرع للدعاوي المختلفة المدنية والتجارية، وكذلك دعاوي الأحوال الشخصية بموجب نص المادة (16) من القانون رقم (1) لسنة 2000م<sup>(4)</sup>.

### بيانات صحيفة الدعوي:

تدور بيانات صحيفة الدعوي وفقاً للمادة (2/63) مرافعات حول الخصوم والمحكمة والتاريخ بالإضافة إلي وقائع الدعوي وطلبات المدعي واسانيدها ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوي توقيع محام مقبول أمام المحكمة<sup>(5)</sup>.

(1) وجدي راغب : المبادئ مرجع سابق ص504 ، أحمد هندي : المرافعات مرجع سابق ص307.

(2) نشير هنا إلي أن رفع الدعوي عن طريق الصحيفة هو الطريق الاصيلي فطلب الرد أو دعوي الرد تتم بتقرير لدي قلم كتاب المحكمة التي يتبعها القاضي المطلوب رده يوقعه طالب الرد نفسه (وليس بصحيفة تودع ويوقعها محام) م153 مرافعات ، كذلك الحال في دعوي المخاصة م (495) مرافعات ، كذلك الاشكال الوقتي يجوز إيدأؤه أمام معاون التنفيذ كتابه م (1/312) ، كذلك الطلبات العارضة يجوز إيدأؤها شفاهه في الجلسة وهي دعاوي فرعية م (123) مرافعات.

(3) انظر نقض: 1996/12/12 م طعن رقم497لسنة59ق السنة 47ص15/10 عدد2 رقم 275.

(4) تنص المادة (16) علي أنه: ترفع الدعوي في مسائل الولاية علي النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوي.

(5) أحمد هندي: المرافعات مرجع سابق ص309.

والهدف من تلك البيانات التي نص عليها المشرع إعلام ذوي الشأن إعلاماً كافياً بها<sup>(1)</sup> حتي يتمكن الخصم الآخر من الدفاع، لأن مقتضي مبدأ المواجهة العلم ثم الحضور ثم الدفاع وهذا هو جوهر الأمانة الاجرائية.

ونعرض لهذه البيانات بشيء من الايجاز بما يدخل في بحثنا علي النحو التالي:  
(1) البيان الأول: اسم المدعي ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ويقصد به : تعيين شخص المدعي بوضوح حتي يستطيع المدعي عليه أن يعرفه ، وحتى يمكن تقدير حل النزاع بالنسبة إليه لمعرفة ما إذا كان هو صاحب الحق أم شخص اخر<sup>(2)</sup> كذلك تمكين المدعي عليه من الرد إذا اقتضي الأمر<sup>(3)</sup>.

وإذا لم تتوافر الأهلية الاجرائية في المدعي وجب تحديد من يمثله في الخصومة ببيان اسمه ولقبه ومهنته وموطنه وصفته التي تخوله هذا التمثيل م (2/63) ، وعلي هذا فواجب الكشف عن الحقيقة والذي يعد أحد القواعد والأصول التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الإجرائية يقتضي ذكر هذه البيانات بوضوح وصدق حتي يتمكن المدعي عليه من الرد والدفاع<sup>(4)</sup>.

البيان الثاني: خاص بالمدعي عليه: ذكر اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، وهو بيان ضروري لمعرفة شخص المدعي عليه حتي يمكن لقلم المحضرين الوصول اليه وتسليمه صورة من صحيفة الدعوي إذاً الغاية من هذا البيان هي اعلان المدعي عليه ، لذا ينبغي علي المدعي مراعاة الأمانة الاجرائية من ذكر الموطن الصحيح للمدعي عليه وعدم اخفائه كذلك ايضاح عنوان المدعي عليه بصورة كافية وليست مطموسة كما يحدث في العمل والواقع ، وإلا كانت الدعوي باطلة لتخلف بيان جوهرى فيها<sup>(5)</sup>.

البيان الثالث: يدور حول تاريخ صحيفة الدعوي

(1) انظر نقض 71994/10 لسنة 45 ص 182 رقم 224 ، أحمد هندي: الاشارة السابقة.

(2) نبيل عمر: الوسيط ط1999م ص399 ، أحمد هندي ص310.

(3) أحمد صاوي: الوسيط 2000م ص462 رقم 307 ، أحمد هندي: الإشارة السابقة.

(4) أحمد هندي: المرافعات ، المرجع السابق ، ص310 ، الانصاري: المرافعات ، مرجع ص41.

(5) الانصاري: مرجع سابق ، ص41.

لتاريخ إيداع الصحيفة أهمية فمن هذا التاريخ تعتبر الدعوي مرفوعة ومنتجة لآثارها القانونية كما يمكن معرفة ما إذا كانت الدعوي رفعت في الميعاد أم بعد فواته (1). كذلك تبدو للتاريخ أهميته في لزومه لصحة صحيفة الدعوي كورقة رسمية، فبغير هذا التاريخ تفقد الورقة رسميتها (2) ولكن خلوا الصحيفة من بيان التاريخ لا يبطلها (3).

البيان الرابع : تحديد المحكمة المرفوعة أمامها الدعوي

ينبغي تحديد المحكمة المراد حضور المدعي عليه تحديداً دقيقاً فلا يكفي ان يطلب منه الحضور أمام المحكمة المختصة فقد تختص بالدعوي أكثر من محكمة (4).

وهنا نشير إلي أنه يجب ان تتحقق الأمانة الاجرائية في قواعد الاختصاص النوعي والقيمي والمحلي ، وذلك وفقاً لما يلي:

1-الاختصاص النوعي: ويقصد به نصيب كل محكمة بحسب نوع الدعوي بغض النظر عن قيمة الدعوي(5)، وهنا يجب تطبيق قواعد الاختصاص النوعي لتحديد المحكمة المختصة بكل أمانة ، وصدق دون اللجوء إلي الغش والخداع حتي تتحقق الأمانة الإجرائية(6).

2-الاختصاص القيمي: ويقصد به نصيب المحكمة من الدعاوي بحسب قيمتها(7)، وهنا قد يلجأ الخصوم إلي تغيير قواعد الاختصاص القيمي عن طريق المبالغة في الطلبات بسوء نية ، وذلك بقصد التحايل علي اختصاص المحكمة وجعل الحكم قابلاً للاستئناف، وبالتالي يجب علي الخصوم الالتزام بقواعد الاختصاص القيمي

---

(1) وجدي راغب : المبادئ ص506 ، أحمد صاوي: الوسيط ، ط2000 ص571.

(2) أحمد هندي :ص311 ، نبيل عمر: الوسيط 1999م ص392 ، أبو الوفا التعليق ص378ط2000م ، أحمد الصاوي ص461.

(3) انظر نقض: 1999/3/21م ، طعن رقم 1548 لسنة 62ق ، لدي أحمد هندي : الاشارة السابقة .

(4) أحمد هندي: المرجع السابق ، ص312 ، أحمد صاوي : الوسيط ص571 ، العشماوي : رقم 691.

(5) الانصاري : المرافعات ، ط وزارة التربية والتعليم ص30 - أحمد هندي: المرافعات ط 2021 ، مرجع سابق.

(6) محمود الهجرسي : الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص74.

(7) الانصاري : المرافعات ص85 ، منشور علي موقع الكتروني.

وعدم مخالفة الأمانة الاجرائية باستخدام وسائل الغش في تحديد المحكمة المختصة للإضرار بخصمه الاخر<sup>(1)</sup>.

3-الاختصاص المحلي: ويقصد به تحديد نصيب المحكمة من الدعاوي بحسب موطن المدعي عليه أو مكان الدعوي<sup>(2)</sup>، وهنا يحدث التلاعب في موطن المدعي عليه بتغييره أو تغيير موقع المال، إذا كان منقولاً ، وذلك لتغيير الاختصاص المكاني للمحكمة إذ أن القاعدة أن الاختصاص المحلي غير متعلق بالنظام العام ، لكونه لا يتعلق بالمصلحة العامة.

وإنما بمصلحة الخصوم وبالتالي يجوز الاتفاق علي ما يخالفه<sup>(3)</sup> وهنا نهيب بالمدعي عليه الالتزام بمبدأ الأمانة الإجرائية في تحديد الاختصاص المحلي وعدم تلاعبه في محل إقامته أو تغيير محل المال اذا كان منقولاً.

(5) البيان الخامس: وقائع الدعوي وطلبات المدعي وأسانيدها

وذلك حتي تتاح الفرصة للمدعي عليه أن يكون فكرة واقعية عن المطلوب منه تجعله قادراً علي إعداد دفاعه كذلك حتي تستطيع المحكمة من أن تقف علي مضمون الدعوي ومرماها<sup>(4)</sup>. كذلك يحقق هذا البيان جدية الدعوي<sup>(5)</sup>.

وهنا ينبغي علي المدعي الالتزام بالأمانة الاجرائية وعدم اللجوء إلي وسائل الغش في المستندات أو التدليس أو الاخفاء لحقائق ومستندات ما في الدعوي.

معني ذلك يكفي لتكوين الغش أن يلجأ الخصم إلي الاخفاء أو الكذب فيما يتعلق بوقائع الدعوي وملاستها بقصد الإضرار بخصمه والحصول علي حكم بغير وجه حق<sup>(6)</sup>.

---

(1) محمود الهجرسي : المرجع السابق ص176.

(2) قرب: الانصاري: ص33 ط الوزارة.

(3) محمود الهجرسي: المرجع السابق ص176.

(4) انظر نقض 1968/11/28م ، لسنة 19 ص140 ، أحمد هندي :ص312 ، فتحي والي ص431.

(5) أحمد السيد الصاوي: الوسيط ط2000م ، ص572 رقم 361 ، أحمد هندي: ص312.

(6) إبراهيم النفاوي: الاخلال بالواجب الاجرائي ، مرجع سابق ص200 وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بأن: الغش هو استعمال أحد الخصوم طرق احتيالية بالادعاء بوقائع كاذبة لا أصل لها بحيث لا يتمكن الخصم الآخر من العلم بها وبحيث تؤثر هذه الطرق في رأي المحكمة وتأخذ بها<sup>(1)</sup>..

### الفصل الثالث

## الأمانة في الطلبات والدفع

### أولاً: الأمانة في الطلبات

للطلب في مجال الدعوي مفهومان الأول: ضيق ويقصد به الدلالة علي العمل الاجرائي الذي يعرض بمقتضاه المدعي دعواه امام القضاء ، وهو ما تتضمنه صحيفة الدعوي وما يطلق عليه المطالبة القضائية ، ومثاله: المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه أو التعويض .... الخ

والثاني مفهوم واسع: ويقصد به تعبير عن رغبة أحد الخصوم في اصدار حكم لصالحه. والطلب بمفهومه الواسع ينقسم الي قسمين:

- (1) طلب موضوعي وينصرف إلي تقرير حق أو الزام الخصم به أو تغييره.
- (2) طلب إجرائي : وينصرف إلي الأعمال الإجرائية مثل وقف الخصومة أو سقوطها.<sup>(2)</sup>

والذي يعنينا هنا هو الطلب بمعناه الواسع وعلي هذا فانه يلزم الخصم ان يراعي الأمانة الاجرائية في تقديمه للطلبات سواء كانت أصليه أو عارضة<sup>(3)</sup> ، كما تجب الأمانة بخصوص الطلبات الاحتياطية<sup>(4)</sup>.

وإذا كان المشرع قد أجاز في قانون المرافعات تقديم الطلبات العارضة وفقاً للمادة (124) (125) مرافعات باعتبارها طلبات جديدة فانه كذلك يجب مراعاة الأمانة

(1) استئناف مصر: 1908/5/26م ، لدي ابراهيم النفيراوي: ص201.

(2) حسام العطار : الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص191 وما بعدها ، ولمزيد من التفصيل حول الطلبات بصفة عامة في القضاء والتحكيم ، راجع رسالتنا للدكتوراه سابق الاشارة إليها.

(3) الطلب الاصلي هو : كل ما يقدمه المدعي وتفتح به الدعوي ، والطلب العارض كل ما يقدم اثناء الدعوي سواء من المدعي أو المدعي عليه أو من الغير.

(4) الطلب الختامي : وهو ما يقدم مع الطلب الاصلي للحكم به للمدعي إذا رفضت طلباته الأصلية ، انظر نقض 1980/1/2م مكتب في 31 ج1 ص86 في الطعن 922 لسنة 48ق ، لدي مصطفى سلامة: الرسالة السابقة ص303.

الاجرائية بحيث لا يؤدي الطلب العارض الي تغيير موضوع الدعوي وخروجها عن الغاية التي من اجلها شرعها المشرع.

هذا ولقد اوجبت المادة (63) مرافعات<sup>(1)</sup> ، أن تشتمل صحيفة الدعوي علي وقائعها وطلبات المدعي وأسانيدها ، والمعني أن تشتمل الصحيفة علي موضوع الدعوي ، والحكمة من هذا البيان مزدوجة فهي من ناحية تتيح الفرصة للمدعي عليه أن يكون فكرة واضحة عن المطلوب منه ، حتى يتمكن من إعداد دفاعه قبل الجلسة حتى لا يضطر إلي طلب تأجيل الدعوي، ومن ناحية أخرى تعين المحكمة علي تكوين فكرة واضحة عن الدعوي تساعدها علي تحديد المواعيد اللازمة لإعداد الدعوي<sup>(2)</sup>.

ولا مناص من وجوب احترام الأمانة الإجرائية والتحلي بها لدي جميع الخصوم المدعي أو المدعي عليه أو الغير عند تقديم طلباتهم الأصلية والعارضة. ومفاد ذلك أن يبتعد الخصم عن سوء النية ، والمقصود بسوء النية في هذا المقام هو أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراءً أو طلباً أو دفاعاً عالمياً أنه لا حق له فيه، وإنما قصد بأدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوي أو الإضرار بالخصم الآخر<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الصدد تقول المادة (188) مرافعات: يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهما الكيد ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة ، يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن 40 جنيهاً ولا تجاوز 400 جنيهاً علي الخصم الذي يتخذ إجراءً أو يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية<sup>(4)</sup>.

(1) تنص المادة (63) مرافعات علي أنه : ترفع الدعوي بناء علي طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ما لم ينص القانون علي غير ذلك. ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوي علي البيانات الآتية:

1- اسم المدعي ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه.  
2- ..... 3- ..... 4- ..... 5- ..... 6- وقائع الدعوي وطلبات المدعي وأسانيدها ، انظر التعليق علي هذه المادة أحمد مليجي : ص 314 ، جزء ثان.  
(2) أحمد مليجي: التعليق ، المرجع السابق ص 322 وما بعدها.

- رمزي سيف: المرافعات ، مرجع سابق ص 516 ، رقم 410.  
(3) وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمادة 188 مرافعات وهي مقابلة للمادة 361 مرافعات قديم ، وانظر حكم نقض جاء فيه: لا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلي الكيد في الخصومة.....، نقض 1977/3/28م في الطعن رقم 438 لسنة 43 قضائية التعليق : أحمد مليجي ص 130 جزء ثالث.

(4) تم تعديل المادة (188) بالقانون رقم (23) لسنة 1992 والقانون رقم (18) لسنة 1999 وفيه زادت القيمة إلي المثل ، وانظر حكم نقض جاء فيه : مسائلة الخصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي ، وجوب إيراد الحكم العناصر الواقعية والظروف التي يصح استخلاص نيه الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً.

وهنا يثار التساؤل عن كيفية تقدير الكيد بالنسبة للمحكمة التي قدم لها طلباً أصلياً أو عارضاً بسوء نية؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: تستند المحكمة عند تقديرها الكيد إلي حكم المادة الخامسة من القانون المدني (1). والتي جاء فيها سرد حالات سوء استعمال الحق ، والتي يتعين بسط تطبيقها علي كل فروع القانون ، فالطلب الكيدي وكذا الدفع الكيدي هما صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ، وهو استعمال غير مشروع لحق الالتجاء إلي القضاء أو لحق انكار الدعوي (2). ويتحقق الكيد عند إبداء الطلب أو الدفع إذا ثبت للمحكمة أن الخصم تقدم بما تقدم به من طلبات أو دفوع وهو يعلم تمام العلم أنه لا حق له فيها وقد يتحقق سوء النية عند إبدائها ، أو بعد ذلك وعندئذ يتحقق قصد مضارة الخصم ، إلي جانب توافر ضرر أصابه فعلاً وتوافر السببية بينهما عملاً بقواعد المسئولية المدنية ويزداد التعويض كلما استرسل الخصم في الكيد ، واستطالت مجابهة نشاطه الكيدي أو انكاره (3).

ويشترط لكي تحكم المحكمة بالتعويض عن الطلب الكيدي أن تكون مختصة بذلك اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة واختصاصاً نوعياً، لأن هذا وذاك من النظام العام. وهنا تجدر الإشارة إلي ثمة خلاف في الفقه بشأن تحديد المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً بالحكم بالتعويض ، المنصوص عليه في المادة (188) مرافعات ، فذهب الاتجاه الأول من الفقه إلي القول بأنها المحكمة التي رفعت أمامها الدعوي (4)، بينما ذهب الاتجاه الثاني إلي أن هذه المادة تقرر رخصة للخصم في الالتجاء بطلب التعويض إلي المحكمة

---

حكما في 1997/6/29 في الطعن رقم 1865 لسنة 65 قضائية.  
(1) تنص المادة الخامسة من القانون المدني علي أنه يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

( أ ) إذا لم يقصد به سوء الأضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة لمزيد من الشرح حول هذه المادة، انظر: محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني ، مرجع سابق ط2003، ص233

(2) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص152.

(3) أحمد مليجي ، التعليق ص1122 جزء ثالث ويجب ملاحظة أنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي وهذا ما سلم به الفقه والقضاء علي الرغم من أن نص م (188) يشير إلي التعويض عن المصاريف والنفقات.

لمزيد من التفصيل انظر: عبد المنعم الشرفاوي ، نظرية المصلحة في الدعوي ، مرجع سابق ص88 وما يليه ، أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام ، المرجع السابق ص156 رقم 61.

(4) من هذا الرأي : أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام المرجع السابق ص166 رقم 93.

التي تنظر الدعوي أو الدفاع الكيدي في صورة طلب فرعي ، ولكن ذلك لا يحرم طالب التعويض من حقه في رفع دعوي التعويض طبقاً للقواعد العامة في الاختصاص<sup>(1)</sup>. هذا ولقد انتصرت محكمة النقض المصرية للرأي الثاني ، فجاء في أحد أحكامها جواز الحكم بالتعويض وفقاً للقانون المدني ، وتأسيساً علي هذا الحكم فإن من حقه رفع دعوي التعويض وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص<sup>(2)</sup>. ومن أمثلة الإساءة في التقاضي التحايل بالقانون علي القانون لتحقيق أمور مخالفة له ، والإمعان في الإنكار بقصد مضارة الخصم ، ومن أمثلة ذلك الطلبات والدعاوي الصورية ودعاوي المسخرين ودعاوي التشهير.....الخ<sup>(3)</sup>. وبصدد الصورية قضي بأنه: من المقرر أن لمحكمة الموضوع الحق في بحث جدية ما يقدم إليها من أوراق ما دام ذلك لازماً للفصل في الدعوي لو لم يطعن فيها بالصورية ، فتعرض لها وتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوي وما تستظهره من نية المتعاقدين بناءً علي تصرفاتهما السابقة واللاحقة والمعاصرة للعقد ، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً<sup>(4)</sup>. ومن أمثلة دعاوي الصورية دعاوي صحة التعاقد التي ترفع بين متواطئين للإضرار بحقوق المالك الحقيقي<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) من هذا الرأي : محمد وعبد الوهاب العشماوي: جزء ثان هامش بند 1089.
- (2) حكم نقض 1983/6/1 في الطعن رقم 1456 لسنة 49ق ، مشار إليه لدي المليجي ص1125.
- (3) يقصد بالدعاوي الصورية : الدعاوي التي ترفع من شخص علي آخر يتوطأ معه علي ذلك ويستصدران فيها حكماً مع أن الحق في الواقع مسند إلي شخص ثالث غيرهما ، ثم يقتسمان ثمرة الحكم ويستوي لديهما عندئذ أن يكون الحكم صادراً لصالح المدعي أو المدعي عليه مادام بينهما اتفاق علي اغتيال حقوق الغير عن طريق التقاضي والطلبات الصورية ، ومثال ذلك الدعاوي التي تثبت الملكية والتي ترفع من شخص علي آخر بخصوص عقار أو منقول ، مع العلم بأن العقار أو المنقول ، الشيء المتنازع عليه ملك لغيرهما وكذلك دعاوي صحة التوقيع التي ترفع من متواطئين للإضرار بحقوق الغير.
- ويقصد بدعاوي المسخرين : الدعاوي التي ترفع إضراراً بالغير من شخص بإيعاز شخص آخر ، ومثالها دعاوي الاسترداد الكيدية بالمخالفة لمبدأ الأمانة الإجرائية.
- ويقصد بدعاوي التشهير : الدعاوي التي يكون الغرض منها الإساءة إلي الغير والتشهير به ، ومثالها الدعاوي التي ترفع علي الأشخاص المرشحين للإنتخابات أثناء فترة الحملات الانتخابية، ولمزيد من التفصيل راجع كلاً من عبد الباسط جميعي : الإساءة في التقاضي ، مرجع سابق ص13 وما بعدها ، سيد محمود: الغش الإجرائي ، مرجع سابق ص148 وما بعدها – حسام العطار : مرجع سابق ص129
- (4) حكم محكمة التمييز الكويتية : في 1983/1/3 في الطعن 19 لسنة 1982 مدني مشار إليه لدي سيد محمود: المرجع السابق ص143.
- (5) عبد الباسط جميعي : المرجع السابق ص7 و ص13 ، سيد محمود : الغش الإجرائي ص153.

وفي كل الأحوال يجب علي الخصم أن يراعي الأمانة الإجرائية في موضوع المطالبة حتى ولو تعددت الطلبات ، وكان بينها ارتباط<sup>(1)</sup>.

كذلك يجب مراعاة الأمانة الإجرائية بالنسبة للطلبات العارضة سواء المقدمة من المدعي أثناء سير الدعوي وهو ما يصطلح عليها الطلبات الإضافية ، أو المقدمة من المدعي عليه ، وهو ما يصطلح عليها بالطلبات المقابلة أو دعاوي المدعي عليه ، أو التي تقدم من الغير ويصطلح عليها باختصام الغير وادخاله في الدعوي<sup>(2)</sup>.

وإذا كان المشرع قد أجاز في قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968 للخصوم التقدم بطلبات عارضة باعتبارها طلبات جديدة ، بيد أنه لا مناص من التقيد بالأمانة الإجرائية ، بحيث لا يؤدي الطلب العارض إلي تغيير موضوع الخصومة، إعمالاً لمبدأ تركيز الخصومة.

إلا أنه سمح بذلك طبقاً لمبدأ تطور موضوع النزاع تيسيراً علي الخصوم واقتصاداً للنفقات وتوفيراً للوقت والجهد<sup>(3)</sup>.

وهنا يجب علي الخصوم عدم إساءة استعمال هذه الرخصة أو الخروج عن مقتضيات الأمانة الإجرائية، والمعني ألا يكون الهدف من تقديم الطلبات العارضة هو عرقلة سير الإجراءات ، وإطالة أمد الفصل في موضوع النزاع مما يترتب عليه حتماً ببطء التقاضي وعدم حسن سير العدالة.

نخلص من ذلك إلي وجوب احترام الخصوم لمبدأ الأمانة الإجرائية في طلباتهم الأصلية أو العارضة أو الختامية، مما يترتب عليه حسن سير العدالة وانتظامها وتوفير الوقت والجهد والاقتصاد في النفقات.

## ثانياً: الأمانة في الدفوع

الدفوع هي وسيلة قانونية يجيب بها الخصم علي طلبات خصمه ليتفادى الحكم له بها كلها أو بعضها<sup>(4)</sup>، وتنقسم الدفوع الي ثلاثة أنواع وهي:

(1) ماهية الارتباط : هو صلة بين طلبين أو دعويين تجعل من حسن سير العدالة أن تنتظرهما وتفصل فيهما محكمة واحدة. لمزيد من التفصيل حول فكرة الارتباط ، انظر: أحمد هندي ارتباط الدعوي والطلبات ، ط بيروت 1991.

(2) جاء النص علي الطلبات العارضة في القانون الحالي رقم (13) لسنة 1968 في المواد من 123 وحتى 127.

(3) لمزيد من التفصيل حول الطلبات العارضة انظر محمد محمود إبراهيم ، الدعوي الفرعية رسالة دكتوراه سابق الإشارة إليها، ريمون شنودة : تطور موضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف ، رسالة دكتوراه حقوق الإسكندرية 2019م.

(4) أحمد هندي: المرافعات ، مرجع سابق ص268 رمزي سيف ص347 ابو الوفا ص222.

(1) دفع موضوعي: وهو الدفع الموجه الي موضوع الدعوي (الحق ذاته) بغرض الحكم برفض الدعوي كلياً أو جزئياً<sup>(1)</sup>. ومثاله الدفع بالبطلان للعقد – والدفع بانقضاء الدين.

(2) دفع شكلي أو إجرائي: وهو الدفع الذي يوجه إلي صحه الخصومة أو بعض إجراءاتها ومثاله: الدفع بعدم الاختصاص ، الدفع بسقوط الخصومة<sup>(2)</sup>

(3) الدفع بعدم القبول: وهو دفع يوجه إلي عدم توافر شروط الدعوي ومثاله: الدفع بعدم القبول لانتفاع المصلحة ، أو الصفة في الدعوي<sup>(3)</sup>.

ويشترط في هذه الدفوع توافر المصلحة والصفة<sup>(4)</sup> ، ومن هنا فإنه يلزم الخصم الذي يتمسك بأي دفع من هذه الدفوع الثلاثة مراعاة الأمانة الإجرائية ، وهذا يقتضي القيام بالدفع بحسن نيه وصدق، وعدم اللجوء الي الغش والكيد وسوء النية، حيث قد يستخدم هذا الحق في الدفع بهدف التسوية والمماطلة إضراراً بالخصم الاخر ، كأن يعمد الخصم الي عدم تقديم الدفوع إلا في نهاية الخصومة علي نحو يؤدي الي ضياع الجهد المبذول فيها وما أنفق فيها من مال<sup>(5)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه<sup>(6)</sup>: نصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنيني المدني علي أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان

(1) وجدي راغب: المبادئ ص414 ، كذلك احمد هندي : المرافعات ص269.

(2) أحمد السيد صاوي: الوسيط ص241 ، احمد هندي: ص271.

(3) أحمد هندي : ص277 ، وجدي راغب: ص241 ، نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ط1998 ص130.

(4) عزمي عبد الفتاح: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي ط أولي مؤسسة الكتاب ص413 وما بعدها.

(5) محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص199 ، حسام العطار: المرجع السابق ص196 وما بعدها.

(6) نقض مدني: جلسة 1989/11/7 ، في الطعن رقم 2273 لسنة 57 ق ، وفي ذات المعني حكمها في 1990/2/25 في الطعن رقم 72 لسنة 52 ق ، وحكم نقض فيه 1999/2/17 في الطعن رقم 2441 لسنة 62 ق وحكمها في 1996/1/9 في الطعن رقم 10059 لسنة 64 قضائية.

مشار إلي هذه الأحكام لدي: محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني ط 2003 مصادر الالتزام ص253 وحتى ص256.

وانظر كذلك نقض: مدني جلسة 1977/3/28 في الطعن رقم 438 لسنة 43 ق لدي عبد الحميد الشواربي : الدفوع المدنية ، مرجع سابق ص868.

حقا التقاضي ، والدفاع من الحقوق المباحة ، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلي اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ، وإذا كان الحق المطعون فيه قد اقتصر في نسبة الخطأ إلي الطاعن إلي ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه المكفول في التقاضي والدفاع إلي الكيد والعنت والدد في الخصومة ، فإنه يكون فضلاً عما شابهه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون.

فالإساءة في الدفاع من المدعي عليه تكون إذا ما سلك في الدفاع عن نفسه طريقاً يجعل من حق الدفاع مفسدة ومخبثة ، كما لو تمادي في الإنكار أو خرج به عن حدوده المشروعة<sup>(1)</sup>.

وفي صدد الإنكار الكيدي قضت محكمة النقض المصرية قديماً بأن<sup>(2)</sup>: الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم علي أركان ثلاثة: (أولها) خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه (وثانيها) كون هذا الإنكار ضاراً فعلاً (وثالثها) كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً علي هذا الإنكار وبينهما علاقة سببية ، فالحكم الذي يقضي بمسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن إنكاره إذا اقتصر علي التقرير بصدق مزاعم المدعي في ادعائه بأن الإنكار كيدي ولم يوازن بينها وبين دفاع المدعي عليه ، ولم يعن بإيراد العناصر الواقعية ، والظروف الحاصلة التي يصح استخلاص الكيدية منها بمعناها القانوني يكون حكماً معيباً.

---

(1) عبد الباسط جميعي : الإساءة في التقاضي ، مرجع سابق ص16 ، سيد أحمد محمود : الغش الإجرائي ، مرجع سابق ص156. ونشير هنا أن الخصومة القضائية تضم طرفين أو أكثر ، والأصل في الخصومة هو قيام التضاد بين أطرافها ، وبالتالي قيام كل خصم في مواجهة خصمه بأوجه دفاع ودفع يناقض بها خصمه.

وهنا يقضي مبدأ الأمانة الإجرائية عدم الإساءة والغش والكيد والخبث والتعنت في إبداء هذه الدفوع. قرب: يحيي إسماعيل : أحكام نظرية الدفوع والخصومة في قانون المرافعات ط 2015.

(2) حكم نقض: جلسة 1933/11/9 مجموعة النقض في 25 سنة الجزء الثاني ص976 ، قاعدة رقم 54 لدي: أحمد مليجي : التعليق ص 1126 ، جزء ثالث ومشار إليه ، كذلك لدي عبد الحميد الشواربي: الدفوع المدنية ، مرجع سابق ص822 ، انظر كذلك : حكم نقض في 1939/6/8 في الطعن رقم 6 لسنة 9ق مجموعة عمر جزء ثان ص591 رقم 191 ، مشار إليه لدي عبد الباسط جميعي ، الإساءة في التقاضي ص17.

وفي ذات المعني انظر حكم محكمة التمييز الكويتية في 1981/5/6 في الطعن رقم 143 / 80 تجاري مشار إليه لدي : سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي ، ص156 ، وجاء فيه : قضى بأن لكل إنسان الحق في أن ينكر الدعوي الموجهة إليه وأن يلزم مدعيها بإثباتها علي أن القانون لم يجعل هذا الحق مطلقاً من كل قيد بل قيده بعدم إساءة استعماله. إن الإنكار حق لكل مدعي عليه إلا أن هذا الحق ينقلب إلي مخبثة إذا ابتغي المدعي عليه مضارة خصمه وتمادي في الإنكار أو غلا فيه أو تحيل.....

إن الإجابة علي الدعوي بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعي عليه يقتضي به إلزام خصمه بإثبات مدعاه فإن سعي بإنكاره في رفع الدعوي وخاب سعيه فحسب الحكم عليه بالمصاريف لنص المادة (114) وهي المقابلة للمادة (357) مرافعات، أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه، فإن هذا الحق ينقلب إلي مذبذبة تجيز للمحكمة طبقاً للمادة (115) مرافعات أهلي المقابلة للمادة (361) الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء نية.

كذلك قد يتمثل موقف المدعي عليه في تقديم دفوع (إجرائية أو موضوعية أو بعدم القبول) بغرض التخلص من الدعوي أو من الحكم عليه فيها بكل الطلبات أو بجزء منها<sup>(1)</sup>.

وهنا يجب عليه التحلي بالأمانة الإجرائية والتي تلزمه بالصدق وحسن النية وعدم الإساءة وعدم الإضرار بخصمه الآخر.

وإذا كان الحق في الإنكار مقيد في ممارسته بالهدف الذي شرع من أجله وعدم الإضرار بالخصم، فإن الحق في الدفاع عموماً والحق في الدفع بصفة خاصة تنقيد ممارسته أيضاً بالغاية التي شرع من أجلها، وهي تمكين الخصم من الزود عن نفسه وصد الإدعاءات الكاذبة التي توجه إليه، ويكون من شأنها الإنتقاص من الحقوق أو إهدارها أو الإعتداء عليها<sup>(2)</sup>.

معني ذلك: أنه إذا ما ثبت أن المدعي عليه قد جاوز المدي المقبول أو المألوف لممارسة الحق في الدفاع وخرج عن حدوده التي جري العمل والعرف علي تقبلها واستساغها، فإن حق الدفاع ينقلب عندئذ إلي مفسدة وفي هذا الصدد كان هناك حكم رائع جاء فيه<sup>(3)</sup>. " المدافعة التي يقصد بها الكيد هي وفقاً لحكم محكمة القضاء الإداري المصري : سلاح المبطل العالم بحق خصمه وصواب ما يدعيه ، ولكنه يقصد من استعمالها النكاية به بالتمادي في الإنكار أو التغالي فيه أو بإخفاء الوقائع الصحيحة ابتغاء

(1) عبد الباسط جميعي: الإساءة في التقاضي ، المرجع السابق ص15 ، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ، المرجع السابق ص158.

(2) وقضي بأن : الدفاع الكيدي هو ما يقصد به كيد خصمه والتتكيل به باستعمال أساليب المطل والعناد بسوء نية.

محكمة استئناف مصر في 1931/6/8 مجلة المحاماة ، العدد الرابع ، صحيفة 322 مبدأ رقم 171 مشار إليه لدي عبد الباسط جميعي ، ص18

(3) حكم محكمة القضاء الإداري : جلسة 1954/11/7 مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة السنة 9 ص10 قاعدة 11 لدي: محمد كمال أبو الخير: التعليق علي قانون المرافعات ط 1963 ص548 ، ولدي عبد الباسط جمعي: ص19 ولدي : سيد محمود ، الغش الإجرائي ص159 ، 160.

المضارة ، وعكسها المدافعة التي يقصد بها الدفاع عن حق مدعي به ويهدف فيها إلي تثبيت حق يعتقد مدعيه خطأ أنه له ، ويكون حسن النية في اعتقاده الخاطئ الذي ينشأ عن جهل بأحكام القانون أو جهل بحقيقة الأمور".

وقضي كذلك بأن: الدفاع الكيدي هو ما يقصد به كيد خصمه والتكيل به باستعمال أساليب المطل والعناد بسوء نية (1).

ومن هنا: ينبغي علي كل من يتقدم بأحد الدفوع الإجرائية أو الموضوعية أو بعدم القبول، أو يبدي طلباً عارضاً أن يكون حسن النية في إثارتها ، وألا يتعمد ويقصد إطالة أمد النزاع ، وعرقلة الفصل في الدعوي أو تأخير الحكم فيها لفترة غير معقولة(2). وهذا ما أكدته المادة 188 مرافعات مصري (3).

وبخصوص الدفوع الموضوعية سواء الإيجابية منها أو السلبية فإنه يجب علي المدعي عليه مراعاة الأمانة الإجرائية، فمثلاً عند إثارته ودفعه دفعاً موضوعياً سلبياً بإنكار واقعة قانونية فإنه يجب عليه عدم الكذب وعدم تأييد الإنكار بوسائل احتيالية(4).

كذلك عند إثارته دفعاً موضوعياً إيجابياً يتضمن تأكيد واقعة معينة أو منهيبة للحق المدعي به، مثل تأكيد عدم مشروعية سبب العقد ، أو حدوث المقاصة القانونية ،

---

(1) انظر الحكم السابق.

(2) وقضي بأن: لئن كان الدفاع حقاً للخصم إلا أن استعماله له مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والدود عنها فإذا هو انحرف في استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبته أمور شأنه لغيره ماسة باعتباره وكرامته ، وكان ذلك منه خطأ موجب مسؤليته عما ينشأ عنه من ضرره ولو كانت هذه الأمور صحيحة مادام الدفاع في الدعوي لا يقتضي نسبتها إليه. حكم نقض في 1983/3/24 في الطعن رقم 411 لسنة 48 قضائية ، لدي محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني ، مرجع سابق ص256.

(3) تنص المادة (188) مرافعات علي أنه : يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهما الكيد.

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنياً ولا تجاوز أربعمئة جنياً علي الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نية.

(4) حسام العطار: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص196 وما بعدها.

وبخصوص هذه الدفوع فإنه يجب مراعاة الأمانة الإجرائية، والتي تستلزم أن تكون هذه الدفوع جديده ، وصحيحة وغير كاذبة ، تكون متفقة مع الواقع ، كذلك أن لا يكون الهدف من استعمال الدفوع الموضوعية إطالة أمد النزاع أو التكتيل بالخصم<sup>(1)</sup>.

وأما بخصوص الدفوع الشكلية الإجرائية وهي التي يوجهها الخصم ضد إجراءات الخصومة بهدف استصدار حكم منهي لها دون الفصل في موضعها، أو بما يؤدي إلي تأخير الفصل فيها<sup>(2)</sup>.

---

(1) تجدر الإشارة هنا إلي النظام القانوني للدفوع الموضوعية والذي يتمثل في مجموعة قواعد أساسية وهي:

- (أ) الدفوع الموضوعية كثيرة ولا تقع تحت حصر.
  - (ب) المدعي عليه غير ملزم بترتيب معين لإبداء الدفوع الموضوعية ، حيث يستطيع إبدائها في أي مرحلة تكون عليها الدعوي ، إما دفعة واحدة ، وإما فرادي.
  - (ج) المحكمة لا تستطيع إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسها.
  - (د) يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي صادراً في موضوع الدعوي.
  - (هـ) تستنفذ المحكمة سلطتها بالفصل في الدفع الموضوعي:
- لمزيد من التفصيل راجع كلاً من:

أحمد أبو الوفا: الدفوع ص17 ، نبيل عمر: أصول المرافعات ، ص581 ، طلعت دويدار : الوسيط ، ص469 ، يحيي إسماعيل : أحكام نظرية الدفوع والخصومة ، في قانون المرافعات ط2015 ، بدون ناشر.

(2) كذلك تجدر الإشارة : إلي النظام القانوني للدفوع الشكلية الإجرائية ، والذي يتمثل في مجموعة قواعد أساسية وهي:

- (أ) يجب إبداء الدفوع الشكلية في بداية النزاع قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيها ، إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام .
- (ب) يجب إبداء سائر الدفوع الإجرائية معاً وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع هذا بالنسبة إلي الدعوي ، وأما بالنسبة للطعن فيجب إبدائها جميعاً في صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيها.
- (ج) لا تستنفذ المحكمة سلطتها بالفصل في الدفع الشكلي ، لأنه ليس فصلاً في الموضوع.
- (د) تفصل المحكمة في الدفع الشكلي أولاً قبل النظر في الموضوع ، ويجوز لها أن تفصل فيهما معاً.

لمزيد من التفصيل انظر: أحمد هندي ، المرافعات ، ص270 وما بعدها.

ومن أمثلتها الدفع بعدم الاختصاص ، أو الدفع بالإحالة أو الدفع ببطلان الإجراء أو الدفع باعتبار الدعوي كأن لم تكن ، أو الدفع بسقوط الخصومة أو الدفع بانقضاء الخصومة<sup>(1)</sup>.

وهنا توجب الأمانة الإجرائية علي الخصم مراعاة الضوابط والشروط المنظمة للدفع الإجرائية ، بما يؤدي إلي حسن سير نظر الدعوي.

معني ذلك: أنه وفقاً لمقتضيات الأمانة الإجرائية في الدفع الإجرائية يجب علي المدعي عليه، أن يبديها عند بدء النزاع، وقبل التكلم في الموضوع ، وقبل الدفع بعدم القبول ، وألا يكون هدفه من إثارتها إطالة أمد النزاع والمماطلة أو التكتيل بالخصم<sup>(2)</sup>.

كما لو تعمد الخصم عدم إثارة الدفع الإجرائي الشكلي المتعلق بالنظام العام قبل الدفع الموضوعية ثم يثير هذا الدفع كالدفع بعدم الاختصاص النوعي بعد أن تكون المحكمة قد أجرت تحقيقاً في الموضوع وإحالة الدعوي إلي الخبير، ويكون ما ابتغاه المدعي عليه من إرجاء الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الوظيفي إطالة أمد النزاع.

كما يعد من قبيل إساءة التقاضي وعدم الأمانة تعمد المدعي رفع الدعوي أمام محكمة غير مختصة مكانياً حتى يحمل الخصم المدعي عليه مشقة الحضور لإبداء الدفع الإجرائي الشكلي<sup>(3)</sup>.

---

(1) قرب: فتحي والي ، الوسيط : في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص286 ، حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: قانون المرافعات ، مرجع سابق ص396 ، 397.

- أحمد مسلم : أصول المرافعات ، مرجع سابق ص568.

- حسام العطار: الأمانة الإجرائية ، ص201، 202.

(2) فتحي والي: الإشارة السابقة ، حامد أبو طالب وحسام مهني صادق ، ص398.

- وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها : الأصل أن تقضي المحكمة في الدفع الشكلي قبل التعرض للموضوع فقد يغنيها ذلك عن الفصل في الموضوع إذا قبلت الدفع ، حكمها في 1979/3/27 س30 ع 948 ، وانظر: حكمها في ذات المعني في 1977/4/5 لسنة 28 ص909 ، مشار إليهما لدي يحيي إسماعيل : احكام نظرية الدفع والخصومة في قانون المرافعات ، مرجع سابق ص576، 577، 578.

(3) حسام العطار: الأمانة الإجرائية ص202.

وانظر:

.Gerard Couchez: op. cit.P128.No164

وأما بخصوص الدفع بعدم القبول (1) والذي يتمثل في الدفع الذي يوجه إلي عدم توافر شروط صحة الدعوي ، ومثاله : الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة في الدعوي أو الصفة ، أو الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم أو الدفع بعدم القبول لفوات ميعاد الدعوي بالتقادم ، أو الدفع بعدم القبول لسابقة الفصل في موضوع الدعوي(2).

وقد تعرض المشرع المصري له في المادة (115) والمشرع الفرنسي (123) وهنا يجب علي كل خصم مراعاة الأمانة الإجرائية في إبداء الدفع بعدم القبول ومن مقتضيات الأمانة في هذا المقام ومستلزماتها ألا يتعمد الخصم التراخي في إثارة الدفع إلي وقت يقصد به الإضرار بالخصوم بالآخرين.

نخلص من كل ما سبق إلي أنه يجب علي الخصوم عند إبدائهم لدفعهم سواء الموضوعية أو الإجرائية أو بعدم القبول مراعاة الأمانة الإجرائية ، وما تقتضيه من التحلي بحسن النية في الدفع ، وعدم التعسف أو الغش وألا يقصد الخصم من إبداء الدفع إطالة أمد النزاع بغرض التكتيل بالخصم الآخر.

---

(1) تجدر الإشارة إلي النظام القانوني الذي يحكم الدفع بعدم القبول ، والذي يتمثل في مجموعة قواعد أساسية وهي:

( أ ) يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة ، ومرحلة تكون عليها الدعوي.  
(ب) لا يجوز الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجيه الأمر المقضي به لأنه لا يوجه إلي موضوع الدعوي وإنما انتفاء شروطها ، وعليه يمكن رفع دعوي جديدة متى توافرت شروطها المفقودة.  
(ج) الفصل بعدم القبول يمكن أن تفصل فيه المحكمة وحده أو مع موضوع الدعوي م (2 / 115) مرافعات.

( د ) بالنسبة لاستنفاد سلطة المحكمة بالفصل في الدفع بعدم القبول ، وجد خلاف محكمة النقض تميل إلي تقسيم الدفع بعدم القبول إلي دفع بعدم القبول موضوعي وبه تستنفد المحكمة ولايتها ودفع بعدم القبول شكلي وبه لا تستنفد ولايتها.  
ويري جانب من الفقه ، ونحن نؤيده : أن المحكمة تستنفد ولايتها ولا داعي لهذه التقسيمات ، لمزيد من التفصيل: انظر: فتحي والي : الوسيط ، ص493.

نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ط1981 ص130 – أحمد هندي: الرافعات ص275 وما بعدها

(2) انظر: حسام العطار : الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص202، 203 ، 204.

## الفرع الثاني

### الأمانة الإجرائية في نظرية الخصومة

يقصد بالخصومة: مجموعة الاجراءات المتخذة في الدعوي منذ رفعها وحتى صدور حكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع<sup>(1)</sup>.

والخصومة هي ظاهرة مركبة من حيث تكوينها، فهي عبارة عن مجموعة من الأعمال القانونية التي تتخذ أمام القضاء ، الإجراء الأول فيها هو المطالبة القضائية ثم تتابع الاجراءات الواحد تلو الآخر حتي تصل إلي نهايتها الطبيعية فيصدر الإجراء الأخير فيها وهو الحكم في موضوعها، وقد تنقضي أحياناً قبل صدور حكم في موضوعها لأسباب مختلفة مثل الصلح بين أطرافها أو سقوط الخصومة.. إلخ<sup>(2)</sup>

معني ذلك: أن الخصومة ظاهرة متحركة ومتطورة نظمها قانون المرافعات فهي لا تسير بصورة ارتجالية وفقاً لهوي الخصوم أو محض تقدير القاضي ، وهي تمر بثلاث مراحل: المرحلة الأولى: افتتاح الخصومة وتبدأ بالمطالبة والإعلان ، والمرحلة الثانية : مرحلة سير الخصومة ويتم من خلالها حضور الخصم وتقديم الطلبات والدفع ويتم نظرها ، والمرحلة الثالثة : المرحلة الختامية حيث تنتهي الخصومة عادةً بصدور حكم في موضوعها<sup>(3)</sup> ،

وفي ضوء ما تقدم نعرض للأمانة الاجرائية في الخصومة في ثلاثة غصون وفقاً لمراحلها الثلاث علي النحو التالي:

---

(1) أحمد هندي ص35 ، فتحي والي :الوسيط ط1992 ص292 ، أبو الوفا: المرافعات ط1990 ص118 ، رمزي سيف: الوسيط ط1969 ص510.

(2) انظر في عوارض الخصومة الأنصاري حسن النيداني: المرافعات ط وزارة التربية والتعليم ، مرجع سابق ص59 وما بعدها.

(3) فتحي والي :ص294 ، أحمد هندي ص305 ، ولمزيد من التفصيل انظر أحمد مسلم: أصول المرافعات ، ط1979 ص375 .

## الغصن الأول

### الأمانة الاجرائية عند افتتاح الخصومة

تنشأ الخصومة بالمطالبة القضائية وتتعد بالإعلان القضائي<sup>(1)</sup>. والمطالبة كما سبق وأن ذكرنا هي إجراء يقوم به المدعي أو من يمثله يعرض فيه إدعائه بحق ما ، أمام القضاء ليحكم له بما يدعيه. وهذا الاجراء يقدم في شكل صحيفة يقوم بتحريرها وإيداعها المدعي أو من يمثله لدي قلم كتاب المحكمة المختصة<sup>(2)</sup> وهنا يجب الالتزام بمبدأ الأمانة الاجرائية في افتتاح الخصومة وهو ما سنوضحه فيما يلي:-

#### أولاً: التأكد من صحة بيانات الصحيفة وعدم نقصها

والمعني يجب مراعاة ما نصت عليه المادة (63) مرافعات من توافر البيانات الجوهرية في صحيفة الدعوي ، والتي تدور حول الخصوم والمحكمة والتاريخ والوقائع والأسانيد والطلبات بالإضافة إلي توقيع محام مقبول لدي المحكمة وقد سبق لنا شرح هذا فلا داعي للتكرار<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: عدم تعمد الخصم ذكر موطن غير صحيح للمدعي عليه حتي لا يصله الاعلان

من الامور التي يجب مراعاتها تحقيقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية امام القضاء المدني عدم تعمد المدعي ذكر موطن غير صحيح للمدعي عليه لعدم وصول الاعلان اليه وهذه الحالة لا تقتصر علي إعلان الصحيفة فقط بل تنطبق علي كل حالات الإعلان<sup>(4)</sup>.

هذ ولقد فرض المشرع في المادة (14) مرافعات علي الخصم الذي يتعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الاعلان إليه غرامة لا تقل عن 100 جنيهاً ولا تزيد عن 400 جنيهاً وهذا واضح في محاربة المشرع لكل صور المخالفة للأمانة الإجرائية<sup>(5)</sup>.

(1) أحمد هندي: ص 38 ، وانظر نقض 1996/2/27م طعن 258 لسنة 60 ق ، لديه.

(2) الانصاري النيداني: قانون المرافعات ، مرجع سابق منشور علي الانترنت ص134.

(3) راجع ما تم ذكره في الغصن الثاني.

(4) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص177 وما بعدها إبراهيم النفاوي: مسئولية الخصم عن الاجراءات مرجع سابق ص546.

(5) لمزيد من التفصيل حول المادة (14) راجع كلاً من :

### ثالثاً: الاخبار عن أي تغيير يطرأ علي موطن الخصم بالإلغاء أو التغيير.

من مقتضيات الأمانة الاجرائية أنه يتم الإخبار عن أي تغيير يطرأ علي موطن الخصم بالإلغاء او التغيير وفقاً للمادة (2/12) مرافعات ، ومفاد هذه المادة أنه علي الخصم عند صدور تغيير يطرأ له بالنسبة لموطنه أن يقوم بإخبار خصمه به فإذا لم يخبره صح اعلانه فيه وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلي جهة الإدارة<sup>(1)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن<sup>(2)</sup>: إعلان الطاعنين بالاستئناف في موطنهما المبين بصحيفة الدعوي الابتدائية وبالحكم الصادر فيها وعدم تقديمهما ما يدل علي أن موطنهما هو غير الموطن الذي تم الاعلان فيه، النص بالبطلان في هذه الحالة عار عن الدليل.

### رابعاً: تسليم الصحيفة وصورها لقلم المحضرين لإعلانها:

يتطلب مبدأ الأمانة الإجرائية علي الخصم أن يقوم بتسليم صحيفة الدعوي إلي قلم المحضرين لإعلانها اذا تسلمها من قلم الكتاب بعد قيدها، حيث يلجأ في بعض الأحيان أحد الخصوم إلي الغش والكيد، ولا يقوم بتسليم أصل الصحيفة لإعلانها مما يترتب عليه عدم إعلانها أو تأخير الاعلان ، مما يؤدي إلي بطلان الاجراءات أو إلي اعتبار الدعوي كأن لم تكن<sup>(3)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم نصت المادة (70) مرافعات علي أنه: يجوز بناء علي طلب المدعي عليه اعتبار الدعوي كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعي عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلي قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً الي فعل المدعي وهو ما أكدته محكمة النقض<sup>(4)</sup>.

---

= أحمد محمد مليجي التعليق علي قانون المرافعات بأحكام الفقه والقضاء ، ط نادي القضاة بدون سنة نشر ، الجزء الأول ص572 وما بعدها ، محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ص178.

(1) انظر حكم نقض: 1996/4/17م رقم 5081 لسنة 65ق ، وجاء فيه تعمد اخفاء قيام الخصومة عن الخصم للحيلولة دون مثوله في الدعوي وابداء دفاعه فيها من قبيل الغش في حكم المادة (228) مرافعة ، مشار إليه لدي الهجرسي: ص179.

(2) نقض 1996/5/12م في الطعن رقم 129 ، مجموعة الاحكام 47 ص277.

(3) محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص180 ، إبراهيم النفيواي: مسئولية الخصم عن الاجراءات ، مرجع سابق ص552.

(4) انظر حكم نقض مدني: 2017/2/2م في الطعن رقم 2711 لسنة 83ق الموقع الرسمي للمحكمة تاريخ اخر زيارة 2022/6/2م.

## الغصن الثاني

### الأمانة الاجرائية عند انعقاد الخصومة وسيرها

تتعقد الخصومة بالإعلان وفقاً للمادة (68) مرافعات مالم يحضر المدعي عليه بنفسه أو بوكيل عنه

معني ذلك أنه إذا كان المدعي قد افتتح الخصومة بإيداع صحيفتها وقيدها في قلم كتاب المحكمة المختصة ، وترتب علي ذلك آثارها القانونية في مواجهة المدعي، فإنه يجب عليه إعلام المدعي عليه بهذه الخصومة وتمكينه من الرد والدفاع، تحقيقاً لمبدأ المواجهة<sup>(1)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم نعرض للأمانة الاجرائية في مرحلة انعقاد الخصومة وسيرها

من خلال الوقوف علي هذه النقاط<sup>(2)</sup>

أولاً: الأمانة في الاعلان واهميته.

ثانياً: الأمانة في الحضور.

ثالثاً : الأمانة في ضرورة تمكين الخصم من الاطلاع علي المستندات

والمذاكرات.

رابعاً: الأمانة في المرافعة الشفوية.

خامساً: الأمانة في الحق في الدفاع.

سادساً: الأمانة في الحق في التأجيل.

سابعاً: الأمانة في الحق في الاثبات.

وذلك علي النحو التالي:

أولاً: الأمانة في الإعلان وأهميته

إعلان ورقة معناة: تسليم صورة منها للمعلن اليه بالطريق الذي رسمه القانون

وهو الوسيلة الرسمية التي يبلغ بها الخصم واقعة معينة الي علم خصمه وذلك بتسليمه صورة من الورقة المعلنة.

(1) أحمد أبو الوفا: المرافعات ، مرجع سابق ص607 وما بعدها.

(2) رمزي سيف: المرافعات، مرجع سابق ص444، أحمد هندي: ص323.

وأساس فكرة الإعلان القضائي هو مبدأ المواجهة ، إذ لا يجوز اتخاذ إجراء ضد شخص دون تمكينه من العلم بالإجراء ودون اعطائه فرصة للدفاع عن نفسه<sup>(1)</sup> ، والإعلان لا يكون إلا بواسطة المحضر م(6) مرافعات<sup>(2)</sup> ، ولكن المحضر لا يقوم بالإعلان من تلقاء نفسه وإنما بناءً علي طلب الخصوم أو قلم الكتاب أو بناء علي أمر المحكمة م(6) مرافعات.

معني ذلك: أنه طبقاً لنص المادة (6) سالفه الذكر فإن واجب الاعلان بصحيفة الدعوي هو عامل مشترك بين قلم الكتاب والمحضرين وبين رافع الدعوي، وبالتالي يوجد هنا مبدأ الالتزام بالأمانة الاجرائية علي عاتق كل من الخصوم وقلم الكتاب وقلم المحضرين<sup>(3)</sup>.

وقد أوضحت المادة (7) مرافعات الواجب الاجرائي الذي يقوم به المحضر بقولها : لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الخامسة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية وبينت المادة (8) مرافعات الحالات التي يمتنع فيها المحضرين عن الإعلان، فذكرت: إذا تراءي للمحضر وجه في الامتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فوراً علي قاضي الأمور الوقتية ليأمر بعد سماع طالب الإعلان بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يري إدخاله عليها من تغيير وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلي المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة لتفصل نهائياً في التظلم بعد سماع المحضر والطالب<sup>(4)</sup>.

معني ذلك: أنه يعتبر من قبيل الأمانة الاجرائية من المحضر في إجراءات الإعلان اجازة المشرع له أن يمتنع عن الاعلان إذا رأي وجهاً لذلك، كما اذا تضمنت

---

(1) أحمد هندي: الاشارة السابقة ، أحمد السيد صاوي ، ص338: أحمد أبو الوفا المرافعات: ص448، عاشور مبروك: نظرات في طرق تسليم الاعلان ط1987م ص9.

(2) نقض ضرائب /6/25/1990م في الطعن رقم 1061 لسنة 55ق ، مشار إليه لدي فتحي والي: ص368 ، وأحمد هندي : المرافعات ص323.

(3) محمود الهجرسي: المرجع السابق ، ص182 ، أحمد هندي: المرافعات، ص323.

(4) لمزيد من التفصيل : انظر إبراهيم الرويني: إعلان الاوراق القضائية 2013م ، رسالة دكتوراه حقوق طنطا خالد أبو الوفا : بطل التناضي ، رسالة دكتوراه حقوق اسكندرية 2016م.

الورقة ما يخالف الآداب أو النظام العام؛ لأن قيام المحضر بالإعلان في مثل هذه الحالة يعتبر مشاركة للمخالفة<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: الأمانة في الحضور:**

**أهمية الحضور:**

بحضور الخصم مطمئن المحكمة إلي اكتمال مبدأ المواجهة، وجدير بالذكر هنا أنه يعد حق الدفاع من أهم سمات القانون الإجرائي، مثلما تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أهم سمات القانون المدني ، وقاعدة المشروعية أي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أهم مميزات القانون الجنائي<sup>(2)</sup>.

فحق الدفاع حق مقدس، لأن غايته هي تحقيق المساواة في المراكز الاجرائية أمام القاضي وحيث تتخلف هذه المساواة تختل فكرة العدالة ومن أهم تطبيقات حق الدفاع مبدأ المواجهة<sup>(3)</sup>.

هذا المبدأ يتطلب أن تتخذ الإجراءات في مواجهة الخصوم بحيث يعلمون بها، سواء عن طريق إجرائها في حضورهم كإبداء الطلبات وإجراء التحقيقات، أو عن طريق اعلانهم بها أو تمكينهم من الاطلاع عليها ومناقشتها<sup>(4)</sup>.

معني ذلك أن مبدأ المواجهة هو حجر الزاوية في الإجراءات وهو الخانة الأساسية لكل عنصر يمكن أن يوصف بالعدل، فإذا غابت المواجهة غابت الأمانة، وإذا غابت الأمانة غابت العدالة<sup>(5)</sup>. حيث إن مبدأ المواجهة يقوم علي ثلاثة أركان العلم من خلال الإعلان ثم الحضور ثم الدفاع<sup>(6)</sup>.

---

(1) قرب رمزي سيف : الوسيط ، ص473 الدناصوري و عكاز: التعليق ص84 و85.

(2) أحمد هندي : المرافعات ، مرجع سابق ص407.

(3) لمزيد من التفصيل : انظر عزمي عبد الفتاح ، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع.

(4) أحمد هندي : ص407، عاشور مبروك : النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني (1988) ص7.

(5) قرب : عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص22/21.

(6) أحمد هندي: محاضرات ملقاة علي باحثي الدكتوراه الأكاديمية البحرية الإسكندرية 2018م ، غير منشورة.

وتطبيقاً لمبدأ الأمانة الإجرائية فقد أهتم القانون الإجرائي اهتماماً كبيراً بحضور الخصم أمام المحكمة لتحقيق الصلة المباشرة بين القاضي والخصوم، ولذا فإن حق الدفاع في الحضور يعد أحد الحقوق التي تشكل مضمون المركز القانوني للخصم، ويجب عدم حرمان الخصم من استعمال حقه في الحضور بتعطيله بسوء نية من الخصم الأخر، معني ذلك: أنه يجب إعلام الخصم بالإجراءات التي اتخذت ضده وبموعد ومكان الجلسة حتي يتسني له الحضور<sup>(1)</sup>.

ومن جهة أخرى يجب علي الخصم استعمال حقه في الحضور بحسن نية، تطبيقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية دون أن يحاول النيل من خصمه بأن يعتمد إلي التخلف عن الجلسات لكي يصدر حكماً غيابياً في حقه قاصداً من وراء ذلك إطالة أمد الخصومة والاضرار بخصمه الأخر<sup>(2)</sup>.

ومما هو جديد بالذكر هنا أن الخصومة دائماً حضورية في حق المدعي، فهو الذي رفعها وأمامه تحددت الجلسة لنظرها، وبالتالي قام في جانبه العلم اليقيني بالنزاع وميعاده وقاضيه فعدم حضوره لا يؤثر في كون الخصومة حضورية بالنسبة له<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: الأمانة في تمكين الخصم من الاطلاع علي المستندات والمذكرات:

يفرض مبدأ الأمانة الاجرائية في إجراءات الخصومة أن يتم تبصرة الخصوم بكل المعلومات التي يتطلبها حسن سير الدعوي، ومبدأ المواجهة<sup>(4)</sup>.

وفي هذا المقام يجب عدم الإساءة بالقول للآخرين، وعدم الاسترسال في أقوال بلا مقتضي وعدم التكرار أو الإهانة للخصم أو الغير، ولو لم يكن خصماً في المذكرات، إذ الأمانة توجب التعفف، ومراعاة الأصول والآداب العامة، إذ الهدف من تقديم المستندات والمذكرات تنوير المحكمة وإظهار الحقيقة جلية بلا تزيد أو إطالة غير مرجوة، لذا قيل: يتيح القانون للمدعي حق الدفاع عن دعواه كي يتيح للمدعي عليه حق الدفاع للرد علي الدعوي. ويقتضي هذا تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأسانيد المثبتة والمرافعة أمام المحكمة لشرح دعواهم ودفوعهم<sup>(5)</sup>.

(1) إبراهيم النفيراوي: التعسف في التقاضي، مرجع سابق ص107، 109. محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية مرجع سابق ص191/188

(2) محمود الهجرسي: المرجع السابق، ص191.

(3) نبيل عمر: المرافعات، مرجع سابق، 406، محمود هاشم: الحضور أمام القضاء، مرجع سابق، ص8، أحمد هندي: المرافعات، مرجع سابق، 408.

(4) محمود مصطفى يونس: تيسير اجراءات التقاضي ط دار النهضة العربية 2003 ص146.

(5) حسام العطار: الأمانة الاجرائية مرجع سابق ص209 وما بعدها

معني ذلك أن مبدأ الأمانة الاجرائية يفرض علي الخصوم السير في القضية المطروحة علي القضاء المدني بحسن نية ونزاهة واحترام حقوق الخصم الاخر في الدفاع بإعلانه بكل ما يقدم في القضية من مستندات ومذكرات حتي يتمكن الخصم من الاطلاع عليها ومناقشتها والرد عليها<sup>(1)</sup>.

وفي ضوء ذلك جاء نص المادة (168) مرافعات كالتالي: لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً. وقد استقر الفقه علي أنه لا يجوز للمحكمة بدون جلسة قبول أي أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع خصمه عليها أو إعلانه بها.

وإذا قبلت المحكمة هذه الاوراق أو المستندات فإنه يجب عليها ألا تعول عليها أو تتأثر بها في الحكم وإلا كان الحكم باطلاً<sup>(2)</sup>.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فلقد استقرت محكمة النقض المصرية علي هذه الفكرة فقضت بأنه: لا يجوز لخصم أن يودع مستندات أو مذكرات في غير جلسة دون أن يعلم بذلك الخصم الآخر، إذ أن هذا أصل من أصول المرافعات تؤيده م (2/34) من قانون المرافعات السابق بوضع كفالة لعدالة التقاضي وعدم تجهيل الخصومة علي من كان طرفاً فيها<sup>(3)</sup>.

---

= وجدي راغب : المبادئ ص379 احمد مسلم : المرافعات ص368  
- وانظر:

Del Cecchi, la justice, la vérité 1955p 129.

Jean larguer; procédure civile, joint judiciaire prive. Op Cit p66.

(1) إبراهيم النفيأوي: الإخلال بالواجب الاجرائي ، مرجع سابق ص115 ، محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ، ص191.

(2) محمود الهجرسي : المرجع السابق، ص191 وما بعدها - أمين النفيأوي :الإخلال بالواجب الاجرائي ، الإشارة السابقة - سيد أحمد محمود :الغش الاجرائي ، مرجع سابق ص179 ط2017م

(3) حكم نقض :2014/9/9م في الطعن 573 لسنة 75 ق ، الموقع الرسمي للمحكمة آخر زيارة 2022/6/5م

## رابعاً: الأمانة في المرافعة الشفوية:

المرافعة يقصد بها : الشرح الشفوي من الخصم أو محاميه للدعوات أو أوجه الدفاع وأسانيدها أمام المحكمة (1).

وللمرافعة أهميتها الشديدة ، ذلك أن القضاء في خصومات الناس من أدق الأمور وأشقها، فالقاضي إنسان لا عصمة له من الخطأ ، والحقيقة لا تخرج من بئرها عارية لكل من طلبها بل هي في حاجة لجهود مستمرة وتوسلات والتماسات، فالبريء يخشى ألا تظهر براءته من تلقاء نفسها أمام القاضي. فالمرافعة ضرورية لإظهار الحقيقة والدفاع عنها ضد الكذب والافتراء، والانتصار للفضيلة علي الرذيلة، ورب قول كان بالخطاب أقرب للفهم من الكتاب، ولا مرافعة بغير بلاغة، وإن كان الأصل في المرافعة أمام القضاء المدني هو المرافعة المكتوبة (المذكرات) طبقاً لمبدأ الإثبات المقيد، بخلاف القضاء الجنائي فالأصل فيه المرافعة الشفوية حيث يسود مبدأ الإثبات الحر (2).

وهنا يقتضي مبدأ الأمانة الإجرائية احترام حق الخصم في المرافعة وتمكينه من تقديم ما لديه من أقوال حال المرافعة ، وأن تأذن له المحكمة من تقديم مذكراته المكتوبة طالما أن باب المرافعة مازال مفتوحاً ، وألا تبني حكمها إلا علي العناصر المستمدة من أوراق الدعوي والتي تمكن الخصم من مناقشتها. (3)

ومن مقتضيات مبدأ الأمانة الإجرائية هنا أن تتم المرافعة الشفوية بكل أمانة وصدق واستقامة ، حيث قد ينصب الغش علي المرافعة الشفوية بأن يبدي الخصم وقائع كاذبة أو يكتم أو يخفي سرد واقعة ذات أهمية في الدعوي ، أو قد يلجأ المدعي عليه إلي إثارة الكثير من الحجج والأسانيد سواء كانت لها صلة بالدعوي أم لا ، بغرض تعقيد القضية بحيث لا يتيسر الفصل الا بعد وقت وجهد كبيرين(4).

(1) أحمد هندي: المرافعات ط2020 ، مرجع سابق ص525

(2) أحمد هندي : المرجع السابق ص226/227

(3) إبراهيم النفيوى : التعسف في التقاضي ، ص110/109ولسيادته الاخلال بالواجب الاجرائي: ص60 - محمود الهجرسي:المرجع السابق ص193

(4) محمود الهجرسي : الأمانة الاجرائية: ص193/194/195 - سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ص180

- إبراهيم النفيوى : مسئولية الخصم عن الاجراءات ، مرجع سابق ص239/255

### خامساً : الأمانة في حق الدفاع:

لقد استقر الضمير القانوني العالمي، أنه لا عدالة بلا دفاع لذا فإن حق الدفاع يعد من المسلمات به ولا يحتاج نصوصاً تقرره وإن اقتضي نصوصاً تنظمه<sup>(1)</sup>.

ويقصد بحق الدفاع: ضرورة تمكين الخصم من العلم بما لدي خصمه من إدعاءات وحجج ومستندات وتمكينه من مناقشة دفاعه توصلاً لرفضه ولإقناع القاضي بإصدار حكم لصالحه<sup>(2)</sup>.

ويشترط في تقديمه ما يشترط في الدعوي عموماً من الصفة والمصلحة ، وعلي هذا يقتضي مبدأ الأمانة الاجرائية استخدام الدفع بكل أمانة وصدق وحسن نية ، وعدم اللجوء إلي الكيد والغش وسوء النية حيث قد يستخدم هذا الحق بهدف التسويق والمماطلة إضراراً بالخصم الآخر كأن يعمد الخصم الي عدم تقديم دفوعه الا في نهاية الخصومة علي نحو يؤدي الي ضياع كل ما يبذل من وقت وجهد ومال<sup>(3)</sup>.

### سادساً: الأمانة في الحق في تأجيل الدعوي:

حرصاً من المشرع علي تحقيق الأمانة الاجرائية في تقديم طلب التأجيل حيث أنه قد يستخدم هذا الطلب من الأجل بسوء نية من جانب الخصوم ، لذا فقد وضعت المادة (98)مرافعات قيداً علي استعمال هذا الحق بقولها: لا يجوز تأجيل الدعوي أكثر من مرة لسبب واحد يرجع الي أحد الخصوم علي الا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع.

معني ذلك: أن حق الخصوم في تقديم طلب بتأجيل الدعوي مقيد بضرورة السير بأمانة وصدق وحسن نية منعاً للاستخدام الكيدي لطلبات التأجيل ولا يقع تحت طائلة المادة (188) الخاصة بالطلبات الكيدية<sup>(4)</sup>.

(1) مصطفى سلامة: النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية ، مرجع سابق ص42

(2) قرب الانصاري النيداني: المرافعات مرجع سابق ص49 - أحمد هندي : التحكيم ، دراسة إجرائية ص245 ، وانظر: حسام العطار : الأمانة الاجرائية ، مرجع سابق ص135

(3) محمود الهجرسي: المرجع السابق، ص196- إبراهيم النفاوي: التعسف في التقاضي، مرجع سابق ص187/188

(4) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ، ص182و183- إبراهيم النفاوي: مسئولية الخصم عن الاجراءات، مرجع سابق ص603

## سابعاً: الأمانة في الإثبات:

الإثبات هو المحور الذي تدور حوله الخصومة ويشغل الجانب الأكبر من نشاط الخصوم والقاضي، وتحديد الخصم الملزم بواجب الإثبات في الخصومة المدنية يرتبط بالقاعدة التي وردت في المادة الأولى من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968م والتي جاء فيها: علي الدائن اثبات الالتزام وعلي المدين اثبات التخلص منه<sup>(1)</sup>.

هذا ولقد حرص المشرع علي اعتبار الأمانة الاجرائية مناطاً لضبط قواعد الإثبات، ومن ذلك مثلاً المادة (65) من قانون الإثبات سالف الذكر، والتي تقضي بمراعاة الموظفين والمكلفين بخدمة عامة للأمانة وذلك بعدم شهادتهم ، ولو بعد تركهم العمل عما قد يكون قد وصل الي عملهم أثناء قيامهم بعملهم من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني، كذلك ما تنص عليه المادة (66) بأنه: لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته<sup>(2)</sup>.

كذلك ما تنص عليه المادة (67) من واجب الأمانة بعدم إفشاء أسرار الزوجين بعضهم لبعض وكذلك ما تنص عليه المادة (86) من أنه: يجب علي الشاهد حلف اليمين بقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة ، وكذلك المادة (114) والمادة 117 والمادة (119)<sup>(3)</sup>.

نخلص من ذلك أن مبدأ الأمانة في الإثبات يتطلب استخدام الحق في الإثبات بالأمانة والصدق وعدم العش والتعسف وسوء النية.

## الفصل الثالث

### الأمانة الإجرائية عند نهاية الخصومة

تنتهي الخصومة عادة بصور حكم في موضوع النزاع، إذ أن الحكم هو الغاية النهائية والثمرة الحقيقية والنتيجة الطبيعية لسير اجراءات الخصومة ، ولكن قد لا تبلغ

---

(1) محمود الهجرسي: المرجع السابق ص198 ومابعدها حسام العطار :مرجع سابق ص17، وانظر فتحي والي: الوسيط ، مرجع سابق ص571.

(2) حسام العطار : الأمانة الاجرائية ، المرجع السابق ص19/18/17

(3) قرب: حسام العطار :الاشارة السابقة ، والهجرسي : ص199، وعيد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، ط. دار النهضة ، 2010 ص132.

الخصومة غايتها بصدور حكم في النزاع وإنما تنتهي لأسباب مختلفة قبل الفصل في الموضوع وهو ما يعبر عنه بالانقضاء المبتسر للخصومة (1).

ونظراً لأننا سوف يكون حديثنا في الفرع الآتي حول الأمانة الاجرائية في الحكم ، والطعن فيه فسوف يكون حديثنا هنا قاصراً علي الأمانة الاجرائية عند نهاية الخصومة ، وانقضائها انقضاء مبتسراً من خلال التعرض لأسباب الانقضاء المبتسر للخصومة ، وبيان الدور الذي تلعبه الأمانة الاجرائية في كل سبب من هذه الاسباب وهي:

### إجمالاً : السقوط والانقضاء والترك واليكم التفصيل:

#### أولاً: سقوط الخصومة

يقصد بسقوط الخصومة: زوالها واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعي بنشاطه اللازم لسيرها لمدة ستة أشهر عن عمد أو إهمال (2).

وحرصاً من المشرع علي تطبيق مبدأ الأمانة الاجرائية فقد نص علي سقوط الخصومة في حالة اهمال المدعي في سيره في اجراءات الخصومة ، حتي لا تبقى الخصومة مجرد وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه (3).

كما أن نظام الأخذ بسقوط الخصومة يعود إلي أن المدعي الذي لا يقوم بنشاطه في الخصومة مدة طويلة يعتبر مهملأ ، وقد يكون ذلك رغبة منه في إطالة أمد النزاع نكاية بخصمه وهنا يكون سيئ النية وبالتالي مخالفاً للأمانة الاجرائية (4).

---

(1) وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، مرجع سابق ص663 ، أحمد هندي: المرافعات ، ط2020 ، مرجع سابق ص459 ، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص203.

(2) الانصاري النيداني : المرافعات ، ط2020م ، احمد هندي: المرافعات ، ص461 ، فتحي والي: الوسيط ص598 ، نبيل عمر: المرافعات ، ص504 ، أحمد صاوي: ص534 ، أبو الوفا: ص619 ، العشماوي: ص397، وانظر حكم نقض :1986/6/22م طعن رقم 1055 لسنة 49ق ، ونقض26/2/1984م ، طعن 324 لسنة 50ق ، لدي احمد هندي: ص461، وانظر دراسة تفصيلية لسقوط الخصومة: طلعت دويدار ، رسالة دكتوراه 1992م ، فتور همة الخصوم ، أحمد هندي: ط1991ص35 وما بعدها.

(3) محمود الهجرسي : الأمانة الاجرائية ، المرجع السابق ص204

(4) قرب :فتحي والي :الوسيط ، مرجع سابق ، ص527

## ثانياً: ترك الخصومة

ماهية ترك الخصومة: يقصد بترك الخصومة نزول المدعي عن الخصومة التي أنشأها و إعلان ارادته في انهاء إجراءاتها قبل صدور الحكم في الموضوع (1).

وترك الخصومة لا يتصور إلا من المدعي إذ هو صاحب المصلحة الاولي في بقائها والحكم في موضوعها ، ولكن قد يحدث أنه بعد رفع الدعوي يطرأ عليه النزول عنها ، كما إذا تبين له بعد رفعها أنه قد شرع في رفعها قبل أن يعدل أدلتها ووسائل إثباتها ، كما يتبين له أنه رفعها أمام محكمة غير مختصة أو إذا تبين له أن رفعها بإجراءات غير صحيحة محافظاً علي الوقت والجهد والمال فتكون له مصلحة في تركها (2).

وهنا وحرصاً من المشرع علي الأمانة الاجرائية في ترك الخصومة فقد نص المشرع في المادة (142) مرافعات علي أنه: لا يتم التترك بعد ابداء المدعي عليه طلباته إلا بقبوله معني ذلك أنه: وإن جاز التترك بإرادة المدعي وحده إلا أن ذلك مقيد بقبول المدعي عليه بعد ابدائه لطلباته حفاظاً علي عدم الاضرار والكيد بمصلحة المدعي عليه.

## ثالثاً: انقضاء الخصومة

تنقضي الخصومة في جميع الأحوال بمرور سنتين علي آخر إجراء صحيح فيها وفقاً للمادة (21/140) مرافعات (3).

وتطبيقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية كان النص سالف الذكر ، حيث إنه إذا حدث وركدت الخصومة مدة طويلة من الزمن تزيد عن 6 أشهر ، ولم يكن هذا الركود راجعاً إلي فعل المدعي فإن الخصومة لا تسقط ، ولكن هذا لا يعني أن الخصومة تظل قائمة منتجة لأثارها مهما طال ركودها وإنما تنقضي بمرور سنتين من آخر إجراء صحيح فيها وينشئ من ذلك الخصومة أمام محكمة النقض (4).

(1) فتحي والي : ص609 ، إبراهيم سعد: ص174 ، احمد هندي: ص477

(2) محمود الهجرسي: المرجع السابق ص206 ، أبو الوفا: المرافعات ص728

(3) معدلة القانون رقم 18 لسنة 1999م ، حيث كانت مدة التقاضي 3 سنوات.

(4) أحمد الصاوي: الوسيط ص821 محمود الهجرسي : المرجع السابق ص205.

## الفرع الثالث

### الأمانة الاجرائية في نظرية الحكم القضائي والطعن فيه

أولاً: الأمانة الاجرائية في نظرية الحكم القضائي:

الحكم القضائي: هو قرار من قاضٍ في نزاع يصدر وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون<sup>(1)</sup>. وهو النهاية الطبيعية لإجراءات الخصومة. وتتمثل مظاهر الأمانة الاجرائية في الحكم في التالي:

( أ ) الأمانة الاجرائية أثناء المداولة:

إذا تعدد القضاة في هيئة المحكمة فإنه يجب أن تسبق المداولة إصدار الحكم، ويقصد بالمداولة مناقشة الرأي وتبادلها فيما بين القضاة للوصول الي حكم<sup>(2)</sup>.  
وحرصاً من المشرع علي مبدأ الأمانة الإجرائية فقد اشترط أن تكون المداولة سرّاً بين القضاة مجتمعين م (166) مرافعات وألا يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً م (168) وأخيراً تصدر الأحكام بأغلبية الآراء م (169) مرافعات.  
وقد يقع من القضاة أثناء المداولة غش ، وذلك في حالة زوال صفة القاضي مع علمه بذلك كحالة إذا تم عزله تأديبياً<sup>(3)</sup>.

(ب) الأمانة عند اصدار الحكم:

يفرض واجب الأمانة أن يتم النطق بالحكم في جلسة علنية حتى ولو كانت المرافعة سرية من خلال المذكرات المكتوبة، والنطق بالحكم هو تلاوته شفاهه بصوت مرتفع وتنصب التلاوة على المنطوق والأسباب معاً<sup>(4)</sup>.

(ج) الأمانة عند تسبب الحكم.

كذلك يفرض مبدأ الأمانة الاجرائية تسبب الحكم وفقاً للمادة (176) مرافعات.

---

(1) أحمد هندي: المرافعات، مرجع سابق ص525 ولمزيد من التفصيل حول الحكم القضائي، انظر نبيل عمر: الحكم القضائي ط 2005م.

(2) أحمد هندي : المرافعات ، ط2020مرجع سابق ص525

(3) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي، مرجع سابق ص184 – الهجرسي: المرجع السابق ص208.

(4) الأنصاري النيداني: مبادئ قانون المرافعات ، ط2020 ص69.

- أحمد هندي: المرافعات، مرجع سابق ص545 رقم 275  
- سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي، مرجع سابق ص243 رقم 262.

والمعني يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة<sup>(1)</sup>.

#### ( د ) الأمانة عند إعلان الحكم

أوجب القانون في بعض الحالات بالنسبة للمحكوم له أن يعلن المحكوم عليه بالحكم عليه، ولكن قيام الخصم سيء النية بمحاولة إخفاء الحكم الصادر عن خصمه لتفويت فرصة الطعن وهو ما يعرضه للمساءلة لحماية خصمه حسن النية، وهو ما يتنافى مع الأمانة والنزاهة<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: الأمانة الاجرائية عند الطعن في الحكم

الطعن في الحكم هو تظلم منه يرفع ممن صدر عليه، وهو رخصة أو حق يتولد للمحكوم عليه من حكم صادر في الدعوي، يرمي من وراءه إلي تصحيح الحكم، إذ أن تصيب الأحكام وبالتالي تصحيحها لا يكون الا عن طريق الطعن فيها بالطريق الجائز قانوناً<sup>(3)</sup>.

وهنا تقتضي حاجة الاستقرار القانوني عدم المساس بالأحكام بعد إصدارها، ولا يكفي أن ترتب الأحكام الموضوعية حجية الأمر المقضي، لتحقيق غايتها في توفير اليقين القانوني إذا ظل الحكم معرضاً للإلغاء أو التعديل هذا من جهة، ومن جهة أخرى القضاة بشر غير معصومين من الخطأ، وقد تشوب أحكامهم أخطاء في القانون أو في تقدير الواقع، وتوفيقاً بين هاتين المصلحتين كان الطعن في الأحكام لمراجعة وتصحيح الباطل وغير الصحيح فيها<sup>(4)</sup>.

---

(1) محمود الهجرسي: المرجع السابق ص209 – وجدي راغب: المبادئ ص700

- أحمد هندي: المرافعات ص552 وما بينها – وانظر حكم نقض: 2016/6/13 في الطعن رقم 6518 لسنة 85 ق. غير منشور.

(2) الهجرسي: ص210، 211.

(3) أحمد مسلم: أصول المرافعات ط 1979 ص679 - محمد أحمد عابدين: خصومة الاستئناف ص9

(4) وجدي راغب: المبادئ ص721 – محمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ص211 وما بعدها.

هذا ولقد اشترط المشرع مراعاة الأمانة والنزاهة وحسن النية في مرحلة الطعن علي الأحكام، ومنع إساءة استخدام هذا الحق بغرض الكيد أو تكبيد الخصم النفقات واهدار الوقت، أو لمحاولة منع الخصم من حقه في الطعن<sup>(1)</sup>.

ويقتضي مبدأ الأمانة في الطعن أن يكون للطاعن مصلحة وهدف نافع من طعنه في الحكم، وهذا الهدف يتحقق بإزالة الضرر الذي أصاب المحكوم عليه من الحكم المطعون فيه.

وتزول هذه المصلحة بقبول المحكوم عليه بالحكم<sup>(2)</sup>. كذلك يجب أن يستند الطعن إلي أسباب جدية وهو ما يمنع الطعن الكيدي.

## المطلب الثاني

### نطاق الأمانة الإجرائية في مرحلة التنفيذ

بعد صدور الحكم القضائي في الخصومة تأتي مرحلة جديدة تسمى بمرحلة التنفيذ، والأصل أن يقوم من صدر ضده الحكم بتنفيذه طواعية واختياراً، إلا أنه في الغالب يمتنع عن التنفيذ، وهنا فإن المحكوم له بحاجة إلي استصدار أمر بتنفيذه جبراً<sup>(3)</sup>.

إذ أن الإنسان لا يجوز له أن يقتض حقه بنفسه جبراً من مدينه المماطل. ويقصد بالتنفيذ الجبري: تحقيق ما ينص عليه سند الدائن<sup>(4)</sup>.

وهنا فقد كفل القانون للدائن بسند تنفيذي الحق في التنفيذ الجبري بعد اتخاذ مقدماته علي أي مال من أموال المدين، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات في حيازة المدين أو في حيازة الغير، طالما أنها مملوكة وقت التنفيذ للمدين، وذلك حتي يتسنى للدائن الحصول علي ثمار الحق الوارد في السند التنفيذي<sup>(5)</sup>.

(1) قرب: أحمد صاوي: الوسيط، ص 122 - الهجرسي: المرجع السابق ، ص 213.

(2) الهجرسي: المرجع السابق، ص 215 وما بعدها - العشماوي: ج 2 ص 773.

(3) لمزيد من التفصيل انظر: أحمد هندي: التنفيذ الجبري، ط 2018 م ، دار الجامعة الجديدة. سيد أحمد محمود وأحمد سيد محمود: أصول التنفيذ الجبري ، ط 2:15 بدون ناشر - حامد أبو طالب ، وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري ط 2012 م كلية الشريعة والقانون.

(4) حامد أبو طالب وحسام مهني: التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص 3.

(5) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ص 193 - محمود الهجرسي: ص 220.

وتطبيقاً لمبدأ الأمانة الاجرائية فقد حدد القانون إطاراً معيناً لممارسة هذا الحق الاجرائي بما يحقق المساواة بين أطرافه، ويمنع التعسف أو الإساءة في استعماله، فقيده المشرع هذا الحق بعدة قيود كمباشرة بواسطة سلطة التنفيذ المختصة، وأن يكون بين الدائن طالب التنفيذ سند تنفيذي مستوف لشروطه القانونية، وأن يرد التنفيذ علي مال من الأموال التي يجوز التنفيذ عليها وأن يتم إعلان المدين بالسند التنفيذي قبل التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ومتي تم التنفيذ وفقاً لهذه الضوابط مجتمعة، بأن كان بموجب سند تنفيذي وبين أطراف هذا السند عن الدين محل الالتزام مع استيفاء مقدمات التنفيذ، ومراعاة شروط الوسيلة التي تم التنفيذ وفقاً لها، كان التنفيذ صحيحاً لا تنال منه منازعات المنفذ ضده<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم نعرض للأمانة الاجرائية في كافة اجراءات التنفيذ وعليه، يتم تقسيم هذا المطلب إلي ثلاثة فروع وهي:-

الفرع الأول: الأمانة الاجرائية في مقدمات التنفيذ.

الفرع الثاني: الأمانة الاجرائية عند السير في اجراءات التنفيذ.

الفرع الثالث: الأمانة الاجرائية في منازعات التنفيذ.

وذلك علي النحو التالي:-

## الفرع الأول

### الأمانة الاجرائية في مقدمات التنفيذ

يقصد بمقدمات التنفيذ: الإجراءات التي يوجب القانون اتخاذها قبل الشروع في التنفيذ الجبري<sup>(3)</sup>. وهي لا تختلف أياً كان نوع التنفيذ المراد الشروع فيه، وسواء ورد

---

(1) محمود الهجرسي: الاشارة السابقة - عبد الباسط جميعي: التنفيذ منشأة المعارف 1991 م

(2) عبد الباسط جميعي وأمال الفزايري: التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص19 ، ومحمود الهجرسي: الأمانة الاجرائية ص221.

(3) أحمد هندي: التنفيذ الجبري ص225

علي منقول أو عقار ، وأما إذا كانت الاجراءات التي يراد اتخاذها اجراءات تحفظية فلا يلزم اتخاذ هذه المقدمات(1).

وحرصاً من المشرع علي الأمانة الاجرائية في مقدمات التنفيذ، فقد اشترط ضرورة إعلان السند التنفيذي والتكليف بالوفاء ، كذلك لا بد من طلب التنفيذ ، إذ لا يمكن أن يتم التنفيذ بغير طلب من الدائن صاحب ايقاف التنفيذ(2). وفي ضوء ما تقدم نعرض للأمانة الاجرائية في مقدمات التنفيذ من خلال العناصر الآتية:-

( أ ) الأمانة الاجرائية عند إعلان السند التنفيذي وتكليف لشخص المدين بالوفاء. استلزم المشرع اعلان السند التنفيذي أو في موطنه الأصلي قبل البدء في التنفيذ، وإلا كان باطلاً م(1/281) مرافعات ، لكنه بطلان نسبي لمصلحة المدين(3).

ويجب أن يشتمل السند التنفيذي علي البيانات التي تشتمل عليها أوراق المحضرين وهي تاريخ الاعلان، وبيانات طالب التنفيذ، وبيانات المحضر الشخصية والبيانات الشخصية للمعلن إليه ، كما وردت في المادة (9) مرافعات ، وحرصاً من المشرع علي الأمانة الاجرائية، فقد اشترط المشرع في المادة (281) مرافعات عدة بيانات أخرى غير الواردة في المادة السابقة، وأكد علي ضرورة وجودها عند اعلان السند التنفيذي للمحكوم عليه وقتها:

1- صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية.

2- التكليف بالوفاء وبيان المطلوب.

3- تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ(4).

(ب) الأمانة الاجرائية في ضرورة انقضاء ميعاد معين قبل البدء في التنفيذ.

وتطبيقاً لمبدأ الأمانة في التنفيذ فقد تطلب المشرع عدم البدء في التنفيذ إلا بعد انقضاء زمن محدد سواء كان التنفيذ علي المدين أو الورثة أو الغير كما يلي:-

---

(1) عزمي عبد الفتاح: التنفيذ الجبري ط1984 م ص374.

(2) أحمد هندي: التنفيذ الجبري ص265.

(3) عزمي عبد الفتاح: قواعد التنفيذ الجبري دار الفكر ط 1990 م ص 297- الهجرسي: ص224.

(4) محمود الهجرسي: المرجع السابق، ص 224،225،226.

أولاً: بصفة عامة - وفقاً للمادة (3/181) مرافعات ، لا يجوز إجراء التنفيذ إلا بعد مضي يوم علي الأقل من إعلان السند التنفيذي.

ثانياً: حالة التنفيذ علي الورثة: م (284) مرافعات لا يجوز التنفيذ في هذه الحالة إلا بعد مضي 8 أيام من تاريخ إعلان الورثة بالسند التنفيذي.

ثالثاً: في حالة التنفيذ علي الغير، يجب أن يمضي 8 أيام علي إعلان المدين بالعزم علي التنفيذ في مواجهة الغير، ولا شك أن هذا الإعلان يجب أن يكون مسبقاً بإعلان السند التنفيذي<sup>(1)</sup>.

(ج) الأمانة الاجرائية في ضرورة التقدم بطلب التنفيذ لإدارة التنفيذ.

بالإضافة إلي ما سبق من ضرورة إعلان السند التنفيذي والتكليف بالوفاء وانقضاء ميعاد فلا بد من طلب التنفيذ، إذ تقتضي قواعد الأمانة الاجرائية ألا يقوم معاون التنفيذ بإجراءات التنفيذ من تلقاء نفسه بغير طلب مكتوب<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن إدارة التنفيذ تم استحداثها بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م بهدف تيسير اجراءات التنفيذ الجبري للأحكام القضائية والسندات التنفيذية<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأمانة الإجرائية عند السير في اجراءات التنفيذ

وضع قانون المرافعات الحالي مجموعة اجراءات يجب مراعاتها والقيام بها بأمانة ونزاهة واستقامة في التنفيذ والا كان باطلاً، وفي ضوء ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن<sup>(4)</sup>: لئن كان اتخاذ اجراءات التنفيذ القهري علي أموال مدينة هو حق مقرر لا يستوجب مسؤوليته إلا أن عليه أن يراعي الاجراءات التي فرضها القانون في التنفيذ علي أموال المدين ذاتها، بحيث لا يسند إليه الا الخطأ العمد أو الجسيم، فإن خالف ذلك

(1) عزمي عبد الفتاح: قواعد التنفيذ، مرجع سابق ص305.

(2) محمود مختار عبد المغيث : التنفيذ الجبري بين القواعد العامة والقواعد الخاصة، دار النهضة العربية ط 2018 م ص14 – محمود الهجرس: الأمانة الإجرائية، مرجع سابق ص230.

(3) أنور طلبية: المطول في شرح قانون المرافعات، ص365.

(4) نقض مدني: في 1998/7/18م في الطعن رقم 861، مجموعة أحكام النقض 49ط ص909 .

يثبت في حقه ركن الخطأ الموجب للمسئولية عن هذه الاجراءات فيما لو ترتب عليها الحاق ضرر بالغير.

ويجب ملاحظة أن التنفيذ الجبري يقوم علي نظام اجرائي خاص وهو نظام الحجز<sup>(1)</sup>.

والذي بمقتضاه يتم وضع مال معين من أموال المدين تحت يد القضاء بحيث تنقيد سلطات صاحبه عليه، تمهيداً لاقتضاء حقه منه عن طريق اجراءات التنفيذ.

ويفرض مبدأ الأمانة الاجرائية عند السير في اجراءات التنفيذ القيام بها بأمانة وصدق سواء كنا أمام حجز تنفيذي أم حجز تحفظي، وذلك علي النحو التالي:-

#### ( أ ) الأمانة في الحجز التنفيذي.

يقصد به: وضع المنقولات المادية المملوكة للمدين والموجودة في حيازته تحت يد القضاء ثم بيعها لاستيفاء حق الحاجز منها أو من ثمنها<sup>(2)</sup>.

وتتحقق مظاهر الالتزام بالأمانة الإجرائية أثناء مباشرة إجراءات الحجز التنفيذي في الالتزام بالواجبات الآتية:-

أولاً: عدم الإفراط في الحجز علي الأموال.

ثانياً: الاستناد إلي أسباب جدية في الحجز.

ثالثاً: عدم التنفيذ علي أموال لا يجوز الحجز عليها وعدم الافراط في الاجراءات.

رابعاً: عدم استخدام الحق في التنفيذ كأداة للضغط والابتزاز.

خامساً: عدم المبادرة إلي تنفيذ الأحكام القابلة للطعن<sup>(3)</sup>.

#### ( ب ) الأمانة في الحجز التحفظي:

يقصد به: ضبط منقولات المدين ووضعها تحت يد القضاء، ومنع المحجوز عليه

من التصرف فيها تصرفاً يضر بحق الحاجز<sup>(4)</sup>.

وتتحقق مظاهر الالتزام بالأمانة الاجرائية أثناء مباشرة اجراءات الحجز

التحفظي في الالتزام بالواجبات الآتية:-

---

(1) أحمد هندي وأحمد خليل: قواعد التنفيذ الجبري، ص415 .

(2) حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص165 .

(3) محمود الهجرسي: المرجع السابق ص233، 234، 235، 236، 237، 238 .

(4) حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: المرجع السابق، ص191، محمود محمد هاشم: قواعد التنفيذ الجبري واجراءاته في قانون المرافعات ص264.

( أ ) ضرورة الالتزام بحدود القانون في الحجز التحفظي علي المنقولات المادية لدي المدين<sup>(1)</sup>.

( ب ) ضرورة الالتزام بحدود القانون في حجز ما للمدين لدي الغير<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الأمانة الاجرائية في منازعات التنفيذ واشكالاته

يقصد بمنازعات التنفيذ: المنازعات التي تنشأ بسبب إجراءات التنفيذ الجبري<sup>(3)</sup>.

وتشترط محكمة النقض المصرية، أن تكون منازعة التنفيذ منصبة علي اجراء من اجراءات التنفيذ أو مؤثرة في سير التنفيذ واجراءاته<sup>(4)</sup>.

ومنازعات التنفيذ نوعان: موضوعية واجرائية، فيطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق إذا كانت منازعة موضوعية، بينما يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق فتكون منازعة وقتية أو أشكال<sup>(5)</sup>.

وتظهر الأمانة الاجرائية هنا في الحكمة التي تقررت من أجلها تلك المنازعات والاشكالات في التنفيذ، وهي اقامة الموازنة بين مصلحة المدين أو الغير وبين الدائن الذي يباشر التنفيذ طالما بيده سند تنفيذي، وأيضاً هدف المشرع من تنظيم هذه المنازعات تحقيق الرقابة القانونية علي التنفيذ<sup>(6)</sup>.

---

(1) حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص194. محمود الهجرسي: المرجع السابق ص239.

(2) الهجرسي: ص241،240

(3) أحمد هندي: التنفيذ الجبري ط 2018 م ص530 - وانظر لديه، التعريفات الأخرى

(4) انظر حكم محكمة النقض في جلسة 1996/5/7م السنة 47 ص736 رقم137 ونقض 1995/1/15م في الطعن 1368 لسنة 60 ق46 ص93 رقم21 .

وكذلك نقض 1983/11/20م في الطعن رقم1747 لسنة 51 ق لدي عبد المنعم حسني المدونة الذهبية - 1 - 1984م ص 878 وكذلك نقض 1979/4/10م مجموعة النقض السنة 30 ص91 - لدي أحمد هندي: ص 531،530 .

(5) نقض: 1996/1/30م في الطعن رقم 1120 لسنة 61 ق لدي أحمد هندي التنفيذ ص531.

(6) قرب: أحمد هندي: التنفيذ، ص529 - محمود الهجرسي: ص244.

وحيث إن منازعات التنفيذ تقدم من كل ذي شأن، سواء كان أحد أطراف الخصومة في التنفيذ، فتقع المنازعة من المدين، وهذه هي الصورة الغالبة، وقد تقع من جانب الدائن بطلب السير في اجراءات التنفيذ، وقد تقام المنازعة من الغير في مواجهة طرفي التنفيذ<sup>(1)</sup>.

وبالتالي تتحقق مظاهر الالتزام بمبدأ الأمانة الاجرائية في قيام كل شخص من هؤلاء المذكورين أثناء مباشرة منازعات التنفيذ، بالأمانة والصدق والاستقامة، والبعد عن ارتكاب الغش والتعسف في استعمال هذا الحق بقصد الإضرار بالطرف الآخر والكيد له أو عرقلة التنفيذ ووقفه أكبر فترة ممكنة أو تكرير الاعتراض علي التنفيذ أكثر من مرة لكي يوقف اجراءاته مما يرهق الخصم الآخر<sup>(2)</sup>.

وقد سارت محكمة النقض في أحكامها بالحكم بالتعويض عن التعسف في استعمال حق الاعتراض علي التنفيذ بسبب أن المدين كان يقوم بوضع العراقيل أمام الدائن<sup>(3)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم نعرض للأمانة الإجرائية في إشكالات التنفيذ في غصنين علي النحو التالي:

---

(1) الهجرسي: المرجع السابق ص245،244.

(2) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي، ص209 - عبد الباسط جميعي: الإساءة في التقاضي، ص27.

(3) حكم نقض: رقم 213 جلسة 1990/6/10م مجموعة المكتب الفني س41، ص342.

## الغصن الأول

### أنواع وصور منازعات التنفيذ<sup>(1)</sup>.

مفهومها: تعددت تعاريف الفقه لمنازعات التنفيذ ، فعرفها بعضهم بأنها: المنازعات التي تنشأ بمناسبة التنفيذ الجبري، بحيث يكون هو سببها وتكون هي عارضاً من عوارضه<sup>(2)</sup>.

وعرفها البعض الآخر بأنها: المنازعات التي تثور بصدد التنفيذ الجبري وتتعلق بتوافر الشروط اللازمة لإجرائه<sup>(3)</sup>.

وأخيراً عرفها بعضهم بأنها، المنازعات التي تنشأ بمناسبة التنفيذ الجبري وتتصب وتتعلق بأي إجراء من إجراءاته أو تتعلق بسير التنفيذ وتؤثر في جريانه<sup>(4)</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: لكي تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ في معني المادة (275) مرافعات يشترط أن تكون المنازعة منصبه علي إجراء من إجراءات التنفيذ، أو مؤثرة في سير التنفيذ وإجراءاته وإذا كانت الخصومة منعقدة بشأن بطلان إجراءات بيع حق الإيجار، وطلب المدين إعادة الحال إلي ما كانت عليه

---

(1) تجدر الإشارة إلي أن منازعات التنفيذ تنقسم وفقاً لطبيعة الحكم المطلوب صدوره فيها إلي منازعات موضوعية، ومنازعات وقتية، ويلاحظ أن السائد لدي الفقه التقليدي في هذا المضمار إطلاق تعبير إشكالات التنفيذ علي منازعات التنفيذ وتقسيمها إلي إشكالات موضوعية وإشكالات وقتية ، فإن بعض الفقه يقصر هذا التعبير علي المنازعات التي ترفع قبل أن يتم التنفيذ ، وعليه توجد إشكالات موضوعية وإشكالات وقتية قبل تمام التنفيذ.

انظر في هذا الاتجاه: راتب ونصر الدين: قضاء التنفيذ جـ2 رقم 415، ولكن الاتجاه الحديث في الفقه ونحن نؤيده يطلق منازعات التنفيذ بصدد المنازعات الموضوعية وإشكالات التنفيذ بصدد الإشكالات الوقتية ، راجع في ذلك كلاً من: فتحي والي، التنفيذ البحري ط1995 ص698 رقم 394.

أحمد هندي: التنفيذ الجبري ط2002 ص530 وما بعدها.

حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري ، مرجع سابق ص140 وما بعدها.  
وجدي شفيق : إشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والجنائية ط2012 ، دار الأهرام ، أحمد مليجي: التعليق ، جزء سادس طثالثة ص78 ، 79.

(2) أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ، مرجع سابق ص341، 342 رقم 25.

(3) وجدي راغب: أصول التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص342.

(4) يحيي إسماعيل: موسوعة الإرشادات القضائية، الكتاب الأول في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية ص51.

وتجدر الإشارة أن المشرع عرض لمنازعات واشكالات التنفيذ في المادة (312) وما بعدها.  
- ولمزيد من التفصيل انظر: محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، ط2022 ، دار مصر.

بإعادة تمكينه من العين المؤجرة له وبيعت جبراً ، وبالطبع سيؤثر الفصل في هذا الطلب علي مجموعات التنفيذ ، من حيث مضيها قدماً في إنتاج أثرها أو العدول عنها، ومن ثم يدخل النزاع بشأن حق الإيجار والمنفذ به وكل ما يتعلق به في خصومة التنفيذ<sup>(1)</sup>.

نخلص من ذلك إلي أن الفقه والقضاء يتفق علي أن منازعات التنفيذ هي التي تنشأ بسبب إجراءات التنفيذ الجبري<sup>(2)</sup>.

### أهم القواعد العامة لمنازعات التنفيذ وإشكالاته:

هناك خصائص مشتركة لمنازعات التنفيذ وإشكالاته تتلخص في الآتي:

أولاً: منازعات التنفيذ عبارة عن عقبات وعوارض قانونية

لأنك أن منازعات التنفيذ هي عوارض قانونية تعترض سير إجراءات التنفيذ وتتضمن إدعاءات أمام القضاء تتعلق به بحيث لو صحت لأثرت فيه سلباً أو إيجاباً، إذ يترتب عليها أن يكون التنفيذ جائزاً أو غير جائز صحيحاً أو باطلاً يجب وقفه أو الحد منه أو الاستمرار فيه<sup>(3)</sup>.

ويجب ملاحظة أن هذه المنازعات تختلف عن العقبات المادية التي تحدث من المنفذ ضده أثناء التنفيذ ، وبزيلها المحضر سواء بنفسه أو مستعيناً بالسلطة العامة إعمالاً للصيغة التنفيذية، ومن أمثلة هذه العقبات المادية ، وجود مكان التنفيذ مغلقاً، أو تعرض المنفذ ضده للمحضر عند التنفيذ ومنعه بالقوة من إتمامه<sup>(4)</sup>.

ثانياً: منازعات التنفيذ مرتبطة دائماً بإجراءات التنفيذ

---

(1) انظر حكم نقض في 1996/5/7 رقم 736 لسنة 47ق وحكمها في 1995/1/15 في الطعن رقم 368 لسنة 60ق لدي / أحمد هندي : التنفيذ الجبري ص531 وفي ذات المعني حكمها في الطعون أرقام 1747 ، 1748 لسنة 51ق في 1983/11/20 ع2 ص1637 لدي : يحيي إسماعيل منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية.

ويشير سيادته إلي أن هناك ثمة منازعات يتأثر بها التنفيذ ولكنها لا تعتبر من منازعات التنفيذ، حيث ينعقد الاختصاص بها لغير قاضي التنفيذ وهي ( أ ) المنازعات المتعلقة بالطعن في الحكم ، فينعقد الاختصاص بها لمحكمة الطعن.

(ب) المنازعة في تفسير الحكم أو تصحيحه ينعقد الاختصاص بها للمحكمة التي أصدرت الحكم.  
(ج) المنازعة حول الامتناع عن تسليم الصورة التنفيذية أو عند ضياعها ، فينعقد الاختصاص بها لقاضي الأمور الوقتية أو المحكمة التي أصدرت الحكم م (183/182)

(د) المنازعة بطلب وقف النفاذ المعجل ينعقد الاختصاص لمحكمة الطعن.

(2) قرب: أحمد مليجي: ص79، 80 ، عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص896.

(3) أحمد مليجي: المرجع السابق ص78 – وجدي راغب: المرجع السابق ص327.

(4) راجع في ذلك كلاً من:

نبيل عمر ، التنفيذ الجبري ط 2015 ص 446 – طلعت دويدار : النظرية العامة للتنفيذ القضائي ط 2011 ص200 وما بعدها – حامد أبو طالب وحسام مهني صادق ، المرجع السابق ص147 وما بعدها – أحمد مليجي: المرجع السابق ص78 و79 ، وانظر حكم نقض 1996/5/7 ، في الطعن رقم 1004 لسنة 65 ق لدي أحمد هندي ص532.

تتميز منازعات التنفيذ بأن الطلب فيها يتعلق دائماً بإجراءات التنفيذ أي بما أوجبه القانون من إجراءات وشروط يجب توافرها لإجراء التنفيذ. ومثال ذلك: الادعاء بصحة التنفيذ أو بطلانه أو إجراءاته أو الادعاء ببطلان إعلان السند التنفيذي أو الادعاء بأن المال المراد توقيع الحجز عليه مما لا يجوز حجزه أو أنه مملوك للغير أو أن الحكم المراد تنفيذه حكم ابتدائي أو غير مشمول بالنفاذ المعجل<sup>(1)</sup>.

معني ذلك: أن المنازعات التي لا تتعلق بالتنفيذ أو بأي إجراء من إجراءاته والتي لا تؤثر في سيره لا تخضع لنظام التنفيذ ، فلا يختص بها قاضي التنفيذ ، وإنما يرفع النزاع بشأنها إلي المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة.

### ثالثاً: منازعات وإشكالات التنفيذ لا تختلف بمن يقدمها:

من مميزات منازعات وإشكالات التنفيذ ، أنها لا تختلف بمن يقدمها ، فقد تقدم من المدين في مواجهة الدائن وهذا هو الغالب ، ومثال ذلك: الإشكال بإدعاء المدين بالوفاء بالدين بعد صدور الحكم ، أو ادعاؤه بأن الحكم غير نهائي.

وقد تقدم من جانب الدائن بقصد السير في إجراءات التنفيذ إذا امتنع معاونو التنفيذ عن التنفيذ بحجه قيام مانع قانوني يمنع من الموالاة ، وقد يقدم الإشكال من الغير (غير المدين والدائن) ومثال ذلك أن يقدم الغير إشكالاً في التنفيذ بإدعاء أنه مالك للعين المراد التنفيذ عليها ، أو أنه المستأجر الحقيقي للعين المقضي بطرده منها أو تسليمها ، ولكن هناك مثال مشهور جداً لإشكالات الغير ، وهو ما يعرف بدعوي استرداد المنقولات المحجوزة ، ودعوي الاستحقاق الفرعية<sup>(2)</sup>.

---

(1) تجدر الإشارة إلي أن الحكم لا يعتبر سناً تنفيذياً إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية: الأول/ أن يكون الحكم ملزماً ، والحكم الملزم هو الذي يتضمن إلزاماً لأحد الخصوم بأداء معين إلي الخصم الآخر مثل إلزام المدين بأداء الدين وإلزام البائع بتسليم المبيع. الثاني/ أن يكون الحكم باتاً أو حائزاً لقوة الشيء المقضي به أو مشمولاً بالنفاذ المعجل، فالحكم البات هو الذي لا يقبل الطعن فيه مطلقاً ، والحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به، هو الحكم النهائي الذي يقبل الطعن بالطرق غير عادية وأما الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فهو الحكم الصادر في مادة مستعجلة أو الصادر من محكمة الموضوع مشمولاً به. الثالث/ أن يكون الحكم مهموراً بالصيغة التنفيذية ، انظر: عبد الحميد الشواربي: إشكالات التنفيذ المدنية والجنائية ، مرجع سابق ص26.

(2) قرب: أحمد هندي: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص535 – أبو الوفا: المرجع السابق ص351. ويقصد بدعوي استرداد المنقولات المحجوزة، الدعوي التي يرفعها الغير المالك الحقيقي للأشياء المحجوزة ، طالباً أن تقرر له المحكمة هذه الملكية وأن تلغي الحجز الموقع علي منقولاته. وتهدف

## صور منازعات التنفيذ:

الصورة الأولى: منازعات التنفيذ الموضوعية

مفهومها: يقصد بمنازعات التنفيذ الموضوعية، المنازعات التي يطلب فيها حسم موضوع المنازعة كالحكم بصحة التنفيذ أو الحكم ببطلانه ومن أمثلتها: دعوي استرداد المنقولات المحجوزة ، ودعوي رفع الحجز ودعوي الاستحقاق الفرعية<sup>(1)</sup>.

### شروط قبول المنازعة الموضوعية:

طالما أن إشكالات التنفيذ الموضوعية هي دعاوي بالمعنى الإصطلاحي ، فإنه يشترط في قبولها ما يشترط في قبول الدعوي بصفة عامة.

والمعني : لا بد من توافر شرطي المصلحة ، والصفة ، وما ذاك إلا تطبيقاً لمبدأ الأمانة الإجرائية في إشكالات التنفيذ الموضوعية ، فحيث لا مصلحة ، والمعني فائدة عملية تعود علي رافع الإشكال كجلب نفع أو دفع ضرر من وراء تقديم الإشكال الموضوعي فلا يجوز رفعه ، ويكون مقدمه سيء النية وبالتالي مخالفاً للأمانة الإجرائية في منازعات التنفيذ<sup>(2)</sup>.

والصفة تثبت هنا لأطراف خصومة التنفيذ كما تثبت للغير وبجانب شرطي المصلحة والصفة، يجب ألا يكون قد سبق الفصل في المنازعة الموضوعية بين نفس الخصوم بحكم قضائي ، وهو ما يصطلح عليه بشرط احترام حجية الشيء المحكوم فيه.

---

إلي أمرين (الأول) تقرير ملكية الغير المسترد للمنقولات المحجوزة و(الثاني) بطلان الحجز ويضاف هدف ثالث وهو وقف البيع مؤقتاً وهو ما يتحقق بقوة القانون.  
وأما دعوي الاستحقاق الفرعية: فهي الدعوي الموضوعية التي يرفعها شخص من الغير أثناء التنفيذ علي عقار مطالباً بملكية العقار وببطلان التنفيذ الوارد عليه بطريق التبعية حيث إن هذا التنفيذ قد تم علي مال مملوك للمدين.  
راجع كلاً من: فتحي والي ، النفيز الجبري ط 2020 – أحمد هندي ، التنفيذ الجبري ط 2020 – محمود مصطفى يونس : المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري ، ط دار مصر 2022م  
- حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري ط 2012 – يحيي إسماعيل: المرجع السابق.

(1) أحمد مليجي: المرجع السابق ص 79 – عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق ص 207.  
(2) عبد الحميد الشواربي: إشكالات التنفيذ ، مرجع سابق ط 2022 دار الأهرام ، ص 75 وحتى ص 86 – وجدي شفيق: إشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والجنائية ط 2014 دار حيدر جروب ، ص 97 وما بعدها.

وانظر كذلك : نبيل عمر إشكالات التنفيذ ، مرجع سابق ، ص 64 وما بعدها.

كذلك يجب مراعاة ميعاد التقدم في المنازعة الموضوعية ، متي كان المشرع حدد ميعاداً معيناً لذلك مراعاة للأمانة الإجرائية<sup>(1)</sup>.

### الوقت الذي يجوز فيه إبداء المنازعة الموضوعية:

أجمع الفقه علي جواز رفع منازعة التنفيذ الموضوعية سواء قبل الشروع في التنفيذ الجبري ، أو أثناء توقيعه أو بعد إتمامه<sup>(2)</sup>.

وأخيراً الحكم الصادر في الإشكال الموضوعي، شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام ، لا يجوز تنفيذه إلا إذا كان نهائياً أو أمرت المحكمة بنفاذه نفاذاً معجلاً مع ملاحظة نص المادة (4/290) مرافعات من جواز الأمر بنفاذه معجلاً إذا كان صادراً لمصلحة طالب التنفيذ<sup>(3)</sup>.

### الصورة الثانية: إشكالات التنفيذ الوقتية

مفهومها : هي التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي حتي يفصل في موضوع المنازعة ، كالحكم بالاستمرار في التنفيذ حتى يحكم بصحته أو يحكم بوقف التنفيذ حتى يحكم ببطلانه ، وهي تتميز بأنه يترتب علي مجرد رفعها وقت التنفيذ مؤقتاً بخلاف المنازعة الموضوعية<sup>(4)</sup>.

### شروط تقديم الإشكال الوقتي

(1) مثال ذلك : الاعتراضات علي قائمة شروط البيع ، فيجب تقديمها قبل الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات بثلاثة أيام علي الأقل ، وإلا سقط الحق في تقديمها م (422) مرافعات ، وكذلك المناقصات في القائمة المؤقتة لتوزيع حصيلة التنفيذ فينبغي أن تقدم في جلسة التسوية ، فلا يجوز إبداء مناقصات جديدة بعد هذه الجلسة م (478).

انظر في ذلك: وجدي شفيق ، المرجع السابق ص98.

(2) أحمد هندي: التنفيذ الجبري ص545 و 546 – عزمي عبد الفتاح المرجع السابق ص930 و 931 – فتحي والي: المرجع السابق ص14 وما بعدها – عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ص57. (3) لمزيد من التفصيل انظر: يحيي إسماعيل : منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية ، مرجع سابق ص95.

– حامد أبو طالب وحسام مهني: التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص155 ، وما بعدها

– محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري ط 2022 مرجع سابق.

(4) أحمد مليجي: المرجع السابق ص80 وانظر أحكام النقض المشار إليها لديه من ص108 وما بعدها.

– وانظر حكم نقض جلسة 1953/1/29 لديه جاء فيه : البحث في كون الحكم المستشكل فيه بني علي مستندات ليست خاصة بموضوع التقاضي يخرج عن ولاية القضاء المستعجل لمساسه بأصل الحق ، وكذا انظر حكمها في 1952/12/25 لديه.

## الشرط الأول: الاستعجال

يجب أن يبني الإشكال الوقتي علي الاستعجال وهو الخشية من فوات الوقت ، إذ أن الاستعجال هو الذي يجبر ويبرز اتخاذ إجراءات وقتية لحماية مصلحة الطالب<sup>(1)</sup>، وهنا يجب علي طالب الإشكال الوقتي الالتزام بالأمانة الإجرائية بأن يكون طلبه جدياً وحقيقياً وأن يكون حسن النية ، حيث إن الاستعجال هنا مفترض قانوني ولا يطالب القاضي طالبه بإثباته ، إلا أنه افتراض ليس علي الإطلاق، فيجوز للمستشكل ضده إثبات عكسه وهو زوال الخطر وانعدام الاستعجال<sup>(2)</sup>.

## الشرط الثاني: رجحان وجود الحق وعدم المساس بأصل الموضوع.

يعتبر رجحان الحق شرطاً أساسياً لإسباغ الحماية الوقتية، فإذا تخلف هذا الشرط فإنه لا يجوز الحكم بهذه الحماية ، ويتقيد قاضي التنفيذ بهذا الشرط كما يتقيد به قاض الأمور المستعجلة تماماً ، إذ أن قاضي التنفيذ يفصل في الإشكالات باعتباره قاضياً للأمر المستعجلة م (2/275) مرافعات ، ويستدل قاضي التنفيذ علي رجحان هذا الحق من ظاهر المستندات دون التعمق في بحثها ولا يمس أصل الحق، فله أن يوقف التنفيذ حتى يترجح بطلانه من ظاهر المستندات<sup>(3)</sup>.

## الشرط الثالث: وجوب رفع الإشكال الوقتي قبل تمام التنفيذ

وذلك لأن الهدف من الإشكال هو وقف التنفيذ مؤقتاً أو الاستمرار فيه مؤقتاً فإذا كان التنفيذ قد تم فلا معني لطلب وقفه ولا معني أيضاً لطلب استمراره، وإنما يجوز طلب إبطال ما تم من إجراءات، وهنا يعتبر هذا الطلب منازعة موضوعية وليس إشكالاً<sup>(4)</sup>.

(1) حامد أبو طالب وحسام مهني: المرجع السابق ص152.

(2) عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق ص87.

(3) أحمد مليجي : المرجع السابق ص85 – عبد الخالق عمر : التنفيذ الجبري ، مرجع سابق ص253 – وجدي راغب: أصول التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص346 ، أحمد هندي: المرجع السابق ص550.

(4) انظر حكم نقض في 1950/2/9 مجموعة النقض السنة 1 ص244 لدي عبد الخالق عمر : المرجع السابق ص249 ، انظر كذلك : أحمد مليجي : المرجع السابق ص83، 84.

والمعني يجوز قبول المنازعة الوقتية قبل البدء في التنفيذ، بل وقبل اتخاذ مقدمات التنفيذ التي تتمثل في إعلان السند التنفيذي إلي المدين وتكليفه بالوفاء، فهنا الإشكال الوتقي لا يكون موجهاً إلي إجراءات التنفيذ، بل يكون موجهاً إلي القوة التنفيذية للسند التنفيذي<sup>(1)</sup>.

نخلص من ذلك إلي أن المشرع أحاط المنازعات الموضوعية والإشكالات الوتقية بسياج منيع من الأمانة والنزاهة والصدق في التقدم بها، واشترط شروطاً هي من صميم ولوازم الأمانة الإجرائية في التنفيذ، فيجب علي مقدم التنفيذ الالتزام بها وكذلك يجب علي قاضي التنفيذ مراقبتها في نشاط المنازعة والإشكال.

## العصن الثاني

### الأمانة الإجرائية في المنازعات والإشكالات المرفوعة من الدائن أو المدين أو الغير

إن الاعتراض علي التنفيذ حق إجرائي للمدين – وهو المحكوم عليه – كما أنه حق للغير الذي قد يضار من التنفيذ ، كما أن الدائن قد يتمسك بنفس وسائل الاعتراض إذا ما وقف موقف المدعي عليه<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلي أن قانون المرافعات وضع إطاراً عاماً لممارسة المنازعة في التنفيذ وذلك بقصد تحقيق أهداف معينة منها:

تحقيق مصلحة المدين إذا ما وجد أن التنفيذ ضاراً بحقوقه، ومنها مصلحة الغير إذا ما تبين له أن التنفيذ ماساً بمصالحه أو ضاراً بحقوقه ، ومنها أيضاً مصلحة الدائن إذا ما وجد أن الاعتراض علي التنفيذ ليس له ما يبرره وأنه قصد منه عرقلة التنفيذ وتعطيله<sup>(3)</sup>.

---

(1) انظر: عبد الحميد الشواربي ، إشكالات التنفيذ : المرجع السابق ص119 ويكون الهدف من رفعه الاحتياط لدفع ضرر يخشى وقوعه ، انظر : فتحي والي: مرجع سابق ص685 ، حامد أبو طالب وحسام مهني: المرجع السابق ص151 – أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ ، مرجع سابق ص385.

(2) حامد أبو طالب وحسام مهني: المرجع السابق ص15 .

(3) سيد أحمد محمود : الغش الإجرائي ، مرجع سابق ص208 ، وفي الواقع تشهد خصومة التنفيذ مساهمة العديد من الأطراف فيها ، فطالب التنفيذ والمنفذ ضده هما طرفا التنفيذ بالمعني الدقيق ، إلا إنه قد يتعدى التنفيذ إلي غيرهما من الأشخاص الذين ينظم القانون تدخلهم في إجراءات التنفيذ ، فيصبح المتدخل هنا طرفاً في التنفيذ ، وقد عبر عنه المشرع بلفظ الغير.

لمزيد من التفصيل: راجع كلاً من فتحي والي: التنفيذ الجبري، ص154 – عيد القصاص: أصول التنفيذ الجبري ، ص137 رقم 50.

معني ذلك: أنه إذا ما خرج صاحب الحق في المنازعة في التنفيذ عن الحدود المعقولة والمألوفة في ممارسته قاصداً الإضرار بأحد أطراف التنفيذ الدائن إذا كان المنازع هو المدين أو الغير أو إلحاق الضرر بالمدين متى كانت المنازعة صادرة من الدائن أو الغير، وذلك متى كان هدفه عرقلة سير التنفيذ وتعطيله أكبر فترة زمنية ممكنه، وبالتالي يجوز الحكم بالتعويض إذا قصد من الإشكال الوقتي أو الموضوعي مجرد عرقلة إجراءات التنفيذ<sup>(1)</sup>.

### أولاً: الأمانة الإجرائية في المنازعة والإشكال المرفوع من المدين (المنفذ ضده)

يقتضي مبدأ الأمانة الإجرائية أن يمارس المدين حقه في تقديم المنازعة الموضوعية والإشكال الوقتي، بحسن نية وصدق ونزاهة، وألا يعتمد إلي استخدام وسائل الغش أو التدليس أو الكيد بقصد الإضرار بالخصم الآخر، وعرقلة التنفيذ أو وقفه أكبر فترة زمنية ممكنه، وألا يكرر الإعتراض علي التنفيذ أكثر من مرة لكي يوقف تنفيذ إجراءاته مما يرهق الدائن ويحملة مصاريف ونفقات لا داعي لها<sup>(2)</sup>.

ومن صور الإخلال بالأمانة الإجرائية في هذا المقام بالنسبة للمدين في حالة ما إذا لم يقر المحجوز لديه بما في ذمته علي النحو والميعاد المبين في المادة (339)، أو إذا ما غير المحجوز لديه الحقيقة أو أخفي الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير<sup>(3)</sup>.

كذلك الإسراف في الاعتراض علي التنفيذ بما يخرج حق الاعتراض عن غايته التي قصدتها المشرع، ذلك أن الاعتراض علي التنفيذ يجب أن يكون لأسباب معقولة تبرره، وبشرائط خاصة تجيزه، ومع ذلك فقد يتخذها المدين كوسيلة لعرقلة التنفيذ أو الإضرار بالقائم بالتنفيذ، إما بتكبيده المشقة أو بتعطيل الإجراءات أو تحمل نفقات لا طائل منها ولا فائدة، وفي ذلك إلحاق الضرر وإثبات الإساءة ومن ثم تتوافر موجبات الإخلال بالأمانة الإجرائية مما يجيز المطالبة بالتعويض<sup>(4)</sup>.

(1) سيد أحمد محمود: المرجع السابق ص209 – عبد الباسط جميعي: الإساءة في التقاضي، مرجع سابق ص27 – أحمد أبو الوفا: التعليق جزء 6 ص194.

(2) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية، مرجع سابق ص244 – عبد الباسط جميعي: الإساءة في التقاضي، مرجع سابق ص27.

(3) حسام العطار: الأمانة الإجرائية، مرجع سابق هامش ص167.

(4) حسام العطار: المرجع السابق ص166.

وقد سارت محكمة النقض في أحكامها علي الحكم بالتعويض عند التعسف في استعمال حق الاعتراض علي التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ويعد التحايل علي قواعد التنفيذ الجبري من جانب المنفذ ضده صورة بالغة الوضوح، عظيمة الدلالة في إهدار الأمانة الإجرائية وعليه تصح المطالبة بالتعويض عن ثبوت الخطأ التقصيري وارتباط ذلك برابطة السببية المادية بالضرر، وعلي المحكمة أن تستظهر ذلك بموجب سلطتها التقديرية، وتقدر مدي جسامته الإخلال المتمثل في التحايل عند تحقق الإشكال الكيدي<sup>(2)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن<sup>(3)</sup>: المحكمة التي تقضي بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المحكوم لصالحه بسبب الدعوي الكيدية التي دفعت بإيعاز الطاعن قد أوردت البيان الكافي لعناصر الضرر الذي قضت بالتعويض عنه حيث قدرت أن مسلك الطاعن استنفد من وقت المطعون عليه ومجهوده، وماله الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه، وإن هذه الإجراءات الكيدية التي عانى منها المبلغ الذي قضت به.

### ثانياً: الأمانة الإجرائية في المنازعة والإشكال المرفوع من الدائن.

إذا كان من الطبيعي أن ينازع المنفذ ضده (المدين) في إجراءات التنفيذ ولكن من غير المتصور أن ينازع أيضاً الدائن وهو طالب التنفيذ، إذ هو صاحب المصلحة في أن يرفع المنازعة إلي القضاء ولكن الواقع أنه يجوز للدائن أن ينازع ويشكل في التنفيذ،

(1) انظر حكم نقض في 1990/6/10 في الطعن رقم (213) مجموعة المكتب الفني س41 ص342 لدي محمود الهجرسي: ص245 - انظر: إبراهيم النفياري: التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص99.

- فتحي والي: مرجع سابق ص701، رقم 392 - رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام، مرجع سابق ص199.

- وانظر تعليقاً علي المادة (315) والتي تجيز الحكم بالغرامة علي المستشكل الخاسر دعواه لدي، أحمد مليجي ص127.

(2) يفرض واجب الأمانة الإجرائية هنا علي المحضر ألا يبدأ في إجراءات التنفيذ إلا بعد أن يتحقق من سبق اعلان المدين بالسند التنفيذي وفقاً للمادة (10) مرافعات الخاصة بإعلان الأوراق القضائية، وفي ذات المعني انظر: حكم نقض: جلسة 1995/7/12م في الطعن رقم 236 لسنة 54ق. مجموعة الأحكام م 46 ج 2 ص981. ولمزيد من التفصيل انظر: حسام العطار: المرجع السابق ص167، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص245، 246.

(3) حكم نقض في 1952/4/10م في الطعن رقم 269 لسنة 20 ق مجموعة المكتب الفني السنة الثالثة ص921، 922، لدي/ حسام العطار: ص168. وانظر عبد الباسط جميعي: الإساءة في التقاضي، مرجع سابق ص32، 33 وانتهت محكمة النقض إلى أن تنفيذ الأحكام مؤقتاً يكون على مسئولية الطالب وحده إذ يعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له. طعن في 1967/5/23م رقم 10 لسنة 34 ق. مشار إليه لدي عبد الحميد الشواربي: إشكالات التنفيذ، مرجع سابق ص220، 221.

فإذا كان واجب الأمانة الإجرائية يفرض علي المدين، المنفذ ضده الالتزام بالصدق والأمانة عند القيام بمنازعات التنفيذ، فإنه كذلك يفرض علي الدائن طالب التنفيذ نفس الالتزام

وهو التحلي بالأمانة والصدق عند مباشرة حقه في المنازعة والإشكال (1).

وتجدر الإشارة هنا أن هدف الدائن طالب التنفيذ هو دفع التنفيذ للأمام، وهو ما يسمى بالإشكال المعكوس، أو المقلوب، لأن هدفه عكس هدف المدين – المنفذ ضده (2).

معني ذلك: أنه قد يلجأ الدائن لرفع إشكال من الإشكالات المحددة له، ومنها الإشكال المقدم من الدائن للحصول علي حكم يقرر صحة التنفيذ ويسمح له بالاستمرار فيه، وكذلك الاشكال المقدم منه في الحلول محل مباشر الاجراءات في التنفيذ العقاري، أو اعتراضه علي حق أو مرتبة دائن آخر، وذلك تجنباً لمزاحمته له في توزيع حصيلة التنفيذ، وكذلك الاشكال الذي يرفع من الدائن بالاستمرار في التنفيذ بسبب عدم جواز الطعن في الحكم، أو الاستمرار في التنفيذ، بعد رفع دعوي الاسترداد أو الاستمرار في التنفيذ بمقتضي حكم محكمة النقض أو محكمة الاستئناف كسند تنفيذي، وقد يلجأ أيضاً طالب التنفيذ إلي المنازعة في التنفيذ متى امتنع معاون التنفيذ عن اجراء التنفيذ (3).

### ثالثاً: الأمانة الإجرائية في المنازعة والاشكال المقدم من الغير

يعطي قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968 وتعديلاته، الحق في أي شخص من الغير في رفع منازعة واشكال تنفيذ في أي دعوي خاصة إذا ارتبط التنفيذ بمال معين مملوك له، ولكن يفرض واجب الأمانة الإجرائية عليه عن رفع الاشكال التحلي بحسن النية والصدق والابتعاد عن سوء النية وعدم تعمد الإضرار بالغير في أي صورة من صور الإشكالات التي يحق له تقديمها، وأن تكون له مصلحة حقيقية في هذا الإشكال (4).

(1) قرب فتحي والي: التنفيذ مرجع سابق ص 606 رقم 336 – أحمد أبو الوفا: التعليق مرجع سابق ص 1484 – أحمد مليجي: التنفيذ مرجع سابق ص 367، محمود الهجرسي: المرجع السابق ص 247.

(2) الهجرسي: الإشارة السابقة.

(3) فتحي والي: الإشارة السابقة – الهجرسي: المرجع السابق ص 248، وتجدر الإشارة إلي أن المشرع واجه الغش المتصور حدوثه هنا بالاتفاق بين الدائن والغير عن طريق رفع اشكال صوري حتي يستنفذ فرصة المدين المنفذ ضده في رفع الاشكال إذ يترتب وقف التنفيذ علي الإشكال الأول وحده، لمزيد من التفصيل: انظر أحمد مليجي التعليق علي نص المادة (312) جزء 6 ص 87 وما بعدها.

(4) قرب فتحي والي: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ص 366 رقم 606 – محمود الهجرسي: المرجع السابق ص 249 – سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص 208 وما بعدها.

ويعطي الفقه مثلاً للإساءة في الاشكال المقدم من الغير في هذا المقام وهو الاشكال الصوري أو تسخير الغير لتقديم إشكال، وحسناً فعل المشرع المصري في المادة (312) مرافعات إذ لم يرتب علي الإشكال الثاني وقف التنفيذ، ولولا ذلك لكان هناك تمادياً في الإساءة والتعسف والمبالغة في الإخلال بالأمانة الإجرائية<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمادة (312) مرافعات من أن المشرع قد ابتغي من إضافة الفقرة الأخيرة ألا يتحايل صاحب الشأن في السند التنفيذي علي القانون، فيوعز إلى شخص آخر أن يرفع إشكالاً قبل أن يرفع الملتزم في السند التنفيذي اشكالاً فيتمكن بذلك من أن يوقف التنفيذ<sup>(2)</sup>.

ومن أهم الإشكالات والمنازعات المقدمة من الغير، والتي يجب عليه التحلي بالأمانة الإجرائية دعوي استرداد المنقولات المحجوزة، دعوي الاستحقاق الفرعية<sup>(3)</sup>.

من ذلك نخلص إلي أن المشرع حرص علي أداء إجراءات التنفيذ الجبري بكل أمانة وصدق، ونزاهة، وحارب كل وسائل العث أو الكيد أو الخداع أو سوء النية ورتب البطلان علي أي اجراء معيب .

---

(1) انظر في التعليق علي نص المادة (312) مرافعات أحمد مليجي: ص78 وما بعدها ، وقرب حسام العطار: المرجع السابق ص167.

(2) انظر المذكرة الايضاحية للمادة (312) مرافعات.

(3) للمزيد حول دعوي استرداد المنقولات المحجوزة، ودعوي الاستحقاق الفرعية باعتبارها من الدعاوي التي يرفعها الغير راجع كلاً من: -

- فتحي والي: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ، ط 2020 – أحمد هندي: التنفيذ الجبري مرجع سابق ، ط2020.

- محمود مصطفى يونس: المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، مرجع سابق ط2022.

- يحيي إسماعيل: منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية، مرجع سابق ط2015.

- حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري، مرجع سابق ط2012.

## المبحث الثاني

### صور الإخلال بالأمانة الاجرائية وجزاء ذلك

يفرض مبدأ الأمانة الاجرائية علي كل من له علاقة بالخصومة التمسك بأحكام وقواعد الأمانة والالتزام بالصدق وحسن النية في كافة اجراءات الخصومة، حيث إن الغش والتعسف في استعمال الحق الاجرائي أو التناقض الاجرائي كل ذلك يمثل انحرافاً عن هذا المبدأ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن وظيفة القضاء من أهم الوظائف العامة، ولقد حمل القضاة علي عاتقهم أمانة تحقيق العدالة، فالقضاء هو السبيل الذي يلتمس فيه المظلوم العدل لإنصافه ومأمن الخائفين<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بالاستعارة بالعبارة الواردة في المادة (16) مرافعات فرنسي بأن القاضي منوط به احترام العمل واحترامه مبدأ الأمانة في المرافعات<sup>(2)</sup>.

معني ذلك أنه: قد يحدث الاخلال بالأمانة الاجرائية من قبل الخصوم أو من قبل القاضي وأعوانه، ويقابل ذلك جزاء مناسب حسب المخالفة، وفي ضوء ما سبق يتم تقسيم هذا المبحث إلي ثلاثة مطالب وهي:-

المطلب الأول:- أهم صور الاخلال بالأمانة الاجرائية بالنسبة للخصوم.

المطلب الثاني:- أهم صور الاخلال بالأمانة الاجرائية بالنسبة للقاضي وأعوانه.

المطلب الثالث:- جزاء الاخلاء بمبدأ الأمانة الاجرائية.

وذلك علي النحو التالي:-

---

(1) قرب: محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، مرجع سابق ص173.

(2) Ler civ, 7 join 2005, Bull, 1. No 241, D2005 P2570, jcp 2005 , 1- 183 , No)12 Droit et procedures et procedures 2006 1,P 35 D 2006 P.5478, Char H cro 2<sup>e</sup> , procedures , aoat September 2005 . P.3

## المطلب الأول

أهم صور الاخلال بالأمانة الاجرائية بالنسبة للخصوم

للقوف علي هذا المطلب يتم تقسيمه إلي ثلاثة فروع وهي:-

### الفرع الأول

#### الغش الاجرائي

مبدأ الغش يفسد كل شيء من المبادئ الأساسية للقانون الاسلامي والوضعي علي حد سواء، لذا ينبغي أن تنال دراسة الغش في العصر الحديث حظاً وافراً وأن تحتل مكانة بارزة، لأنها تشكل ظاهرة اجتماعية وقانونية انتشرت واستشرت في الفترة الأخيرة، كما أن الغش هو الوجه المضاد والمقابل لحسن النية أو الأمانة في الاجراءات<sup>(1)</sup>.

#### مفهوم الغش في اصطلاح القانون:

الغش هو الاخلال بواجب الأمانة والصدق والمصارحة الذي يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة<sup>(2)</sup>.

وقيل الغش: هو سوء النية أو نية التضليل لأي عمل يتم بهدف الإضرار بالحقوق التي يجب احترامها كالغش بالدائنين أو بأحد الخصوم في القضية<sup>(3)</sup>. ومن جهة أخرى عرفت محكمة استئناف اسكندرية الغش بأنه<sup>(4)</sup>:

الغش هو العمل الاحتيالي المخالف للنزاهة الذي يكون من شأنه تضليل العدالة .

---

(1) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ط2017، مرجع سابق ص4،3

(2) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ص13 .

(3) G. CORNU, vocabularies juridique , 3eed voir mot "fraud" P.373.

(4) حكم محكمة استئناف اسكندرية: جلسة 1993/12/8م ، في الطعن رقم 63 لسنة 46 ق. دائرة (19) مدني - مشار إليه لدي: أحمد هندي: المرافعات، ط2020، ص614.

وعلي هذا فيعد غشاً في حكم المادة (228) مرافعات تعمد الخصم إخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله في الدعوي وابداء دفاعه فيها، كأن يعلنه في عنوانه بمصر في الوقت الذي يعلم فيه بإقامته في الخارج<sup>(1)</sup>.

كما أن الورقة القاطعة في الدعوي ، والتي لا يبدأ ميعاد الاستئناف إلا بظهورها هي التي يجهل الخصم وجودها أو محتواها ولا يعلم بشخص محتجزها<sup>(2)</sup>.

### عناصر الغش:

الغش له عنصران: الأول: عنصر مادي، ويتمثل في سلوك غير مشروع أو وسائل غير مشروعة كالكذب المؤثر الذي يلجأ إليه الخصم بقصد تضليل خصمه الآخر، وبالتالي تضليل المحكمة بغية الوصول إلي حكم لصالحه بغير حق<sup>(3)</sup>.

وقد يتمثل الكذب في احتجاز ورقة أو دليل منتج في القضية أو في إخفاء واقعة حاسمة أو ورقة مؤثرة فيها أو التشويه العمدي للحقيقة عن طريق ادعاء واقعة غير موجودة أصلاً، أو نفي واقعة موجودة أو تشويه حقيقتها، أو تقديم معلومات كاذبة عن الخصم أو اعطاء بيانات غير حقيقية عنه، أو لجوء أحد الخصوم إلي تغيير المستندات أو تزويرها أو تزيفها أو اصطناعها أو تقليدها<sup>(4)</sup>.

وقد يشتمل الغش بالنسبة للخصوم في فعل سلبي كالسكوت والصمت أو الكتمان، وقد يكون الكلام أو القول أحياناً التزاماً، وبالتالي:

فإن السكوت أو الصمت يعد إثماً ضد الحقيقة، وعلي هذا فالسكوت التدلّيسي (الغش) هو موقف سلبي يتخذه أحد الخصوم يتمثل في عدم الإفصاح عن بعض الحقائق مما يؤدي إلي إيقاع الخصم الآخر وبالتالي المحكمة في غلط يدفعها لحكم لصالح الخصم الغاش مما يعد مخالفاً لمبدأ الأمانة الاجرائية<sup>(5)</sup>.

(1) انظر حكم نقض: 1985/6/6م في الطعن رقم 209 لسنة 2 ق. لدي أحمد هندي: المرجع السابق، ص614 - وانظر: وجدي راغب: المبادئ . ص634.

(2) نقض: 1984/11/11م في الطعن رقم 1379م لسنة 51 ق . مشار إليه لدي أحمد هندي: ص615

(3) أحمد هندي: المرافعات ص615،614

(4) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي، مرجع سابق ص17،16

(5) سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص16 وحتى ص21.



## الثاني: عنصر معنوي ( نية التضليل أو نية الغش )

يقصد بالعنصر المعنوي في الغش هو توافر سوء النية أو نية الإضرار بالخصم الآخر<sup>(1)</sup>.

### - الهدف من الغش.

إن الهدف من الغش أو غايته هو استخدام طرق احتيالية لتضليل المحكمة للوصول إلي حكم مخالف للحقيقة<sup>(2)</sup>.

ونخلص من ذلك: إلي أن غش الخصم ضد الخصم الآخر قد يقع بإرادة منفردة ومثاله: اتخاذ أحد الخصوم طلباً أصلياً أو عارضاً ، أو دفاعاً ايجابياً كالطلب المقابل ، أو اعتراضاً كالدفع الاجرائية أو بعدم القبول أو الموضوعية ، أو إجراء من اجراءات التقاضي وذلك نكاية وكيداً بخصه الآخر<sup>(3)</sup>.

وقد يكون الغش بإرادتين بالاتفاق، ومثاله: قد يتفق الخصوم جميعاً علي اللجوء إلي القضاء للحصول علي حكم في قضية معينة ( كدعوي صحة ونفاذ العقد ) وذلك اضراراً بالغير<sup>(4)</sup>.

وقد يكون الغش من أحد الخصوم ضد المحكمة بهدف عرقلة سير الاجراءات مثاله: لجوئه إلي طلب رد القاضي بقصد الكيد وعرقلة الاجراءات<sup>(5)</sup>.

### - مصادر الغش:-

الغش ينبع من إرادة الشخص التي تشكل مصدره، وعلوم أن القائم بالعمل الإجرائي هم الخصم وممثله ، والقاضي وأعوانه ، فبالتالي يتصور حدوث الغش من كل هؤلاء وتفصيل ذلك كالتالي:

---

(1) عبد الحميد الشواربي: الدفع المدنية الاجرائية والموضوعية ، ص857 - سيد أحمد محمود: ص29

(2) سيد أحمد محمود: ص27

(3) سيد أحمد محمود: ص105

(4) سيد أحمد محمود: المرجع السابق ص105، 104

(5) سيد محمود: المرجع السابق ، ص104 ، 105.

## الغش الصادر من الخصم:

غش الخصم في الدعوي أو القضية قد يحدث بإرادة منفردة، وقد يحدث بإرادتين بالاتفاق والتواطؤ

( أ ) غش أحد الخصوم بإرادة منفردة في التقاضي والتنفيذ

قد يتقدم أحد الخصوم بطلب أصلي أو عارض أو فرعي، أو دفاع إيجابي، كالطلب المقابل أو اعتراض، كالدفع الاجرائية وبعدم القبول والموضوعية أو أي اجراء من اجراءات التقاضي أو التقدم بمنازعة تنفيذ موضوعية أو اشكال وقتي، وذلك نكاية وكيداً بخصمه الآخر فهذا هو الغش<sup>(1)</sup>.

بمعني آخر: قد ينصب الغش علي وقائع الدعوي كمسألة سكوت أو كتمان أو اخفاء أو احتجاز الخصم لأحد المستندات في الدعوي أو تزويرها، وقد ينصب الغش من الشخص علي القانون وذلك بالتحايل علي القانون<sup>(2)</sup>.

غش أحد الخصوم ضد المحكمة أو العضو القضائي فيها بإرادة منفردة، قد يكون الغرض من غش أحد الخصوم في الدعوي هو عرقلة سيرها أمام القضاء أكبر فترة ممكنة، فبعد أن يستنفذ وسائل دفاعه القانونية المشروعة تراه يلجأ إلي طلب رد أحد أعضاء المحكمة، حتي يستفيد من وقف الفصل في الدعوي الأصلية بقوة القانون م(2/148) مرافعات، ولقد قاوم المشرع المصري هذا الطريق من الغش في النص سابق الذكر<sup>(3)</sup>.

---

(1) يقصد بالغش: العمل الاحتيالي المخالف للنزاهة، الذي يكون من شأنه تضليل المحكمة. فالغش يشمل كل أنواع التذليل والمفاجأة، والوسائل التي تحدث بواسطة خصم في مواجهة خصم آخر بقصد تضليل المحكمة وابقاعها في الخطأ.

ومثال ذلك: اذا منع الخصم وصول الإعلان إلي من أعلن اليه، ومثال آخر: إذا اتفق مع محامي خصمه علي خيانة موكله، ومثال ثالث: اذا استعمل وسائل الإكراه ليمنع خصمه من إبداء دفاعه. لمزيد من التفصيل: راجع كلاً من: أحمد مليجي: التعليق مرجع سابق جزء خامس ص23.

سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق ص102.

(2) قضت محكمة النقض الفرنسية: بأنه يكفي لقيام الغش أن يلتزم الخصم السكوت بالنسبة لواقعة معينة بقصد الخداع. حكمها في 1931/6/8م دائرة العرائض مشار إليه لدي: أحمد مليجي: التعليق المرجع السابق ص25.

وفي ذات المضي حكم محكمة باريس في 1946/6/5م مشار إليه لدا ابدالوز العملي ج3 ص685 رقم 10 وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1953/3/11م مجموعة أحكام المحكمة السنة 7 ص642 قاعدة رقم 377. لدي المليجي ص26.

(3) لمزيد من التفصيل حول غش الخصوم وكيدهم في رد القاضي انظر دراسة تفصيلية أحمد هندي: المرافعات ط2020 مرجع سابق ص251 وما بعدها. – نبيل عمر: الأصول، مرجع سابق ص116 وما بعدها- فتحي والي: الوسيط في: قانون القضاء المدني، مرجع سابق ص181.

## (ب) الغش الاتفاقي أو التواطؤ بين الخصوم أو أحدهم مع الغير.

يحدث هذا كثيراً في الواقع العملي، فقد يتفق الخصوم جميعاً علي اللجوء إلي المحكمة للحصول علي حكم في قضية معينة، والمثال المشهور دعوي صحة و نفاذ العقد، وذلك إضراراً بالغير<sup>(1)</sup>.

ومثال آخر قد يتفق بعض الخصوم مع الغير علي استلام الإعلان إضراراً ببقية الخصوم في الدعوي.

كذلك قد يتفق أحد الخصوم مع الغير إضراراً بالخصم الآخر علي افتعال الإشكال الصوري وذلك لوقف التنفيذ الجبري للحكم الصادر ضده بقوة القانون، وقد يتفق الدائن الحاجز مع الغير علي تقديم اشكال في التنفيذ ضد المدين (المحجوز عليه) والدائن (الحاجز) مما يترتب عليه رفعه وقف التنفيذ بقوة القانون<sup>(2)</sup>.

هذا ولقد حذرت محكمة النقض المصرية في حكمها الرائع من الغش فقضت بأنه: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة: الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجربها نص خاص في القانون، وتقوم علي اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش

والخدیعة والاحتیال وعدم الانحراف عن واجب حسن النية في التصرفات والاجراءات عموماً، صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، ولذا يبطل الاعلان الذي قد تم توجيهه بطريقة تنطوي علي غش رغم استيفائها ظاهرياً لأوامر القانون<sup>(3)</sup>.

### - الغش الصادر من ممثل الخصم في الدعوي:

من المقرر أن الخصم متي كان عديم الأهلية أو ناقصها فإنه لا يستطيع مباشرة الاجراءات بنفسه، وهنا جعل له القانون ممثلاً قانونياً طبيعياً وهو الولي أو قضائياً كالوصي والقيم هذا من جهه، ومن جهة أخرى قد يكون الإنسان بكامل الأهلية، فله أن يستعين بمحامٍ، بل ويجب عليه ذلك أمام القضاء لكي يتولي مباشرة الاجراءات عنه عن طريق عقد الوكالة.

(1) سيد أحمد محمود: المرجع السابق ص105.

(2) انظر نقض: 1952/4/10م في الطعن في 269 س20ق. مشار إليه لدي: أنور طلبية: موسوعة المرافعات، وسيد محمود: المرجع السابق ص107.

وقضي فيه ببطلان دعوي الاسترداد لأنها كانت كيدية مبنية علي غش وتواطؤ الخصم مع الغير.  
(3) حكم نقض في: 1981/8/28م المكتب الفني لسنة 32 رقم 75 ص386 وفي ذات المعني حكمها في: 1996/4/17م في الطعن رقم 5081 س47 ع125ق. مشار إليه لدي: سيد محمود: ص106، 105 الهجرسي: ص179.

وهنا من المتصور وقوع الغش من ممثل الخصم إضراراً بالخصم الآخر، وذلك في الحالة التي يبلغ فيها القاصر سن الرشد ولم يتم الوصي بإبلاغ المحكمة بذلك حتي لا تحكم بانقطاع الخصومة<sup>(1)</sup>.

وقد أشارت المادة (241) مرافعات إلي أنه: إذا وقع من الخصم غش أثر في الحكم فيصلح سبباً للطعن فيه بالتماس إعادة النظر. وقد يحدث الغش بالاتفاق بين ممثلي الخصوم إضراراً بالغير، كما هو الحال في دعوي صحة نفاذ العقد السوري أو الإشكال السوري.

بيد أن الأغرب من ذلك، هو حدوث الغش إضراراً بالخصوم أنفسهم في حالة الاتفاق بين المحامين عن الخصوم لإطالة أمد التقاضي للحصول علي أكبر قدر من الأتعاب منهم، وهذا ما يعد اخلاً بقسم المحاماة الذي اشتمل علي الأمانة في المادة (20) من قانون المحاماة<sup>(2)</sup>.

#### - الغش الصادر من القاضي:

قد يرتكب القاضي الذي يفصل في الدعوي غشاً إضراراً بأحد الخصوم أو إضراراً بالعدالة، لذلك قرر المشرع ضمانات معينة للخصوم ضد انحياز القاضي وتكفل بالتالي حياده م (146) مرافعات.

وهنا كفل المشرع حق الخصم في حالة ما اذا تبين له ارتكاب القاضي الغش أن يطلب مخاصمته ويطلب بطلان الاجراءات الصادرة منه مع المطالبة بالتعويض من خلال دعوي تسمي بدعوي المخاصمة م (494-500) مرافعات م/10.

#### - الغش الصادر من أعوان القاضي:

يعاون القاضي للفصل في الدعوي أشخاص قد يكونوا موظفين عموميين كالمحضرين، والكتبة، وقد يكونوا مهنيين كالمترجمين والخبراء وقد يكونوا أفراد عاديين كالشهود... الخ.

ويحلف هؤلاء يميناً بأن يؤديوا أعمالهم في خدمة العدالة بالأمانة والإخلاص، وحدث غش من هؤلاء يؤدي إلي ترتيب جزاءات تأديبية ومالية علي عاتقهم<sup>(3)</sup>.

(1) نص القانون في المادة (130) علي انقطاع الخصومة، وهي تنقطع في الأحوال الآتية:  
1- بوفاة أحد الخصوم. 2- بفقده الأهلية. 3- بزوال صفة من كان يبشر الخصومة.  
(2) انظر نص المادة (20) من قانون المحاماة رقم (17) لسنة 1983م وتعديلاته.

(3) سوف نعرض لاحقاً لدعوي مخاصمة القاضي وردة في الصفحات اللاحقة وانظر: أحمد سيد محمود: المرجع السابق ص110. فتحي والي: الوسيط مرجع سابق ص170 وما بعدها. عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي ط أولي 1990 ص191.

فقد يحدث الغش من كاتب الجلسة وذلك بتحريف المرافعة في محضر الجلسة أو تحريف ما يأتي من تقرير الخبير المنتدب في الدعوي ويثبتته في المحضر. كذلك قد يحدث الغش من المحضر، والمثال الصارخ الغش في الإعلان القضائي الذي كثيراً ما أضاع حقوق المظلومين.

كذلك قد يحدث الغش من المترجم أو الخبير أو الشاهد، ويتمثل غش الشاهد في قول غير الحقيقة. كل هذا من أثاره ضياع الحقوق وانتكاس العدالة وبطئها وعدم فعالية وظيفتها. لذا نناشد المشرع بالتدخل بتخليط العقوبة في حالة ثبوت غش أحد أعوان القاضي بإضافة عقوبة الحبس والتعويض الذي لا يقل عن 100 ألف جنيهاً.

### صور وأنواع الغش.

له صورتان: فقد ينصب الغش علي وقائع الدعوي وقد ينصب نحو الغش في القانون. الصورة الأولى: الغش في الوقائع.

يقصد بالوقائع في الدعوي: الأحداث، والأدلة، والمستندات<sup>(1)</sup>. فالأحداث: هي القصة التي وقعت أي الوقائع المادية البحتة التي تعد سبباً للدعوي. وأما الأدلة: فهي وسائل اثبات لهذه الوقائع. وأما المستندات: فهي الدعائم التي تبرر وتبرهن علي هذه الوقائع. وهنا قد يحدث الغش في الأحداث، والمعني قد يحدث أن يكذب الخصم في عرضها أو قد يحدث أن يكتمها أو بعضها.

وقد يحدث الغش في الأدلة، وذلك إذا ما تم الحصول عليها بالغش أو الخديعة أو إذا قدم الخصم دليلاً مصطنعاً أو مزوراً في الدعوي. وقد يحدث الغش في المستندات وذلك إذا ما تم احتجازها وإخفاؤها متي كان ظهورها قاطعاً وحاسماً في الدعوي ويترتب عليه ظهور الحقيقة، مما يؤدي إلي عدم تمكين الخصم الآخر من العلم بها، كذلك قد يحدث الغش في المستندات بالحصول عليها بالخديعة أو إذا تم تقديم مستندات مصطنعة ومزورة<sup>(2)</sup>.

### الصورة الثانية: الغش في القانون.

يقصد بالغش في القانون: مخالفة الواجبات القانونية الملقاة علي عاتق الخصم أو أحد أعضاء المحكمة أو أعوانها بسوء نية<sup>(3)</sup>.

(2) ولا ننسي ما يقوم به المحامي، إذ يعد من أعوان القاضي ومساعديه للحصول علي الحقيقة في الدعوي للوصول إلي حكم عادل. انظر سيد محمود: ص114، 113، 112.

(1) سيد محمود: الغش الإجرائي ص115.

(2) لمزيد من التفصيل انظر: المرجع السابق ص116، 115.

(3) انظر في عرض هذا التعريف : سيد محمود: ص116.

فقد يتواطأ الخصوم فيما بينهم لإخفاء الحقيقة عن القاضي، وذلك للحصول علي حكم يقضي بما ينهي عنه القانون، ويتم غش القانون عادة بأن يتهاون المدعي عليه في الدفاع أو يتغيب أصلاً<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلي التفرقة بين غش القانون والصورية ، حيث إن غش القانون يختلف عن الصورية في الخصومة، وإن تشابه معها في الظاهر، فهناك صورية في الخصومة، ويحدث ذلك في حالة تواطؤ الخصوم علي إخفاء الحقيقة عن القاضي إضراراً بشخص خارج عن الخصومة من الغير، فيتفقان فيما بينهما علي أن الحكم الصادر في الخصومة يكون حجة علي الغير، وليس له أي أثر فيما بينهما، فتتحقق بهذا في الخصومة حالة تشبه تلك الحالة التي تتحقق في القانون المدني للعقد السوري.

وأما غش القانون، فإن الخصوم لا يتواطؤون فيما بينهم للإضرار بأحد من الغير، وهم وإن كانوا يخفون الحقيقة عن القاضي فإنهم يتفقون فيما بينهم علي أن الحكم الصادر يكون حجة بينهم، وليس حجة فقط بالنسبة للغير، وبالتالي لا توجد الصورية بمعناها المعروف في القانون المدني<sup>(2)</sup>. ويجب ملاحظة أنه لا يكفي للقول بوجود غش القانون في الخصومة أن يتواطأ الخصوم، وأن يقع القاضي في الخطأ نتيجة لهذا التواطؤ بل يجب فوق ذلك أن يكون تواطؤ الخصوم قد حدث بقصد غش القانون أي بقصد الوصول إلي غاية غير مشروعة<sup>(3)</sup>.

نخلص من ذلك: أن الغش هو قمة أنواع الخطأ بسبب ما يقارفه من الخبثة التي تتمثل في سوء النية، أو تعمد الإضرار سواء كان ذلك عن طريق الكتابة أو شفاهه أو حتي

---

(4) حول دراسة تفصيلية للغش في القانون انظر: فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات وأحمد ماهر زغلول ط1997. بدون ناشر من ص482 وحتى ص499.

(2) فتحي والي وأحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات ص483 أثارت إحدى القضايا الشهيرة في إيطاليا هذه المشكلة بوضوح ونهت الفقه إلي وجوب البحث فيها لحلها، وهذه القضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الزوجات رفعت دعوى بطلان عقد الزواج بالإتفاق مع زوجها علي أساس الإكراه، وقدمت لإثبات ذلك أدلة كاذبة، ولم يقدم الزوج ما ينكر ادعائها متواطئاً معها للوصول إلي حكم بإبطال عقد الزواج، قضت محكمة أول درجة بالإبطال للإكراه، وبعد صدور الحكم تبينت الزوجة أن من مصلحتها ومصالحة ابنها بقاء عقد الزواج صحيحاً فطعننت بالاستئناف وهي محكوم لها وذكرت في أسباب الطعن أنها قدمت أدلة كاذبة لكن رفض طعنها، وكذلك رفض طعنها في النقض، انظر فتحي والي: نظرية البطلان ص485.

(3) فتحي والي: المرجع السابق ص848.

بالإشارة وسواء كان ذلك في مجال التقاضي أو التنفيذ. ويعد الغش الوجه المخالف للأمانة الإجرائية.

## الفرع الثاني

### التعسف الإجرائي (1)

إن الأمانة الإجرائية تقتضي ضرورة عدم الإساءة أو الإضرار بالآخرين ، لأنه لا ضرر ولا ضرار، كما أنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق، ولقد أكدت علي هذا المادة الخامسة من القانون المدني وهي توصل لنظرية كاملة في التعسف في استعمال الحق فنصت علي أنه: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

( أ ) إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من الضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة.

وأيضاً أكدت علي ذات المعني المادة (188) مرافعات بقولها "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهما الكيد.

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيهاً ولا تجاوز أربعمئة جنيهاً علي الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفعاً بسوء نيه<sup>(2)</sup>.

لذ ينبغي لنا الوقوف علي ماهية التعسف، وطبيعته ، ومعياره وسلطه محكمة الموضوع تجاهه.

### ماهية التعسف الاجرائي:

(1) للمزيد من التفصيل: حول التعسف الإجرائي راجع كلاً من:

- حسن عواد مطرود: فكرة التعسف في المجال الإجرائي ، رسالة ماجستير 2019م ، حقوق الإسكندرية.

- احمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، طدار النهضة العربية 2006، عبد الباسط جميعي الإساءة في المجال الإجرائي ، بحث سابق الإشارة إليه.

(2) انظر: أحمد مليجي ، التعليق مرجع سابق ، ص 118 جزء ثالث.

خلال التشريع المدني وتشريع المرافعات من وضع تعريف للتعسف ، ولذا قام الفقه بتعريفه ، فعرفه بعضهم بأنه (1)، التعسف الإجرائي هو استعمال الشخص لحقه الإجرائي في غير الهدف الذي أنشئ من أجله مما يسبب ضرراً للغير. وعرفه البعض الآخر (2): عبارة عن الانحراف عن الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق.

وأما عن موقف محكمة النقض من تعريف التعسف في استعمال الحق الإجرائي فيمكن لنا التمييز بين اتجاهين لمحكمة النقض في هذا الصدد.

1- الاتجاه الأول: حاولت فيه محكمة النقض تطبيق نظرية التعسف علي أساس فكرة الخطأ والربط بينهما ، وذلك في ظل القانون المدني القديم(3).

2- الاتجاه الثاني: حاولت فيه محكمة النقض وضع ضابط لاستعمال الحق في التطبيق علي أي حق في أي فرع سواء كان حقاً إجرائياً أو موضوعياً ، وذلك في الأحكام المدنية لها فجاء في أحد أحكامها تعريف التعسف بأنه: عبارة عن انحراف في سلوك الشخص العادي، بحيث يجب أن يتخذ احدي الصور الآتية المنصوص عليها في المادة الخامسة(4).

طبيعة التعسف الإجرائي:

انقسم الفقه والقضاء في مصر وفرنسا حول تحديد طبيعة التعسف في الحق إلي فريقين. الأول: يرون أن التعسف هو صورة من صور الخطأ وبالتالي يرتبط بالمسئولية التقصيرية(5).

---

(1) حسن عواد مطرود : فكرة التعسف في المجال الإجرائي ، رسالة ماجستير ، حقوق إسكندرية 2019م ص10.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، دار النهضة العربية ، ط 2006 ، ص392.

(3) انظر حكم نقض: جلسة 1933/11/9 ، في الطعن رقم 21 لسنة 3ق ، مشار إليه لدي محمد عزمي عبد الفتاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي ، ط دار النهضة العربية 1990 ، ص247.

(4) حكم نقض: 1995/11/23 في الطعن رقم 2845 لسنة 59ق، لدي حسن عواد : المرجع السابق ص10.

(5) انظر في عرض هذا الرأي : حسن مطرود ، المرجع السابق ص11 ، محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني ط2003 ، ص234 وما بعدها.

الثاني: يرون أن التعسف هو فكرة مستقلة تماماً عن الخطأ وبالتالي لا ترتبط بالمسئولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

والباحث يري أن الراجح هو الاتجاه الثاني القائل بأن التعسف الإجرائي له فكرة مستقلة تماماً عن فكرة الخطأ وبالتالي لا يخضع للمسئولية التقصيرية. معيار التعسف في الحق:

التعسف في استعمال الحق شرطه خروج هذا الاستعمال عن الغاية من الحق ، وإذا كانت الغاية من الحق هي المصلحة فلازم ذلك أن تكون المصلحة هي معيار التعسف ، ومن ثم يمكن لنا القول بأن معيار التعسف هو المصلحة الجادة المشروعة<sup>(2)</sup>.

سلطة محكمة الموضوع نحو التعسف الإجرائي:

قضت محكمة النقض بأن: تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها دون معقب شريطة أن يكون الاستخلاص مبني علي أسباب سائغة مؤدية إلي النتيجة<sup>(3)</sup>.

### صور التعسف الإجرائي:

أورد المشرع المصري ثلاث صور للتعسف ، ورأي بعض الفقه أن هذه الصور الثلاث واردة في القانون علي سبيل الحصر بحيث لا يعد الانحراف في استعمال الحق تعسفاً الا اذا اتخذ أحد الصور الثلاث<sup>(4)</sup>.

في حين ذهب البعض إلي أن هذه الصور وردت علي سبيل المثال وليس ثمة ما يمنع من توافر التعسف في صور أخرى للانحراف كحالة الضرر الفاحش<sup>(5)</sup>.

في حين يذهب الاتجاه الحديث إلي أن هذا الاختلاف نظري، لأن الصور التي عدتها المادة (5) مدني من السعة والشمول والمرونة بحيث تتسع لكل صور الانحراف باستعمال الحق، ويضيف هذا الرأي قائلاً أن المشرع المصري وإن اقتصر علي ايراد الصور الثلاث للانحراف، الا أنه في واقع الأمر كشف عن أنه يأخذ في تحديد

(1) انظر في عرض هذا الرأي: حسن مطرود ، فكرة التعسف الإجرائي ص15.

(2) محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني ط2003 ، ص238.

(3) حكم نقض: 1997/7/12 في الطعن رقم 4338 لسنة 61ق ، لدي محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ص262.

(4) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ص843.

(5) حسن كيرة: أصول القانون ط سنة 1960 ص410.

معيار التعسف بمعيار موضوعي هو المصلحة الجادة المشروعة فحيث غابت المصلحة أو كانت تافهة أو غير مشروعة تحقق التعسف، وحيث توافرت المصلحة المشروعة انتفي التعسف، ولو ترتب من جراء الاستعمال ضرر للغير<sup>(1)</sup>.

وسوف نعرض لهذه الصور الثلاث بقدر من الإيجاز كالتالي:

**الصورة الأولى: الاستعمال بقصد الاضرار (عدم توفر المصلحة).**

المشرع في هذه الصورة يأخذ بمعيار ذاتي قوامه توافر نية الاضرار بالغير الا أنه بالنظر إلي صعوبة إثبات هذه النية بما انعقد اجماع الفقه معه علي استخلاصه من انتفاء أي مصلحة لصاحب الحق من جراء استعماله<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء ذلك تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968م علي أنه: لا تقبل أي دعوي، كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.

ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لرفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشي زوال دليله عند النزاع فيه.

وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها في أي حالة تكون عليها الدعوي بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين. ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوي لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم علي المدعي بغرامة اجرائية لا تزيد علي 500 جنيهاً إذا تبين أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: مفاد المادة الثالثة بعد تعديلها بالقانون رقم (81) لسنة 1996. – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة علي أنه يشترط لقبول الدعوي أو الطعن أو أي طلب أو دفع يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة أن يكون هو صاحب الحق أو المركز القانوني أو نائبه، فإذا لم

---

(1) محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق ط1979م.

محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني ط2003 ص242.

(2) لمزيد من التفصيل راجع كلاً من:

محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق ص243

السنهوري: المرجع السابق ص843

محمد شوقي السيد: المرجع السابق بند 274 وما بعدها

وحسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق ط أولي بند654

حسن كبيرة: المرجع السابق بند 407.

يتوافر هذا الشرط تقضي المحكمة من تلقاء نفسها وفي أي حال تكون عليها الدعوي بعدم القبول<sup>(1)</sup>.

وقضت محكم النقض في حكم آخر لها بأن: حق الالتجاء إلي القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارةً الغير، والا حقت مسائلته بالتعويض، وسواء في هذا الخصوص أن يقترن القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارةً خصمه<sup>(2)</sup>.

وفي حكم ثالث قضت بأن: حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة، مؤدي ذلك عدم مسئولية من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلي اللدد في الخصومة ابتغاء الإضرار بالخصم<sup>(3)</sup>.

**الصورة الثانية: عدم التناسب بين المصلحة والضرر.**

---

(<sup>1</sup>) حكم نقض في 2001/1/24م في الطعن رقم(110) لسنة 70 قضائية، وانظر كذلك في ذات الطعن حكم نقض في 1986/2/13م في الطعن رقم 961 لسنة 52 قضائية مشار إليهما لدي عبدالله فتحي/ قانون المرافعات معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض ط دار محمود ط 2016-2017م ص10،9 فالمصلحة هي الفائدة العملية التي تعود علي رافع الدعوي من الحكم له بطلبه، فحيث لا تعود علي المدعي فائدة من رفع الدعوي لا تقبل دعواه

انظر حكم نقض: 1947/12/11م – مجموعة أحكام النقض – المكتب الفني ج1-13-623 لدي أحمد مليجي التعليق جزء أول ص130 ويشير سيادته إلي أنه يجب أن تكون الفائدة العملية كذلك مشروعة والمعني ألا يكون الغرض من رفع الدعوي مجرد الكيد، وعليه يمكن أن تعتبر الدعوي المبنية علي المصلحة التافهة أو الحقيرة من هذا القبيل وإذا اتضح للقاضي أنه لا مصلحة من رفع الدعوي وإنما هو التعسف والكيد حكم علي الفور بعدم قبولها. انظر: أحمد مسلم: ص322 رقم 288.

(<sup>2</sup>) حكم نقض في: 1993/4/26م في الطعن رقم1019 لسنة 61ق وفي ذات المعني حكمها في: 1975/6/4م في الطعن رقم 1182 لسنة 60 ق. وحكمها في 1975/11/19م في الطعن رقم 13 لسنة 43 ق لدي محمد كمال عبد العزيز:ص242،241.

(<sup>3</sup>) حكم نقض: في 1999/7/13م في الطعن رقم2286 لسنة 68 ق لدي أحمد مليجي، التعليق جزء ثالث ص1136.

يأخذ المشرع المصري في هذه الصورة بالمعيار الموضوعي في انتفاء التناسب بين المصلحة من جراء استعمال الحق وبين الضرر الذي يتسبب فيه هذا الاستعمال بحيث يفوق هذا الضرر تلك المصلحة<sup>(1)</sup>.

معني ذلك أنه اذا اتضح من الموازنة رجحان الضرر كان الخصم متعسفاً في الاجراء والا فلا.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه<sup>(2)</sup>: لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً، بل يجب إلي جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع، فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن التنفيذ اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية، وإنما يكفي في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل.

### الصورة الثالثة: عدم مشروعية المصلحة

ويقصد بذلك مخالفتها للقانون أو مخالفتها للنظام العام والأداب<sup>(3)</sup>.

والمعني أنه لا تقبل الدعوي إذا كان المدعي يطلب فيها تحقيق مصلحة غير مشروعة، فالقانون لا يحمي المصالح غير المشروعة أي المخالفة للنظام العام والأداب العامة مثل: المطالبة بدين القمار، أو المطالبة بتنفيذ الاتفاق المبرم بين المؤجر والمستأجر بدفع خلو رجل، أو المطالبة بتنفيذ صفقة خمور أو مخدرات<sup>(4)</sup>.

وقريب من هذا الطلبات الملوثة ومثالها طلب شخص استرداد المبلغ الذي دفعه لامرأة مقابل علاقة غير مشروعة<sup>(5)</sup>.

(1) محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني ص245- السنهوري: الوسيط مرجع سابق ص561.

(2) حكم نقض: في 1979/12/15م في الطعن رقم1337 لسنة 47 قضائية. المرجع السابق ص249

(3) محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق رقم 278

محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني، المرجع السابق ص249.

(4) أحمد هندي: المرافعات ط2020 ص167 وما بعدها - نبيل عمر: الوسيط ص299 - أحمد صاوي: الوسيط ص167 - فتحي والي: الوسيط ص56.

(5) وجدي راغب: المبادئ ص97،96 - أحمد هندي: المرجع السابق ص178.

والخلاصة حتي يكون الشخص غير متعسف في استعماله لحقه الاجرائي يجب أن تكون له مصلحة قانونية وقائمة يقرها القانون، وأن يسلك طريقه في المطالبة بحقه بحسن نية، وأمانة ونزاهة وألا يعمد إلي سوء النية والإساءة في التقاضي بالتحايل بالقانون علي القانون لتحقيق أمور مخالفة له، والإمعان في الإنكار بقصد مضارة الغير في التقاضي أو في التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ولقد أحسن المشرع صنعاً بنصه في المادة (188) مرافعات علي أنه "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهما الكيد.

### الفرع الثالث

#### التناقض الإجرائي

يقتضي مبدأ الأمانة الإجرائية التزام الصدق في الأقوال والأفعال، وعلي هذا فالتناقض في الكلام أو في الأفعال يعد إخلالاً بمبدأ الأمانة الإجرائية، لذا ينبغي لنا الوقوف علي ماهية التناقض الإجرائي وهل يعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوي، وما موقف المشرع المصري منه وذلك علي النحو التالي:

#### ماهية التناقض الإجرائي:

( أ ) في الفقه الإسلامي: يقصد بالتناقض الإجرائي أن يسبق كلام من المدعي مناف للكلام الذي يقوله<sup>(2)</sup>.

---

(1) وكما يكون الكيد عند الادلاء بطلب أو دفع يكون عند رفع طعن في حكم أو اتخاذ اجراء من اجراءات التنفيذ، أو عند استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية ، أو من غيره أو عند تنفيذ الأمر

وقضي إعمالاً لما تقدم بمسئولية الدائن بتعويض الضرر المادي والأدبي الذي لحق خصمه من جراء توقيع الحجز علي منقولات لا يملكها مدينه.

وحكم بالزام المستأنف بالتعويض لرفعه استئنفاً غير مبني علي اعتبارات جديده. مشار إليهما لدي أحمد مليجي: التعليق جزء 3، ص112.

(2) علي قراعه: الأصول القضائية في المرافعات التشريعية ، 1921م ص10.

ولقد تعرضت مجلة الأحكام العدلية للتناقض الإجرائي في المادة (1915) فنصت علي أن: التناقض في الدعوي هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه، أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه<sup>(1)</sup>.

وقيل التناقض في الدعوي هو: إبطال المدعي لدعواه بأن يصدر منه ما يناقضها في ذاتها أو مع دعوي أخري أو موقف سابق له أمام القضاء<sup>(2)</sup>.

(ب) في القانون الوضعي:

أولاً: في القانون الإنجليزي، يعد القانون الإنجليزي صاحب الفضل في نصه صراحة علي شرط عدم التناقض كشرط قبول الدعوي وفحص موضوعها ورصدت لذلك جزاء في حالة التناقض وهو عدم القبول<sup>(3)</sup>.

وتعد فكرة الـ estoppel في القانون الإنجليزي من المبادئ العامة ، وهي تعني منع الخصم من الادعاء بمزاعم تبدو متناقضة تناقضاً واضحاً مع وقائع ثابتة تتعلق بصفة الحقيقة التي لا تقبل التناقض<sup>(4)</sup>.

ثانياً: القانون الفرنسي:

لا يوجد نص صريح ينص علي اعتبار عدم التناقض شرطاً لقبول الدعوي في فرنسا ولكن بدأ الأخذ بهذه الفكرة تدريجياً وخاصة في القضاء وبدأ الفقه في التأصيل لها<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: القانون المصري

يمكن لنا القول بأن القانون المصري كالفرنسي ، هنا لا توجد به نصوص صريحة تشير إلي هذه الفكرة إلا أنه قد عرف هذه الفكرة ضمناً<sup>(6)</sup>.

---

(1) مجلة الأحكام العدلية ، مشار إليه لدي رمضان علام ، التناقض الإجرائي ص54رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2004.

(2) رمضان علام: التناقض الإجرائي ، المرجع سابق ص57.

(3) رمضان علام : المرجع السابق ، ص85 ، ولمزيد من التفصيل حول التناقض الإجرائي، راجع : أحمد سيد محمود : الاستويل الإجرائي ، مرجع سابق ، أحمد هندي : المرافعات : ص276.

Dargent , prec p3 (4)مشار إليه لدي رمضان علام : المرجع السابق ص85 ، 86

(5) Cassiv 3 e 13 avril 1988, J.P 1989 II 21302, R.T.D civ 1989 P 743 obs jacques mestre invoquer le contrat et, y soustraire ne vaut.

- وانظر رمضان علام: التناقض الإجرائي ص99، 100، والأحكام المشار إليها لديه.

(6) أحمد سيد محمود: الاستويل الإجرائي ط2016 ، مرجع سابق ص156وما بعدها

وهنا نحن نهيب بالمشرع المصري وضع نص قانوني صريح يمنع تناقض الدعوي ، أو تناقض الإجراءات أمام القضاء المدني ، عن طريق إضافة شرط من شروط قبول الدعوي وهو عدم التناقض فيها.

وفي ضوء ما سبق يمكن لنا وضع تعريف للتناقض الإجرائي بأنه:  
صدور أقوال أو أفعال من أحد الخصوم تتناقض مع أقواله أو أفعاله السابقة الثابتة أمام القضاء.

## المطلب الثاني

أهم صور الإخلال بالأمانة الإجرائية بالنسبة للقاضي وأعوانه

يتم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

### الفرع الأول

#### عدم حياد القاضي وحيده

القاضي هو الشخص الذي له ولاية القضاء، والتي تمنح له بمجرد أدائه اليمين القانونية بعد صدور المرسوم بتعيينه قاضياً<sup>(1)</sup>.

وينبغي حماية حياد القاضي تجاه الخصوم ، فالقاضي كبشر قد يرتكب خطأ يلتزم بمقتضاه بتعويض الخصم الذي تضرر من هذا الخطأ الوظيفي ، وإذا ترك القاضي للمسائلة طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية ، فإن ذلك يعرضه للكثير من دعاوي المتقاضين الكيدية، لذا وضع المشراع نظاماً خاصاً لمسائلة القاضي مدنياً متى أحل بالأمانة الإجرائية، هو نظام مخاصمة القاضي ومن ناحية أخرى، يجب حماية القاضي من التأثير بعواطفه الخاصة ومصالحه، فالقاضي بشر له حياة ومصالح خاصة قد تؤثر في قضائه إذا تعارضت هذه المصالح مع المصلحة المطلوب حمايتها ، لذا يمنع القاضي من نظر الدعوي ، إذا توافرت أسباب معينة يخشي معها عدم الصلاحية والرد بدرجات متفاوتة لإخلالها بمبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(2)</sup>.

---

- رمضان علام: التناقض الإجرائي، ص105 ، وحتى ص111 ، وفي خصوص النصوص التشريعية المصرية فإن مصطلح التناقض لم يرد ذكره إلا في قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (25).

(1) نبيل عمر: المرافعات ط1993 ص42 ، 43 - أحمد هندي: المرافعات ص27.

(2) أحمد هندي: المرافعات ط2020 ، ص28 وجدي راغب ص191.

لذا نتعرض أولاً لمخاصمة القاضي ، ثم لعدم صلاحيته ثم لرده باعتبار ذلك  
أموراً خارقة لمبدأ الأمانة الإجرائية وذلك كالتالي:

## أولاً: مخاصمة القاضي:

المخاصمة: هي دعوي ترفع من خصم علي قاض لمسائلة هذا القاضي مدنياً عما ارتكبه من أخطاء نص عليها المشرع أثناء نظر الدعوي مطالباً إياه بتعويضه عما ناله من ضرر نتيجة هذا الخطأ ، ويترتب علي الحكم بصحتها بطلان الحكم كنتيجة حتميه لثبوت ما وقع من القاضي من خلال بواجبه<sup>(1)</sup>.

هذا ولقد حددت المادة (49) مرافعات حالات مخاصمة القضاة علي سبيل الحصر ، ومتى توافرت احدي هذه الحالات فتعد إخلالاً واضحاً بمبدأ الأمانة الإجرائية من القاضي ، وهي مسألة تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز التنازل عن دعوي المخاصمة<sup>(2)</sup>. وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

### • الحالة الأولى: الغش أو التدليس أو الضرر من القاضي.

يجمع هذه الأسباب جامع واحد هو أن هذه الأفعال تصدر من القاضي بقصد وبسوء نية لاعتبارات خاصة تتنافي مع النزاهة والشرف والعدالة جوهر الأمانة الإجرائية ، فهي كلها مظاهر مختلفة لانحراف القاضي في عمله بسوء نيه ، أي أنه عامداً الانحراف عن بصيرة وإدراك سواء قصد الإضرار بأحد الخصوم أو لتحقيق مصلحة خاصة له أو لأحد الخصوم<sup>(3)</sup>.

وعرفت محكمة استئناف الإسكندرية الغش حديثاً بأنه<sup>(4)</sup>.

انحراف القاضي أو عضو النيابة في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الإنحراف وذلك إما إثارة لأحد الخصوم ، أو نكايَةً في خصم ، أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي أو عضو النيابة.

(1) العثماوي: قواعد المرافعات ج1 ص173 ، - أحمد السيد صاوي: المرافعات ص121 ، - أحمد هندي: المرجع السابق ص30.

(2) انظر: عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق ص89 ، وانظر حكم نقض 1997/7/8 في الطعن رقم 8569 لسنة 66ق ، وكذلك نقض 2002/2/10 في الطعن رقم 1669 لسنة 71ق ، غير منشور، مشار إليها لدي: أحمد هندي ، المرافعات ص31.

(3) أحمد ماهر زغول المرافعات ص183 ، 184 - إبراهيم نجيب سعد: ص293 ، 294 - أحمد هندي: المرافعات ص31 ، الشيماء سليمان : خطأ القاضي المدني : رسالة دكتوراه ، حقوق الإسكندرية 2019، عزمي عبد الفتاح: المرافعات ص9.

(4) حكم استئناف اسكندرية: دائرة 12 تجاري 1993/2/14 ، دعوي مخاصمة رقم 10 لسنة 47ق غير منشور لدي أحمد هندي ، الإشارة السابقة.

ومعلوم أن صور الغش متعددة لا يمكن حصرها، فهو يقوم في كل حالة ينحرف فيها القاضي عن مبدأ الأمانة الإجرائية مستعملاً وسائل التحريف العمد في المستندات ، أو الوقائع أو الأقوال التي أسس عليها حكمه<sup>(1)</sup>.

● وأما التدليس: فهو لا يختلف كثيراً عن الغش فهو يقع عندما يصدر الحكم أو اتهام من القاضي مخالفاً للعدالة نتيجة لخضوع القاضي إلي عامل المحبة أو البغضاء أو المصلحة الشخصية<sup>(2)</sup>.

● أما الغدر فهو كل تصرف للقاضي يتعمد به الحصول لنفسه أو لغيره علي منفعة مادية علي حساب الخزانة العامة، وإضراراً بأحد الخصوم مستعيناً في ذلك بما له من سلطة أو سلطات أو نفوذ في قضائه<sup>(3)</sup>.

#### ■ الحالة الثانية : الخطأ المهني الجسيم

استقر قضاء النقض علي تعريف الخطأ المهني الجسيم بأنه: الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فادح ما كان ليساق إليه ، لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً ، ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة بملف الدعوي<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلته: الخطأ الفادح بالمبادئ الأساسية للقانون كأن تقضي المحكمة بعدم قبول التدخل الإنضمامي في الاستئناف.

كذلك من أمثلته الجهل الفادح بوقائع الدعوي الثابتة في ملفها كأن تقرر المحكمة عدم وجود واقعة رغم كونها ظاهرة في الأوراق<sup>(5)</sup>.

كذلك من الأمثلة عدم تسبب الحكم أو ضياع أحد المستندات في الدعوي<sup>(6)</sup>.

(1) نبيل عمر: ص131 ، العشماوي ج1 ص174 – فتحي والي: ص170.

(2) انظر في عرض هذا التعريف: العشماوي ، قواعد المرافعات ج1 ص174 ، نبيل عمر: أصول المرافعات ص131.

(3) قرب: نبيل عمر : أصول المرافعات ص130 ، - العشماوي : ص175- 176 ، أحمد هندي : المرافعات ص32.

(4) انظر أحكام النقض: جلسة 1980/6/19 / مجموعة النقض لسنة31 جزء من 1791 – حكم 1980/2/24 في الطعن رقم 920 لسنة 49ق وحكمها في 1983/6/5 في الطعن رقم 796 لسنة 49ق – وفي ذات المعني حكم استئناف اسكندرية في 1993/2/14، دائرة 14 تجاري في دعوي مخاصمة رقم 10 لسنة 7ق لدي أحمد هندي ص33.

(5) أحمد هندي: ص34 – عزمي عبد الفتاح: ص91 – رمزي سيف: ص65.

(6) أحمد السيد صاوي: ص123 – أحمد هندي: ص34.

## ■ الحالة الثالثة: انكار العدالة

أهم التزام يقع علي عاتق القاضي هو قيامه بالفصل في الدعوي المطروحة عليه ، فالقاضي لم ينصب قاضياً إلا للقيام بهذا العمل ، لذا إذا امتنع القاضي عن القيام بهذه المهمة اعتبر منكرًا للعدالة، وبالتالي مخلًا بواجب الأمانة الإجرائية مما يكون مبرراً لمخاصمته مدنياً وجنائياً م(122) عقوبات.

### ثانياً: عدم صلاحية القاضي

مهما كان القاضي متحلياً بالنزاهة والعدالة ، وبمعني آخر بالأمانة الإجرائية فإنه قد يتأثر بميوله ومصالحه الشخصية مثل أغلب البشر، وهذا التأثير يؤدي إلي حدوث خرق في مبدأ الأمانة الإجرائية لديه(1).

لذا وحرصاً علي مبدأ الأمانة الإجرائية وعلني مظهر الحيده التي يجب أن يظهر به القاضي أمام الخصوم والجمهور ، نص المشرع علي أسباب معينة تجمعها اعتبارات الأمانة الإجرائية إذا توافر أحدها أصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوي مطلقاً حتى ولو لم يردده أحد الخصوم ، لتعلق ذلك بالنظام العام وإذا استمر في نظر الدعوى فإن أي إجراء باشره يقع باطلاً وكذلك إذا قضى في الدعوي كان حكمه باطلاً(147) (2)

وقد نظم ذلك المشرع في المادة (146) مرافعات وتتمثل هذه الأسباب في الآتي :

السبب الأول : إذا كان القاضي قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

السبب الثاني : القرابة والمصاهرة بين القاضي وقاضٍ آخر في ذات الدائرة أو مع ممثل النيابة أو المحامي م (75) من قانون السلطة القضائية .

السبب الثالث : وجود خصومة قائمة له أو لزوجته مع أحد الخصوم في الدعوي .

السبب الرابع : وجود مصلحة في الدعوي القائمة .

وذلك إذا كانت للقاضي أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره علي عمود النسب

أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً عليه مصلحة في الدعوي القائمة م (3/146) مرافعات .

---

(4) نبيل عمر: أصول المرافعات ، مرجع سابق ، ص106 – أحمد هندي: المرافعات ، مرجع سابق ص140

(2) أحمد السيد صاوي : المرافعات ص 111/110 | وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون.

السبب الخامس : قرابة القاضي بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بعضو مجلس إدارة الشركة أو المدير الذى له مصلحة شخصية في الدعوى م (3/146).

السبب السادس : الوكالة والنيابة ومظنة الوراثة .

فيكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته . م (3/146) مرافعات.

السبب السابع: إفتاء القاضي أو مرافعته او سبق نظره أو شهادته في الدعوى.

السبب الثامن: الحكم بقبول مخاصمة القاضي أو رفعه دعوى تعويض علي من طلب رده .

### ثالثاً : رد القاضي

أسباب الرد أقل تأثيراً علي حياد القاضي وعلي عاطفته ونزاهته، وبالتالي علي مبدأ الأمانة الإجرائية لديه ، وهنا إذا وجدت هذه الأسباب فأنها تكون متروكة لتقديره ولغيره، إذ يكون له أن يتتحي عن نظر الدعوى متي استشعر الحرج والتأثير علي الأمانة الإجرائية لديه، فإذا لم يفعل جاز للخصوم أن يطلبوا رده عن نظر الدعوى ، فإذا لم يفعلوا وحكم القاضي في الدعوى فإن حكمه يكون صحيحاً<sup>(1)</sup>.

وفي ضوء ذلك سوف نعرض لهذا الموضوع المهم من خلال الوقوف علي مفهوم الرد وأسبابه التي تجيزه، ومتي توافرت ترتب عليها خرق للأمانة الإجرائية ولمظهر النزاهة والحيادة لدي القاضي، وذلك علي النحو التالي:-

أولاً: مفهوم رد القاضي.

رد القاضي نظام خاص بالقضاة، ويعني منع القاضي من نظر الدعوى إذا توافرت حالة من الحالات التي نص عليها المشرع<sup>(2)</sup>.

ذلك أنه في هذه الحالات والأسباب تكون للقاضي صلة بأشخاص الدعوى أو موضوع النزاع، إلا أن هذه الصلة لا تكون في درجة وقوة الصلة التي تكون في حالات عدم صلاحية القاضي التي ذكرناها سابقاً م(494) وبالتالي هذه الصلة بموضوع النزاع

(1) قرب : حسام أحمد العطار : الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص25: 28.

أحمد هندي : المرافعات ص 51 ، نبيل عمر : أصول المرافعات ص116

(2) راجع في ذلك كلاً من: فتحي والي: الوسيط ص180 رقم 106 – أحمد هندي: المرافعات ص52

رقم 28 – أحمد مليجي: التعليق: مرجع سابق ص602 جزء ثالث م 148.

طلعت دويدار: الوسيط، مرجع سابق ص110.

يكون لها تأثير علي مبدأ الأمانة الإجرائية، وتنظيم المشرع لنظام رد القاضي يهدف إلي حماية مبدأ حيده القاضي أي نزاهته وهذا جوهر الأمانة الإجرائية، إذ لا يكفي أن تكون أحكام القضاة عادلة، بل يجب فوق ذلك أن تكون بعيدة عن مظنة التحيز والهوي، لتصبح موضع الطمأنينة والاحترام<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (23) لسنة 1992 بتعديل قانون المرافعات حيث جاء فيها:- يتأسس مبدأ حياد القاضي علي قاعدة أصولية قوامها، وجوب اطمئنان المتقاضي إلي قاضيه، وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوي، وإذا كانت جملة الأحكام التشريعية المنظمة لشئون القضاة قد حرصت علي تدعيم وتوفير هذه الحيده، فإنها في نفس الوقت لم تغفل حق المتقاضي، إذا كانت لديه أسباب تدعو إلي مظنة التأثير في هذه الحيده أن يجد السبيل ليحول بين من قامت في شأنه هذه المظنة، وبين القضاء في دعواه، ومن هنا قام حق رد القاضي عن نظر نزاع بعينه كحق من الحقوق الأساسية التي ترتبط بحق التقاضي ذاته، علي أنه ككل حق من الحقوق قد تعرض لأن تستشري في شأنه ظاهرة إساءة استعماله، واستخدامه سبيلاً للكيد في الخصومة والرد فيها، وإطالة أمد الفصل في القضايا دون تحسب لما يؤدي إليه الأمر من إيذاء للقضاة في اعتبارهم ومكانتهم ومشاعرهم.

وإزاء هذا الذي آل إليه الأمر من تعطيل الفصل في الدعاوي والإسراف في النيل من القضاة، فقد بات من المتعين اجراء تعديل في النصوص التشريعية المنظمة لأوضاع رد القضاة، بما يحقق التوازن التشريعي الواجب بين المحافظة على حق المتقاضين في رد القضاة متى توافرت اسبابه، وبين تقرير ضوابط دقيقة تجعل ممارسة هذا الحق منوطاً بتوافر الجدية الواجبة والبعد عن العبث به، والحيلولة دون استخدامه سبيلاً للكيد وعرقله الفصل في القضايا<sup>(2)</sup>.

---

(1) ترك المشرع تقدير حالات الرد لضمير القاضي نفسه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لتقدير الخصوم. معني ذلك: أن القاضي إذا توافرت احدي حالات الرد وجب عليه أن يتحى من تلقاء نفسه عن نظر الدعوي، فإن لم يفعل ترك الأمر لتقدير الخصوم، فإذا ترك الخصم حقه في الرد ولم يقم بالرد فلا يمكن الطعن عليه بعد ذلك استناداً إلي فكرة الرد.

انظر نقض 1983/1/31م في الطعن رقم 170 لسنة 48 ق. لدي أحمد مليجي: ص 603 جزء ثالث. وانظر فتحي والي: المرجع السابق الإشارة السابقة – طلعت دويدار ص 110، 111.

(2) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بالتعويض علي أنه تراخي في طلب الرد إلي ما بعد حيز الدعوي للحكم وأن ما نسبته إلي المطعون عليه جاء مجهلاً، وإذ لم يحدد أيأ من الخصوم اعتاد المطعون عليه مؤاكلتهم، وأن ابداء

وبحق – لقد جعل الخصم سيء النية من حقه في رد القاضي سلاحاً فتاكاً ينال به من سمعة القاضي وشرفه ونزاهته هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينهال به علي الدعوي فيعطل سيرها بل يوقفه كأثر قانوني علي رفع دعوي الرد، وهو بذلك ضارباً بالأمانة الإجرائية عرض الحائط، فتراه لا يستخدم حقه في الرد إلا قبيل قفل باب المرافعة مستفيداً بالرخصة من تأخير طلب الرد من المادة (2/151) معللاً ذلك فإنه كان لا يعلم بسبب الرد إلا في هذا الوقت، وبإليت شعري.

وهو بهذا يكون انحرف عن الحق المباح له في الرد إلي اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم<sup>(1)</sup>.

---

طلب الرد بعد حجز الدعوي للحكم ثم التنازل عنه يدل علي عدم جديته، وكان هذا الذي استند إليه الحكم وأقام قضاءه عليه لا يكفي لإثبات انحراف الطاعن عن حقه المكفول في التقاضي علي نحو يدل علي توافر قصد الانحراف والكيد اضراراً بالمطعون عليه، ولا يكشف عن عدم جدية طلب الرد، وكان الحكم لم يعن بتحقيق دفاع الطاعن في هذا الخصوص أو يرد عليه، فإنه يكون معيباً بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه.

حكم نقض: في 1990/2/25م في الطعن رقم 72 لسنة 57 ق ونقض مدني في: 1999/2/17م في الطعن رقم 2441 لسنة 62 ق.

لدي/ محمد كمال عبد العزيز: التقين المدني، مرجع سابق ص254.

ولمزيد من التفصيل: انظر فتحي والي: الوسيط، مرجع سابق ص181 وما بعدها رقم 106.

(1) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: حق التقاضي، وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة من الحقوق المباحة، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يديه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلي اللدد في الخصومة مع وضوح الحق ابتغاء مضارة الخصم، والحكم الذي ينتهي إلي مسئولية الخصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي استعمالاً كيدياً غير مشروع يتعين عليه أن يورد العناصر الواقعية والظروف المحيطة التي يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالزام الطاعن بالتعويض علي أن أسباب الرد تنطوي علي اتهام المطعون ضده بالتحيز وعدم الحيادة، وهدم بذلك فيه أهم صفات القاضي، وجوهر شخصيته فضلاً عما حملته أسباب الرد أيضاً من معاني التعنت والتحدي من جانب المطعون ضده

لذا تجدر الإشارة إلي العقوبة التي نص عليها المشرع جزاء للخصم سيء النية الذي يخالف الأمانة الإجرائية في طلب رد القاضي في المادة (159) مرافعات والتي تفيد بأن تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله، أو إثبات التنازل عنه، علي طالب الرد بغرامة لا تقل عن أربعمائة جنيهاً، ولا تزيد عن أربعة آلاف جنيهاً، ومصادرة الكفالة، وفي حالة ما إذا كان الرد مبنياً علي الوجه الرابع من المادة (148) من هذا القانون يجوز إبلاغ الغرامة إلي ستة آلاف جنيهاً، وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم.

بيد أننا نعتقد عدم كفاية هذه الغرامة خاصة في الدعاوي الكيدية التي تشغل الرأي العام، ونهيب بالمشرع المصري تعديل نص المادة (159) مرافعات بزيادة الغرامة بما يحقق الردع ويكفل تحقيق الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني<sup>(1)</sup>.

ثانياً: حالات الرد وأسبابه.

---

واصراره علي مخالفة القانون بإصراره علي إتمام التنفيذ دون توافر مكوناته وشروطه دون أن يعني الحكم ببيان العبارات التي وردت في أسباب طلب الرد، والتي استخلص فيها معني اتهام الطاعن للمطعون ضده بالتحيز وعدم الحيادة، كما لم تظهر الوقائع والظروف المحيطة لطلب الرد الكافية لإثبات انحراف الطاعن عن حقه المكفول في التقاضي علي نحو يدل علي توافر قصد الانحراف والكيد إضراراً بالمطعون ضده مما يصيب الحكم بالقصور في التسبيب ويوجب نقضه. انظر حكم نقض في: 1996/1/9م في الطعن رقم 10059 سنة 64 قضائية. لدي محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص254 وفي ذات المعني حكم نقض في 1990/2/25م في الطعن رقم 72 لسنة 57 قضائية.

(1) صحيح أن المشرع ضاعف قيمة الغرامة أكثر من مرة كان آخرها بموجب تعديل قانون المرافعات بالقانون رقم (76) لسنة 2007م إلا أن هذه الغرامة تعد تافهة في الدعاوي الكيدية التي تشغل الرأي العام، وقد رأينا ذلك في الدعاوي التي تحاكم رموز الفساد في ثورة 25 يناير، فقد أوقفت دعوي محاكمة مبارك أكثر من ثلاثة أشهر بحجة رد القاضي. وحكم علي طالب الرد بغرامة ستة آلاف جنيهاً، وهي غرامة لا تشفي من ينتظر العدالة الناجزة.

- انظر طلعت دويدار: الوسيط، المرجع السابق، ص133، 134.

نص المشرع صراحة علي هذه الحالات في المادة (148) مرافعات<sup>(1)</sup>. ونساير جانباً من الفقه في بلورتها في ثلاث حالات وهي الدعوي المماثلة، والخصومة القائمة – والعلاقة الشخصية<sup>(2)</sup>، وتفصيل ذلك كالآتي:

الحالة الأولى: الدعوي المماثلة.

نصت م(148) علي أنه:- يجوز رد القاضي إذا كان له أو لزوجته دعوي مماثلة للدعوي التي ينظرها.

ويقصد بالدعوي المماثلة هنا: أن تثير دعوي القاضي أو دعوي زوجته نفس المسألة القانونية التي تثيرها الدعوي المطلوب رده عنها<sup>(3)</sup>.

ومثال ذلك: أن تكون للقاضي أو لزوجته دعوي يطالب فيها صاحب المنزل الذي يقيم فيه بتحويل عقده معه من عقد ملكية للوحدة السكنية إلي عقد ايجار لها، واسترداد ما دفعه من ثمن لهذه الوحدة، ويكون في ذات الوقت معروض عليه دعوي مماثلة لتلك الدعوي التي رفعها شخص آخر علي من يقيم لديه مطالباً بذات الموضوع.

فهنا إذا استمر القاضي في نظر الدعوي فإنه يميل إلي أن يقضي فيها علي نحو يخدم مصلحته ويفيده في الدعوي التي رفعها هو كسابقه قضائية مما يعد مخالفاً للأمانة الإجرائية لديه<sup>(4)</sup>.

معني ذلك: أنه يشترط لتوافر هذه الحالة شرطان:

الشرط الأول: أن توجد بالفعل للقاضي أو لزوجته دعوي قائمة أمام القضاء.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن: أسباب رد القاضي في القانون جاءت علي سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها، ولكن البند الرابع الوارد في المادة (148) من السعة بحيث يتسع للعديد من الصور. (مصر الكلية 22 نوفمبر 1933م، منشور في المحاماة: 14 ص 699 لدي: أحمد مليجي، التعليق ص 148، 147 جزء ثالث.

(2) طلعت دويدار: الوسيط ص 113.

(3) أحمد هندي: المرافعات مرجع سابق ص 53 رقم (1-29) – العشماوي: المرافعات ص 454

جزء 2 وفتحي والي: الوسيط ص 181- وجدي راغب: ص 198-199

(4) أحمد ماهر زغلول: الموجز في المرافعات 1991 مرجع سابق ص 128.

- محمد العشماوي: قواعد المرافعات ص 454.

- وانظر حكم نقض في: 1983/1/31م في الطعن رقم 170 لسنة 48 قضائية لدي/ أحمد مليجي: المرجع السابق ص 614.

فلا يكفي مجرد النزاع الذي لم يرفع بعد إلي القضاء.  
الشرط الثاني: التماثل بين الدعويين في المسألة القانونية المطروحة علي القاضي للفصل فيها<sup>(1)</sup>.

الحالة الثانية: الخصومة القائمة

هذه الحالة لها صورتان:

الصورة الأولى: قيام الخصومة بعد رفع الدعوي مع أحد الخصوم والقاضي أو زوجته. شريطة ألا يكون الهدف والقصد من رفع الخصومة رد القاضي عن نظر الدعوي المطروحة عليه والشرط الثاني: أن تنشأ الخصومة بعد قيام الدعوي، لأنه لو كانت قائمة قبل رفع الدعوي كانت سبباً من أسباب عدم الصلاحية المطلقة<sup>(2)</sup>.

الصورة الثانية:- قيام الخصومة قبل أو بعد رفع الدعوي مع مطلقة القاضي التي له منها ولد أو مع أحد أقارب القاضي أو أصهاره علي عمود النسب.

والمعني: يستوي قيام الخصومة قبل رفع الدعوي أو بعد رفعها مع مطلقة القاضي التي له منها ولد أو أحد أقاربه أو أصهاره علي عمود النسب شريطة: ألا تكون الدعوي أقيمت بعد قيام الدعوي المطروحة علي القاضي بقصد رده.

ويجب ملاحظة أنه يقصد بالمصاهرة هنا التي تقوم علي عمود النسب وهي ما كانت القرابة فيها منسوبة إلي الأب وإن علا، والابن وإن نزل<sup>(3)</sup>.

---

(1) أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة- طلعت دويدار: المرجع السابق ص113.

(2) وقضت محكمة النقض بأن: رد القاضي جوازه إذا كان له أو لزوجته دعوي مماثلة للدعوي التي ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم فيها. شرطه أن تكون الخصومة سابقة علي رفع الدعوي المطلوب فيها رده عنها، ومرده إلي حين طرحها علي القاضي، اختلاف ذلك عن طريق دعوي المخاصمة التي تقام بعد رفع الدعوي بقصد رد القاضي عن نظر الدعوي المطروحة عليه.

حكم نقض في 1994/3/9م في الطعن رقم1939م لسنة 59 قضائية وقرب نقض في 1990/1/18م في الطعن رقم 2335 لسنة 51 قضائية كلاهما لدي أحمد مليجي: المرجع السابق ص612.

(3) انظر حكم محكمة القضاء الإداري: في 1953/4/2م م(7) ص821

لدي/ نبيل عمر: المرافعات مرجع سابق ص119.

وراجع كلاً من: محمد العشماوي: المرافعات ص456

محمد كمال عبد العزيز: المرافعات ص321

أحمد ماهر زغلول: الموجز في المرافعات ص139-140.

وأما بالنسبة للمطلقة التي للقاضي فيها ولد، فإن المشرع قدر أنه قد يقوم بين القاضي ومطلقاته التي له منها ولد صلة يخشي معها ألا يطمئن الخصوم إلي عدالة القاضي اطمئناناً كاملاً.

معني ذلك: يخرج عن نطاق القرابة المطلقة التي ليس له منها ولد أو لم يبق أحد من أولادها حياً<sup>(1)</sup>.

#### الحالة الثالثة: العلاقة الشخصية.

لا شك أن وجود علاقة شخصية بين القاضي وبين أحد الخصوم أو كليهما من شأنه أن ينال من مظهر الحيطة الذي يجب أن يتحلى القاضي به، وبالتالي يؤثر في أمانته الإجرائية، حيث يفترض ألا تكون للقاضي صلة مع أحد الخصوم في الدعوي المطروحة عليه<sup>(2)</sup>.

وقد حدد المشرع هذه العلاقة الشخصية في صور معينة وهي:-

الصورة الأولى: إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضي.

ويفهم مصطلح الخادم هنا بمعني واسع ليشمل كل من تربطه بالقاضي علاقة تبعية قانونية واقتصادية كالوكيل والكاتب والسكرتير، والعامل كالبواب والطباخ وغيرهما<sup>(3)</sup>.

الصورة الثانية: اعتياد المؤكلة والمساكنة

العبرة هنا ليس بالمرة ولكن تكرار المؤكلة أو المشاركة سواء كانت علي مائدة الخصم أو القاضي أو الغير<sup>(4)</sup>.

---

(1) أحمد هندي: المرافعات ص54، أحمد ماهر زغلول: ص140 وهنا أيضاً المشرع احتاط من كيد الخصوم فاشتراط ألا يكون الهدف من الخصومة رد القاضي عن نظر الدعوي المطروحة. طلعت دويدار: الوسيط ص114.

(2) طلعت دويدار: الوسيط ص115.

(3) أحمد هندي: المرافعات ص54 – طلعت دويدار: الإشارة السابقة – أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص141.

(4) فتحي والي: الوسيط ص181 – أحمد هندي: المرافعات ص55 – أبو الوفا: التعليق ص642

وأما المساكنة: فتعني السكن المشترك بين القاضي وأحد الخصوم بعض الوقت، فلا يكفي السكن معاً في نفس العقار، طالما أن الشقاق منفصلة<sup>(1)</sup>.  
 الصورة الثالثة: قبول الهدية قبيل رفع الدعوي أو بعده.  
 ذهب فقه قانون المرافعات من زمن بعيد إلي أن قبول الهدية يعد سبباً من أسباب الرد حتي ولو لم تتوافر فيه أركان جريمة الرشوة<sup>(2)</sup>.  
 واختلف حول قيمة الهدية، ونعتقد ما ذهب إليه جانب من الفقه بأن يكون القاضي قبل الهدية، حتي ولو كانت تافهة.  
 ويأخذ معني الهدية في هذا الصدد أي نوع من أنواع المجاملات التي يقدمها الخصم للقاضي كتسهيل الشؤون الخاصة وإسداء الخدمات له<sup>(3)</sup>.  
 الصورة الرابعة: العداوة أو المودة.  
 جاء في نص المادة (148) سالفه الذكر في فقرتها الأخيرة النص علي هذه الصورة بقولها:-  
 إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح منها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

هذه الحالة من المرونة والسعة التي يمكن أن تشمل وتندرج تحتها كل الحالات الأخرى التي يثور حولها الشك في التأثير علي قدرة القاضي في أن يحكم بغير ميل أو هوي إلي أحد طرفي الخصومة وتطبيقاً لذلك: يجوز رد القاضي بعداوة شخصية ولو لم تنشأ عنها قضية أو لمودة متينة ولو لم تنشأ عنها الزوجية أو القرابة أو المصاهرة أو المؤاكلة، فيجب أن تكون عاطفة الود أو العداوة قوية بحيث يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل، وبالتالي يؤثر ذلك علي مبدأ الأمانة الإجرائية لديه<sup>(4)</sup>.

(1) طلعت دويدار: المرجع السابق ص116 – فتحي والي: الإشارة السابقة.

(2) أبو الوفا: التعليق ص86 رقم 62 – رمزي سيف: مرجع سابق ص86 – طلعت دويدار: ص116

(3) أحمد هندي: المرجع السابق ص56 – طلعت دويدار: ص117.

(4) فتحي والي: المرجع السابق ص181 – العثمانوي: المرجع السابق ص902.

- أحمد مليجي: التعليق ص610 جزء ثالث – أحمد هندي: المرافعات ص56،57،58.  
 - طلعت دويدار: المرجع السابق ص117 وما بعدها.

وأخيراً يجب ملاحظة أن تقدير توافر احدي حالات هذا السبب العام للرد يكون متروكاً لمحكمة الموضوع حسب ظروف وملابسات الدعوي<sup>(1)</sup>. ولا يخضع تقدير وجوده أو نفيه لرقابة محكمة النقض متي أقامت محكمة الموضوع قضائها علي أسباب سائغة<sup>(2)</sup>. وهكذا نخلص إلي أن المشرع يحاول جاهداً في سد كل أبواب سوء النية والتعنت والغش واللدن في الخصومة لدي الخصوم ، وعدم الحيده والنزاهة لدي القضاة، وما ذاك إلا تنويجاً وحفاظاً علي الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني.

---

(1) استئناف مصر: 1935/3/25م لدي أحمد مليجي ص611.

(2) حكم نقض: في 1990/1/18م في الطعن رقم 2335 لسنة 50 قضائية وانظر فتحي والي: ص182 – المليجي: ص611- طلعت دويدار: ص120.

وبشير سيادته إلي رسالة الفاروق عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء والذي يعتبر دستوراً لأدب القاضي في الإسلام فليرجع إليها.

## الفرع الثاني التلاعب في الإعلان القضائي<sup>(1)</sup>

### ■ الإعلان القضائي:

يقصد بإعلان ورقة ما تسليم صورة منها للمعلن إليه بالطريق الذي رسمه القانون<sup>(2)</sup>

ويقصد بإعلام الخصم بالدعوى : إعلامه بها ابتداء وفي كل مرحلة يري المشرع وجوب إعلام الخصم بها حتي يمكن تحقيق مبدأ المواجهة والذي يمثل الحد الأدنى من الأمانة الإجرائية<sup>(3)</sup>.

وعلي هذا فتبدو أهمية الإعلان في إنعقاد الخصومة، وكذلك كونه الوسيلة القانونية الوحيدة للعلم بالإجراءات لا يقبل معها الاحتجاج بالجهل.<sup>(4)</sup>

وهنا نشير إلي بعض صور التلاعب في الإعلان القضائي والتي تحدث من قبل المحضرين بالتواطؤ مع الخصوم علي النحو التالي :

- (1) الإعلان في محل الإقامة وهي بالإتفاق مع المحضر .
- (2) تعمد الإعلان في مكان مغلق مع العلم بذلك .
- (3) تسليم صورة الإعلان لشخص من طرف صاحب الورقة المعلنه علي أنه من الساكنين مع المعلن إليه.
- (4) امتناع المحضر عن الإعلان بالتواطؤ مع الخصم في حالة لا تستدعي الامتناع وذلك بقصد تقويت ميعاد معين أو فرصة معينة علي طالب الإعلان .
- (5) إعلان شخص متوفي .
- (6) عدم إتمام المحضر للإعلان بعدم بيان الدور ورقم الشقة وبتقاضيه مقابل عن ذلك يقوم بالإعلان فوراً ، وذلك بقيامه بالبحث والتحري بدقة من قبله حتي الوصول إلي المعلن إليه .

---

(1) لمزيد من التفصيل :أنظر أحمد هندي: الإعلان القضائي بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر وفرنسا والكويت ، دار الجامعة الجديدة ، 1999م ، ص5.

(2)أحمد هندي: المرافعات ص323 - خالد أبو الوفا : ببطء التقاضي ، رسالة سابقة ، ص124.

(3) قرب: خالد أبو الوفا محمود : ببطء التقاضي دراسة تحليلية تطبيقية في قانون المرافعات المدنية والتجارية – رسالة دكتوراه – حقوق إسكندرية 2016 ص124 ، أحمد هندي: الإعلان القضائي بين الواقع والمنطق، المرجع السابق ص5.

(4) أحمد السيد صاوي: الوسيط في المرافعات مرجع سابق ص620 - خالد أبو الوفا: ببطء التقاضي ، المرجع السابق ص24 ، 125.

(7) التأخير المتعمد في إعلان الورثة بهدف تفويت الفرصة علي صاحب الإعلان لتقديمها في الجلسة المحددة بقصد تأجيل القضية.

(8) إثبات إعلان المراد إعلانه علي غير الحقيقة مع التواطؤ بأن يثبت المحضر امتناع المراد إعلانه عند إعلانه استلام الإعلان، علي الرغم من عدم قيام وانتقال المحضر إلي محل إقامة المعلن إليه<sup>(1)</sup>.

أهمية الإعلان القضائي وارتباطه بالأمانة الإجرائية:

تظهر أهمية الإعلان القضائي وجميع أوراق المرافعات أنه بإتمامه تنتعقد الخصومة ، فالقاعدة أن الدعوي ترفع بقيدتها بقلم الكتاب وأما الخصومة فتنتعقد بتمام الإعلان ، م (3/68)<sup>(2)</sup>.

وعلي هذا فإن دراسة الإعلان القضائي في نطاق الأمانة الإجرائية وبيان العلاقة بينهما مما يترتب علي ذلك القضاء علي ظاهرة بطء التقاضي هو أمر مهم وعلي حد تعبير جانب من الفقه قانلاً إن الإعلان القضائي هو الحائل المنيع الذي يحول دون انطلاق عملية التقاضي بالسرعة الواجبة حتى يمكن حسم المنازعات في وقت مناسب وبجهد مناسب وبنفقات قليلة<sup>(3)</sup>.

معني ذلك: أن الأمانة في الإعلان تقع علي عاتق كل من المحضر ، وطالب الإعلان م (6) مرافعات وليس علي المحضر وحده كما ذهب بعض الفقه<sup>(4)</sup>، ومفاد ذلك أن يشترك طالب الإعلان مع المحضر في تحرير ورقة الإعلان، فالمحضر يتحمل جانباً من المسؤولية الناشئة عن واجبه في القيام بالإعلان ويتحمل الخصم الجانب الآخر ، فلا

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول صور التلاعب في الإعلان راجع كلاً من :

خالد أبو الوفا بطء التقاضي ص136 ، 137 – إبراهيم الرويني : إعلان الأوراق القضائية . رسالة دكتوراه حقوق طنطا 2013 ص188 وما بعدها \_ عاشور مبروك نظرات في الإعلان ص31 وما بعدها.

(2) تنص م (3/68) علي أنه: " ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوي إلا بإعلان صحيفتها إلي المدعي عليه ما لم يحضر الجلسة" – وانظر خالد أبو الوفا: بطء التقاضي ص125 ، انظر في شرح هذه المادة ، أحمد مليجي ، التعليق مرجع سابق جزء ثان ص44.

(3) نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ط 2004 ، دار الجامعة الجديدة ص5 ، خالد أبو الوفا : بطء التقاضي ، المرجع السابق الإشارة السابقة.

(4) محمود هاشم اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص23 ، وانظر إبراهيم النفاوي الإخلال بالواجب الإجرائي ، مرجع سابق ص98، 99.

وقضي بمسؤولية المحضر إذا قدم المستأنف صحيفة الاستئناف لقلم المحضرين في الميعاد وأهمل في الإعلان رغم أن المستأنف لفت نظر قلم المحضرين إلي ضرورة الإعلان علي وجه السرعة وذكر علي هامش الصحيفة تاريخ الإعلان

استئناف مصر 20 نوفمبر 1922 – المحاماة – 13 – 720 مشار إليه لدي / إبراهيم النفاوي هامش رقم (7) ص98.

يسأل المحضر عن الإخلال بواجبه إلا إذا امتنع عن القيام بالإعلان دون أن يكون لديه وجه للامتناع كما جاء في نص المادة (8) مرافعات ، سابق الإشارة إليها.

وهكذا فإن الأمانة في الإعلان تقع علي عاتق كل من المحضر وطالب الإعلان فالمحضر يسأل عن وقت الإعلان، وتاريخه ، واسم الشخص الذي تسلم منه الإعلان ، ومكان تسليمه ، وبيان خطوات الإعلان ، وعن التوقيع علي الإعلان وعن القيام بالعمل في دائرة المحكمة الجزئية التي يعمل بها، وغير ذلك من البيانات التي تدخل في صميم اختصاصه<sup>(1)</sup>.

كما يسأل الخصم طالب الإعلان عن البيانات المتعلقة باسم ولقب المعلن إليه وصفته ووظيفته ومحلّه<sup>(2)</sup>. كما يسأل كذلك عن تقصيره في متابعة خطوات الإعلان ومتابعة سيره ، والتحقق من تمامه في الميعاد ، ويسأل من باب أولي عن عدم قيامه بالإعلان في الحالات التي يكون فيه الإعلان واجباً من الناحية القانونية وفي ضوء ما تقدم نعرض لدور المحضر في الإعلان القضائي علي النحو التالي: دور المحضرين في عملية الإعلان القضائي وضرورة مراعاة الأمانة في الإعلان:

يعد تسليم الأوراق القضائية وفقاً للقواعد العامة في معظم التشريعات العربية من اختصاص قلم المحضرين وهذا ما قننه المشرع المصري في المادة (6) من قانون المرافعات ، والتي جاء فيها "كل اعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء علي طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها كل هذا ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك....." <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> مفاد المادة (131) من قانون السلطة القضائية أنه : يعاون القاضي في أداء مهمة بعض الأشخاص يسمون أعوان القاضي وهم المحامون والخبراء وأمناء السر والكتابة والمحضرون ومعاونو التنفيذ والمترجمون.

فالمحضرون هم موظفون بالمحاكم يتولون إعلان الأوراق القضائية م (6) مرافعات، ويوجد بكل محكمة ابتدائية كبير محضرين ، وعدد كاف من المحضرين ، كما يوجد بالمحكمة الجزئية قلم محضرين كفرع من قلم المحضرين بالمحكمة الابتدائية م (2/13) سلطة قضائية ولا توجد أقلام محضرين بمحاكم الاستئناف والنقض ، لمزيد من التفصيل انظر: = فتحي والي: قانون القضاء المدني ص218 وهامشها – حامد أبو طالب وحسام مهني صادق : المرافعات ، مرجع سابق ص25.

<sup>(2)</sup> إبراهيم النفاوي : الإخلال بالواجب الإجرائي ص99.

<sup>(3)</sup> خالد أبو الوفا: بطء التقاضي ، المرجع السابق ص126.

معني ذلك: أن المحضر هو الموظف العام الوحيد في الدولة المختصة بمباشرة عملية الإعلان القضائي ، واستناداً إلي تلك الصفة لا يجوز الطعن في أعمال المحضر إلا بالتزوير وفقاً لما استقر عليه قضاء النقض<sup>(1)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم يبطل إعلان صحيفة الدعوي أو أي ورقة من أوراق المرافعات متى قام بالإعلان شخص آخر غير المحضر حتى ولو كانت الشرطة<sup>(2)</sup>.

وهذا ما يدعونا للتساؤل لماذا يمنع المشرع المصري توسيع طرق الإعلان القضائي كالأخذ بطريق الإعلان عن طريق المحامين أو اعتناق فكرة الإعلان القضائي.

سلطة المحضر في التحكم في عملية الإعلان:

تتصدر مهمة المحضر وسلطته علي ما استقرت عليه محكمة النقض وفقاً للمادة (6) مرافعات في إجراء الإعلان دون التحقق من إقامة المعلن إليه بالفعل بمكان الإعلان، أو أن يتحقق من شخص المخاطب به<sup>(3)</sup>.

هذه هي القاعدة لكن الخطورة فيما عرضت له المادة الثامنة مرافعات بنصها: "إذا ترائي للمحضر وجه للامتناع عن الإعلان، كما لو تبين اشتغال الورقة علي بيانات مخالفة للنظام العام أو الآداب أو أنه قد شابها غموض أو تجهيل ، أو غير ذلك مما يتعذر معه إعلانها وجب عليه عرض الأمر فوراً علي قاضي الأمور الوقفية ، ليأمر بعد سماع طالب الإعلان ، بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يري إدخاله عليها من تغيير ، وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلي المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة ، لتفصل نهائياً في التظلم بعد سماع المحضر والطالب<sup>(4)</sup>.

ولنا هنا أن نتساءل في ضوء السلطة الممنوحة للمحضر بموجب م (8) مرافعات عن المسوغات التي تعطي له سلطه الامتناع عن الإعلان لاسيما في أن ما ورد بصلب

---

(1) انظر علي سبيل المثال: حكم محكمة النقض : في 2006/4/18 في الطعن رقم 2250 لسنة (65) في مكتب فني (57) ص 375 – وكذلك حكمها في 1992/6/25 غير منشور وحكمها في 1982/10/31 الموسوعة الالكترونية مشار إلي هذه الأحكام لدي خالد أبو الوفا بطء التقاضي ، ولمزيد من الاحكام القضائية حول هذا الموضوع ، انظر: يحيي إسماعيل : أحكام نظرية الدفوع والخصومة في قانون المرافعات ط 2015، ص 15 وحتى 238.

(2) أحمد مليجي: التعليق ، ط 2014 نادي القضاة ص 312 – خالد أبو الوفا : المرجع السابق ص 127.

(3) حكمها في 1982/11/28م في الطعن رقم 678 لسنة 50 ق مكتب فني.

(4) هذه المادة معدلة بالقانون رقم (8) لسنة 1999م وانظر: أماني عبد اللطيف ، المسؤولية المدنية للمحضر ، رسالة دكتوراه ، المنصورة.

هذه المادة مجرد أمثلة لما قد يبدو للمحضر من مسوغات؟ كذلك نتساءل عن المعيار الذي يعتمد عليه المحضر في التمييز لما يعد موافقاً للنظام العام أو الأداب أو مخالفاً لهما؟

كذلك نتساءل عن المقصود بالغموض والتجهيل الذي يعطي للمحضر هذه السلطة الخطيرة ، وهي الامتناع عن القيام بالإعلان؟<sup>(1)</sup>.

ولنا هنا أن نتساءل كذلك إلي ما يدور في فلك الواقع من فتح باب الاتفاق بين المدعي عليه والمحضر علي سلوك هذا الإجراء بقصد إطالة أمد النزاع بعرض الأمر علي قاضي الأمور الوقفية ، لاسيما أن المحضر قد يماطل من الأصل في النظر في الإعلان أسبوعاً أو أسبوعين أو أكثر مستخدماً سلطته التقديرية مما يعد خرقاً صارخاً لمبدأ الأمانة الإجرائية بالنسبة للخصم<sup>(2)</sup>.

وما يزيد الطين بله ، ويفتح باب التلاعب من المحضرين بالتواطؤ مع صاحب الشأن كالمدعي أو المدعي عليه ، هو أن نص المادة السادسة مرافعات حصر مسؤولية المحضر حال خطئه في قيامه بوظيفته وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. والمعني وجود خطأ ترتب عليه ضرر بينهما علاقة سببية وهي أمور يصعب إثباتها في الواقع العملي<sup>(3)</sup>.

لذا يري الباحث تعديل نص المادة الثامنة مرافعات بنزع هذه السلطة الممنوحة للمحضر وجعلها في يد قاضي الموضوع.

### دور الخصم في تعطيل عملية الإعلان:

تجدر الإشارة إلي أن أحد الخصوم يرغب في إنهاء النزاع ، وأحدهم يرغب في المماطلة والتسويف، بغية تعطيل الفصل في النزاع.

---

(1) انظر في طرح هذه التساؤلات : خالد أبو الوفا ، بطء التقاضي ص127، 128 وتجدر الإشارة إلي ما ذهب إليه بعض الفقه من الانتصار لهذه المادة (8) مرافعات بقوله: بأن القانون لم يرد أن يجعل المحضر أداة صماء في يد مقدم الورقة بل عده موظفاً عمومياً مسؤولاً، بل وعليه أن يفحص قانونية طلبات الخصوم ، انظر: عبد الفتاح مراد ، أصول أعمال المحضرين في الإعلان والتنفيذ ط مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية 1989، ص299.

(2) انظر: أماني عبد اللطيف ، المسؤولية المدنية للمحضر ، المرجع السابق ص262، 263.

(3) أنور طلبة : المطول في المرافعات ، مرجع سابق ص613 ط 2000  
عاشور مبروك : نظرات في طرق تسليم الإعلان ص24 – خالد أبو الوفا ، المرجع السابق ص130.

ولا أدل علي ذلك من الواقع العملي الذي أفرز كثيراً من صور التواطؤ بين المحضرين، والخصم سيء النية الذي يريد التنكيل بالخصم الآخر<sup>(1)</sup>.

وهنا نناشد الخصوم بالتمسك بالأمانة الإجرائية في الإعلان، أي نزاهة الأطراف في إتمام إجراءاته وتوفير الحد الأدنى من الاستقامة الخلقية في مباشرة الإعلان، ويتمثل ذلك في أن يشهد سلوك كل طرف تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة، أو أداء واجباته بطريقة نزيهة وبحسن نية.

وليس بقصد الإضرار بالطرف الآخر، أو عرقلة الإجراءات أو تعطيل الفصل فيها بعيداً عن الغش أو التدليس<sup>(2)</sup>.

وهنا نهيب بالمشرع المصري بتحريم مثل هذه الأفعال المشينة التي تعد انتهاكاً لمبدأ الأمانة الإجرائية، كمن يتعمد ذكر موطن غير صحيح أو وهمي أو بيانات غير صحيحة للمعلن إليه، أو في حالة سلوكه مسلكاً ينطوي علي سوء النية والقصد، مع الاحتفاظ للمضرور في حقه في المطالبة بالتعويض، كذلك إحداث عقوبة بالنسبة للمحضر الذي يثبت تواطؤه مع الخصم للإضرار بالخصم الآخر في كل الصور التي تعد انتهاكاً لمبدأ الأمانة الإجرائية<sup>(3)</sup>.

---

(1) خالد أبو الوفا: بطل التقاضي، المرجع السابق ص138، ومن صور التواطؤ والتلاعب بالإعلان:

1- الإعلان في محل إقامة وهمي بالاتفاق مع المحضر.  
2- تعمد الإعلان في مكان مغلق.

3- إعلان شخص متوفي.

4- امتناع المحضر عن الإعلان مستخدماً سلطته التقديرية بالتواطؤ مع الخصم في حالة لا تستدعي الامتناع عن الإعلان، بقصد تقويت ميعاد أو فرصة لطالب الإعلان.

لمزيد من التفصيل: انظر إبراهيم الرويني: إعلان الأوراق القضائية ص188 وما بعدها.

(2) سيد أحمد محمود: التقاضي بقضية وبدون قضية ط1995م ص247.

- خالد أبو الوفا: المرجع السابق ص139.

- أنور طلبة: المطول في المرافعات، المرجع السابق ص174

(3) انظر في عرض الاقتراحات: إبراهيم الرويني، المرجع السابق ص103، خالد أبو الوفا: ص139.

إبراهيم نجيب سعد: سلطة القاضي في رقابة السلوك الإجرائي للمتقاضين، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، الإسكندرية، مشار إليه لدي الرويني.

## الفرع الثالث

### ( إخلال المحامي بمبدأ الأمانة الإجرائية )

المحامي: هو من يتولى الدفاع عن الخصوم أمام القضاء ، والاستعانة به واجبة في المواد الجنائية بالنسبة للجنايات. بيد أن القاعدة في القضاء المدني هي أن الاستعانة بهم جوازية إلا في حالتين الأولى: التوقيع علي صحف الدعاوي والطعون وطلبات أوامر الأداء وإلا كانت باطلة.

والثانية: الطعون أمام محكمة النقض ، حيث لا يجوز أن يحضر الخصوم بأنفسهم أمام محكمة النقض كما يجب أن توقع صحيفة الطعن بالنقض من محامٍ مقبول لديها م (261/253)<sup>(1)</sup>.

ومهنة المحاماة هي مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة، وفي تأكيد سيادة القانون، وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحررياتهم. م (1) من القانون رقم (17) لسنة 1983 م والمعدل بالقانون (197) لسنة 2008 م. وللمحامي أن يسلك الطريقة التي يراها ناجعة طبقاً لأصول المهنة في الدفاع عن موكله، ولا يكون مسئولاً عما يورده في مرافعة الشفوية<sup>(2)</sup>، وفي مذكراته المكتوبة مما يستلزمه حق الدفاع.

وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية وأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية م (47) محاماة<sup>(3)</sup>.

ويبدأ المحامي في رسالته في الدفاع بقسمه يمين المحاماة طبقاً للمادة (20) محاماة ، والتي جاء فيها: أقسم بالله العظيم أن أمارس أعمال المحاماة بالشرف والأمانة والاستقامة وأن أحافظ علي سر مهنة المحاماة وتقاليدها وأن أحترم الدستور والقانون. معني ذلك: أن مبدأ الأمانة والصدق والاستقامة متطلبات يجب أن يحافظ عليها المحامي أثناء سير الدعوى، وهي التزامات تقع علي عاتقه فإذا أخل بالأمانة الإجرائية عند ممارسة عمله أمام القضاء فلا شك فإنه تلقى عليه مسئولية.

(1) أحمد هندي: المرافعات ط 2020 ص72 وما بعدها. عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي

دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق إسكندرية . 2019 ص283..

(2) يقصد بالمرافعة: الشرح الشفوي من الخصم أو محاميه للإدعاءات أو أوجه الدفاع وأسانيدها أمام المحكمة ، انظر أحمد هندي: المرجع السابق ، ص525.

(3) عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي المرجع السابق ص283.

وبعبارة أخرى فإن مبدأ الأمانة الإجرائية يفرض علي المحامي قاعدة أخلاقية وقانونية وهي ضرورة رفض الدفاع عن مصالح متعارضة أو تمثيل طرفي خصومة واحدة<sup>(1)</sup>.

كما يفرض عليه أن يترك في استشارته أو مرافعته أو دفاعه وبصفة عامة المسألة أو الدعوي التي يتولاها كل ما هو غير صادق وغير شريف، وبكل ما من شأنه تضليل العدالة، بحيث أنه إذا أحس بأنه غير قادر علي إعطاء الاستشارة المطلوبة أو المرافعة الواجبة أو العمل المنتظر منه وجب عليه رفض من جاء يسعي طالباً مساعدته<sup>(2)</sup>.

كما يلتزم المحامي أيضاً بأن يدافع عن المصالح التي تعهد إليه بكفاية وأن يبذل في ذلك غاية جهده وعنايته، ولا يجوز له النكوص عن الدفاع عن متهم في دعوي جنائيه إلا إذا استشعر أنه لا يستطيع بسبب ظروفه أو ملابسات الدعوي أن يؤدي واجب الدفاع فيها بأمانة وكفاية<sup>(3)</sup>.

كما يقتضي مبدأ الأمانة الإجرائية بالنسبة للمحامي إبلاغ موكله بمراحل سير الدعوي وما يتم فيها، ويمكن أن يبادر في إخطاره بما يصدر من أحكام فيها وأن يقدم له النصح فيما يتعلق بالطعن في الحكم إذا كان في غير مصلحته وأن يلفت نظره إلي مواعيد الطعن<sup>(4)</sup>.

وبحق فإن تحقيق العدالة هي في المقام الأول وظيفة ومهمة القاضي، ولكن لا يستطيع القاضي القيام بهذه المهمة بمفرده، إذ يتعين أن يساعده في ذلك معاونوه من محامين وكتبه ومحضرين وخبراء، ..... إلخ  
كذلك يجب تعاون هؤلاء جميعاً ليس فقط لتحقيق العدالة وإنما لسرعة تحقيقها، فالعدل البطيء صورة من صور الظلم<sup>(5)</sup>.

(1) عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي، المرجع السابق ص287 وما بعدها.

(2) قرب سيد محمود: دور المحامي في المنظومة القضائية، ص 115 \_ عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي، المرجع السابق الإشارة السابقة \_ محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 100.

(3) راجع نص المادة (63) محاماة، وانظر حكم النقض: جلسة 19 / 2 / 2004 م في الطعن رقم 3603 لسنة 64 ق، مشار إليه لدي / عبير مرزوق ص294.

(4) انظر حكم نقض: 2004/2/19 م سابق الإشارة إليه وحكمها في 1997/9/18 م في الطعن رقم 08 / 15 لسنة 62 ق. مشار إليه لدي: صبري مرعي: الموسوعة الشاملة في أعمال المحاماة ج2،

ص473، وانظر عبير مرزوق ص291

(5) أحمد هندي: المرافعات ط سنة 2020 م ص80 و81.

كذلك فإن تعطيل سير العدالة وتضليلها يرجع في حالات عديدة إلى مسلك بعض المحامين وتحاييلهم على القانون، وتواطؤهم مع الموظفين القضائيين اضراراً بحقوق الخصوم وتعطيلاً لمرفق العدالة.

لذا ينبغي تنظيم مسؤولية المحامي الذي يثبت للمحكمة التي تنظر الدعوي تواطؤه أو مماطلته أو تضليله للعدالة وخرقه لمبدأ الأمانة الإجرائية، حيث تتجه الدول المتقدمة إلي مساءلته عن جريمة تعطيل سير العدالة، وتقترح ذات المحكمة التي تنظر الدعوي وقف قيده، كما هو الحال في قانون ولاية ساوت دا كوتا بالولايات المتحدة الأمريكية حيث تتراوح مدة وقف قيد المحامي الذي ثبت تعطيله لسير العدالة من أسبوع إلي ستة أشهر<sup>(1)</sup> 0

نخلص من ذلك: أن المحامي يكون مخلأً بمبدأ الأمانة الإجرائية إذا أخل بالصدق والأمانة و الاستقامة في القيام بعمله ، سواء فيما بينه وبين موكله، أو استخدامه لطرق تضليل للمحكمة ضد خصم موكله، كذلك إذا ضلل موكله ليشترى هو الحق المتنازع عليه.

ونناشد المشرع بالتدخل بنص ينظم مسؤولية المحامي في حال إخلاله بالأمانة الإجرائية في كل هذه الحالات السابق ذكرها 0

حتى تكون عقوبة رادعة لكل من تسول له نفسه تضليل العدالة وتعطيل سيرها أو خيانة ميثاق الأمانة والشرف الذي يجب أن يتصف به كل محام يتولى مهمة الدفاع كما جاء في اليمين السابق ذكرها في المادة (20) من قانون المحاماة.

#### دور نقابة المحامين في حالة إخلال المحامي بالأمانة الإجرائية:

تنص المادة (120) من قانون المحاماة رقم (17) لسنة 1983 والمعدل بالقانون رقم (197) لسنة 2008 والقانون رقم (147) لسنة 2019 علي أن : "نقابة المحامين مؤسسة مهنية مستقلة تضم المحامين في جمهورية مصر العربية المقدين بجداولها ،

---

(1) لمزيد من التفصيل أنظر: عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي، المرجع السابق، سيد أحمد محمود: دور المحامي في المنظومة القضائية، مرجع سابق ، أحمد أبو الخير: ضوابط العدالة القضائية 0 دكتوراه عين شمس 2013 ، خالد أبو الوفا : بطاء التقاضي ،رسالة دكتوراه حقوق إسكندرية 2016.

وتتمتع بالشخصية الاعتبارية ومقرها مدينة القاهرة ، وتتبعها نقابات فرعية علي النحو الذي ينظمه القانون" (1).

وتنص المادة (121) فقرة ( أ ) من القانون سالف الذكر علي أن " تعمل النقابات علي تحقيق الأهداف الآتية وفق أحكام هذا القانون. ( أ ) تنظيم ممارسة مهنة المحاماة وضمان حسن أدائها، وفي ضوء ذلك تبذل نقابة المحامين كل الجهد في تحقيق رسالتها في تنظيم ممارسة مهنة المحاماة وفي ضمان حسن أدائها، وذلك من خلال وضع ما يسمي بمدونة السلوك المهني للمحاماة ، ويضعها مجلس النقابة العامة ، وتقرها الجمعية العمومية للنقابة وتنتشر في الوقائع المصرية ، وتكون ملزمة لأعضاء النقابة ، ويترتب علي مخالفتهم لأحكامها انعقاد مسئوليتهم المهنية عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام مدونة السلوك.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: المحاماة رسالة

ودعامة من دعائم تحقيق العدل وائتمان الموكل محاميه علي صون حقوقه ورعاية مصالحه ورد غائلة العدوان عنه مؤداه النزاهة والالتزام بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وفقاً للمادة (62) من قانون المحاماة (2).

وقضت بأن الوكالة في الخصومة أساسها الثقة بالمحامي وحسن الظن به ، وغش المحامي لموكله وتواطئه مع خصمه ، أثره مسئوليته عن الأضرار التي تلحق موكله (3).

هذا الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض المصرية يدل علي الفهم الثاقب لرسالة المحاماة ، والتي يجب أن تمارس بالأمانة والشرف والنزاهة والثقة بين المحامي

---

(1) تأسست نقابة المحامين المصرية في عام 1912 ، ساهمت نقابة المحامين من خلال رموزها في وضع دساتير مصر منذ دستور 1923 وحتى دستور 2014 ، كما ساهم رموز النقابة في وضع الكثير من التشريعات، وتمارس النقابة العامة نشاطها عن طريق الأجهزة الآتية:  
( أ ) الجمعية العمومية: تتكون الجمعية العمومية للنقابة العامة سنوياً من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض والاستئناف ، والابتدائية م (123) من قانون المحاماة ويرأس النقيب اجتماع الجمعية العمومية.

(ب) مجلس النقابة م (123) سالف الذكر ، لمزيد من التفصيل : انظر جمال شحاته : شرح قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم (17) لسنة 1983 والمعدل بالقانون رقم 197 لسنة 2008 والقانون رقم 147 لسنة 2019 ط دار العربية 2021م.

(2) حكم محكمة النقض المصرية : في 2018/3/5 في الطعن رقم 6083 لسنة 81 قضائية ، منشور علي موقع نقابة المحامين المصرية آخر زيارة في 2023/1/4 الساعة 9 مساءً.

(3) الحكم السابق.

وموكله، وأما إذا انسلخ المحامي من كل هذه القيم<sup>(1)</sup> والقواعد القانونية<sup>(2)</sup>. فإنه تتعقد حياله المسؤولية علي حسب المخالفة.

وفي هذا الصدد تنص المادة (62) من قانون المحاماة علي أنه: علي المحامي أن يلتزم في سلوكه المهني والشخصي بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه هذا القانون ، والنظام الداخلي للنقابة ولوائحها، وأداب المحاماة وتقاليدها ، ويضع مجلس النقابة العامة مدونة السلوك المهني للمحاماة ، تقرها الجمعية العمومية للنقابة وتنتشر المدونة ، وكل تعديل لها في الوقائع المصرية وتكون ملزمة لأعضاء النقابة ، ويترتب علي

مخالفتهم لأحكامها ، انعقاد مسئوليتهم المهنية عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام مدونة السلوك<sup>(3)</sup>.

وهنا يأتي دور النقابة العامة للمحامين ، والذي كشف عنه بكل وضوح نص المادة (98) و (99) بقولها: كل محام يخالف أحكام هذا القانون أو النظام الداخلي للنقابة أو يخل بواجبات مهنته أو يقوم بعمل ينال من شرف المهنة أو يتصرف تصرفاً شائناً يحط من قدر المهنة يجازي بإحدى العقوبات الآتية:

(1) الإنذار

(2) اللوم

(3) المنع من مزاوله المهنة

(4) محو الاسم نهائياً من الجدول

---

(1) مازلنا في انتظار مدونة السلوم المهني للمحامين ، وحتى كتابة هذه السطور لم تصدر بعد.  
(2) انظر علي سبيل المثال النصوص القانونية التي تلقي بالواجبات القانونية والأخلاقية والتي يجب علي المحامي الالتزام بها ومنها م (62) ، (63) ، (64) ، (65) ، (66) ، (67) ، (68) وحتى م (80) وكذلك المادة (20) والمادة (98) و (99) و (100).

ولمزيد من التفصيل : انظر جمال شحاتة : شرح قانون المحاماة مرجع سابق ، ط2021 .

(3) أضيفت الفقرة الثانية للمادة (62) بالقانون رقم (147) لسنة 2019م.

ويجب ألا تتجاوز عقوبة المنع من مزاولة المهنة ثلاث سنوات ، ولا يترتب علي محو الاسم نهائياً من الجدول المساس بالمعاش المستحق<sup>(1)</sup>.

فهذا النص واضح في العقوبات ويأتي نص المادة (99) في العقوبة التي ينفرد بها مجلس نقابة المحامين في حالة إخلال المحامي بالأمانة الإجرائية وتعطيله لسير العدالة فتقول:

يجوز لهيئة النقابة العامة لفت نظر المحامي أو توقيع عقوبة الإنذار عليه<sup>(2)</sup>.

ومن هنا نخلص إلي تقرير مسؤولية المحامي الذي يخل بميثاق الشرف والأمانة في ممارسته لمهنته السامية ، لكن نعتقد عدم كفاية هذه العقوبات ونقترح تعديل نص المادة (99) والذي يسمح للنقابة في حالة ثبوت إخلال المحامي بمبدأ الأمانة الإجرائية في المرة الأولى وقفه عن العمل لمدة 6 أشهر وفي حالة التكرار فصله نهائياً مع حقه في المعاش.

### المطلب الثالث

#### جزاء الإخلال بالأمانة الإجرائية

الجزاء هو وصف أو تكييف قانوني للعمل الذي يتم بالمخالفة لنموذج القاعدة القانونية التي تحدد أركان العمل وشروطه<sup>(3)</sup>.

ومعلوم لنا أن الجزاء القانوني يختلف حسب نوع القاعدة القانونية التي خولفت، وعلى حسب درجة جسامه هذه المخالفة<sup>(4)</sup>.

وفي ضوء ذلك: فإن الجزاءات التي يقررها النظام القانوني لمحاربة الإخلال بمبدأ الأمانة الإجرائية، قد تكون جزاءات إجرائية ، وقد تكون جزاءات مالية (تعويض) وقد تكون جزاءات عقابية (غرامة).

وعليه يتم تقسيم هذا المطلب إلي ثلاثة فروع ، وهي:

---

(1) تنص القاعدة الثامنة من مشروع مدونة السلوك المهني للمحاماة في المملكة العربية السعودية علي أنه: يجب علي المحامي التقيد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة علي المستوي الشخصي حتى خارج نطاق مزاويلته لمهنته.

(2) هذه الفقرة استبدلت بالقانون رقم (147) لسنة 2019م ، ولمزيد من التفصيل: جمال شحاته ، المرجع السابق.

(3) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص217.

(4) قرب: سيد أحمد محمود: المرجع السابق.

## الفرع الأول

### الجزاءات الإجرائية

ماهية الجزاء الإجرائي: هو عبارة عن أثر إجرائي يرتبه قانون المرافعات أساساً، وأحياناً القانون المدني في مواجهة الخصم المسئول عن مخالفة قواعده (1)، وهي أحد الجزاءات التي يعرفها النظام القانوني، علاوة عن الجزاء الجنائي والجزاء التأديبي والمدني.

والهدف من فكرة الجزاء الإجرائي يكمن في أن المشرع يحاول التوفيق بين اعتبارين رئيسيين الأول: أن أوامر القانون ونواهيه من النواحي الإجرائية لا تكون مكفولة الاحترام ، إلا إذا كانت مقترنة بجزاء مناسب، والثاني: ترتيب الجزاء علي كل مخالفة إجرائية مهما قلت يؤدي إلي كثرة ضياع الحقوق (2).

والجزاءات التي قررها قانون المرافعات حماية لمبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني ومحاربة كل صور الغش والتعسف الإجرائي والكيد، والكذب والإهمال، قد تكون جزاءات وقائية تهدف إلى منع وتجنب الاستعمال الذي يخالف الأمانة والنزاهة ، وجزاءات علاجية سواء في بداية الخصومة أو أثناء سيرها أو بعد صدور الحكم، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: الجزاءات والتدابير الوقائية:

تهدف الجزاءات والتدابير الوقائية كما سبق وأشرنا إلى تجنب استعمال الإجراء المبني علي مخالفة للأمانة والصدق والنزاهة للحق الإجرائي عن طريق استبعاد هذا الاستعمال منذ البداية، وهي كثيرة نذكر بعض الأمثلة عليها كالتالي:

#### ( أ ) عدم القبول للإجراء:

تنص المادة (3) من قانون المرافعات المصري علي أنه لا يقبل أي طلب لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون.

(1) وجدي راغب وسيد أحمد محمود: قانون المرافعات الكويتي 1994 م ص273.

(2) أحمد هندي: المرافعات 2020 ص497 \_ نبيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ص27، 28 ، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص242.

وهو ما تؤكدُه أيضاً المادة الثانية من قانون المرافعات الكويتي ، وعلى هذا فلو كانت المصلحة غير مشروعة سواء في الطلب أو في الدفع والمعني مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة فيكون الجزاء هو عدم القبول<sup>(1)</sup>.

### (ب) السقوط الإجرائي:

تجنباً للتسويق والمماطلة في إيداء الدفوع حيث يتعمد الخصم عدم استعمالها إلا في آخر لحظة وخصوصاً إذا تعلقَت بالإجراءات ، مما يؤدي إلى ضياع الجهد والنفقات، لذلك حظر المشرع ذلك حيث لا تقبل الطلبات العارضة بعد قفل باب المرافعة (1/89) كويتي<sup>(2)</sup>.

### (ج) عدم الاعتداد بالإجراء:

إذا ألغى الخصم أو قام بتغيير موطنه الأصلي أو الخاص أو المختار، وذلك بعد بدء الخصومة، فإنه يجب أن يخبر خصمه بذلك حتى يعلنه في موطنه الأصلي الجديد وفقاً لمبدأ الأمانة الإجرائية، فإن هو تعمد الإخفاء جاز إعلانه في موطنه القديم حتى يرد عليه قصده السيء م (2/12) مرافعات مصري<sup>(3)</sup>.

كذلك إذا كان الحجز ظاهر البطلان، فلكل ذي مصلحة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة في مواجهة الحاجز الحكم بعدم الاعتداد بالحجز ويزول ما ترتب عليه من آثار م (220) مرافعات كويتي.

وتنص المادة (351) مرافعات مصري على أنه: يجوز لقاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الإجراءات أن يحكم بصفة مستعجلة في مواجهة الحاجز بالأذن للمحجوز عليه في قبض دينه من المحجوز لديه رغم الحجز وذلك في الحالات الأتية:

إذا وقع الحجز بغير سند تنفيذي أو حكم أو أمر.

إذا لم يبلغ الحجز إلى المحجوز عليه في الميعاد المنصوص عليه في المادة (322) أو لم ترفع الدعوي بصحة الحجز في الميعاد المنصوص عليه في المادة (333).

---

(1) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص243، ولمزيد من التفصيل، انظر: إبراهيم النفاوي : الإخلال بالواجب الإجرائي ، المرجع السابق: ص233، ولسيادته: مسئولية الخصم عن الإجراءات ، مرجع سابق ص15 وما بعدها.

(2) إبراهيم النفاوي: ص717 ، سيد محمود: الغش الإجرائي ، ص244.

(3) نبيل عمر: المرافعات 1286 ، ص751 ، سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص249.

إذا كان قد حصل الإيداع والتخصيص طبقاً للمادة (302) (1).

#### ( د ) التنحي الإجرائي:

حفاظاً على أمانة القاضي ونزاهته ، وتجنباً لوقوعه في الغش الذي يخل بحياده ونزاهته يجب عليه في حالات معينة أن يتنح عن نظر الدعوى وإلا كان حكمه باطلاً م (146) مرافعات مصري، ويجوز له في حالات أخرى أن يطلب تنحيه عن نظرها م (150/149) مرافعات مصري(2).

#### ثانياً: الجزاءات العلاجية(3).

يقصد بالجزاءات الإجرائية العلاجية: الجزاءات الإجرائية التي تصيب الخصومة ككل أو بعض اجراءاتها في بدايتها أو أثناء سيرها أو بعد صدور حكم فيها، إذا ما تبين مخالفة الأمانة الإجرائية في مرحلة من هذه المراحل. ونضرب بعض الأمثلة علي ذلك علي النحو التالي:

( أ ) إذا تعمد الخصم رفع دعواه وهو يعلم بقواعد الاختصاص النوعي أمام محكمة غير مختصة أصلاً ليستفيد من قطع التقدم، فإذا ثبت غشه فإن المحكمة تحكم بعدم الاختصاص مع الإحالة ونعتقد عدم استفادته من أثر تقديم المطالبة لأن القاعدة أن الغش يفسد كل شيء.

(ب) في مجال الإثبات، إذا امتنع الخصم الذي ينازع في صحة الورقة من الحضور بنفسه للاستكتاب بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة هذه الورقة ، وإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر مقبول جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات ، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها م (34، 35) إثبات مصري و مادة (1/29) كويتي(4).

---

(1) سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي ، ص2498، 250

(2) أحمد مليجي : التعليق ، م (146 ، 149 ، 150) مرجع سابق.

(3) سيد أحمد محمود ، المرجع السابق ص251 ، ولمزيد من التفصيل حول الجزاء الإجرائي ، انظر: أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات: رسالة دكتوراه ، حقوق الإسكندرية 2003.

(4) سيد أحمد محمود ، المرجع السابق ص255

(ج) شطب الدعوي : الشطب هو استبعاد الدعوي من جدول أو رول القضايا المنظورة أمام المحكمة بحيث لا تحدد جلسة لنظرها<sup>(1)</sup>.

وهو جزء إجرائي عند غياب كل من المدعي والمدعي عليه عن حضور أية جلسة من الجلسات وكانت الدعوي غير صالحة للحكم.

( د ) التماس إعادة النظر : من الأمور الواضحة و التي تحارب مخالفة مبدأ الأمانة الإجرائية بكل صور المخالفة كالغش و الكذب و التزوير... الخ

هذا الطعن بالتماس إعادة النظر بعد صدور الحكم ، و هو تجسيد لمخالفة واجب الكشف عن الحقيقة و الذي يعد من الأركان الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الأمانة الإجرائية ، والأثر الهام لقبول التماس إعادة النظر هو الغاء الحكم المطعون فيه<sup>(2)</sup>.

( و ) عدم الجواز التمسك بالبطلان

القاعدة أنه لا يجوز لمن تسبب في البطلان غير المتعلق بالنظام العام أن يتمسك به وفقاً للمادة (2/21) مرافعات<sup>(3)</sup>.

معني ذلك، أنه ليس لمن كان سبباً في بطلان العمل الإجرائي أن يتمسك ببطلانه، سواء كان هو الذي تسبب فيه بنفسه أو كان الذي تسبب فيه شخص يعمل باسمه كالمحامي، أو المحضر، أو النائب القانوني أو النائب الاتفاقي<sup>(4)</sup>.

هذا ولقد أوضحت المذكرة الايضاحية لنص المادة (2/21) أنه لا يشترط أن يقع من الشخص غش أو خطأ، وأن يكون فعله هو السبب الرئيسي أو الوحيد أو المباشر، وإنما

---

(1) الأنصاري النيداني: قانون المرافعات 2020 م وزارة التربية والتعليم ص43.

(2) إبراهيم أمين النفيراوي: الاخلال بالواجب الاجرائي، مرجع سابق ص273 ، ولمزيد من التفصيل انظر أحمد مليجي، التعليق مرجع سابق.

(3) تنص المادة (21) مرافعات علي أنه: لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته.

ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام.

(4) فتحي والي: نظرية البطلان ص506،505 بند 274 وانظر نقض: 1981/12/6م في الطعن رقم 930 لسنة 44 لدي/ أحمد مليجي التعليق جزء أول ص696

يكفي أن تقوم بين عمله وبين العيب الذي لحق الاجراء رابطة سببية، وهي تقوم إذا كان العمل لازماً لوجود العيب فتتوافر من ثم الرابطة<sup>(1)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضي إذا كان المعلن إليه قد قام بتغيير عنوانه - موطنه - دون اخطار طالب الإعلان، ولم يستطع طالب الإعلان أن يستدل علي موطنه الصحيح إلا بعد فوات الأوان الذي حدده القانون لاتخاذ الاجراء، فإنه لا يجوز للمعلن اليه التمسك ببطلان الاجراء - لاتخاذده بعد الميعاد - إذ أنه هو الذي تسبب في هذا البطلان<sup>(2)</sup>.

(ن) وضع قيود معينة علي ممارسة بعض الحقوق الاجرائية

وضع المشرح قيوداً معينة علي ممارسة بعض الحقوق الاجرائية بغرض تجنب عرقلة سير الاجراءات، مما يترتب عليه الإضرار بالخصم وبصرح العدالة، ومن ذلك مثلاً ما جاء في المواد (123-125) مرافعات والتي جاء فيها : لا تقبل الطلبات العارضة وطلبات التدخل إلا اذا كانت مرتبطة بالطلب الأصلي، وقدمت قبل قفل باب المرافعة<sup>(3)</sup>. وكذلك مثال آخر: لا يجوز مخاصمة القاضي إلا وفقاً للحالات الواردة في المادة (494) مرافعات، والتي من بينها ارتكابه غشاً أو تدليساً أو غدراً أو خطأ مهنيّاً جسيماً<sup>(4)</sup>. كذلك لا يجوز رد القاضي إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة (148) مرافعات، كل ما سبق يدل بوضوح علي عناية المشرع بالأمانة الاجرائية، وسد أبواب الكيد والتعنّت أمام العابثين.

وفي ضوء ذلك نجد كذلك اشكالات التنفيذ، والتي تمثل المرتع الخصب لمماظلة وغش وكيد المنفذ ضده، بقصد تعطيل فاعلية الأحكام، وعرقلة التنفيذ، مستغلاً الأثر الواقف

---

(1) انظر المذكرة الايضاحية للمادة (21) مرافعات وانظر: فتحي والي الوسيط مرجع سابق ص411،410 بند 251 - أحمد صاوي: الوسيط مرجع سابق ص470.

(2) حكم نقض في: 1983/12/5م في الطعن رقم 82 لسنة 58 قضائية، لدي أحمد مليجي، التعليق جزء أول ص702 ويشير هذا الحكم إلي أنه يجب التمسك بالبطلان قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق فيه.

(3) قرب سيد محمود: المرجع السابق ص274 - ابراهيم النفاوي، مسئولية الخصم عن الاجراءات، مرجع سابق ص721 وما بعدها.

وانظر بخصوص شروط وضوابط تقديم الطلبات العارضة في القضاء والتحكيم

مصطفى سلامة: النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية رسالة دكتوراه حقوق اسكندرية 2021م.

(4) انظر ما تنص عليه المادة (494) والمادة (148) مرافعات.

للإشكال، لذا نجد المشرع عالج هذا، وجعل أثر الوقف لا يترتب الا علي تقديم الاشكال الأول<sup>(1)</sup>. كذلك دعوي استرداد المنقولات المحجوزة التي ترفع من الغير الذي يدعي ملكيتها ، طالباً إلغاء الحجز فلها أثر قانوني هام، وهو أن رفعها يؤدي إلي وقف اجراءات التنفيذ م (393) مرافعات، لذا ففيد المشرع ممارستها بقيود خاصة جاءت في المادة (394) مرافعات<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### الجزاءات المالية (التعويض)

يحقق الحكم بالتعويض الغاية التي تهدف المسؤولية المدنية إلى إدراكها، وهي جبر الأضرار التي أصابت الخصم أو الضحية، ولكن تحقيق ذلك يحتاج إلى فعل من الأفعال التي يرتب القانون عليها الحكم بالتعويض، وأن يكون الضرر مترتباً على هذا الفعل، أي توافر رابطة السببية بينهما. معني ذلك: أن الضرر ركن من أركان المسؤولية وبدونه لا يجوز الحكم بالتعويض حتى ولو نسب

إلي الفاعل أحد الأفعال المنشئة للمسؤولية<sup>(3)</sup>.

وفى ضوء ما تقدم نعرض للجزاء المالي (التعويض) من خلال الوقوف علي النقاط الأتية:

**أولاً: النصوص التشريعية المجيزة الحكم بالتعويض.**

تجيز بعض التشريعات الإجرائية التعويض في حالة الاستعمال الكيدي أو بسوء نية للحق الإجرائي، و على هذا فيجوز الحكم بالتعويض في مقابل النفقات الناشئة عن

---

(1) سيد محمود: ص248 – وانظر عبد الحميد الشواربي: اشكالات التنفيذ المدنية والجنائية ط2022 مرجع سابق – وجدي شفيق: اشكالات التنفيذ ط2014 مرجع سابق.

(2) للمزيد حول دعوي استرداد المنقولات المحجوزة، انظر: حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري، مرجع سابق – فتحي والي: التنفيذ الجبري ط 2020.

(3) إبراهيم النفاوي: المرجع السابق ص343 \_ محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ص373.

دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، و ذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (188) من قانون المرافعات المصري<sup>(1)</sup>.

وبالاستقراء وجدت نصوص أخرى في قانون المرافعات الحالي المصري تجيز الحكم بالتعويض دون قيد، عند مخالفة الأمانة الإجرائية مثل نص المادة (270 / 2) والخاص بالطعن أمام محكمة النقض والتي جاء فيها: إذا رأت المحكمة أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم بالتعويض للمدعي عليه في الطعن.

وبالنسبة للتشريعات الإجرائية المقارنة نجد أنه: وفقاً للمادة (92) من قانون المرافعات الإيطالي يجوز الحكم بالتعويض عن اخلال الخصم بمبدأ الأمانة والنزاهة<sup>(2)</sup>.

وفى التشريع الفرنسي تجيز المادة (1/32) من قانون المرافعات الحكم بالتعويض في حالة التعسف في استعمال الحق الاجرائي ، وكذلك المادة (118) و (132) والمادتين (559) و (581) الخاصتين باستعمال التعسف في الطعن<sup>(3)</sup>.

وكذلك التشريع الألماني في المادة (832) مدني والمادة (826) ، والتي تنص علي الحكم بالتعويض في حالة الإضرار العمدى بالغير علي عكس ما تقتضيه قواعد الأخلاق<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: ضرورة تحقق الضرر

الضرر يقصد به: الأذى الذي يصيب المضرور ويؤدي إلي المساس بحق له أو مصلحة مشروعة ، وقد يكون الضرر أدبياً أو مادياً<sup>(5)</sup>.

(1) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص375، 376.

(2) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ، مرجع سابق ص232.

إبراهيم النفاوي: مسئولية الخصم عن الاجراءات ، مرجع سابق ، ص884.

(1) Amandine Assailit: la bonne foiet la gaule contractuelle, master pratiques juridiques et judiciaires 2006- 2007 Nîmes p 512.

(4) سيد أحمد محمود : الغش الإجرائي ص231.

(5) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، مرجع سابق ص374.

والضرر المادي في نطاق القانوني الإجرائي يتمثل في: نفقات الخصومة على اختلاف أنواعها، كالرسوم القضائية اللازمة لرفع الدعوي ورسوم الدمغة والنفقات اللازمة لإجراءات التحقيق (1). وأتعاب المحامين، ونفقات الانتقال والإقامة في مقر المحكمة وغيرها (2).

والضرر المادي في النطاق الإجرائي، يشمل كذلك الضرر الذي يصيب الخصم من جراء ضياع وقته وجهده، ولا يقف عند هذا الحد، وإنما يشمل الأضرار التي تترتب على حرمان الخصم من موارده لفترة طويلة، والأضرار التي تترتب على الارتباك المالي الناشئ عن الخصومة، وما يترتب من تأخير الوفاء بالدين (3).

وفي ضوء ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "متى كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قضي للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الدعاوي الكيدية التي رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الأخير استنفذ من وقت المطعون عليه ومجهوده الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه" (4).

وأما الضرر الأدبي في النطاق الاجرائي، فيتمثل في الدعاوي التي تؤدي إلى المساس بالشرف والاعتبار، ومثال ذلك الدعاوي التي ترفع على المحامين \_ كذلك دعاوي الإفلاس (5). وكذلك الدعاوي التي ترفع على الطبيب والموظف القضائي بقصد النيل من سمعته وشرفه.

معني ذلك أنه: يشترط تحقق الضرر لإمكان رفع دعوي بالتعويض سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً على النحو السالف ذكره.

---

(1) مثل نفقات الشهود وأتعاب الخبراء لمزيد انظر \_ سيد أحمد محمود ص227-محمود الهجرسي المرجع السابق ص374.

(2) مثل نفقة كتابة المذكرات والمطبوعات والمستندات، المرجع السابق ص228.

(3) سيد أحمد محمود: الإشارة السابقة.

(4) نقض مصري: 1952/4/3م مجموعة الأحكام مشار إليه لدي/ إبراهيم النفاوي: مسؤولية الخصم مرجع سابق ص823.

(5) إبراهيم النفاوي: المرجع السابق ص874 – سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص228 – الهجرسي: المرجع السابق، ص375.

وتطبيقاً لذلك قضي اعمالاً لما تقدم بمسئولية الدائن بتعويض الضرر المادي الأدبي الذي لحق خصمه من جراء توقيع الحجز علي منقولات لا يملكها مدينه<sup>(1)</sup>.

كما حكم بإلزام المستأنف بالتعويض لرفعه استثناءً غير مبني علي اعتبارات جدية، هذا فضلاً عن أن حكم محكمة الدرجة الأولى قد جاء واضحاً في تحديد وتقدير حقوق كل خصم<sup>(2)</sup>.

وتجيز المادة (188) مرافعات للمحكمة أن تحكم بالتعويضات في مقابل كل النفقات الناشئة عن توجيه دعوي أو دفاع كيدي، فتقدر المصاريف في هذا الصدد علي أساس كل النفقات الفعلية التي تحملها الخصم ويشترط للحكم بها عليه، أن يكون القصد من توجيه الدعوي أو الدفاع هو مجرد الإضرار بالخصم أو التتكيل به ومشاكسته وهذا هو الانتهاك الصارخ للأمانة الاجرائية أمام القضاء المدني<sup>(3)</sup>.

ويثور التساؤل هنا عن كيفية تقدير الكيد وسوء النية؟

للإجابة نقول: أمر تقدير الكيد متروك لمطلق تقدير المحكمة تستنتج من ظروف كل قضية، فإذا كان للخصم ذريعة تبرر دعواه، أو إنكاره أو كان له شبهة علي الأقل تسوغ مسلكه فلا مؤاخذه عليه<sup>(4)</sup>.

---

(1) استئناف مختلط: جلسة 1939/6/13م مجلس التشريع والقضاء السنة 51 ص37 – لدي أحمد مليجي: التعليق جزء ثالث ص1120.

نشير هنا إلي أن التشريعات الأوروبية تجيز الحكم بالتعويض في حالة التعسف والكيد ومخالفة الأمانة الاجرائية مثل م(1/32) مرافعات فرنسي والمادة (823) مرافعات ألماني والمادة (87) و (302) مرافعات النمسا ولمزيد من التفصيل انظر: سيد محمود: الغش الاجرائي ص231 وما بعدها.

(2) استئناف مختلط: في 1930/12/2م السنة 43 ص57، وانظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا في 1952/4/10م مجموع أحكام الإدارية العليا السنة 3 ص916، وحكم محكمة القضاء الإداري في 1954/11/7م السنة 9 ص10، لدي: أحمد مليجي: الإشارة السابقة.

(3) كذلك في الحجز التحفظي م(324) مرافعات جاء فيها، اذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه جاز الحكم علي الحاجز بغرامة لا تجاوز ثمانمائة جنيهاً فضلاً عن التعويضات للمحجوز عليه.

زيدت الغرامة للمثل بالقانون رقم (18) لسنة 1999م ثم وضعت بالقانون رقم (76) لسنة 2007 م. وانظر كذلك ما تنص عليه م (484) مرافعات في حالة بطلان اجراءات التوزيع يجوز الحكم بالتعويضات. انظر رمزي سيف ص591، 594 – فتحي والي: بند 359 – أحمد أبو الوفا: اجراءات التنفيذ: ص868.

(4) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص151، 152.

وتطبيقاً لذلك قضي بأن: العبرة في تحديد نطاق الدفاع في الدعوي وما يعد تجاوزاً له بموضوع الخصومة المطروحة، وما يستلزمه اقتضاء الحقوق المدعي بها أو دفعها هو أمر مستقل بتقديره قاضي الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متي أقام قضاءه علي أسباب سائغة<sup>(1)</sup>. وتجدر الإشارة هنا إلي أنه المحكمة تستند عند تقديرها للكيد أو التعسف إلي نص المادة (5) من القانون المدني التي تتولي سرد حالات سوء استعمال الحق، والتي يتعين بسط تطبيقها علي كل فروع القانون<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء ذلك قضي بأن: حق الانتجاع إلي القضاء، وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة هذا الحق<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: المحكمة المختصة بالتعويض

لم يتعرض المشرع المصري لهذه المسألة، خلافاً للمشرع الكويتي الذي كان صريحاً في تحويل المحكمة التي كانت مختصة بنظر الدعوي الأصلية بنظر دعوي

---

(1) حكم نقض: جلسة 1983/3/24م في الطعن رقم 461 لسنة 48 قضائية لدي/ أحمد مليجي ص 1127 جزء ثالث.

وفي ذات المعني انظر حكم نقض: في 1959/10/15م مجموعة المكتب الفني السنة العاشرة. ص574.

(2) تنص المادة الخامسة من القانون المدني علي أن: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الأتية:-

(أ) إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.  
(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة.

(3) حكم نقض في: 1996/1/9م في الطعن رقم 10059 لسنة 64 قضائية. لدي/ محمد كمال عبدالعزيز: التقنين المدني، مرجع سابق ص254.

التعويض ،على أساس أنه يعتبر اختصاص تبعي مطلق<sup>(1)</sup>. ونحن نؤيد ما ذهب إليه جمهور الفقه من اختصاص المحكمة صاحبة الاختصاص بنظر دعوي التعويض.

---

(1) لمزيد من التفصيل: انظر الهجرسي: ص378 – سيد أحمد محمود: ص235، وما بعدها.

## الفرع الثالث

### الجزاءات العقابية (الغرامة)

#### • ماهية الغرامة:

يقصد بالغرامة الجزاء المالي الذي يقدم للخزانة العامة تعويضاً عن الضرر الذي أصاب المجتمع من جراء المشاغبة والكيد وعدم الأمانة لدى المتقاضين بهدف ردعهم<sup>(1)</sup>. وبالتالي يشترط للحكم بالغرامة أن يتحقق ضرر معين يستوجب المسؤولية، ولا يقضي بها إلا بمناسبة الدعوى المنظورة ومع الحكم الذي يفصل في موضوعها<sup>(2)</sup>.

#### • الهدف من الغرامة:

لا شك أن الغرض والهدف من فرض الغرامة، هو مقاومة الاستخدام التعسفي للحقوق الإجرائية، وفرض جزاء على المتقاضين أصحاب النوايا السيئة، ووضع العقوبات أمام الطلبات التسوية لتحقيق أعلى قدر من الجدية في طرح الدعوى علي القضاء بهدف المحافظة على حسن سير العدالة وعدم تعطيل الفصل في الدعوى هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، تستهدف الغرامة لفت أنظار الخصوم وغيرهم من موظفي المحاكم إلى مراعاة إجراءات التقاضي وعدم الاعتداء عليها على نحو يؤثر على انتظام الإجراءات وحسن سيرها، ولهذا فإن فرض الغرامة يستهدف تحقيق المصلحة العامة<sup>(3)</sup>.

#### • التنظيم القانوني الاجرائي للغرامة:

- تبني المشرع المصري منذ وقت مبكر القاعدة التي تجيز الحكم بالغرامة عند الاستعمال التعسفي للحقوق الإجرائية، أو عند الالتجاء الى اتخاذ الإجراءات القضائية بسوء نية مما يعد انتهاكاً لمبدأ الأمانة الإجرائية، وقد ورد الحكم بالغرامة في الفقرة الثانية من المادة (188) مرافعات مصري والتي جاء فيها: ومع عدم الاخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيهاً، ولا يتجاوز أربعمئة جنيهاً علي الخصم الذي اتخذ إجراء أو أبدي طلباً أو دفاعاً أو دفعاً بسوء نية.

(1) أنور طلبية: موسوعة المرافعات مرجع سابق جزء ثالث ص512 – سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي مرجع سابق ص237 – محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ص379.

(2) فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسره العقدية، مرجع سابق ص63.

(3) إبراهيم النفيراوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص414، محمود الهجرسي ص380، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص238.

ولكن تجدر الإشارة هنا إلي أن المشرع المصري بالنسبة للغرامة ميز بين حالتين.

الأولي: أجاز فيها الحكم بالغرامة ، والنص جعل الحكم بالغرامة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ، وذلك مثل ما جاء في المادة (2/188) مرافعات والمادة (315) مرافعات عند خسارة المستشكل دعواه، وكذلك ما جاء في المادة (324) مرافعات عند إلغاء الحجز التحفظي أو إلغائه لانعدام أساسه ، وكذلك المادة (397) مرافعات عند خسارة المسترد لدعواه في دعوي استرداد المنقولات المحجوزة<sup>(1)</sup>.

الثانية: جعل الحكم بالغرامة لازماً وحتماً في عدد من الحالات ، والمعني تحكم المحكمة بالغرامة وجوباً دون أن تكون لها سلطة تقديرية، وذلك مثل ما نصت عليه المادة (246) مرافعات عند الحكم برفض التماس إعادة النظر. وكذلك ما نصت عليه المادة (499) مرافعات عند الحكم بعدم جواز المخاصمة أو رفضها ، وكذلك ما نصت عليه المادة (270) مرافعات عند الحكم بعدم قبول الطعن<sup>(2)</sup>.

#### • طبيعة الغرامة الإجرائية

يتجه الفقه الراجح إلي القول بأن الغرامة الإجرائية لها طبيعة الجزاء المدني، وتتلخص هذه الفكرة في أن الغرامة يفرضها القانون الإجرائي علي الخصوم نتيجة لمخالفة الواجبات الإجرائية، والتي منها الأمانة أو عند التعسف في استعمال الحق، حيث تهدف إلي ردع روح المشاغبة والكيد ومنع تعطيل سير العدالة<sup>(3)</sup>.

---

(1) محمود الهجرسي: الأمانة الإجرائية ، المرجع السابق ص380، 381 ، ولمزيد من التفصيل انظر: إبراهيم النيفاوي : الإخلال بالواجب الإجرائي ص414 وما بعدها، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص238 وما بعدها.

(2) لمزيد من الأمثلة حول الغرامة الوجوبية الإجرائية ، انظر: سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص231، الهجرسي: الأمانة الإجرائية ص382

(3) إبراهيم النيفاوي : المرجع السابق ص416 وما بعدها ، الهجرسي: المرجع السابق ص383.

## الخاتمة

وها قد وصلت رحلة البحث إلى منتهاها – بتوفيق الله وفضله – بعد أن مرت بالعديد من المحطات حاول خلالها الباحث بيان رؤية جديدة لهذا المبدأ القديم الحديث، ألا وهو مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني.

ولقد تناولت هذا الموضوع من خلال فصلين رئيسيين: الأول بعنوان مفهوم الأمانة الإجرائية وقواعدها دراسة تحليلية وتم العرض في هذا الفصل لمفهوم الأمانة الإجرائية وأهم خصائصها وتمييزها عما يشبهها من أفكار، كذلك تم العرض والشرح للقواعد والأسس التي بني عليها مبدأ الأمانة الإجرائية من واجب الكشف عن الحقيقة والصدق، ومبدأ المواجهة، والمساواة الإجرائية، وعدم التناقض الاجرائي ومبدأ حيده القاضي وحياده.

وأما الفصل الثاني، فكان تحت عنوان نطاق الأمانة الإجرائية وجزاء مخالفتها دراسة تطبيقية، وتم العرض فيه لنطاق ومجال الأمانة الإجرائية في مرحلة التقاضي وفي مرحلة التنفيذ، ثم تعرضت فيه لأهم صور الإخلال بهذا المبدأ، وأخيراً عرضنا لجزاء مخالفة هذا المبدأ سواء بالنسبة للخصوم أو للقاضي وأعوانه.

وقد توصل الباحث من خلال ذلك إلى مجموعة من النتائج، كما توصل إلى مجموعة من الاقتراحات والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

(1) علي الرغم من أن مبدأ الأمانة الإجرائية غير مقنن صراحة في قانون المرافعات المصري والمقارن، إلا القليل منها إلا أنه مبدأ مفترض بالضرورة دون حاجة إلى نص مباشر، ومع ذلك فقد حرصت بعض القوانين على النص عليه صراحة مثل المادة (88) من قانون المرافعات الإيطالي، حيث أوجب المشرع الإيطالي على الخصوم ومحاميهم أن يسلكوا في الخصومة مسلك النزاهة والإخلاص وأن يراعوا الأمانة في التقاضي.

(2) بالنسبة لقانون المرافعات المصري الحالي رقم (13) 1967م وتعديلاته، فإنه لم يرد فيه نص صريح ومباشر يتعلق بمبدأ الأمانة الإجرائية، إلا أنه يوجد فيه العديد من النصوص التي تؤكد على هذا المبدأ، ومن هذه النصوص علي سبيل المثال: المادة (12) والمادة (14) والمادة (188) والمادة (21) والمادة (97) والمادة (65) والمادة (107) والمادة (146-150) والمادة (228).

(3) كذلك نجد المشرع في قانون الإثبات المصري أوجب على الموظفين والمكلفين بخدمة عامة مراعاة الأمانة بعدم الشهادة ولو بعد تركهم العمل م (67) إثبات، كذلك اعتمد المشرع على مبدأ الأمانة عند اعتماده على أداء اليمين الحاسمة في المادة (114) إثبات. كذلك في أعمال الخبرة أوجب المشرع على الخبير مراعاة الأمانة، ومن ثم إذا تخلي عنها جاز رده وفقاً لنص المادة (141).

(4) مبدأ الأمانة الإجرائية مفترض وضروري بالنسبة لكل من له صلة بالعمل الاجرائي، فيشمل، الخصوم – المدعي والمدعي عليه- والغير سواء كان مدخلاً أو متدخلاً، كذلك يشمل القاضي وأعوانه من المحامين، والموظفين بالمحاكم، والمترجمين، والخبراء، وحتى الشهود وقد عرضنا لجزاء مخالفة أيّ من هؤلاء لمبدأ الأمانة الإجرائية.

(5) كذلك توصل الباحث إلى أن الأمانة الإجرائية تقوم على مجموعة من الأسس مجتمعة تعتبر لبنات في هذا الصرح الشامخ، كواجب الكشف عن الحقيقة، والصدق، والمواجهة، والمساواة، وعدم التناقض في الأقوال والأفعال، وحياد القاضي وحيدته.

(6) مبدأ الأمانة الإجرائية، يرد على جميع إجراءات التقاضي والتنفيذ أمام القضاء المدني.

(7) تبدو أهمية مبدأ الأمانة الإجرائية في الجزاءات التي تترتب علي مخالفته فهي تتنوع إلي جزاءات إجرائية مثل عدم القبول، وعدم الاعتداد بالإجراء، والسقوط، والشطب والتتحي... إلخ ، وجزاءات مالية (التعويض)، حيث يجوز لمن وقع عليه غش أو كيد أو تعسف اجرائي أصابه بضرر أن يرفع دعوي تعويض، وأخيراً جزاءات عقابية تتمثل في جزاء الغرامة.

## ثانياً: التوصيات:

(1) ضرورة تطبيق مبدأ الأمانة الإجرائية في كل الدعاوي أمام كل المحاكم على اختلاف أنواعها وتشكيلاتها أمام القضاء المدني، والبعد عن مخالفة الأمانة وعدم اللجوء إلى الغش والكيد والتعسف في استعمال الحق الاجرائي سواء بالنسبة للخصوم، ووكلائهم أو القاضي وأعوانه، إذ كل ذلك يؤدي إلي حسن سير العدالة وانتظامها، مما يترتب عليه القضاء على ظاهرة بطء التقاضي.

(2) ضرورة الاعتراف الصريح والمباشر من قبل المشرع المصري في قانون المرافعات بمبدأ الأمانة الإجرائية مثل المشرع الإيطالي، وغيره.

(3) نقترح إضافة نص إلى قانون المرافعات المصري يقضي بوجوب تطبيق مبدأ الأمانة الاجرائية لكل القائمين بالعمل الاجرائي وذلك على النحو التالي: "يجب على الخصوم ووكلائهم مراعاة مبدأ الأمانة الإجرائية في كافة إجراءات التقاضي والتنفيذ.

وفى حالة مخالفة مبدأ الأمانة الإجرائية بالنسبة للخصوم ووكلائهم يكون العمل باطلاً، ويجوز المطالبة بتعويض مناسب، كما يجوز للمحكمة توقيع غرامة لا تقل عن 10 آلاف جنيهاً ولا تزيد عن 50 ألف جنيهاً.

وفى حالة ثبوت مخالفة مبدأ الأمانة الإجرائية بالنسبة للقاضي وأعوانه يحال المخالف للتأديب مع بطلان العمل الاجرائي، ويحق للطرف المضرور المطالبة بتعويض مناسب.

(4) ضرورة اهتمام جانب من الفقه بموضوع الأمانة الإجرائية، وافراد مؤلفات خاصة به تتناوله من حيث مفهومه وقواعده، وصور مخالفته، والجزاء المترتب علي المخالفة .

(5) ضرورة الوقوف علي كل الصور التي تعد مخالفة لمبدأ الأمانة الإجرائية، ووضع جزاء صريح ومباشر من قبل المشرع المصري في قانون المرافعات، وليس كما هو معمول به الآن بصورة ضمنية، ولبعض صور المخالفات فقط، مع ضرورة النص على اسناد الاختصاص بالتعويض الاجرائي للمحكمة المختصة بنظر النزاع كما فعل المشرع الكويتي في المادة (122) من قانون المرافعات.

وبذلك تكون الدراسة قد أنجزت - بفضل الله وتوفيقه - ويأمل الباحث أن يكون قد ساهم بقدر ضئيل في دراسة مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله على سيدنا محمد خير البريات ،وعلى اله وصحبه اجمعين.

## الملخص عربي

الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني تعني: السلوك الذي يعبر عن الصدق والنزاهة والاستقامة في كل ما يقوم به الخصوم، ووكلائهم، وكذلك المحامي، والقاضي وأعوانه، وكذلك الغير المتدخل او المدخل في الخصومة بغير كيد أو تعسف أو خديعة.

ومبدأ الأمانة الإجرائية هو مبدأ مفترض في كل المراحل التي تمر بها الدعوي أمام القضاء المدني، وكذلك مرحلة الحكم والطعن فيه وكذلك مرحلة التنفيذ. وتناولت هذا البحث من خلال فصلين:

الفصل الأول: مفهوم الأمانة الاجرائية وقواعدها دراسة تحليلية، وتناولت في المبحث الأول مفهوم الأمانة الاجرائية وتمييزها عن غيرها من الافكار المشابهة . وعرضنا لموقف المشرع المصري والفرنسي منها.

والمبحث الثاني عرضت فيه لأهم القواعد العامة التي تقوم عليها الأمانة الاجرائية من واجب الصدق، والكشف عن الحقيقة، وعدم التناقض، وضرورة المواجهة، والتزام القاضي الحياد والحيده.

الفصل الثاني: نطاق الأمانة الاجرائية وجزاء مخالفتها دراسة تطبيقية، وتناولت في المبحث الأول منه نطاق الأمانة الإجرائية في مرحلة التقاضي وفي مرحلة التنفيذ.

والمبحث الثاني تناولت فيه صور الاخلال بالأمانة الاجرائية مثل الغش الاجرائي، والتعسف الاجرائي، والتناقض الاجرائي وعدم الحيده والتلاعب في الاعلان القضائي وتعطيل سير العدالة.

ثم تناولت الجزاء المترتب علي الاخلال بالأمانة الإجرائية، وهي تنوعت الي جزاءات إجرائية ومالية وعقابية ، ثم كانت الخاتمة واشتملت علي أهم التوصيات والنتائج.

## Summary

Procedural honesty before the civil judiciary means: behavior that expresses honesty, integrity and integrity in all that the litigants and their agents do, as well as the lawyer, the judge and his assistants, as well as others who interfere or enter into the litigation without malice, abuse or deception.

The principle of procedural honesty is a presumed principle in all the stages that the lawsuit goes through before the civil judiciary, as well as the stage of judgment and appeal, as well as the stage of implementation. This research is covered in two chapters:

Chapter One: The concept of procedural honesty and its rules is an analytical study. In the first section, I dealt with the concept of procedural honesty and its distinction from other similar ideas. We presented the position of the Egyptian and French legislators.

The second topic, in which I presented the most important general rules upon which procedural honesty is based, from the duty of honesty, disclosure of truth, non-contradiction, the necessity of confrontation, and the judge's commitment to impartiality and impartiality.

Chapter Two: The scope of the procedural secretariat and the penalty for violating it. In the first section, I dealt with the scope of the procedural secretariat in the litigation stage and in the implementation stage.

The second topic dealt with the forms of breach of procedural honesty such as procedural fraud, procedural arbitrariness, procedural contradiction, lack of impartiality, manipulation of judicial declaration and obstruction of the course of justice.

Then it dealt with the penalty for breach of procedural honesty, which varied into procedural, financial and punitive penalties, and

then the conclusion and included the most important recommendations and results.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العامة

- 1- أحمد أبو الوفا: التعليق علي قانون المرافعات. ط دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية 2007م
- 2- أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات. ط دار النهضة العربية. القاهرة 2000م
- 3- إبراهيم أمين النفاوي: مبادئ الخصومة المدنية. ط دار النهضة العربية 2004م .
- 4- أحمد مليجي: التعليق علي قانون المرافعات. ط نادي القضاة بدون سنة نشر.
- 5- أحمد هندي: قانون المرافعات. ط . دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2020م.
- 6- احمد هندي :قواعد التنفيذ الجبري. ط . دار الجامعة الجديدة. 2019م .
- 7- أحمد هندي: التحكيم دراسة اجرائية. ط دار الجامعة الجديدة. 2019م.
- 8- أحمد هندي: فتور همة الخصوم. ط 1991م.
- 9- الأنصاري حسن النيداني: مبادئ قانون المرافعات، ط وزارة التربية التعليم بمصر 2020م.
- 10- الدناصوري وعكاز: التعليق علي قانون المرافعات ط. 1998م .
- 11- ابراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الجزء الثاني 1980م بدون ناشر.
- 12- أنور طلبية: المطول في شرح القانون المرافعات ط 2018.
- 13- أمينة النمر: قوانين المرافعات ، ط منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- 14- أحمد مسلم: أصول المرافعات ط دار الفكر العربي 1979م.
- 15- أحمد ماهر زغلول: الموجز في أصول وقواعد المرافعات الكتاب الأول. ط 1991م.
- 16- أحمد إبراهيم حسن، ورضا عبد السلام الجابري: تاريخ القانون المصري في العصرين البطلمي والاسلامي ط جامعة الاسكندرية 1991م.
- 17- حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: المرافعات ط. الكتاب الجامعي. 2011م.
- 18- حامد أبو طالب وحسام مهني صادق: التنفيذ الجبري ط . الكتاب الجامعي 2012م.
- 19- حسام الأهواني: أصول القانون ط 1988م بدون ناشر.
- 20- سيد أحمد محمود: القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات ،ط. دار النهضة العربية 2000م.
- 21- طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ط . دار الجامعة الجديدة اسكندرية 2019م.

- 22- طلعت دويدار: ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ط . دار الجامعة الجديدة 2019م.
- 23- طلعت دويدار: سقوط الخصومة . ط 1991م.
- 24- عبد العزيز بديوي: بحوث في قانون المرافعات. ط 1990م
- 25- عزمي عبد الفتاح: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي ط . أولي مؤسسة الكتاب الكويت.
- 26- عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة ط . دار النهضة العربية 1992م.
- 27- علي قراعة: الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ط . 1921م بدون ناشر.
- 28- عبد المنعم حسني: المدونة الذهبية ط أولي 1984م
- 29- عيد القصاص: قانون التحكيم ط . أولي 2015م بدون ناشر.
- 30- عيد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة. ط . دار النهضة العربية 2010م.
- 31- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ط . دار النهضة العربية 2001م
- 32- فتحي والي: التحكيم علماً وعملاً ط . منشأة العارف 2014م
- 33- فتحي والي وأحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات ط 1997.
- 34- فتحي والي: التنفيذ الجبري ط 2020
- 35- محمد العشماوي وعبد الوهاب: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ط . 2 المطبعة النموذجية 1958م.
- 36- محمد نور شحاتة: الوسيط في قانون المرافعات ط . 2007م.
- 37- محمود مصطفى يونس: الحماية الاجرائية لحقوق الانسان في القانون القضائي ط . دار النهضة العربية 2004م
- 38- محمود مصطفى يونس: المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري ، ط 2022 ، دار الأهرام.
- 39- محمد سليم العوا: قانون التحكيم في مصر والدول العربية. ط . المركز العربي للتحكيم 2014م.
- 40- محمود هاشم: قانون القضاء المدني. ط. 1991م
- 41- محمود هاشم: قواعد التنفيذ الجبري واجراءاته في قانون المرافعات. 1991م
- 42- محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي. ط 2012م.
- 43- محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني ط 2003م بدون ناشر.

- 44- محمد عزمي عبد الفتاح: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي. ط دار النهضة العربية 1990م.
- 45- نبيل عمر: المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة 2011م.
- 46- نبيل عمر: الحكم القضائي ط . 2005م.
- 47- نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ط . 1998م.
- 48- وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني . ط دار النهضة العربية 2004م.
- ثانياً: المراجع المتخصصة**
- 49- أحمد خليفة شرقاوي: الأمانة الاجرائية في التقاضي ط . دار الوفاء اسكندرية 2018م.
- 50- أحمد خليفة شرقاوي: العدالة الاجرائية ط . 2014م دار الوفاء.
- 51- أحمد سيد محمود: الاستوبل الاجرائي ( مبدأ عدم التناقض الاجرائي) في قانون المرافعات ط دار النهضة العربية 2016م.
- 52- أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الاجرائي. ط دار النهضة العربية 2006م.
- 53- أحمد صدقي محمود: المدعي عليه وظاهرة بطء التقاضي . ط دار النهضة العربية ، 1999م.
- 54- ابراهيم أمين النفاوي: الاخلال بالواجب الاجرائي. دار النهضة 2011م.
- 55- ابراهيم أمين النفاوي: انعكاسات القواعد الاجرائية علي أداء العدالة. دار النهضة العربية 2000م.
- 56- ابراهيم النفاوي: التعسف في التقاضي ط دار النهضة العربية 2006م.
- 57- أحمد هندي: فتور همة الخصوم. ط 1991م.
- 58- سيد أحمد محمود: الغش الاجرائي ط دار الفكر والقانون المنصورة 2017م.
- 59- محمد محمود المغربي: الاستوبل الاجرائي في قانون التحكيم ط . المؤسسة اللبنانية الحديثة. لبنان 2010م.
- 60- محمود هاشم: الحضور أمام القضاء المدني بدون ناشر ، 2000م.
- 61- عبد الحميد الشواربي: الدفوع المدنية الاجرائية والموضوعية. 2003م
- 62- عبد الحميد الشواربي: إشكالات التنفيذ الجبري ط 2022م دار الأهرام
- 63- عاشور مبروك: نظرات في الاعلان القضائي ط . 1987م.
- 64- حسين محمود: دور المحامي في المنظومة القضائية ط 2017م.
- 65- خيرى مرسي: الموسوعة الشاملة في أعمال المحاماة. ط 2015م.

- 66- فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في اطار الأسرة العقدية ط . ط دار الثقافة الجامعية القاهرة 1992م.
- 67- نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاءات الاجرائية ط . دار الجامعة الجديدة 2005م.
- 68- وجدي شفيق إشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والجنائية ط 2014 ، دار حيدر جروب.
- ثالثاً: الرسائل العلمية ( ماجستير ودكتوراه )**
- 69- أيمن أحمد رمضان: الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات رسالة دكتوراه حقوق الاسكندرية 2003م.
- 70- أحمد أبو الخير: ضوابط العدالة القضائية رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2013م.
- 71- الشيماء سليمان: خطأ القاضي المدني ، رسالة دكتوراه حقوق اسكندرية 2019م.
- 72- ابراهيم الرويني: اعلان الاوراق القضائية، رسالة دكتوراه حقوق طنطا 2013م.
- 73- أحمد سليمان حسن: مسؤولية المحامي عن اخطائه. رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2008م.
- 74- خالد أبو الوفا: بطء التقاضي، رسالة دكتوراه حقوق اسكندرية 2016م.
- 75- رمضان ابراهيم علام: التناقض الاجرائي ،رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2004م.
- 76- محمد الشرقاوي: حسن النية في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه حقوق المنوفية 2015م.
- 77- عبد الحلیم القوني: مبدأ حسن النية وأثره في المرافعات، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة 1997م.
- 78- محمود عبد العزيز الهجرسي: الأمانة الاجرائية في قانون المرافعات في التقاضي والتنفيذ ،رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2019م.
- 79- عبير مرزوق نجم: دور المحامي في الدعوي، رسالة دكتوراه حقوق اسكندرية 2019م.
- 80- مصطفى سلامة عز العرب : النطاق الموضوعي للدعوي التحكيمية، رسالة دكتوراه حقوق الاسكندرية 2021م.
- 81- نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق. دكتوراه القاهرة 1977م.
- 82- حسن عواد مطرود: فكرة التعسف في المجال الاجرائي ،رسالة ماجستير حقوق الاسكندرية 2019م.

#### رابعاً: الأبحاث والدوريات ومجموعات الأحكام.

- 83- أحمد هندي: محاضرات ملقاة علي باحثي الدكتوراه 2018م الأكاديمية البحرية بالإسكندرية غير منشورة.
- 84- أحمد فتحي سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الانسان في القانون المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، حقوق القاهرة ، 1980م.
- 85- عبد الباسط جميعي: الاساءة في المجال الاجرائي، بحث منشور مجلة حقوق القاهرة 1983م.
- 86- مجلة الأحكام العدلية.
- 87- حسام أحمد العطار: الأمانة الاجرائية. دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي.
- بحث منشور مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس 2014م.
- 88- أحمد خليفة شرفاوي: العدالة الاجرائية بحث منشور بكلية الحقوق جامعة بنها 2013م.
- 89- وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني. مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس 1976م.
- 90- مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 91- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
- 92- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق. جامعة عين شمس.
- 93- مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العامة للدوائر المدنية والتجارية ودوائر الأحوال الشخصية والدوائر الجنائية لمحكمة النقض، اصدار المكتب الفني لمحكمة النقض – مكتبة كلية الشرطة.
- خامساً: مواقع الشبكة الدولية (الإنترنت)
- 94- المدونة القانونية – الموقع علي شبكة الإنترنت  
<http://egyptiaon-awkaf.blogspot.eg/2011/12/7-2000.HTM>.
- 95- مؤسسة قوانين الشرق – الموقع علي شبكة الإنترنت  
[mailto: information@estlawsacademg.com](mailto:information@estlawsacademg.com)
- 96- موقع محكمة النقض المصرية علي شبكة الإنترنت  
<http://www.cc.gov.eg/courts/cassationcoart/All/Cassation>.
- 97- موقع محكمة النقض الفرنسية علي شبكة الإنترنت  
<http://www.couerdeccassation.fr/jurisprudence2/premierechambres>.

- 98- <http://www.arabenewal.info>.
- 99- <http://www.bertelsmann-stiftung.de>
- 100- <http://www.dalloz.fr>.
- 101- <http://www.pdfactory.com>
- 102- <http://www.alassg.net/new/search.phpt>.

#### سادساً: المراجع الأجنبية

- 103- AMANDINE ASSAILLIT: la bonne foi et loyauté contractuelle, master pratiques juridiques et judiciaires 2006-2007 , Nimes.
- 104- Couchez: principe de la contradiction 'j. class proc. civ. fasc.
- 105- DELVECCHIO, la justice, la vérité 1955.
- 106- G. CORNU, vocabularies juridique , 3eed voir mot "fraud"
- 107- GHST in ETG Gou BEAuil: in traduction général 1977
- 108- Jean Vincent et serge Guinchard: procédure civile, Dalloz, 27ed, 2003
- 109- M.E.Bcursier , le principe de loyauté en droit pref .S. Guinchard, Dalloz, coll. Nouv. Bibl.de thèses 2003.
- 110- Marie – Emma Boursier: Le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.
- 111- Martinien, le juge et le fondement de la prétention Dallo2 1987.
- 112- Normand les: droits de la défense devant les juridictions du travail, semaine social Lamy , suppl No 40.
- 113- R. Martin, le double langage de la prétention J.C.P. 1981.
- 114- Serge Guinchard, les models du droit processuel Droit Prive 4 ed 2007
- 115- Teyssie: droit et pratique de la procè dure civile 2000.
- 116- T.CLAY, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, D.2008.

- 117- W. TETÉY: Good faith in contracté, particularly in the contracts of arbitration and chartering , 2004.
- 118- Daigre, la production forcée de pièces dans le procès P.U.F . 1979.
- 119- GOIDiNON (M) : Le fraude en matière de procédure, thèse, Dijon, 1997.



## الصفة الإجرائية

دكتور

الشيءاء محمد مصطفى

دكتوراه قانون المرافعات المدنية والتجارية- جامعة الاسكندرية

## المقدمة

الصفة الإجرائية من الموضوعات المهمة في قانون المرافعات، فهي تعني الولاية في مباشرة الدعوى، التي يستمدّها المدعي من كونه صاحب الحق أو من كونه نائباً عن صاحب الحق، وإنما هي وسيلة يتمكن بها القضاء من معرفة من له الحق فيعطي حقه، ومن عليه الحق فيلزّمه برده إلى صاحبه، كما أنها تُساهم -وبشكل كبير- في كشف المشاكل المؤدية إلى عدم إعطاء صاحب الحق حقه، ومعرفة أسباب إطالة أمد النزاعات أمام القضاء، والحد من إضاعة وقت وجهد وأموال القضاء والمتقاضين على حدٍ سواء، والعمل على الانتقال إلى قضاء عادل في حالة تطبيقها.

ولقد حظيت فكرة الصفة بصفة عامة بأهمية خاصة في فقه القانون، نظراً لعدم الاهتمام التشريعي بها، حيث أن المشرع لم ينظمها تنظيمًا كافيًا وذلك مقارنةً بغيرها من النظريات القانونية، الأمر الذي ترتب عليه أن تعددت تعريفاتها واختلفت النظريات حول طبيعتها، وأضحت تشكل مجالاً خصباً للاجتهادات الفقهية إلا أنها لم تصل حتى اليوم لنظرية متكاملة، الأمر الذي ترتب عليه اختلاطها بغيرها من النظم والأفكار القانونية الأخرى؛ وقد عبر عن ذلك الفقيه فيزيوز إذ يقول " أن الصفة فكرة مثيرة للإضراب والغموض وتختلط غالباً بطريق الخطأ مع غيرها من الأفكار في إنجاز الأعمال القانونية في الخصومة بصورة صحيحة".

والحقيقة أن سبب غموض فكرة الصفة هي عدم التمييز بوضوح بين الصفة في الدعوى وهي تعبر عن صلته بين الشخص وموضوع الدعوى وبين الصفة في التقاضي والتي تعبر عن صلاحية الشخص في مباشرة الإجراءات باسم غيره - كما سنرى بعد قليل - ويرجع الفضل في التمييز بينهما للفقه الإيطالي.

### أهمية الموضوع:

وتتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية العلمية، انطلاقاً من كونه أحد المحاور الأساسية في القانون الإجرائي، علي الرغم من أن دراسة الموضوع قد يبدو منصباً علي جزئية بسيطة، إلا أن المتعمق فيه يكتشف أن موضوع الصفة الإجرائية أكثر اتساعاً من أن يُعالج في بضع ورقيات، كما تكمن أهميته هذا البحث في التعرض إلي النقاط الأساسية والتركيز قدر الإمكان علي الحلول العلمية لبعض الإشكالات دون الخوض في الفقه بصورة معمقة، مع تسليط الضوء علي عدد من الأفكار التي تختلط مع الصفة الإجرائية والتي نعتقد أنها تستحق شيئاً من الإفاضة والشرح كأهلية التقاضي، والصفة في الدعوى... الخ، كما تعرضنا إلي موضوع قد يُنظر إليه أنه غلب عليه الطابع التوجيهي وهو الأحكام القاضية بسقوط الخصومة لغياب الصفة الإجرائية،

مع أن سبب وضع مثل هذا العنصر هو محاولة عكس أحكام الصفة في مثل تلك الأحكام. كما يُعد موضوع الصفة الإجرائية من المواضيع المهمة في نطاق قانون المرافعات المدنية، لأنه متطلب أساسي وذلك من أجل قبول الدعوى.

### اشكالية البحث:

في الحقيقة تكمن المشكلة الأساسية أن موضوع الصفة الإجرائية علي أهميته واتساعه ظل مغموراً ومعزولاً من قبَل المشرع إذ لم يحظ الموضوع بما يكفي من الاهتمام من حيث التنظيم القانوني المستقل؛ أي أن المشرع لم يبين الصفة الإجرائية بوضوح وإنما تطرق إليها بشكل سطحي ولم يحدد لها باباً مستقلاً مبيناً حالاتها وأحكامها بشكل واضح بحيث يتيح للمطلعين علي قانون المرافعات المدنية الوقوف علي أحكامها ببسر بالرغم من أهميتها من الناحية العملية في المحاكم، بل إن المشرع أورد بعض النصوص غير الدقيقة بصدها، فضلاً عن وجود أنواع من النقص التشريعي ومن أجل ذلك كله كان لا بد من إلقاء الضوء علي مكان هذا الخلل ومقارنتها مع التشريعات الأخرى وصولاً إلي تقييم دقيق .

وفي ظل الدور الذي تقوم به الصفة الإجرائية في مباشرة إجراءات الدعوي المدنية تدور محاور البحث حول عدة يثير اشكاليات سوف نقوم بتوضيحها أثناء قيامنا بدراسة هذا البحث؛ بيد أنه يمكننا القول بأن الإشكالية الأساسية تتمثل في تحديد دور القضاء والمشرع في التفرقة بين الصفة العادية والصفة الإجرائية وعدم الخلط بينهما، هذا الخلط الذي يترتب عليه الخلط بين الجزاء المترتب علي انتفاء الصفة في الدعوي والصفة في التقاضي، وينطوي بين أمر بتأجيل الدعوي يسبق انقطاع الخصومة وبين الحكم بعدم القبول الذي يترتب عليه انقضاء الخصومة وزوالها بكافة ما يترتب علي الدعوي من آثار.

### منهجية البحث:

اعتمدنا في كتابة هذا البحث، علي منهجين ألا وهو منهج الدراسة الوصفية التحليلية المقارنة في بعض الأحيان، وستشمل المقارنة مجموعة من القوانين العربية والأجنبية، كلما تيسر لنا ذلك بخصوص موضوع البحث، وبشكل أساسي القانون الجزائري والأردني واللبناني والعراقي والفلسطيني، أما القوانين الأجنبية فتشمل القانون الفرنسي، وكذلك سوف نعتد بشكل أساسي علي المنهج التطبيقي الذي يقوم علي تعزيز المواقف التشريعية والفقهية وذلك بالاستعانة بالقدر المستطاع بالأحكام القضائية لمحكمة النقض لما تتميز به من أهمية كبيرة في موضوع عملي وتطبيقي كموضوع الصفة الإجرائية.

وسعيًا لاكتمال البحث؛ سيكون ذلك بأسلوب المقاربة بين قانون المرافعات المصري وغيره من القوانين العربية، فضلاً عن الإشارة لموقف الفقه الفرنسي كلما أمكن ذلك.

### خطة البحث:

لقناعتنا التامة بأن التطبيق العملي والإجرائي السليم لأي نظام قانوني يستدعي بداية تأسيساً نظرياً قوياً فقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاث مباحث مقسمة علي النحو التالي:

المبحث الأول: التمثيل الإجرائي وأنواعه.

المطلب الأول: تمثيل الأشخاص الطبيعية.

المطلب الثاني: تمثيل الأشخاص المعنوية.

المبحث الثاني: صور الصفة الإجرائية وتمييزها عما يختلط بها من أفكار.

المطلب الأول: صور الصفة الإجرائية.

المطلب الثاني: تمييز الصفة الإجرائية عما يختلط بها من أفكار.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة علي زوال الصفة الإجرائية وانتفائها.

المطلب الأول: انقطاع سير الخصومة كأثر لزوال الصفة الإجرائية.

المطلب الثاني: بطلان الإجراءات كأثر لانتفاء الصفة الإجرائية.

## المبحث الأول

### النظام الإجرائي للصفة الإجرائية

الأصل أن صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه يستعمل دون غيره حقه في الدعوي أمام القضاء؛ غير أنه قد تتواجد استحالة قانونية أو مادية<sup>(1)</sup>، تمنع صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه من استعمال حقه بنفسه، لذا أجاز له المشرع اللجوء لشخص آخر يمثله وينوب عنه نيابة قانونية<sup>(2)</sup> أو اتفاقية، وهو ما يعبر عنه بالصفة الإجرائية وهو ما أكدت محكمة النقض عليه، حيث نصت علي أنه: "المقرر في قضاء محكمة النقض أنه ولئن كان يجوز للشخص أن يباشر تصرفاته القانونية بنفسه، أو من ينوب عنه قانوناً، سواء أكانت هذه النيابة قانونية وقضائية أو اتفاقية، فإن التوكيل في إقامة الخصومة أمام القضاء، جائز طبقاً للقواعد العامة في الوكالة

(1) فالاستحالة المادية أو القانونية تحول دون اكتسابه صلاحية مباشرة إجراءات الدعوي، فيحول القانون تلك الصلاحية لشخص آخر، والاستحالة المادية تتمثل في عدم القدرة علي مباشرة إجراءات المطالبة القضائية بسبب الطبيعة أو وجود عائق مادي، وذلك كالعائب والشخص المعنوي؛ وتختلف عنها الاستحالة القانونية التي تتمثل في وجود مانع قانوني يحول دون اضطلاع صاحب الصفة العادية في الدعوي بمباشرة إجراءات التقاضي؛ وهذا المانع قد يكون حماية له مثل ناقص الأهلية أو عديمها، والمحجور عليه والمجنون والسفيه وذا الغفلة والصغير غير المميز؛ أو حماية للغير مثل المفلس والمحجور عليه حجر قانوني... الخ وهو ما سنتحدث عنه فيما بعد، لذلك أتاح المشرع الحق للغير بأن يمثل صاحب الصفة سواء كان شخص طبيعي أو معنوي بمباشرة إجراءات الدعوي. أنظر في نفس المعنى: د. عاشور مبارك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، عام 1988م، ص16.

(2) فالنائب القانوني له صفة ليس معناه أن له صفة في الدعوي، وإنما معناه أن له صفة في تمثيل الخصم صاحب الدعوي، ولهذا فإن الصفة الإجرائية هنا لا يجب الخلط بينها وبين الصفة في الدعوي التي تكون للأصيل وليس للنائب عنه (د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج1، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص682، بند 318؛ علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1996، ص115)؛ كما هو الحال في وكيل السفينة فيمثل صاحب السفينة في الدعاوي التي ترفع منه أو عليه، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن وكيل السفينة. نيابته في التقاضي نيابة قانونية عن المجهز. المجهز. المقصود به. من يستغل السفينة لحسابه بوصفه مالكا. أو مستأجر لها سواء كان شخصا طبيعياً أو اعتبارياً. تمثيل الوكيل للأخير في الدعاوي التي ترفع منه أو عليه. مادة 144 من القانون رقم 8 لسنة 1990 قصر هذه النيابة على إجراءات التقاضي وتعلقها بالصفة الإجرائية في مباشرة إجراءات الخصومة وعدم اتصالها بالحق أو المركز القانوني المدعى به. لازمه. الرجوع للقواعد العامة في النيابة... (طعن رقم 8084 لسنة 63 ق، جلسة 202/11/12، متوافر علي الرابط file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/الوكالة-قانوناً-وقضاء-عقداً-وإجراءً-في-قضاء-محكمة-النقض.pdf)

دون التقيد بصفة الوكيل أو درجة قرابته من الموكل... " (1).

هذا الشخص الآخر يسمى بالممثل القانوني، وتتوافر سلطة التمثيل القانوني أمام القضاء لكل من الولي أو الوصي نيابة عن القاصر وللقيم نيابة عن المحجور عليه ولمدير الشركة نيابة عن الشخص المعنوي (2)، وحسب تعبير الفقه الإيطالي فإن مباشرة إجراءات الدعوي تكون باسم من يمثله، وليس باسمه الخاص، ولذلك فإن الصفة الإجرائية تثبت للشخص الذي ينوب عن صاحب الحق في الدعوي الأصلية، أي من تثبت له الصفة العادية، فالممثل القانوني هنا لا تكون له الصفة (عادية أو غير عادية) في الدعوي ولا يُعد هو المدعي أو المدعي عليه (3)، وهذا ما اتفقت عليه أحكام القضاء (4) وعلي هذا الأساس فإن الصفة الإجرائية لا تعدو أن تكون التمثيل القانوني، وقد عبر عنها فقهاء القانون بالحلول الإجرائي (5).

وترتيباً علي ما سبق نجد أن الصفة الإجرائية تُعطي للشخص صلاحية مباشرة الإجراءات (إجراءات المطالبة القضائية) باسم ولحساب صاحب الصفة الأصلية، وعليه أن يظهر في كافة الأوراق أنه يعمل باسم ولحساب الممثل، وقد تتوافر لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه تلك الصلاحية بموجب القانون فنكون هنا أمام حالة يحوز فيها نفس الشخص الصفة العادية في الدعوي والصفة الإجرائية؛ وفي ضوء الحديث عن هذا الموضوع نقسم هذا المبحث إلي مطلبين:

#### المطلب الأول: تمثيل الأشخاص الطبيعية

(1) طعن 10158 لسنة 78، جلسة 2012/1/8، مجموعة الأحكام، سنة 63، قاعدة رقم 11، ص 80 (مشار إليه لدي: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2019، ص 57).

(2) د. محمد شتا أبو أسعد، الموجز العملي في الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1977، ص 130؛ د. إدوارد عيد، موسوعة أصول محاكمات مدنية، ج1، مجلد1، ص 131.

(3) د. احمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، ص 173، 1989، بند 121.

(4) حيث قضت محكمة النقض " من ينوب عن أي من طرفي الدعوي في مباشرة إجراءات الخصومة، لا يكون طرفاً في النزاع الدائر حول الحق المدعي به؛ ولذا يكتفي منه أن تثبت له صلاحية هذا التمثيل قانوناً؛ حتي تكون له الصفة الإجرائية اللازمة لصحة شكل الخصومة، فإذا حكم بعدم قبول الدعوي، تأسيساً علي عدم ثبوت صفة مباشر الإجراءات في تمثيل الخصم، فإنه يكون قضاء في الشكل، تنحصر حجيتة في حدود إجراءات الخصومة ذاتها ولا يتعداها إلي غيرها، ولا يمنع ذلك الخصم الأصيل من مباشرة دعوي جديدة، ولو كان سند الصفة سابقاً علي ذلك الحكم ( الطعن رقم 2509 لسنة 60، 60 ق، جلسة 1996/2/27، س 47 عدد 1، ص 368 ق 73؛ انظر مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، رسالة دكتوراه، 2020، هامش 1، ص 165).

(5) أنظر في ذلك: د. محمود سيد التحيوي، الصفة غير العادية وأثارها في رفع الدعوي القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص 164.

المطلب الثاني: تمثيل الأشخاص المعنوية

## المطلب الأول

### تمثيل الأشخاص الطبيعيين

أشرنا آنفاً؛ أنه بعد تطور إجراءات التقاضي لم تعد مباشرة إجراءات الدعوي حكرًا علي الخصم بذاته إذ أصبح بالإمكان تمثيله بواسطة شخص آخر وهذا التمثيل إما أن يكون إجبارياً بحكم القانون ويسمي بالنيابة القانونية أو القضائية إما أن يكون التمثيل اختياريًا أساسه الاتفاق بين الخصم وممثله فقد يلجأ الخصوم لضمان حُسن إدارة الخصومة إلي متخصص في مجال القانون، إلا أنه في مطلق الأحوال لا بد أن يكون للممثل الصفة الإجرائية بمعنى أن تثبت سلطته في تمثيل شخص آخر سواء استمدها من القانون أو من العقد، فتكون نابعة من القانون كما هي الحال في سلطة الولي أو من القضاء كما هو الحال في سلطة الوصي أو القيم أو من الاتفاق كما هو الحال في سلطة الوكيل، سواء كانت هذه السلطة متعلقة بالتمثيل الفني لعدم توافر الخبرة القانونية لدي أطراف الدعوي رغم اكتمال أهليته القانونية للتقاضي كالاتفاق مع محامي علي أن يكون وكيلاً بالخصومة أو غير ذلك<sup>(1)</sup>؛ وانطلاقاً من ذلك كله تقتضي دراسة الصفة الإجرائية بحث التمثيل الإجباري والاختياري، ولهذا سوف نقسم هذا المطلب إلي فرعين، وذلك علي النحو التالي:

الفرع الأول: التمثيل الإجباري للأشخاص الطبيعيين

الفرع الثاني: التمثيل الاختياري للأشخاص الطبيعيين

## الفرع الأول

### التمثيل الإجباري للأشخاص الطبيعيين

الشخص الطبيعي هو الإنسان، ولكل إنسان شخصية قانونية، إلا أن التمتع بهذه بالشخصية القانونية قد يكون غير كافٍ لمباشرة إجراءات التقاضي، وبالرغم من كون الشخصية القانونية كافية للاختصاص سلباً وإيجاباً إلا أنها لا ترتقي إلي حق مباشرة التقاضي لأسباب عدة كالقصر أو المنع أو التعذر<sup>(2)</sup>، ولعل ذلك يرجع إلي أن الصفة

(1) انظر في ذلك: د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص147؛ وفي نفس المعني: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 57.

(2) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 690 د. حبيب عبيد مزره العماري، الخصم في الدعوي المدنية، دراسة مقارنه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص94.

العادية وإن كانت تثبت للشخص الطبيعي سواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية في إلا أن الصفة في التقاضي أو الصفة الإجرائية لا تثبت إلا لمن هو كامل الأهلية الإجرائية ببلوغه سن الرشد وعدم وجود عارض من عوارض الأهلية يمنعه من مباشرته، فحق الادعاء يعود لأي شخص طبيعي ومعنوي وهو ما يعرف بأهلية التمتع أو الوجوب، إلا أن لممارسة هذا الحق لا بد أن يتمتع الخصم بأهلية التقاضي، فإذا تخلفت فإنه يكون بحاجة إلي من يمثله أو ينوب عنه أمام القضاء.

إذاً يمكننا القول أن التمثيل في هذه الحالة هو وسيلة قانونية يقوم بموجبها الممثل بمباشرة إجراءات الدعوي باسم ولحساب الأصيل دون أن يكون للأصيل دور في اختياره بل يفرض عليه إما بموجب نص القانون مباشرة أو بموجب حكم قضائي<sup>(1)</sup>؛ انطلاقاً من ذلك سنعالج التمثيل الإجباري لناقص الأهلية أو فقدانها والمحجور عليه لحكم قضائي، والمفلس، والحمل المستكن.

### 1- التمثيل الإجباري لناقص الأهلية أو عديم الأهلية

قد يكون الشخص صاحب الدعوي الأصلية في حالة تجعله عاجزاً عن التعبير عن إرادته، -وهي ما تعرف بالاستحالة القانونية-، وحرصاً من المشرع علي حماية مثل هذا الشخص تطلب ضرورة تمثيله في الدعاوي الموجهة منه لأن ناقص الأهلية أو عديمها لا يستطيع مباشرة الأعمال الإجرائية بنفسه<sup>(2)</sup>، كما هو الحال بالنسبة للقاصر والمفقود والغائب والمحجور عليه لعاهة عقلية كالمجنون والسفيه، ويسمي هذا بالتمثيل الإجباري حيث يعتبر وسيلة قانونية من خلالها يستطيع الممثل مباشرة الإجراءات باسم ولحساب الأصيل، ولكن دون أن يكون للأصيل دور في اختيار ممثله بل يفرض عليه إما استناداً إلى نص في القانون أو بموجب حكم قضائي<sup>(3)</sup>.

إذاً الشرط الوحيد الواجب توافره في الشخص صاحب الصفة الإجرائية أن يكون نائباً عن الأصيل صاحب الصفة في الحق الموضوعي محل الدعوي، وهذه الصفة تثبت بمقتضي نص قانوني، فالقانون قد يقيم من شخص نائباً عن شخص آخر في مباشرة الإجراءات القضائية<sup>(4)</sup>، ويعرف بالنائب القانوني، وليس لهذا النائب في جميع الحالات تسمية واحدة، وإنما تتغير التسمية التي تطلق عليه بحسب قرابته للقاصر وطريقة

(1) د. إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007، ص147.

(2) د. محمود السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوي القضائية، مرجع سابق، ص540؛ عدي الشمري، الخصومة في القانون المدني، مرجع سابق، ص58.

(3) انظر في ذلك: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص57.

(4) حسام محفوظ، المصلحة والصفة، مرجع سابق، ص35.

تعيينه وسبب نقص الأهلية؛ فقد يطلق عليه اسم الولي وقد يطلق عليه اسم الوصي وقد يطلق عليه اسم القيم<sup>(1)</sup>، ويترتب علي توافر الصفة الإجرائية للممثل القانوني التي مصدرها النيابة القانونية عن الأصل غل يد الأصل عن مباشرة الإجراءات القضائية سواء كان مدعي أو مدعي عليه<sup>(2)</sup>، ولا يكتسب قدرته علي تمثيل من ينوب عنه بمناسبة خصومة معينة، وإنما تتوافر له القدرة حتي قبل أن يكون هذا الأخير طرفاً في أية خصومة. وتثبت له الصفة الإجرائية في الخصومات التي يكون من هو نائب عنه طرفاً فيها دون أن تكون له في الخصومات مصلحة شخصية مباشرة، أي دون أن تكون له صفة في الدعاوي التي تبدأ بها هذه الخصومات، غير أن القول بتمتع النائب القانوني بسلطة قانونية في تمثيل من ينوب عنه لا يعني أنه لا بد أن يباشر بنفسه جميع الخصومات القضائية التي يكون من ينوب عنه طرفاً فيها، فقد يتعلق الأمر بدعوي يفرض القانون أن تُباشر إجراءاتها عن طريق محام، وفي هذه الحالة لن يستطيع النائب أن يباشرها بنفسه ولن تكون له صفة في ذلك وسوف يقتصر دوره علي توكيل محام لتمثيل الخصم الأصل<sup>(3)</sup>-تمثيل القاصر

إعمالاً لنص القانون رقم(119) لسنة 1952، بشأن بالولاية علي المال فيمكن القول بأن " القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد، ويكون في حكمه ناقص الأهلية أو فاقدها؛ علي أنه يكون الشخص فاقد الأهلية إذا كان صغيراً غير مميز أو مجنوناً، ويكون الشخص ناقص الأهلية إذا كان مميزاً أو معتوهاً أو ذا غفلة أو سفيهاً، وأن عوارض الأهلية هي الجنون والعتة والغفلة والسفه.

-بالنسبة للصغير غير مميز الذي لم يبلغ سن السابعة بعد، يكون فاقد التمييز وبالتالي فاقد الأهلية، ولذلك يسمى عديم الأهلية؛ وفي هذه الحالة تنصرف الصفة الإجرائية إلي الولي حين يكون صاحب الحق المعتدي عليه صغيراً غير مميز وذلك استناداً إلي أحكام المادة الأولى من القانون رقم(119) لسنة 1952، بشأن الولاية علي المال، وذلك حرصاً من المشرع علي كفالة حق التقاضي أمام جميع الأشخاص، من تتوافر لديه شروط الأهلية ومن لا تتوافر به شروطها<sup>(4)</sup>، وبالتالي فإنه يُباشر الإجراءات وتباشر في مواجهته باسم الأصل، فتُسند إليه الحقوق والواجبات الإجرائية، ويُعتد

(1) د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مرجع سابق، بند38، ص 143؛ د. عيد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المجلد الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 562.

(2) حسام محفوظ، المصلحة والصفة، ط1، 1997، دون دار نشر، ص35.

(3) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص562 وما بعدها.

(4) أنظر في ذلك: مي خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص165.

بسلوكه بالنسبة للقواعد المنظمة لهذا المركز، كما انه يعد طرفاً مكملاً للخصم في الخصومة أي انه عنصر في خصم مركب، لان أرادته هي وحدها التي يعول عليها في مباشرة إجراءات الخصومة وهذا التمثيل أما أن يكون تمثيلاً قانونياً أو قضائياً<sup>(1)</sup>.

ويختلف وضع الصغير غير المميز عن الصغير المميز<sup>(2)</sup> من حيث أن الأخير ناقص الإدراك وبالتالي ناقص الأهلية وذلك إعمالاً لنص المادة (46) من قانون المدني " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"؛ وتنص المادة (47) مدني " يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون"<sup>(3)</sup>؛ وقد فرقت المشرع في المادة (27) من المرسوم بقانون رقم (119) بين الوصي العام الذي يعين من المحكمة لمباشرة شؤون القاصر، وبين الوصي بالخصومة الذي يمثل القاصر أمام المحاكم في الدعاوي التي تُرفع منه أو عليه وذلك في المادة 32 من نفس القانون، وهو يُعين ولو لم يكن للقاصر مال عكس الوصاية العامة.

إذا من خلال استقراء النصوص السابقة يمكن القول بأنه تثبتت الصفة الإجرائية للوصي عن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد ويجوز له مباشرة التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق أو المقررة لحق من الحقوق ورفع الدعاوي ومباشرة إجراءاتها، إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له، وتنتهي الصفة الإجرائية ببلوغ ذلك القاصر سن الرشد إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليها وبعزله أو قبول استقالته أو فقده للأهلية أو موته أو موت القاصر، وذلك إعمالاً لنصوص المواد (36) إلى (46) التي تحدد واجبات الأوصياء.

ويثور التساؤل حول تصنيف تصرف مباشرة إجراءات المطالبة القضائية عن الصبي المميز، هل هو نافع نفع محض أم ضار ضرر بيّن، أم أنه يدور بين النفع والضرر؟

(1) أنظر في ذلك: د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط، مرجع سابق، ص 231.

(2) والتمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي من التمييز بين الحسن والقبيح وبين الشر والخير، وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مدركاً للنتائج إدراك عميق، لأنهما ينبعان من غض طري لم ينضج بعد، ولم تكتمل استنارته، وهو تبدأ من سن التمييز حتى بلوغ سن الرشد. (3) كما نصت المادة (43) من القانون المدني الجزائري " أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون، فيما حددت الفقرة الأخيرة من نفس المادة سن التمييز وهو 13 سنة كاملة".

في الحقيقة نجد في المشرع اقتصر علي تحديد التصرفات المالية فقط الصادرة منه في نص المادة 111 من القانون المدني<sup>(1)</sup>، ومع ذلك اعتد له بأهلية التقاضي ولكنه قيدها بحالات معينة حيث نص في المادة(2) من القانون رقم (1) لسنة 2000 " تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية ..."، وإذا كان قد أقر ثبوت أهلية التقاضي في قانون الأحوال الشخصية لمن بلغ سن الخامسة عشر عاماً؛ إلا أنه قيدها بشروط<sup>(2)</sup>؛ وفي ذلك قضت محكمة النقض: " مفاد النص في المادة الثانية من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع حدد أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية وهذه الأهلية تشمل الحق في إقامة الدعاوي منه وعليه وتدخل فيها إجراءات التقاضي ومنها طرق الطعن في الأحكام الصادرة ضده"<sup>(3)</sup>؛ ويتفق القانون الجزائري مع الاتجاه الذي سار عليه القانون المصري<sup>(4)</sup>.

(1) إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً؛ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالأبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من ولية أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون؛ ويقابلها في القانون الجزائري المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري " أن تصرفات الصبي تكون نافعة له، هي صحيحة ولا غبار عليها، أما التصرفات الضارة له، فهي باطلة، وتتوقف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي، وفي حال النزاع الأمر إلي القاضي".

(2) حيث اشترط لذلك أن يبلغ الصغير سن الخامسة عشر وفقاً للتقويم الميلادي، وأن يكون أمر أهلية التقاضي قاصر فقط علي مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس دون المال، وأن تتوفر لديه قواه العقلية بالألا يكون سفيهاً أو معنوفاً أو مجنوناً.

(3) طعن رقم 402 لسنة 70ق، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/4/7، مكتب فني سنة 59 قاعدة 68، ص 377.

(4) بشكل عام نجد أن القانون الجزائري لم يأتي بإجابة مباشرة لهذا التساؤل وإن كان قد اعطي الحل في حالات معينة، فالمادة السابعة من قانون الأسرة تنص في فقرتها الأخيرة " أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي والمقصود بها الصفة الإجرائية، فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، غير أن المتمتع في القانون يجد أنه من ضمن ما يقوم عليه حماية القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد بعد وإن كان مميزاً وعليه فهو يراعي وضعه الغض، كما أن السلطة التقديرية للقاضي هنا تتخذ صورة أكثر اتساعاً إذ عليه أن يبحث في إقدام الصبي المميز علي مباشرة إجراءات المطالبة القضائية، وفيما إذا كان قادراً علي الاضطلاع بذلك، وانعكاسات تلك المباشرة علي حق القاصر المميز أو مركزه القانوني المعتدي عليه، وعلي وضعه كمعتدي علي الحق أو المركز القانوني إذا كان مدعي عليه، غير أن ذلك لا يجب أن يفهم أن الصبي المميز إذا باشر إجراءات المطالبة القضائية بنفسه، سواء أكان ذلك باعتباره مدعي أو مدعي عليه، سوف يكون بالضرورة- الحكم لصالحه، وإلا قضي القاضي ببطان إجراءات المطالبه القضائية استناداً إلي أن الصبي المميز لا تثبت له الصفة الإجرائية، هذا رغم أن قبول مباشرة القاصر الذي تجاوز السن (13) سنة إجراءات التقاضي

وكما سبق أن ذكرنا بأن التمثيل الإجرائي عن القاصر قد يكون تمثيل قانوني وقد يكون تمثيل قضائي؛ وعن التمثيل القانوني حدد المشرع من لهم حق التمثيل بأنهم الأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن ينتحى عنها إلا بإذن المحكمة<sup>(1)</sup>، والممثل القانوني هنا يستمد سلطاته من القانون مباشرة، حيث أن القانون هو الذي يحدد سلطاته وكيفية مباشرته للإجراءات القضائية نيابة عن الأصيل " فاقد الأهلية أو ناقصها " ويسمى الممثل الإجرائي هنا بالولي؛ واتفقت معظم التشريعات الأخرى على تلك التسمية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض: أنه من المقرر إذ كانت نيابة الولي على القاصر هي نيابة قانونية وحسبما سلف ومن ثم يتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود تلك النيابة كما رسمها القانون وإلا تنفذ بمجاوزته تلك الحدود صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر<sup>(2)</sup>؛ وبالتالي إذا تخطى الممثل الإجرائي الحدود التي أقرها القانون لتلك النيابة فلا ينتج هذا العمل أثره بالنسبة للقاصر، وهو ما قضت محكمة النقض: أنه " إذا كان المشرع قد قرر في المادة (3) مرافعات قاعدة أصولية تقضي بأنه لا دعوي ولا طلب ولا دفع بغير مصلحة. لما كان ذلك. وكانت الطاعنة قد عقدت خصومة الاستئناف بشخصها بعد أن انتهت مدة حضانتها قانوناً وبذات الصفة طعنتم بالنقض، ومن ثم تنتفي صفتها فيها وبالتالي مصلحتها في التمسك بالإفراز الصادر من المطعون ضده لابنتيه (بالتنازل لهما عن مسكن الحضانة) دونها إذ لم تقدم أمام محكمة الاستئناف ومحكمة النقض ما يفيد نيابتها عن الصغيرتين صاحبتى الصفة في التمسك بالإقرار ودلالته، ويضحي النعي على الحكم في هذا الخصوص غير مقبول" <sup>(3)</sup>.

**أما عن التمثيل القضائي** فيكون تعين الممثل الإجرائي وتحديد سلطاته وكيفية مباشرته للإجراءات القضائية نيابة عن الأصيل عن طريق صدور حكم قضائي بذلك، ولا

---

بنفسه، ثم يصدر حكم قضائي في غير صالحه قد يندرج ضمن التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي يكون مصيرها البطلان حسب نص المادة(83) من قانون الأسرة.

(1) د. محمد علي راتب، محمد فارق راتب، محمد نصر الدين كامل: المرجع السابق، ص(108)؛ وفي هذا المعنى أيضاً نصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري " أن الأب هو ولي أبنائه القصر، وعند وفاته أو سقوط حق الولاية لديه لسبب من الأسباب تنتقل الولاية إلى الأم، وتستطرد نفس المادة أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، كما أن المادة 91 من نفس القانون أوردت حالات نهائية وظيفية الولي وهي: العجز، الموت، الحجر عليه، إسقاط الولاية عنه.

(2) طعن رقم 9236 لسنة 75ق، دائرة أحوال شخصية، جلسة 2007/5/23 متوافر على الرابط:

<https://webcache.googleusercontent.com/>

(3) طعن رقم 866 لسنة 73ق، جلسة 2013/6/11، متوافر على الرابط

. /<https://lawyeregyp.net>

ينحصر مسمي هذا النائب في جميع الحالات علي تسمية واحدة، إنما تتباين تسمياته وتختلف باختلاف درجة قرابته للأصيل وطريقة تعيينه، وسبب نقص الأهلية، فقد يطلق عليه وصي أو قيم تُعينه المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء علي طلب النيابة العامة أو الغير؛ لياشر إجراءات التقاضي نيابة عن القاصر (1).

وتجدر الملاحظة؛ أنه في كلا حالات التمثيل الإجرائي السابقة فان الصفة الموضوعية في الدعوى تكون للأصيل فالدعوى أو الإجراء القانوني وإن كان يجب اتخاذه في مواجهة الممثل القانوني أو القضائي إلا أنه يوجه إليه بصفته ممثلاً للأصيل وليس أصالة عن نفسه فصفة هذا الممثل هي من قبيل الصفات الإجرائية وليس صفة موضوعية حيث أنها تبقى دائماً للأصيل (2).

بمفهوم المخالفة؛ فإن التمثيل الإجباري ينتفي إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين عاماً متمتع بقواه العقلية فإنه يتمتع بأهلية الاختصام وأهلية التقاضي وتزول صفة الممثل الإجرائي في مباشرة الدعوى؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض: أنه من " المقرر في قضاء محكمة النقض أن مؤدي نص المادتين (18،47) من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1952 بأحكام الولاية علي المال أنه متي بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون ان يتقرر قبل بلوغه هذا السن استمرار الولاية أو الوصاية عليه أصبح رشيداً وثبت له الأهلية كاملة بحكم القانون ومقتضي ذلك أن تمثيل القاصر في الخصومة تمثيلاً صحيحاً قبل بلوغه سن الرشد لا يكون إلا بتوجيهها إلي شخص الولي أو الوصي عليه (3).

تمثيل السفية (4) وذا الغفلة (5) أخضع المشرع ناقصو الأهلية لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة حسب الأحوال طبقاً لنص المادة (47) من قانون المدني؛ وكذلك اعتبر أن من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون في

(1) عدي الشمري، الخصومة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 58.

(2) د. احمد أبو الوفاء، الوسيط، مرجع سابق، ص 234.

(3) طعن 20735 لسنة 77 ق دوائر مدنية، جلسة 2017/11/21؛ 3584 لسنة 83 ق، جلسة 2014/2/17؛ طعن رقم 3584 لسنة 74 ق، جلسة 2014/1/27؛ طعن رقم 2724 لسنة 74 ق، جلسة 2014/27؛ متوافر علي الرابط: <https://lawyeregypt.net/>

(4) قد عرفته مجلة الأحكام العدلية الفلسطينية في المادة (946): بأنه الشخص الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبدز في مصروفاته، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف" (انظر في ذلك: سائد وحيد كامل حمد الله، انقطاع السير في الدعوى المدنية في ظل قانون المرافعات الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح نابلس، فلسطين، 2009، ص 19.

(5) ذا الغفلة هو الشخص الذي يعتريه سوء بين التركيز والتدقيق فيقع بسهولة في غبن إذا تعامل مع الغير، حيث يتصف بالترسع والسطحية الواضحة مما يجعله غير قادر علي تدبر أموره علي الوجه الأمثل (محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، 2004، ط2، ص 162).

المادة (46) مدني.

وطبقاً للنص السابق فإن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم، والحجر هنا قضائي أي بحكم المحكمة فلم تحد معظم التشريعات العربية ماهية الحجر القضائي<sup>(1)</sup>، واعتمد في تعريفها فقهاء القانون إلى اعتباره إجراء يوقع لسبب عارض من عوارض الأهلية، ويكون ذلك بناءً علي طلب أحد أقاربه أو من النيابة العامة، ويترتب علي الحجر قيام الولي أو الوصي برعاية شؤون المحجور عليه، ويضطلع بتمثيله في مباشرة إجراءات المطالبة القضائية، لاختلال ميزان التقدير لديه بسبب ضعف بعض ملكاته الضابطة التي قد تؤدي به إلي ضياع ماله<sup>(2)</sup>،

**ويثور التساؤل عن مدى صحة التصرفات الصادرة من السفيه وذا الغفلة المحجور عليهما؟**

للإجابة علي هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين صدور التصرف قبل تسجيل قرار الحجر أم بعد؛ ويمكن الاستناد لنص المواد 114 و 115 لتحديد موقف القانون من التصرفات الصادرة من السفيه وذا الغفلة، فالقاعدة أن السفيه وذا الغفلة يتمتعان قبل الحجر بأهلية كاملة، وعلي ذلك جميع تصرفاتهما تعتبر صحيحة، ولا يمكن إبطال هذه التصرفات علي أساس انعدام الإرادة لأن السفه والغفلة لا يمسان العقل إلا أن الفقرة الثانية من المادة (115) من القانون المدني أوردت استثنائين يكون فيها تصرف السفيه وذي الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر باطلاً وقابلاً للإبطال أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ولا يشترط اجتماع هذين الأمرين، بل يكفي توافر أحدهما؛ وعليه فلا يبطل تصرفه قبل التسجيل إذا لم يكن نتيجة استغلال أو تواطؤ<sup>(3)</sup>.

والاستغلال طبقاً لنص تلك المادة هو أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثري من أمواله، أما التواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعتمد إلي التصرف في أمواله إلي من يتواطأ معه

(1) كما في التشريع الجزائري بل اقتصر علي ذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، ويمكن القول أنه اعترف للمحجور عليه بالصفة الإجرائية لمباشرة دعوي الحجر؛ والدليل علي ذلك نص المادة(108) من قانون الأسرة الجزائري علي " أنه يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه، بناءً علي طلب المحجور عليه، ويفهم من هذا النص أن القانون -وكاستثناء علي القاعدة العامة-يمنح المحجور عليه الصفة الإجرائية في دعوي الحجر. (2) سارة حشاني، الحجر في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص 10 وما بعدها.

(3) طعن رقم 444، لسنة 30ق، جلسة 1965/6/24، مكتب فني 16، رقم الجزء 2، ص 815.

علي ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب<sup>(1)</sup>، ويكون التصرف في حالة ثبوت التواطؤ والاستغلال باطلاً بطلاً مطلقاً إذا كان تصرفه ضاراً به ضرراً محضاً كما هو الحال في التبرعات وقابلاً للإبطال إذا كان من المعاوزات، وهذا ما استقر عليه القضاء في ظل القانون القديم وأكدته القانون الجديد<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للتصرفات الصادرة عنه بعد الحكم بالحجر عليه فتكون أهليته ناقصة وبالتالي تسري عليه نفس أحكام الصبي المميز فتكون تصرفاته قابلة للإبطال دون حاجة لإثبات ان التصرف كان نتيجة استغلال وذلك إعمالاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة (114) من القانون المدني<sup>(3)</sup>، فإن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز، فثبتت لهما الاغتناء، وتتعهد أهلية التبرع، وتتقيد أهلية الإدارة بالقيود التي تم ذكرها سابقاً في الصبي المميز؛ ولكن المشرع استثنى من أهلية التصرف الوقف والوصية<sup>(4)</sup>.

---

(1) طعن رقم 200، لسنة 29ق، جلسة 1964/5/21، مكتب فني 15، جزء 2، ص 706؛ وقضت محكمة النقض: أنه " أن النص في الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدني على أنه " إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يستلزم لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفيه وذي الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها " ( طعن رقم 7871 لسنة 78ق، الدوائر المدنية، جلسة 2018/5/14، متوافر علي الرابط:

<https://webcache.googleusercontent.com/>

(2) طعن رقم 200، لسنة 29ق، جلسة 1964/5/21، مكتب فني سنة 15، قاعدة 112، جزء 2، ص 706؛ طعن رقم 90، لسنة 23ق، جلسة 1957/4/11، مكتب فني، جزء 2، ص 404؛ وقضت محكمة النقض: أنه " أن النص في الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدني على أنه " إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يستلزم لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفيه وذي الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها " ( طعن رقم 7871 لسنة 78ق، الدوائر المدنية، جلسة 2018/5/14، متوافر علي الرابط:

<https://webcache.googleusercontent.com/>

(3) طعن رقم 3210، لسنة 67ق، جلسة 1998/12/23، متوافر علي الرابط

[/https://webcache.googleusercontent.com](https://webcache.googleusercontent.com/)

(4) نجد أن المشرع الفلسطيني سار علي نفس نهج المشرع المصري حيث نصت المادة (116) من مشروع القانون المدني أن التصرف الصادر من المغفل أو السفيه بعد صدور قرار الحجر يسري عليه ما يسري علي تصرف الصبي المميز من أحكام ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك، أما إذا كان التصرف الصادر منه قبل قرار الحجر فيكون صحيحاً.

-تمثيل المجنون والمعتوه، تثبت الصفة الإجرائية في الدعوي للقيم إذا كان صاحب الصفة العادية فيها عديم الأهلية (1) مجنوناً أو معتوهاً، وتقوم المحكمة بتعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي وذلك بناءً علي طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة طبقاً لنص المادة 114 من القانون المدني (2)، التي اعتبرت صدور قرار بالحجر عليهما قرينة علي انعدام أهليتهما(3)، وهو ما اتبعته محكمة

(1) وانعدام الأهلية يكون بعارض يطرأ علي عقل الإنسان يضعف ملكاته وتفكيره كالجنون والعته، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية الأردنية في المادة (944) بأن الجنون علي قسمين أحدهما جنون مطبق، وهو الذي يستوعب جنونه =جميع أوقاته، والثاني: الجنون غير المطبق الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها، أما العته فقد عرفته المادة (945) من المجلة، أن المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمة قليلاً ومختلطاً وتدبيره فاسداً، فالعته أفة تصيب العقل وتنقله.

(2) يقابلها في القانون الجزائري المادة (42) من القانون المدني التي نصت علي " أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز ... أو عته أو جنون، كما نصت المادة(81) من قانون الأسرة أن من كان فاقد الأهلية... أو جنوناً أو عته... ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو قيم أو مقدم... (3) حيث نصت المادة 114 مدني بأنه" يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر علي بينه منها"؛ كذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فقد فرق بين المرحتلين في المادة 107 من قانون الأسرة مرحلة قبل صدور الحكم بالحجر و مرحلة بعد صدور الحكم بالحجر القضائي على المجنون و المعتوه، واعتبر أن التصرفات التي يبرمها المجنون و المعتوه قبل صدور الحكم بالحجر عليه صحيحة في الأصل و لا تقع باطلة، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، فتكون بذلك باطلة بطلاناً مطلق رغم صدورهما قبل الحجر ( سائد وحيد كامل، انقطاع سير الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص24) ويتفق القانون المدني السوري من حيث الظاهر مع موقف المشرع المصري وذلك في نص المادة(115) يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر، أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر علي بينه منها، إلا أنه في الفقرة الأولى من المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية نص علي أن المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام علي كل منهما قيم بوثيقة" وهذا النص يفيد أن أي تصرف يصدر من المجنون والمعتوه يعد باطلاً سواء قبل قرار الحجر أم بعده لأن المجنون فاقد الأهلية قبل صدور الحجر وبعده فأى القانونين هو الواجب التطبيق؟ نري أن قانون الأحوال الشخصية هو الواجب التطبيق في هذه الحالة ومؤدي ذلك أن اعتبار جميع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً سواء صدر قرار الحجر أم لم يصدر وسواء كان المتعاقد الآخر يعلم بالجنون أو لا يعلم وذلك لأن اللاحق ينسخ السابق، وعلية فإذا قام أحدهما بمباشرة إجراءات التقاضي فإنها تبطل بطلاناً مطلقاً، ويتفقالمشرع الأردني مع نص المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث اعتبر المجنون من المحجور عليهم لذاتهم دون حاجة لصدور قرار من القاضي بالحجر عليه وذلك في نص المادة (1/127) من القانون المدني الاردني وبالتالي فإن تصرفاتهما تعتبر باطلة كتصرفات الصغير غير المميز لمجرد حدوث الجنون، وليس اعتباراً من شهر قرار الحجر، ويستتبع ذلك أن تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيماً يباشر إجراءات دعواه، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلوغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه، وتكون أهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة.

النقض في أحكامها فقد قضت: أنه " من المقرر في قضاء محكمة النقض- أن المادة 114 مدني- وإن واجهت حالة الحجر وصدور قرار به وفرفت بين الفترة السابقة علي صدور قرار الحجر والفترة التالية له وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية علي انعدام أهلية المجنون والمعتوه ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية علي علم الغير به، إلا أنه ليس معني ذلك أن المجنون أو المعتوه الذي لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب من الأسباب تعتبر تصرفاته صحيحة، إذ الأصل أنه يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة وإلا انهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطالانه إذا ما ثبت شيوع حالة العته وقت التعاقد أو ثبت علم المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظة إبرام التصرف أخذاً بأن الإرادة تعتبر ركناً من أركان التصرف القانوني... وأن تقدير حالة العته لذي أحد المتعاقدين هو تقدير موضوعي يتعلق بفهم الواقع في الدعوي، وأن للمحكمة كامل الحرية في تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة في الدعوي، كما تملك أن تقيم قضاءها ببطالان التصرف للعته علي ما تظمنن إليه من شهادة الشهود والقرائن... " (1).

نستخلص من ذلك؛ أن ولاية القيم علي المجنون كولاية الوصي علي الصغير، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي، والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي والقيم علي المعتوه ووليه ووصيه كالقيم علي المجنون ووليه ووصيه من حيث مدي الولاية.

إذاً يمكننا القول؛ أنه إذا كان الشخص عديم الأهلية أو ناقصها أو بلغ إحدى وعشرين سنة غير متمتع بقواه العقلية، أو كان قد بلغ هذا السن متمتعاً بقواه العقلية ثم أصابه عارض من عوارض الأهلية فإنه ورغم تمتعه بأهلية الاختصاص يكون فاقداً للأهلية الإجرائية – أهلية التقاضي، وحرصاً من المشرع على حمايته أو جب ضرورة تمثليه في تصرفاته المختلفة ومنها الإجراءات القضائية، والممثل الإجرائي هنا يحل محل الخصم الأصل.

## 2- التمثيل الإجباري للمكوم عليه بعقوبة جنائية

في هذه الحالة يمنع الشخص من التصرف في ماله ليس لوجود عارض من عوارض الأهلية لديه وإنما لاعتبار خاص ارتأه المشرع وهو ما يسمى بالحجر القانوني ويمكن

(1) طعن رقم 12105 لسنة 82ق، جلسة 2014/4/23، مكتب فني 65ق 97، ص 583، متوافر علي الرابط: [/https://ahmedazimelgamel.blogspot.com](https://ahmedazimelgamel.blogspot.com)

تعريف هذا الأخير بأنه " منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية" فتقضي أحكام قانون العقوبات بأن المحكوم عليه بعقوبة جنائية يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة سواء كان بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال وتنتقل ممارسة حقوقه علي أملاكه ما خلا الحقوق الملزمة لشخصه إلي الوصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء علي المحجور عليهم، وكل عمل إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة وهذا ما سلكته معظم التشريعات في الدول العربية كما في قانون العقوبات اللبناني والجزائري (1).

وتأكيداً لهذه القاعدة؛ قضت محكمة النقض: " الحكم الصادر بعقوبة جنائية. مقتضاه. عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم.. فكل حكم يصدر بعقوبة جنائية يستتبع حتماً وبقوة القانون عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً او مدعي عليه بما يوجب أن لم يعين هو قيماً تقره المحكمة تتولي المحكمة المدنية التابع محل إقامته في غرفة مشورة تعيين هذا القيم بناءً علي طلب النيابة العامة أو من له مصلحة في ذلك فإذا خاصم او اختصم بشخصه في دعوي خلال فترة تنفيذ العقوبة الأصلية المقضي بها عليه دون القيم الذي يمثله قانوناً من قبل المحكمة بطلت إجراءات الخصومة بقوة القانون وذلك طبقاً لما ورد بنص المادتين 1/24، 4/25 عقوبات (2).

(1) فتنص المادة (50) من قانون العقوبات اللبناني علي أنه " كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وتنتقل ممارسة حقوقه علي أملاكه، ما خلا الحقوق الملزمة للشخص، الي وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء علي المحجور عليهم، وكل عمل وإدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة، ولا يمكن أن يسلم إلي المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون. تعاد إلي المحكوم عليه أملاكه عند الإفراج عنه ويؤدي له الوصي حساباً عن إدارته (المرسوم الاشتراعي رقم 340، صادر في 1943/3/1، موقع الكتروني ويكي الجندر) رابط <https://genderiyya.xyz/wiki>؛ يقابلها المادة (9) مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي تنص علي أن حرمان الشخص المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتأمير المحكمة بالحجر وجوباً في حال الحكم بعقوبة جنائية، ويتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.

(2) طعن رقم 6155 لسنة 86ق، جلسة 2021/3/21، طعن رقم 9019 لسنة 84ق، جلسة 2016/5/8؛ طعن رقم 9225 لسنة 85ق، جلسة 2016/2/30؛ طعن رقم 10550 لسنة 83ق، جلسة 2015/11/8؛ الدائرة المدنية والتجارية متوافر علي الرابط: <https://qadaya.net/?p=10554>؛ قضت محكمة النقض بأن: " مؤدي النص في المادة 390 من قانون الإجراءات الجنائية أن كل حكم يصدر غيابياً بعقوبة جنائية يستتبع حتماً وبقوة القانون عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم، سواء بصفته مدعياً أو مدعي عليه، ويحرم من حق إدارة أملاكه أو التصرف فيها، وتعين المحكمة الواقع في دائرتها أموال المحكوم عليه حارساً لإدارتها، بناءً علي طلب النيابة العامة أو كل ذي مصلحة، فإذا خاصم أو اختصم بشخصه خلال فترة بقاء الحكم الغيابي سارياً، أي قبل سقوطه

فالحجر هنا إجراء تحفظي، يستهدف منع المحجور عليه من إساءة التصرف في أمواله، وأمام هذه الحالة فقد أتاح المشرع للمحجور عليه، أن يباشر حقه في التقاضي، عن طريق شخص ينوب عنه أمام القضاء وهو القيم، وذلك لأن من لا يستطيع أن يحمي مصالحه لا يُترك دون حماية من المشرع، أو من القاضي الذي يقرر شخص القيم الذي ينوب عن المحجور عليه، في مباشرة إجراءات التقاضي؛ وهو ما قضت به محكمة النقض: حيث قضت بأنه من " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لما كان توقيع الحجر علي شخص، يعتبر إجراءً تحفظياً؛ يستهدف منه منعه من إساءة التصرف في أمواله، فإذا توفي الشخص استحال عليه أن يتصرف في تلك الأموال، ويزول مقتضي الحجر عليه،... فإذا انتهت شخصية المطلوب الحجر عليه بموته، استحال الحكم بالحجر لصيرورته لوقوعه غير ذي محل، كما تورث عنه أمواله، وتنتهي بالتالي ولاية المحكمة المعروض أمامها طلب الحجر لنظره"<sup>(1)</sup>.

وقد اعتبرت بعض التشريعات أن الحجر عقوبة تكميلية تمنع المحجور عليه من ممارسة حقه علي أمواله، وبالتالي فإن الصفة الإجرائية هنا تنتقل للقيم أو الوصي أو الولي<sup>(2)</sup>، في حين أن بعض التشريعات اعتبرت أن الحجر القانوني عقوبة تبعية كما هو الحال لدي التشريع المغربي<sup>(3)</sup>.

ونعتقد من خلال ما تم عرضه أعلاه أن الغاية التي تغياها المشرع لصالح المحكوم

---

بحضوره أو القبض عليه، قبل سقوط العقوبة بمضي المدة، دون الحارس الذي يمثله قانوناً، بطلت إجراءات الخصومة واعتبرت كأن لم تكن (طعن 10550 لسنة 83ق، جلسة 2015 /1/8، غير منشور (مشار إليه لدي: عدي الشمري، الخصومة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 69).

(1) الطعن رقم 377 لسنة 65، جلسة 2002/1/26، المكتب الفني، س 53 ع 1، ص 172، ق 31؛ أنظر: مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص 167.

(2) اعتبر المشرع الجزائري أن الحجر القانوني عقوبة تكميلية ونص علي ذلك في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري علي أن " العقوبات التكميلية هي الحجر القانوني" ويحرم هذا الشخص من التصرف ومن إدارة أمواله أثناء تأدية العقوبة الأصلية السالبة للحرية. وفي المادة 9 مكرر من ذات القانون نصت علي أنه "في حالة الحكم =بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقاً لإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي". وأحالت الفقرة الثانية من المادة 9 مكرر من قانون العقوبات علي قانون الأسرة بالنسبة للإجراءات المتخذة في تعيين النائب الشرعي وهو المقدم، ويرجع في ذلك إلي أحكام الحجر القضائي حتى ولو كان المحكوم عليه مستفيد من فإنه لا يجوز له قانوناً إبرام التصرفات القانونية أو التنازل عن أملاكه، وبالتالي تكون كل تصرفاته باطلة. فإذا حكم علي الشخص بعقوبة جنائية فيحجر عليه قانوناً بحيث التصرفات أثناء تنفيذه للعقوبة فقط.

(3) حيث نص في الباب الثاني من القانون الجنائي أن الحجر القانوني يندرج ضمن العقوبات الإضافية بمقتضى التعداد الوارد في المادة 37 من نفس القانون، وأنه يعين تطبيقهما بحكم القانون دون حاجة إلي النطق بهما في الحكم.

عليه بعقوبة جنائية من تعيين قيم عليه خلال فترة العقوبة ومن اشتراط وجوب اختصام المحكوم عليه في شخص القيم عليه باعتبار أنه خلال فترة تنفيذ العقوبة المقضي بها عليه لا يكون في حال تُمكنه من إدارة أمواله ومن ثم تكون أهلية التقاضي للقيم عليه.

### 3-الحمل المستكن

رغم أن المشرع اعتبر أن الإنسان تبدأ شخصيته القانونية من تمام ولادته حياً كما في نص المادة (29) من القانون المدني، إلا أنه اعترف للجنين بالشخصية القانونية وأحال في بيان حقوقه إلي القانون وذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة قائلاً "ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون"، إذا فليس له حقوق إلا ما قرره القانون في المرسوم بقانون (119) لسنة 1952 في شأن الولاية علي المال<sup>(1)</sup>؛ كما أن المشرع حفاظاً علي حماية حقوق الحمل المستكن الذي لا وصي له أوجب علي المحكمة تعيين وصي، وذلك بموجب المادة(29) مرافعات حيث نصت علي " أنه إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تقوم المحكمة بتعيين وصي ويبقى هذا الأخير علي الحمل المستكن بعد ولادته ما لم تنصب المحكمة شخصاً آخر " .

وانطلاقاً مما سبق؛ يثور التساؤل حول ماهية تلك الحقوق التي قد أقرها القانون للحمل المستكن هل يتمتع بنفس الحقوق المقررة للطفل في المهدي أم يختلف وضعه القانوني عنه؟

نجد أن محكمة النقض تتصدي لإشكاليات الحمل المستكن وتقرر أن القانون أقر له حقوق بعينها كالجنسية والوصية والوقف والمواريث، وحقوق أخري أنكرها عليه كما في حالة حقة في التعويض عن الضرر الشخصي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب مورثة قبل ولادته حياً؛ ولكن نجد أن أحكام محكمة النقض انقسمت لاتجاهين: اتجاه مؤيد لحق الحمل المستكن للتعويض وآخر غير مؤيد لذلك.

الاتجاه الأول: اعتبر أن حقوق الحمل المستكن قاصرة علي حقوق معينة نص عليها القانون، وأن القانون لم يعطي له حق في التعويض عن الضرر الشخصي الذي لحقه نتيجة الفعل الضار الذي أصاب مورثه قبل ميلاده، حيث أن نص المادة(29) صريح وأنه لا محل للرجوع للقواعد العامة المنظمة لاستحقاق التعويض وقت ثبوت الضرر، وإلا صارت إحالة النص المذكور في شأن حقوق الحمل المستكن إلي القانون لغواً

(1) يقابلها نص المادة(25) من قانون المرافعات الجزائري التي تقضي بأن "شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، وقرر أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها له القانون مع اشتراط ولادته حياً".

يتنزه عنه المشرع الذي لو قصد لغير هذا المفهوم لأغفل الإشارة أصلاً إلى تلك الحقوق، تاركاً تعيينها إذا ما وُلد الحمل حياً للقواعد العامة في أهلية الوجوب للإنسان الطبيعي<sup>(1)</sup>، وقد برر البعض الآخر في أحكامه إلى أن سبب عدم أحقية الحمل المستكن للتعويض عن موت مورثه إلى انعدام الإدراك الجنين فلا يمكن أن يكون محلاً لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة، وفي هذا الإطار أرست محكمة النقض عدة مبادئ قضائية بشأن أزمات الحمل المستكن<sup>(2)</sup>.

(1) قضت بأنه من " المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " يدل على أن الأصل أن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حياً. وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق، وتحمل الالتزامات. وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب. واستثناء. منحها الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية للحمل المستكن. إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق بعينها، هي التي بينها القانون. مثل ما نصت عليه قوانين الجنسية والوصية والوقف والمواريث. ولم يرد في القانون نص يعطي له حقاً في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً. ولا محل للرجوع في ذلك بعد ولادته حياً مع صراحة نص المادة ٢٩ سالفة البيان إلى القواعد العامة المنظمة لاستحقاق التعويض وقت ثبوت الضرر. وإلا صارت إحالة النص المذكور في شأن حقوق الحما المستكن إلى القانون لغواً يتنزه عنه المشرع الذي لو قصد لغير هذا المفهوم لأغفل الإشارة أصلاً إلى تلك الحقوق، تاركاً تعيينها إذا ما وُلد الحمل حياً للقواعد العامة في أهلية الوجوب للإنسان الطبيعي (طعن رقم 8684 لسنة 75ق، جلسة 2015/10:2 متوافر علي الرابط:

<https://webcache.googleusercontent.com/>؛

قضت كذلك: " أن المشرع قصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية في عواطفهم وشعورهم من جراء موت المصاب علي من كان من هؤلاء موجوداً علي قيد الحياة في تاريخ الوفاة دون أن يتسع نطاق هذا الحق إلي من لم يكن له وجود آنذاك... المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة (29) من القانون المدني يدل علي أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل =المستكن إلي القانون فليس له حقوق إلا ما حدده القانون، وقد نظم المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 في شأن الولاية علي المال علي الحمل المستكن وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه، واعترف له قانون المواريث بالحق في الإرث، كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصي له به، أما حقه في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً فلم يعينه القانون وترك أمره للقواعد العامة والتي تأتي علي الحمل المستكن الذي لم يولد بعد، وقد انعدم إدراكه أن يكون محلاً لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة طعن رقم 3020 لسنة 72ق، الدوائر المدنية، جلسة 2013/3/23 متوافر علي الرابط: [https://webcache.googleusercontent.com](https://webcache.googleusercontent.com/) .

(2) حيث قضت محكمة النقض أنه "إنما كان الحمل المستكن لا يستحق التعويض المطالب به لانتهاء موجب الضرر لانعدام الإدراك، ذلك أنه من المقرر أن النص في المادة 29 من القانون المدني يدل علي أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلي القانون، فليس له حقوق إلا ما حدده القانون رقم 119 لسنة 1952 في شأن الولاية علي المال والذي أعطاه الحق في اكتساب جنسية والده، واعطاه الحق في الميراث أما الحق في التعويض فتركه القانون للقواعد العامة التي تأتي ذلك علي الحمل المستكن الذي لم يولد بعد) (مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص167؛ طعن رقم 6891 لسنة 75، جلسة 2007/10/22، المكتب الفني، ص58، ص677 ق

الاتجاه الثاني: أن للحمل المستكن الحق في التعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابه جراء وفاة أبيه، ذلك أن حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه، لا يقتصر علي الأضرار التي أصابته لحظة الحادث، وقت أن كان حاملاً، وإنما تمتد إلي الأضرار التي أصابته بعد ولادته حياً<sup>(1)</sup>.

ونتفق مع ذلك الاتجاه الذي أقر للحمل المستكن بالحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة وفاة المصاب، لأنه يكفي أنه في جميع مراحل حياته سيفتقد لمعنى الحماية والسند الذي يوفره وجود أبيه، مفتقد رعايته وعطفه واهتمامه وهذا في حد ذاته يسبب ضرر وأذي نفسي عظيم للطفل عندما يصل لسن يستطيع فيه أن يشعر بهذا الفقد؛ فالالاتجاه الأول نظر إليه في مرحلة الحمل المستكن علي أنه فاقد الإدراك، ولم يأخذ في اعتباره فيما بعد الولادة إلي سن التمييز وحتى باقي حياته من الضرر النفسي الذي سيعيشه عندما ينشأ بدون أب مثله مثل من هو في نفس عمره الذي يعيش حياة اسرية مكتملة.

وبناءً علي ما سبق؛ فإذا كان قانون المواريث قد احتفظ له بحقوق معينة في التركة، وكذا اعتراف قانون الوصية بالحق له فيما يوصي له به، فإن حماية هذه الحقوق اقتضت توفير آلية إجرائية لحمايتها، وهي التمثيل الإجرائي لشخص يباشر الإجراءات القضائية نيابة عنه، وتتحقق في الولي أو الوصي، وهذا هو المقرر وفقاً لنص المادة(33) من قانون الولاية علي المال رقم(119 لسنة 1952) الذي نص علي " إن يكن لم للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً غيره ويبقي وصي الحمل المستكن وصياً علي المولود مالم تُعين المحكمة غيره".

#### 4-التمثيل الإجباري للتاجر المفلس

116؛ وفي مثل هذا المعني الطعن رقم 7887 لسنة 74ق، جلسة 2013/12/23، الدائرة المدنية، مكتب فني).

(1) حيث قضت أنه "من المعلوم بالضرورة أن الطفل تصيبه شخصياً أضراراً، جراء وفاة أبيه، حتي لو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي توفي بسببه الأب، وقت أن كان هذا الطفل حاملاً مستكناً، ولا وجه للقول بأن حقه في التعويض مقصور علي الحق في التعويض الموروث؛ لأن قانون المواريث احتفظ له بالحق في الإرث، كالحقوق التي كفلها له القانون بشأن الوصية والجنسية، ذلك أن حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه، لا يقتصر علي الأضرار التي أصابته لحظه الحادث، وقت أن كان حاملاً، وإنما يمتد إلي الأضرار التي أصابته بعد ولادته، وثبوت أهلية الوجوب كاملة له، وما يستجد في المستقبل، متي كان محقق الوقوع، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير، عملاً بنص المادة (170) من القانون سالف البيان- القانون المدني (طعن رقم 6891 لسنة 75، جلسة 2007/10/22، المكتب الفني، ص58، ص677 ق 116؛ وفي مثل هذا المعني الطعن رقم 7887 لسنة 74ق، جلسة 2014/4/23، الدائرة المدنية ، مكتب فني) .

ذكرنا آنفاً؛ أنه علي الرغم من بلوغ بعض الأشخاص سن الرشد إلا أن القانون في حالات معينة يمنعهم من التصرف بأموالهم وإدارتها وبالتالي لا يجوز لهم التقاضي بشأنها<sup>(1)</sup>، فضلاً عن الأشخاص البالغين سن الرشد ولكنهم فاقدين لأهليتهم بسبب مرض أو عاهة ما، هناك أشخاص آخرون يتمتعون بكامل قواهم العقلية ويمنعهم القانون من التصرف بأموالهم أو إدارتها لأسباب متعددة، كما في حالة الإفلاس، فالتاجر المفلس يمنع من التصرف وإدارة أمواله والتقاضي بشأنها، منذ صدور الحكم بإشهار إفلاسه، سواء كانت تلك الأموال ملكاً له أم آلت إليه بعد ذلك، باستثناء الأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانوناً، والحقوق المتعلقة بأحواله الشخصية، والتعويضات المستحقة قبل الحكم بالإفلاس<sup>(2)</sup>؛ وبهذا الحكم تنتقل إدارة أمواله إلي وكيل التفليسة بحيث تُغل يد المفلس ويخرج من المؤسسة ليحل محله وكيل التفليسة المذكور<sup>(3)</sup>، وتمتد أعمال وكيل التفليسة كمثل للمفلس ولجماعة الدائنين من اليوم الذي يصدر فيه الحكم حتي إقبال التفليسة<sup>(4)</sup>، ولا يجوز رفع دعوي بخصوص منقولات المفلس أو عقاره إلا بواسطة وفي مواجهة السنديك (وكيل الدائنين)، وذلك لأن نص المادتين (216، 217) قد قضيا بغل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها ومنعه من رفع الدعاوي القضائية بخصوص أمواله وأنابتا عنه في ذلك وكيل الدائنين وذلك لحماية حقوق دائني المفلس، كما أن نصوص أحكام محكمة النقض قضت بذلك أيضاً<sup>(5)</sup>.

وبالتالي فإن وكيل التفليسة يقيم الدعاوي لتحصيل الديون المترتبة للمفلس علي الغير،

(1) إبراهيم الشريعي، الصفة في القضاء المدني، مرجع سابق، ص139؛ د. حبيب عبيد مزهر العماري، الخصم في الدعوي المدنية، دراسة مقارنه، مرجع سابق، ص100.

(2) عدي الشمري، الخصومة في الدعوي، مرجع سابق، ص62.

(3) سائد وحيد كامل، انقطاع سير الدعوي المدنية في القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص23؛ إبراهيم الشريعي، الصفة في الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص140؛ د. عدنان ضناوي وعدنان الخير، الاسناد التجارية والإفلاس، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2001، ص250.

(4) وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض " بأن وكيل الدائنين. يعتبر وكيلاً عن جماعة الدائنين في إدارة أموال التفليسة وتصفيتها كما يعتبر أيضاً وكيلاً عن المفلس " (طعن رقم 514 لسنة 51ق، جلسة 1987/3/30، مكتب فني س 38، ج 1، ص509).

(5) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض: " الحكم بإشهار الإفلاس. أثره. غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها وفقد أهلية التقاضي بشأنها، فلا يصلح له مباشرة الدعاوي المتعلقة بها، ويحل محله أمين التفليسة في مباشرة الدعاوي المتعلقة بها الذي يضحى صاحب الصفة في كل ما له علاقة بأموال التفليسة باعتباره وكيلاً عن جماعة الدائنين وعن المفلس في ذات الوقت. المواد (1/589، 1/582، 1/549، 17ق2 لسنة 1999)؛ طعن رقم 3987 لسنة 80ق، جلسة 2019/2/28؛ طعن رقم 2895 لسنة 4ق، جلسة 2013/7/25؛ طعن رقم 949 لسنة 80ق، جلسة 2011/7/7؛ متوافر علي

الرابط: <https://lawyeregypt.net/>

بالإضافة إلى دعاوي الإبطال الموجودة في قانون التجارة<sup>(1)</sup>، فالوكيل يمثل في الحالة الأولى المفلس عندما يمارس حقوقه في تحصيل ديونه من الغير ويمثل جماعة الدائنين عندما يقيم دعاوي الإبطال، فوكيل التفليسة يمثل جماعة الدائنين فضلاً عن التاجر المفلس في الدعاوي المتعلقة بأموال التفليسة<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أقر به أيضاً قانون التجارة في المادة رقم (262) علي أنه يحق للسنديك-وكيل الدائنين-إدارة مال المفلس ويحق له بعد موافقة مأمور التفليسة الاستمرار في تجارة المفلس إما بنفسه أو بواسطة شخص آخر يوافق مأمور التفليسة علي اختياره ...<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ إن الحكم بشهر الإفلاس لا يفقد المفلس أهلية التقاضي في دعوي التعويض المرفوعة علي المتهم المفلس، وذلك دون إدخال وكيل التفليسة؛ وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الحكم قد عرض للدفع بعدم قبول الدعوي الجنائية والمدنية لعدم اختصاص أمين التفليسة لصدور حكم علي الطاعن بشهر افلاسه واطرحه في قوله" وحيث أنه عن الدفع المبدي بعدم قبول الدعوي الجنائية والمدنية لعدم اختصاص أمين التفليسة رغم إشهار افلاس المتهم، فإنه من المقرر أنه لا مانع قانوناً من قبول دعوي التعويض المرفوعة من المدعي بالحق المدني علي المتهم المفلس دون ادخال وكيل الدائنين فيها، لأن الدعوي المدنية تتبع الدعوي الجنائية وتأخذ حكمها ومتي كان للمتهم بأن يدافع عن مصلحته في الدعوي الجنائية كان له كذلك الحق في الدفاع عنها في الدعوي المدنية، لما كان ذلك فإن الادعاء المباشر المرفوع علي المتهم المشهر افلاسه يكون مقبولاً رغم عدم اختصاص أمين التفليسة في الدعوي،

---

(1) انظر في ذلك: حسام محفوظ، المصلحة والصفة، مرجع سابق، ص36؛ د. عدنان ضناوي وعدنان الخير، الاسناد التجارية والإفلاس، المرجع السابق، ص311.  
(2) د. نزيه نعيم شلالا، وكيل التفليسة والقاضي المشرف، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص10.

(3) وفي هذا الصدد أيضاً نجد أن المشرع الجزائري يتفق مع موقف المشرع المصري في ذلك حيث نص في المادة (244) من قانون التجارة " أن الوكيل المتصرف القضائي يمارس جميع الحقوق ودعاوي المفلس بذمته المالية طيلة مدة افتتاح التفليسة، وذلك كمدعي أو مدعي عليه، والذي يجب التنويه عليه مراراً فإن الوكيل المتصرف القضائي تثبت له الصفة الإجرائية، فيما نظل الصفة العادية لصيقة بصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه والذي هو المفلس" والواضح هنا أن حرمان المفلس يمنعه من مباشرة إجراءات المطالبة القضائية من تاريخ صدور الحكم القضائي بافتتاح إجراءات الإفلاس، ولعل الهدف من هذا الحظر حماية حقوق الدائنين، وذلك بتجنب إمكانية افتعال الفلوس ودعاوي صورية يتواطأ فيها مع المدعي إذا كان المدعي عليه، أو مع المدعي عليه إذا كان المدعي من أجل تهريب أمواله التي تمثل ضمان عام بالنسبة لجماعة الدائنين؛ كما نجد أن المشرع العراقي يتفق مع المشرع المصري علي أن أمين التفليسة، يمثل التاجر المفلس في جميع الدعاوي المتعلقة بالتفليسة، وذلك في المادة 321 من قانون التجارة العراقي الحالي رقم 30 لسنة 1984؛ والمادة 1/573 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

وذلك لكون الدعوي المدنية تتبع الدعوي الجنائية وتأخذ حكمها، الامر الذي تري معه المحكمة رفض هذا الدفع" لما كان ذلك وكان من المقرر أن الحكم بإشهار الإفلاس لا يفقد المفلس اهليته بل تظل له أهلية التقاضي كاملة، فله أن يقاضي الغير وللغير أن يقاضيه وذلك كله باسمه شخصياً، وانما لا يكون للأحكام التي تصدر في هذه الدعاوي أية حجية قبل التفليسة حتي لا يضر مجموع الدائنين بحكم لم يصدر في مواجهة وكيلهم، هذا فضلاً عن أنه لا مانع قانوناً من قبول دعوي التعويض المرفوعة من المدعي بالحق المدني علي المتهم المفلس دون ادخال وكيل الدائنين فيها؛ لأن الدعوي المدنية تتبع الدعوي الجنائية وتأخذ حكمها. ومتي كان للمتهم أن يدافع عن مصلحته في الدعوي الجنائية كان له كذلك الحق في الدفاع عنها في الدعوي المدنية...<sup>(1)</sup>.

**ويثور التساؤل هنا عن موقف التاجر الذي يشهر إفلاسه في بلد أجنبي وله نشاط في مصر هل لا يعتبر مفلساً فيها؟**

ولالإجابة علي هذا التساؤل يمكن القول أن الأصل أنه إذا شهر إفلاس تاجر في بلد أجنبي وكان له نشاط تجارى في مصر فلا يترتب عليه كأصل اعتباره مفلساً فيها ولا تجوز تصفية أمواله الموجودة بها ما لم يصدر حكم بشهر إفلاسه من محكمة مصرية أو وضع على الحكم الأجنبي الصادر به الأمر بالتنفيذ، أو كانت هناك اتفاقية بين جمهورية مصر العربية ودولة أخرى تنص على أنه متى صدر حكم بشهر إفلاس تاجر في إحداهما أنتج هذا الحكم أثره في الدولة الأخرى؛ على أن يستثنى من هذا الأصل كون الإجراء المراد إعماله بموجب هذا الحكم ينحصر في إثبات صفة أمين التفليسة بوصفه نائباً معيناً بمقتضى الحكم الأجنبي عن جماعة الدائنين في التفليسة التي أشهرت في الخارج فيجوز له المطالبة بحقوق المفلس الموجودة في مصر وإقامة الدعاوى المتعلقة بها وتمثيلها في تلك التي تقام عليها، بما لا يقبل الدفع أمام المحاكم المصرية بانعدام صفته، وهو ما يتفق في نتيجة وأحكام اتفاق الاعتراف بالأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وتنفيذها بين حكومتي جمهورية مصر العربية وجمهورية إيطاليا الموقع بتاريخ ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٧ الصادر به قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٨ والذي وإن أخرج من نطاق سريان أحكامه الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في مواد الإفلاس على نحو ما ورد في عجز المادة الأولى من هذا الاتفاق إلا أنه لا يحول دون جواز التمسك بهذه الأحكام في إثبات صفة أمين التفليسة المعين بموجب الحكم الصادر في الجمهورية الإيطالية

(1) طعن رقم 2895 لسنة 4ق، جلسة 2013/7/25، متوافر علي الرابط

[/https://lawyeregypt.net](https://lawyeregypt.net)

في تمثيل التفليسة في مصر وذلك في الدعاوى التي تقام عليها رغم عدم صدور حكم  
بشهر إفلاسها بعد<sup>(1)</sup>.

---

(1) طعن رقم 1137 لسنة 65 قضائية جلسة 11\3\2008، مكتب فني 59 ق 57 ص 308، متوافر  
علي الرابط [/https://ahmedazimelgamel.blogspot.com](https://ahmedazimelgamel.blogspot.com)

## 5-الحارس القضائي<sup>(1)</sup>

عندما يفرض القانون الحراسة القضائية يصبح الحارس بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائباً ونيابته هنا نيابة قانونية من حيث المصدر الذي يحدد نطاقها<sup>(2)</sup>.

والحارس القضائي يمثل صاحب المال في الدعاوي التي تدخل تحت سلطته، وذلك حسب ما تقتضيه أعمال الإدارة والتصرف، دون دعاوي التصرف التي تنصب علي المال مباشرة كدعوي استحقاق الملكية، وقد استقر القضاء المصري علي العمل وفقاً لهذا الاتجاه<sup>(3)</sup>، فقد قضت بأن "المقرر في قضاء محكمة النقض وكان مؤدي المادتين 734 و735 من القانون المدني أن الحارس القضائي ينوب عن ذوي الشأن في مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التي تلحق بها بالضرورة فيكون له وحده الحق في التقاضي بشأنها، أما ما يجاوز تلك الحدود من أعمال التصرف الأخرى والمتعلقة بأصل تلك الأموال ومقوماتها فتظل لذوي الشأن وحدهم أهليتهم كاملة في القيام بها والتقاضي بشأنها مالم يتفقوا علي غير ذلك أو يصدر ترخيص به من القضاء"<sup>(4)</sup>.

ويترتب علي فرض الحراسة القضائية غل يد المالك عن إدارته ويصبح الحارس القضائي هو صاحب الصفة في مباشرة الأعمال التي نيظت به والدعاوي المتعلقة بها، ذلك أن الحراسة إجراء تحفظي والحكم الصادر فيها هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التي نيظت به<sup>(5)</sup>.

وعلي صعيد آخر؛ لا نلاحظ لهذا الموضوع اهتماماً فقهياً في العراق، ولم تتصد له أحكام القضاء علي الرغم من أهميته في الجانب العملي، كما لو حصل نزاع علي ملكية دار غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري، وكانت تلد الدار مستأجرة، وبعد وضعها تحت الحراسة القضائية الحق بها المستأجر ضرراً، أو امتنع عن دفع الأجرة، أو أصبحت الدار بحاجة إلي الترميمات الضرورية، فعندئذٍ لا مناص من أن يكون

(1) يعتبر نائب عن صاحب المال الخاضع للحراسة. مسؤوليته عن حفظه وإدارته وهو صاحب الصفة في التقاضي بشأنه. ما يبرمه في حدود هذه النيابة انصرافه إلى الأصيل 105 مدني. تواطؤ الحارس مع الغير إضراراً بحقه. مؤداه. عدم انصراف أثر تصرف الحارس إليه. (طعن رقم 1788، لسنة 53ق، جلسة 1986/12/25، س37، ج2، ص1052، الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض).

(2) طعن رقم 6468، لسنة 72 ق، جلسة 2014/4/15، متوافر علي الرابط: [/https://lawyeregyp.net](https://lawyeregyp.net)

(3) عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 63.

(4) طعن رقم 11060، لسنة 77 ق، جلسة 2008/6/19، س 59، ص 712، ق 124.

(5) طعن رقم 2815، لسنة 72 ق، جلسة 2004/6/14، س 55، ع1، ص 616، ق 113.

الحارس القضائي صاحب الصفة الإجرائية في تلك الدعاوي، وهو مما استوجب علي التشريع العراقي إضافة فقرة ضمن المادة 148 مرافعات مدنية تنص علي ذلك<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### التمثيل الاختياري (2) للأشخاص الطبيعيين

أشرنا فيما سبق إلى أن التمثيل الإجباري عبارة عن وسيلة قانونية يستطيع من خلالها الممثل مباشرة الإجراءات باسم ولحساب الأصيل، ولكن دون أن يكون للأصيل دور في اختيار ممثله بل يفرض عليه أما استنادا إلى نص في القانون أو بموجب حكم قضائي، ويختلف الأمر بالنسبة للتمثيل الاختياري أو ما يسمى بالوكالة<sup>(3)</sup>.

أجاز المشرع للشخص أن يلجأ باختياره إلي توكيل غيره بمباشرة إجراءات الخصومة<sup>(4)</sup>، وهذا الوكيل تثبت له بمقتضي الوكالة الصفة الإجرائية في تمثيل الموكل إجرائياً – أي في التقاضي باسمه – وموضوعياً أي في مباشرة الأعمال الموصوفة – كلها أو بعضها – حسبما تكون عليه الوكالة، عامة أو خاصة والسلطات التي يتمتع بها الوكيل إنما هي لكي يقوم بالعمل لحساب الموكل. <sup>(5)</sup> ويبقى للخصم الأصيل صفة في مباشرة إجراءات الخصومة بنفسه حتي ولو كان قد وكل باختياره محامياً للحضور عنه ومباشرة الإجراءات باسمه. بمعنى أنه حيث لا يكون الخصم ملتزماً بتوكيل محام لمباشرة الخصومة فإن صفته في حضور الجلسات ومباشرة إجراءات الخصومة تظل قائمة حتي ولو وكل في ذلك أحد المحامين، ولذلك فإن كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يعتبر بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة مادة(79) مرافعات<sup>(6)</sup>.

إلا أنه وإن كان لوكيل الخصومة سلطة مباشرة الأعمال الإجرائية نيابة عن الخصم

(1) عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 63.

(2) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، ط1، ص82.

(3) كان في القوانين الرومانية القديمة لم يكن يوجد ما يعرف بالتمثيل الإجرائي فقد كان يجب الحضور علي الخصوم أو ممثلهم القانونيين بأنفسهم فلم تكن تجوز الوكالة بالخصومة، وعلّة هذا أن الخصومة كانت ترمي قبل كل شيء إلى إجراء المصالحة بين الخصوم مما يستوجب حضورهم شخصياً (د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج1، مرجع سابق، ص69).

(4) انظر في نفس المعنى: د. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج2، المطبعة النموذجية، القاهرة، 1958، ص72؛ عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 63.

(5) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص(132).

(6) د. عيد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المجلد الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 561.

الأصيل في الدعوى، إلا أنه الزم في بعض الحالات مباشرة إجراءات الخصومة عن طريق محام، حيث لم يكفي بتوافر الأهلية الإجرائية للخصم ورتب علي مخالفة ذلك البطلان وتطبيقاً لما سبق سوف نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، هما:

أولاً: التمثيل الاختياري للوكالة بالخصومة (القاعدة)

ثانياً: إلزامية الوكالة في الخصومة في بعض الحالات (الاستثناء)

أولاً: الوكالة بالخصومة (التمثيل الفني)

نظراً لأن النظام القانوني للدعوى المدنية يتميز بمبدأ قانونية الشكل، الذي يحتم علي الأفراد سلوك طريق الدعوى القضائية للحصول علي الحماية القانونية، وبإجراءات معينه حددها القانون ومن هنا تُثار أهمية الوكالة بالخصومة في الدعوى المدنية، باعتبارها تستهدف تأمين واطمئنان الأفراد علي حقوقهم، والدفاع عنهم بتحويل الغير ممن يكون أكثر منهم خبرة للمطالبة بحقوقهم<sup>(1)</sup>، فهو نوع خاص من التمثيل يكون فيه الممثل(الوكيل) من فئة معينة هم المحامون، يشترطه المشرع في حالات معينة لممارسة إجراءات الخصومة، لا يقبل فيه مباشرتها من الأصيل<sup>(2)</sup>، وهذا النوع يختلف عن الوكالة الاتفاقية فالوكالة الاتفاقية عقد تفويض ينوب فيه شخص عن آخر في التصرف<sup>(3)</sup> من حيث كونه ذا طابع إجباري وفني، لأن الخصومة نشاط فني دقيق

(1) أنظر في ذلك: كرار ماهر كاظم، الحضور وأثره في تصحيح البطلان، رسالة دكتوراه، عام 2018، ص60.

(2) د. عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم في القوانين الفلسطينية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، م 20، ع2، 2012، ص21.

(3) فقد قضت محكمة النقض المصرية أن " الوكالة. ماهيتها. عقد تفويض بمقتضاه يلتزم الوكيل بالقيام بعمل لحساب الموكل. م 699 مدني. مقتضاه. وجوب توافر أهلية التصرف القانوني محل الوكالة في الموكل دون الوكيل الذي يكفي أن يكون مميزاً وذلك لعدم انصراف التصرف " (طعن رقم 13641 لسنة 85، جلسة 2017/2/5، متوافر علي الرابط محكمة-النقض.pdf. <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads> /الوكالة-قانوناً-وقضاء-عقداً-وإجراء-في-قضاء-

وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية علي ذلك أيضاً في (الطعن رقم 1224، لسنة 2015، جلسة 29 ديسمبر 2015، طعن حقوقي، فلسطين، متوافر علي الرابط: <https://webcache.googleusercontent.com>؛ فنصت علي " ان الوكالة هي عقد تفويض ينيب فيه شخص شخصاً آخر عن نفسه في التصرف فالمستنيب موكل والمستتاب وكيل ومحل الوكالة وهو الامر المستتاب فيه موكل به - وان حقيقة التوكيل هو من قبيل اطلاق الصلاحية، حيث ان كل انسان في الاصل محجور عن ان يتصرف فيما يعود لغيره ولو تصرف كان فضولياً لا ينفذ تصرفه ولا يسري حكمه على صاحب الحق المختص الا اذا اجازه هذا الاخير - فبالتوكيل يطلق الانسان لغيره سلطة التصرف عن نفسه ويستعين به لان الوكالة استعانة واعانة فبهذا الاطلاق والصلاحية المستمدة من =الموكل يصبح تصرف الوكيل بما وكيل به نافذاً على الموكل كما لو

يتطلب القيام به علم وخبرة لا تتوافر للشخص العادي، ولذا ينظم قانون المرافعات وقانون المحاماة كيفية تقديم المعونة الفنية للخصوم، وتتوافر تلك الخبرة لدى المحامي الذي يمكنه الدفاع عن خصمه نظراً لما يتمتع به من ثقافة ومعرفة بالإجراءات<sup>(1)</sup>، بينما لا تقوم الوكالة الاتفاقية علي هذه الاعتبارات، وتتم الوكالة بالخصومة بين الخصم والمحامي بأن يعهد لشخص بمهمة اتخاذ إجراء قانوني بدلاً من شخص آخر، وتخضع للقواعد العامة في عقد الوكالة في القانون المدني، مع ما يوجبه المشرع من قواعد خاصة في قانون المحاماة، ويرى البعض أن هذا الاتفاق هو خليط بين الوكالة والمقولة، بل ويرجحون أنها عقد مقولة، بينما يراها آخرون أنها وظيفة عامة<sup>(2)</sup>، ونتفق مع القائلين بأنها عقد وكالة لا غير يتميز بميزات يضيف عليها طابع الخصوصية، أي أن أحكام عقد الوكالة الذي ينظمها القانون المدني من حيث شروط الانعقاد بتطابق الإيجاب والقبول، وشروط محل الوكالة، من كونه ينصب علي نص قانوني، ممكن وغير مخالف للنظام العام، وتسري علي الوكالة بالخصومة، بالإضافة إلي أنها تسري علي الوكالة الاتفاقية التي تكون في الغالب رضائية، ولا تستلزم شكلاً معيناً، إذ أن المشرع اشترط تصديق الوكالة بالخصومة لدي جهة مختصة، والتي تتمثل بموجب القانون بدائرة الشهر العقاري، بالإضافة إلي تمييزها عن الوكالة الاتفاقية، لأنها تكون خاصة بالمحامين<sup>(3)</sup>.

إذا كان المحامي هو أكثر وكلاء الخصومة شيوعاً، إلا أنه ليس الوكيل الوحيد، فقد أجاز المشرع لأقارب الخصوم، أن يكونوا وكلاء بالخصومة عن أقاربهم وأصهارهم حتي الدرجة الثالثة، وهذا التوكيل يكون معلقاً علي قبول المحكمة التي تنظر الخصومة، إن شاءت قبلت هذا التوكيل وإن شاءت رفضت هذا التوكيل، بمعنى آخر أن قبول وكالة الأقارب بالخصومة، متروك لسلطة المحكمة التقديرية<sup>(4)</sup>، وإذا كان الوكيل هو احد القضاة او النائب العام او احد وكلائه او احداً من العاملين في المحاكم فعلى الرغم من عدم جواز توكل هؤلاء في الخصومات مطلقاً لانهم ليسوا من وكلاء

---

باشره الموكل بنفسه ويغير في حكم الرسول لان حكم الوكيل كل من يعهد اليه يعمل لا يدع له اي مجال للتصرف؛ وقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة(927) بأنه عقد يقيم معه شخص غيره مقام نفسه في تصرف جانز معلوم( د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ط 3، 2011، ص202).

(1) إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص156.

(2) كرار ماهر كاظم، الحضور وأثره في تصحيح البطلان، مرجع سابق، ص60

(3) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، ط1، ص82، 84.

(4) انظر في ذلك: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي، مرجع سابق، ص83.

الخصوم، فإنه في خصومة الأقارب يجوز لهم ان يتوكلوا عن أزواجهم او اصولهم او فروعهم الى الدرجة الثانية<sup>(1)</sup>؛ مع مراعاة ان تقديم الطعون او الحضور او المرافعة امام محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا والمحكمة الدستورية العليا لا يتم الا اذا قدم من قبل المحامين المقبولين للمرافعة بجدول المحامين امام محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

**أما القانون العراقي** موقفه في هذا الشأن مخالف للقانون المصري في كونه قيد نطاق وكالة الأقارب علي دعاوي معينة، فلا يشمل جميع الدعاوي، وإنما يقتصر علي دعاوي الأحوال الشخصية<sup>(3)</sup>، وبعض الدعاوي التي تنظرها محكمة الابتدائية بدرجة أخيرة، والتي كانت سابقاً من اختصاص محاكم الصلح، وهي دعاوي المنقول والدين التي لا تزيد قيمتها علي خمسمائة دينار، ودعاوي الحيازة وطلب التعويض عن نزع الحيازة، أو التعويض لها بالتبعية لدعاوي الحيازة، وإزالة الشروع، وتخليئة المأجور، ودعاوي الأقساط المستحقة من الديون المقسطة، علي ألا يزيد مقدارها علي خمسمائة دينار، وكذلك المتبقي من الدين إذا كان مائة دينار أو أقل، والدعاوي التي نص في قانون ما علي أنها من اختصاص محاكم الصلح<sup>(4)</sup>؛ وعن موقف القانون الأردني فقد أجاز أيضاً ان يوكل الزوج أو أحد الاصول أو الفروع في الدعاوى الصلحية، ولكنه جعلها معقلة علي اذن من قاضي محكمة الصلح<sup>(5)</sup>، كما أن يوكل الزوج او احد الاصول او الفروع او الصديق عن الخصم مقيد النطاق الذي يقتصر علي دعاوى الاحوال الشخصية المقامة لدى المحاكم الشرعية<sup>(6)</sup>.

ويري جانب من الفقه، أن توكيل أحد الأقارب بالخصومة، إنما هي وكالة حضور فقط، ذلك لأن الخصم الموكل ليس له الترافع أو التوقيع علي محاضر المرافعة، بل يجب أن يوكل عنه محامياً لمباشرة إجراءات التقاضي واستندل علي ذلك بنص المادة 72 مرافعات ومن مسلك المشرع في قانون المحاماة اذ لم ينص على حق الخصم توكيل احد اقاربه او اصهاره او ازواجه في المرافعة ومتابعة اجراءات التقاضي<sup>(7)</sup>؛ وهذا هو الاتجاه السائد لدي القضاء المصري والقضاء الفلسطيني ومعظم التشريعات

(1) احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة النشر، ص 414 .

(2) انظر في ذلك: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي، مرجع سابق، ص83.

(3) آدم وهيب النداوي، شرح قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص191.

(4) المادة(21) من قانون المرافعات العراقي الملغي، والمادة(31) من قانون المرافعات العراقي الحالي.

(5) مادة 13 من قانون الصلح التي تنص علي "

(6) مادة 6 من قانون المحامين الشرعيين.

(7) د. أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص85.

في الدول العربية<sup>(1)</sup>.

ونرى ان توكيل احد الاقارب بالخصومة يخوله حق اقامة الدعوى والترافع فيها ومتابعة اجراءات التقاضي حتى نهايتها لان الموكل يملك القيام بذلك بنفسه، وانه بتوكيل غيره يكون قد خول الوكيل ما يملك، ولا نرى في نصوص القوانين التي اجازت توكيل الاقارب بالخصومة انها قصرت نطاق الوكالة على حق الحضور فقط، كما ان الفقه يعد اقارب الخصوم من وكلاء التمثيل فضلاً عن المحامين، وان القوانين حددت صلاحية الوكيل بالخصومة بممارسة الاعمال والاجراءات التي تحفظ حق الموكل ورفع الدعوى والمرافعة حتى ختامها ومراجعة طرق الطعن القانونية مالم ينص سند الوكالة على خلاف ذلك.

وعلى الرغم من جواز وكالة الخصم لاحد اقاربه فان هذا النوع من التوكيل ضئيل الوجود في الخصومات ونادرا ما يشاهد في الواقع العملي، كما ان هذا التوكيل ينجم عنه نفس الاثار السلبية الناجمة عن حضور الخصوم بأنفسهم لمباشرة خصوماتهم امام القضاء، لذا نكرر الدعوة التي تتبنى فكرة حصر نطاق التوكيل بالخصومة بالمحامين فقط دون غيرهم.

---

(1) حيث قضت محكمة النقض الفلسطينية: " كما جاء في باب الوكالة بالخصومة في الوسيط في شرح القانون المدني للعلامة السنهوري (انه يجوز للخصم ان يوكل غيره في الخصومة من غير المحامين ولكن الوكيل في الخصومة لا يجوز له الحضور بنفسه امام القضاء بل يجب ان يوكل عنه محامياً في ذلك، اذ للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم امام المحاكم، الامر الذي يحتم معه تدخل المحامي في الخصومة ولو مع وجود الخصم (الموكل) نفسه. وان التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والاجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها واتخاذ الاجراءات التحفظية الى ان يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها واعلان هذا الحكم وذلك بغير اخلال بما اوجب به القانون تفويضاً خاصاً وكل قيد يرد بسند التوكيل على خلاف ما تقدم لا تجنح به على الخصم الاخر وتأسيساً على ذلك ولما كانت الوكالة... المقامة بموجب الدعوى الاساس قد تضمنت تخويل الوكيل ناصر شومان برفع الدعوى عن موكله بموجب الوكالات العامة... حيث انه وهذه الحال يعتبر وكيلاً للموكل وليس اصلاً للوكيل... (حسب احكام المادة 1466 من المجلة) وحيث ان توكيل المحامين انما يدخل في نطاق وعموم التوكيل بالخصومة حيث ان ذلك الامر مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بسلطة الوكيل لغايات القيام بالأعمال والاجراءات اللازمة لتنفيذ مرمى ومقاصد ما اتجهت اليه ارادة الوكيل والموكل توكيل محامي في الخصومة عنه يصب في مصلحته المحضه، (طعن رقم 1224 لسنة 2015، جلسة 29 ديسمبر 2019، سبق ذكره) ؛ كذلك اتجه المشرع العراقي الي نفس الاتجاه حيث نص علي ذلك في المادة (51) مرافعات وحددت بأن الأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا وكلاء بالخصومة هم المحامون، أو الأزواج والأقارب حتي الدرجة الرابعة، أو من ينوب عن غيره نيابة قانونية أو شرعية في حالات خاصة، أو موظفو الدوائر الرسمية من القانونين (أنظر في ذلك: د. آدم وهيب، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص203).

وتجدر الإشارة إلي أنه يتوجب علي الممثل الإجرائي بيان أسماء الموكلين وصفاتهم إذا كان التمثيل اتفاقياً، فعندما توجد مجموعة من الأشخاص تربطهم مصالح مشتركة ويوكلون شخصاً لتمثيلهم أمام القضاء، فإنه يجب علي هذا الوكيل أن يبين في كل أعمال الخصومة أسماء من يمثلهم وصفاتهم وإلا سيكون مصير هذه الأعمال البطلان.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: الزامية الوكالة بالخصومة في بعض الحالات

إذا كان المبدأ أن يكون كل خصم حراً في اختيار ممثله، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فالإنسان حر في اختيار من يوكله في إدارة أمواله والتصرف فيها بشرط أن يكون اهلاً للوكالة دون اشتراط توافر صلة قرابة معينة او ثقافة معينة، فقد اشترط المشرع بالنسبة لصحة الوكالة بالخصومة والحضور عن الخصوم قيام فئة معينة من الأشخاص بهذه الأعمال<sup>(2)</sup>، كالتمثيل مثلاً أمام محكمة النقض فيكون إجبارياً، فيكون التمثيل إجبارياً أو اختياريّاً يبقي خاضعاً لقواعد القانون العام الذي يحكم هذا العقد فبعد أن كان القانون يفرض حضور الخصوم بأنفسهم ومتابعة إجراءات الدعوي بأنفسهم اصبح جائزاً لهم أن ينيبوا عنهم شخصاً آخر للقيام بذلك، لا بل أمراً وجوبياً في بعض الحالات<sup>(3)</sup>، وإجبارية وعندما تكون الوكالة إجبارية يعتبر العمل الذي يقوم به الخصم دون الاستعانة بوكيل في الخصومة باطلاً ويكون البطلان متعلق بالنظام العام<sup>(4)</sup>، وذلك لأن اسناد الوكالة بالخصومة للمحامين دون سواهم يعين كل من الخصوم والمحكمة في نفس الوقت علي الوصول إلي العدالة في أقرب وقت ممكن وبأقل النفقات لما تتوافر لديهم من ثقافة وخبرة قانونية تساعد علي ابراز مسائل النزاع وتحديدها

(1) د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، الصفة في العمل الإجرائي، رسالة دكتوراه، بني سويف، 1995، ص206.

(2) د. عاشور مبروك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص65.

(3) انظر في ذلك: مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص166.

(4) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص698، بند 323- هذا ما نص عليه قانون المرافعات اللبناني حيث نص علي أنه " علي الخصوم أن يستعينوا بمحام كوكيل في القضايا التي تتجاوز فيها قيمة المدعي به مليون ليره لبنانية أو التي لا قيمة معينة لها وغيرها من القضايا التي يوجب القانون الاستعانة =فيها بمحام" مادة 378 من قانون المرافعات المدنية اللبنانية – والمادة (61) من قانون تنظيم مهنة المحاماة أوجبت الاستعانة بمحام أمام محكمة الجنايات، أمام محكمة التمييز والقضاء الإداري في جميع القضايا، أمام محكمة الاستئناف في جميع القضايا المدنية والشرعية والمذهبية ، أمام محاكم الدرجة الأولى في القضايا المدنية غير المقدرة باستثناء دعاوي الأحوال الشخصية وفي القضايا الأخرى التي تتجاوز قيمة المنازع فيه ( ثلاثمائة الف ليرة لبنانية)، أمام محاكم القضاء المستعجل باستثناء الطابات الإجرائية، أمام دوائر التنفيذ لأجل تنفيذ الأحكام والسندات وسائر العقود والصكوك التي تزيد علي ثلاثمائة الف ليرة لبنانية، وأمام لجان الاستملاك

أمام المحكمة، وموقف المشرع المصري يتفق مع التشريع الفرنسي والتشريع اللبناني بمقتضى المادة 61 من قانون تنظيم مهنة المحاماة<sup>(1)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: "لا يُقبل الطعن بالنقض بدون توقيع محامي مقبول لدي المحكمة، وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها لتعلق الأمر بالنظام العام، ويستوي مع خلو الصحيفة من التوقيع، أن تكون موقعة من محام غير مفيد بجدول المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض"<sup>(2)</sup>.

وإذا كان موقف القانون العراقي من قيد نطاق وكالة الأقارب بالخصومة وحصرها في نطاق دعاوي معينة؛ فهذا يستتبع التساؤل حول مصير الوكالة بالخصومة في حالة توكيل المحامي في خصومة تخرج عن نطاق صلاحيته القانونية، كأن يوكل في دعوي بدائية وصلاحيته لا تسمح له بالتوكيل إلا بدعاوي الأحوال الشخصية؟

بداية لا بد من القول أن التزام المحامي بحدود صلاحيته القانونية، يُعد واجباً مفروضاً عليه، وأن النصوص القانونية المنظمة للصلاحية نصوص أمرية، لا يجوز الاتفاق علي تجاوزها أو مخالفتها، وأن المحامي خارج حدود صلاحيته القانونية، يفقد صفة الوكيل بالخصومة، فلا يحق له التوكيل بالدعاوي التي تفوق صلاحيته القانونية، وإذا بوشرت الخصومة بموجب هذا التوكيل، فإن جميع الإجراءات المتخذة تعد باطلة في مواجهة الجميع، ما دامت الدعوي قيد النظر، ولكن إذا صدر في الدعوي حكم اكتسب درجة الثبات، فإنه لا يجوز التمسك ببطلان الإجراءات المتخذة بموجب هذا التوكيل الباطل، لأن الإصرار علي البطلان، فيه تعارض مع مبدأ حجية الأحكام القضائية ومبدأ استقرار أحكام القضاء<sup>(3)</sup>.

ويثور التساؤل حول مدي صحة الإجراءات التي يتخذها الوكيل في الدعوي قبل صدور توكيل له من صاحب الصفة بذلك؟

للإجابة علي ذلك يمكن القول أن محكمة النقض حسمت الأمر بقولها "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن مباشرة المحامي للدعوي بتكليف من ذوي الشأن، قبل صدور

(1) حيث نص علي أنه لا يجوز توكيل غير المحامين لدي المحاكم ويجب توكيل المحامي حيث نص القانون علي ذلك، وكذلك القانون الفرنسي في المادة 18 من قانون المحاماة الذي نص علي أنه "يجوز للأطراف الدفاع عن انفسهم، مع مراعاة القضايا التي يكون التمثيل فيها إلزامياً" والمادة (19) تنص علي أنه "يختار الطرفان بحرية المدافع عنهما إما لتمثيلة أو مساعدته وفقاً لما يسمح به القانون أو يأمر به".

(2) نقض بجلسة 1992/2/18 (مشار إليه لدي: عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 80).

(3) عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 80.

توكيل منهم بذلك، لا يؤثر في سلامة الإجراءات التي يتخذها فيها طالما تأكدت صفته في مباشرتها بإصدار توكيل له<sup>(1)</sup>.

وينبغي العلم أنه لا يترتب علي توافر الصفة الإجرائية للوكيل بالخصومة علّ يد الأصيل عن مباشرة الإجراءات القضائية بنفسه سواءً كان مدعي أو مدعي عليه، وسواءً كان في حضور المحامي أو غيابه. كما يستطيع الأصيل اتخاذ جميع الإجراءات في الدعوي دون توقف علي موافقة المحامي علي تلك الإجراءات وحتى لو اعترض المحامي عليها، وذلك عكس الصفة الإجرائية للممثل القانوني التي مصدرها النيابة القانونية<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### التمثيل العضوي للشخص الاعتباري

بعد أن انتهينا من الحديث عن التمثيل الإجرائي للشخص الطبيعي، وأوضحنا أنه ليتمتع بالشخصية القانونية، نجد أيضاً أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية وتثبت له أهلية الاختصاص وأهلية التقاضي معاً، غير أنه يستحيل عليه أن يباشر بنفسه وفي صورته الاعتبارية الإجراءات القضائية التي تخصه. ولذا كان تمثيل الشخص الاعتباري أمام القضاء عن طريق شخص طبيعي يُعد لازمة من لوازم طبيعته<sup>(3)</sup>، وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: "من المقرر أن الشخصية الاعتبارية هي مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلي تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض؛ مما يجعل لها في نظر القانون شخصية مستقلة عن شخصيات أعضائها أو المنتفعين بها تُعرف بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية؛ تمييزاً لها عن الشخصية الطبيعية؛ لذلك أعطي له القانون صفة في المحافظة علي ماله، والحق في التقاضي وفقاً لنص المادة(53) من القانون المدني المصري، وبما أنه يستحيل علي الشخص الاعتباري أن يباشر بنفسه إجراءات التقاضي التي تخصه، فإن تمثيله أمام القضاء عن طريق شخص طبيعي يُعد لازمه من لوازم طبيعته، فيتقاضى عن طريق من يمثله وفقاً للقانون أو وفقاً لنظامه الداخلي

(1) طعن رقم 1382 لسنة 52، جلسة 1989/1/1، مكتب فني، س40، ص41 ق13؛ مشار إليه لدي:

مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص168.

(2) حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

(3) حسن كبيرة، المدخل إلي القانون، منشأة المعارف، 1974، بند333، ص655؛ انظر في ذلك أيضاً: هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2021، ص136 وما بعدها؛ د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص564.

(1).

والتمثيل العضوي للشخص الاعتباري لا يرجع إلي افتقاده أهلية التقاضي نتيجة نقص موقوت أو عارض مؤقت وإنما هو أصل دائم مادامت الشخصية الاعتبارية، ولذلك فإنه يمكن تكيف علاقة الشخص الاعتباري بمثله بأنها علاقة تمثيل عضوي، فالشخص الطبيعي لا يعد نائباً عن الشخص الاعتباري من وجهة نظر الفقه الحديث وإنما هو عضو من أعضائه لا كيان له بذاته أو مستقلاً عنه. فكما أن كل نشاط يقوم به الشخص الطبيعي بعضو من أعضاء جسمه مثل يده يكون منسوباً إلي الجسم كله، فإن كل نشاط يقوم به ممثل الشخص الاعتباري يُعد صادراً عن الشخص الاعتباري نفسه وهي تعطي لصاحبها سلطة أداء، وتُلقي الإجراءات داخل الخصومة باسم الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمثله (2)؛ **وعلي نفس النهج سار المشرع الفلسطيني** حيث أخذ بنظرية العضو لا بنظرية الإنابة (3).

والقانون هو الذي يحدد الممثل القانوني للشخص الاعتباري سواء كان شخصاً اعتبارياً عاماً، وعقد تأسيس الشركة أو الجمعيات إذا كان شخصاً اعتبارياً خاصاً (4)؛ وللحديث عن تمثيل الأشخاص المعنوية العامة والخاصة سوف نقسم هذا المطلب إلي فرعين

(1) راجع في ذلك: هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2021، ص136 وما بعدها.

(2) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 652 وما بعدها؛ حسن كيرة، المدخل إلي القانون، مرجع سابق، ص 657؛ انظر في نفس المعني: د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، القاهرة، دون تاريخ نشر، دون دار نشر، ص 76.

(3) وبالرجوع إلي القانون **الفلسطيني** نجد أن قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، لم نجد ما يحدد صفة الممثل القانوني، أو الاتفاقي، للشخص المعنوي غير أنه بالرجوع إلي التشريعات الاقتصادية الفلسطينية، نلاحظ أن المشرع الفلسطيني في قانون الضريبة، قد أجاز للشخص المعنوي أن ينيب عنه خطياً أيأ من الأشخاص، لتمثيله أمام الدوائر استناداً لنص المادة (25) من ذات القانون التي أجازت الإنابة للشخص المعنوي لتمثيله أمام الدائرة، ولكن لا يمكن الأخذ بها في المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؛ لأنه إذا كان جائزاً قبول الإنابة، في المسائل المدنية أو الإدارية، فإنه على العكس من ذلك بالنسبة للمسائل الجنائية حيث لا يجوز الإنابة فيها، وبناءً علي ذلك فقد أخذ بنظرية العضو لا بنظرية الإنابة، وأيضاً أخذ المشرع الأردني بنظرية العضو من خلال نص المادة (2/74) (من قانون العقوبات الأردني) الذي اعتبر فيه مسؤولية الشخص المعنوي من خلال أعضائها وإدارتها وأن ما يقوم به العضو من تصرفات وما يأتيه من أعمال مادية داخل حدود اختصاصاته تعتبر تصرفات وأعمال الشخص المعنوي، وعليه فإن العضو لا ينيب عن الشخص المعنوي وإنما يجسده، بعكس ما هو عليه بنظرية الإنابة التي تعتبره شخصاً آخر غير الأصيل، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعضو فلا يعتبر نائباً للشخص المعنوي. بل هو الشخص المعنوي في الواقع المادي (رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، 2010، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، ص77 وما بعدها).

(4) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص566؛ انظر في ذلك أيضاً: هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، مرجع سابق، ص138 وما بعدها؛ وفي نفس المعني: الطعن رقم 7404، لسنة 79ق، جلسة 2018/3/18، شبكة قوانين الشرق الإلكترونية.

هما:

الفرع الأول: تمثيل الأشخاص المعنوية العامة.

الفرع الثاني: تمثيل الأشخاص المعنوية الخاصة

## الفرع الأول

### تمثيل الأشخاص المعنوية العامة

لتحديد الممثل عن الأشخاص المعنوية التي يحق لها بالقيام بمباشرة الإجراءات القانونية نيابة عنه، للدفاع عن مصالحهم؛ يمكن القول في بدائه الأمر أن بعض الفقه عرف المركز الإجرائي بصفة عامة بأنه هو الإطار الذي يضم الحقوق والواجبات والمكناات التي تكون لشخص مائل في الخصومة سواء بنفسه أو عن طريق ممثله، والتي من خلال هذا الإطار يكون للشخص حق القيام بالأعمال اللصيقة بهذا المركز أو تلك الغاية المحددة له قانوناً (1)، وبالتالي فإن الشخص المعنوي لا يمثل أمام القضاء بشخصه، وإنما بواسطة ممثليه، حتى تتماشى مع وضعه، خاصة عند الجمع بين مسؤوليته، ومسؤولية الشخص الطبيعي وعليه فقد منح المشرع الحق للممثل العضوي بالمطالبة بالحقوق والدفاع عن الأشخاص المعنوية، وأكسبها الصفة للمطالبة بمصلحة هذه الأشخاص ويميل بعض كُتّاب القانون الإداري إلي التسليم بوجود ثلاثة أنواع من الأشخاص المعنوية العامة؛ لذا سيكون الحديث عن تلك الأنواع الثلاثة علي الشكل الآتي:

#### 1- تمثيل الدولة:

تحدثنا فيما سبق بأن التمثيل القانوني يكون كذلك، إذا كان القانون يتطلبه، ويتحقق ذلك عندما تتوافر للشخص أهلية الاختصام، دون أهلية التقاضي. فالشخص الاعتباري تتوافر له أهلية الاختصام، إلا أنه يستحيل عليه بذاته القيام بإجراءات التقاضي؛ لذا أوجب القانون وجود من يقوم عنه بذلك، كما هو الحال في ناقص الأهلية غير المأذون وديمها حيث تتوافر لهم أهلية الاختصام إلا أنه لا يقبل منهم القيام بالإجراءات بأنفسهم، وبالتالي يختلف الممثلون القانونيون باختلاف من يمثلونهم وباختلاف الغرض من قيامهم بهذا الدور، كذلك الحال بالنسبة للدولة؛ فالدولة تتمثل في الأصل بشخص

(1) ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص169.

الوزير المختص باعتباره متولي الإشراف على شئون وزارته والمسئول عنها<sup>(1)</sup>، وذلك هو الأصل ولكن القانون استثناءً من ذلك الأصل قد يسند الصفة الإجرائية إلي غير الوزير، وهو ما قضت به محكمة النقض تطبيقاً لذلك: حيث قررت أن "تمثيل الدولة في التقاضي نوع من أنواع النيابة القانونية. تعيين مداها وحدودها مصدره القانون، والأصل صاحب الصفة في تمثيل الوزير للدولة فيما يتعلق بشئون وزارته والمصالح والإدارات التابعة لها فيما ترفعه عليها من دعاوي أو يرفع عليها. الاستثناء. منح الشخصية الاعتبارية لجهة معينة منها وإسناد صفة النيابة عنها للغير في الحدود التي يعينها القانون"<sup>(2)</sup>، ونجد أنه قد أوجب تمثيلها لدي القضاة الإداريين-الإداري والتحكيمي-وسائر الهيئات ذات الصلة القضائية برئيس هيئة القضاة في وزارة العدل يعاونه قضاة ومحامون<sup>(3)</sup>.

كما أن رئيس الجمهورية الممثل القانوني للدولة في الدعاوي الدستورية والدعاوي الخاصة بالحقوق والحريات العامة للمواطنين والدعاوي المرفوعة ضد السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية أو القوات المسلحة أو الشرطة، ويستمد تلك الصفة الإجرائية من نصوص الدستور<sup>(4)</sup>، وهذا ما أقرته محكمة النقض في حكمها حيث

(1) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 566؛ انظر في ذلك أيضاً: هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، مرجع سابق، هامش رقم (3)، ص 139؛ انظر أيضاً: حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص 47.

(2) طعن رقم 14393 لسنة 85ق، جلسة 2021/5/17 الدوائر المدنية، متوافر علي الرابط: <https://www.muraf3at.com/judgments/2>؛ طعن رقم 18532 لسنة 84ق، جلسة 2020/2/20، مكتب فني 71، ق 22، ص 167؛ متوافر علي الرابط: <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com>؛ طعن رقم 990 لسنة 84ق، جلسة 2015/11/3 مكتب فني 66 ق 156، ص 1066؛ طعن رقم 3337 لسنة 67ق، جلسة 2010/2/27، متوافر علي الرابط: <http://sub.eastlaws.com>؛ قضت أيضاً: " تمثيل الدولة في التقاضي نيابة قانونية عنها، تعين مداها وبيان حدودها مصدره القانون، الأصل تمثيل الوزير للدولة فيما يتعلق بشئون وزارته- الاستثناء- إسناد القانون صفة النيابة فيما يتعلق بشئون هيئة أو وحده إدارية معينة تابعة للوزارة إلي غير الوزير طعن رقم 293 لسنة 59 ق، جلسة 1993/1/28؛ مشار إليه لدي: حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص 49.

(3) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 567؛ ونجد أن المشرع اللبناني نص علي ذلك أيضاً في المادة (16) من المرسوم الاشتراعي رقم 151 عام 1983 المعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم 23 عام 1985 والمتعلق بتنظيم وزارة العدل (انظر في ذلك: إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 173).

(4) قضت أيضاً "أنه من المقرر أن رئيس الجمهورية صاحب الصفة في تمثيل الدولة في دعاوي التعويض عن وقائع التعذيب والاعتداء علي الحقوق والحريات العامة، وتمثيل الوزير للدولة في الشئون المتعلقة بوزارته لا يسلب صفة رئيس الجمهورية في تمثيل الدولة وذلك نفاذاً لنص المواد 138، 137، 73 من الدستور" (طعن رقم 288 لسنة 58ق، جلسة 1992/7/28 مشار إليه لدي: حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص 50.

قضت أنه "لما كان مؤدي نص المادتين 52، 53 من القانون المدني أن الأشخاص الاعتبارية هي الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية وكان القانون لم يمنح الوزارات شخصية اعتبارية وإنما استبقى الشخصية للدولة وجرى القضاء على اعتبار الوزير المختص ممثلاً لها في الشؤون المتعلقة بوزارته وكان مفاد المواد 73، 137، 138، 141، 142 من الدستور أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية وهو الذي يتولى السلطة التنفيذية فيها ويضع بالاشتراك مع مجلس الوزراء السياسة العامة للدولة ويشرفان على تنفيذها...ومن ثم فهو صاحب الصفة في تمثيل الدولة ولا يغير من ذلك أن الوزير يمثل الدولة في الشؤون المتعلقة بوزارته باعتباره المتولى الإشراف على شئونها والمسئول عنها والذي يقوم بتنفيذ سياسة الحكومة فيها فذلك ليس من شأنه أن ينفي صفة رئيس الجمهورية في تمثيل الدولة ذاتها<sup>(1)</sup>.

## 2- تمثيل الهيئات المحلية والمؤسسات العامة:

فيما يخص هذه الهيئات فإن المدعاة أمام القضاء تعود مبدئياً وبصورة أساسية للجهاز التنفيذي فيها، فوحدات الحكم المحلي كالمحافظات والمراكز والمدن والقرى والأحياء يكون لكل منهم الشخصية الاعتبارية المستقلة عن باقي الوحدات ولها ذمتها المالية الخاصة بها، وهذا مقتضاه أن يكون رئيس كل وحدة محلية هو صاحب الصفة في تمثيل وحدته قبل الغير فيما يدخل في نطاق اختصاصه طبقاً لأحكام القانون، ومؤدي ذلك تحقق صفته في التعامل مع الغير في شأن إدارة المرفق ومتابعة شئونه وتمثيله أمام القضاء، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة السابعة من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 707 لسنة 1979 باللائحة التنفيذية لقانون نظام الحكم المحلي قد ناطت بالوحدات المحلية كل في دائرة اختصاصها المحافظة وفقاً لأحكام القانون علي أملاك الدولة العامة والخاصة وإدارتها وتنظيم استغلالها والتصرف فيها ومنع التعديت عليها، فإن مؤدي ذلك أن صاحب الصفة في تمثيل الوحدة المحلية أمام القضاء وفي المنازعة حول ملكية الدولة للعقارات التي تقع في نطاق الوحدة المحلية لقرية... يكون هو المطعون ضده الأول بصفته "رئيس الوحدة المحلية للقرية..."<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للهيئات والمؤسسات العامة فإن رئيس الإدارة هو صاحب الصفة في تمثيلها

(1) طعن رقم 3535، لسنة 64ق، جلسة 2006/2/13، متوافر علي الرابط الخاص بشبكة قوانين الشرق. <http://sub.eastlaws.com>

(2) طعن رقم 3855، لسنة 65ق، جلسة 2008/11/28، المستحدث، ص 160، رقم 148 (مشار إليه لدي د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 568).

مثال ذلك: "هيئة المجتمعات العمرانية، هيئة الأوقاف، الهيئة العامة للمساحة، الهيئة العامة للسكك الحديدية، هيئة الإذاعة، هيئة التأمينات الاجتماعية، هيئة الطرق والكباري... الخ" (1)، وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: أنه "من المقرر أن رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري. صاحب الصفة في تمثيل الهيئة أمام القضاء وفي صلاتها بالغير. م 9، 5، 1 قرار رئيس الجمهورية رقم 61 لسنة 1963 بإصدار قانون الهيئات العامة المعدل م 11، 1 من القرار الجمهوري رقم 334 لسنة 2004 على أن لكل هيئة عامة الشخصية الاعتبارية..." (2).

## الفرع الثاني

### تمثيل الأشخاص المعنوية الخاصة

يجب أن يمثل الأشخاص المعنوية الخاصة بواسطة الشخص الذي يستمد من القانون سلطة التصرف نيابة عنها أمام المحكمة، ففي المبدأ أن القانون هو من يحدد قواعد تعيين ممثلي الشخص المعنوي الذين يملكون السلطة للتصرف باسمه، وقد يعطي بعض الحرية للمجموعات، مع مراعاة طبيعة هذه المجموعات؛ وهذه الأشخاص المعنوية الخاصة تتمثل في الشركات والنقابات والجمعيات، والمجالس القومية.

#### – تمثيل الشركات:

بالرغم من تنوع الأشكال القانونية للشركات، إلا أن هناك طابع مشترك بينها جميعاً

(1) إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها.  
(2) (طعن رقم 990 لسنة 84ق، جلسة 2015/11/3، مكتب فني 66ق، 156، ص 1066 متوافر علي الرابط الالكتروني لشبكة قوانين الشرق)؛ وقضت أيضاً أن "اكتساب الجهات أو المنشآت الشخصية الاعتبارية فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها وأهلية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وأهلية التقاضي وفقاً لقواعد والحدود المقررة لسند إنشائها، ويتعين بالتالي أن تكون مخاطبة الشخص الاعتباري في مواجهة النائب القانوني عنه الذي يحدده سند إنشائه بحيث لا يحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره (طعن رقم 9412 لسنة 87 ق، جلسة 2018/4/10، طعن رقم 4778 لسنة 87 ق، جلسة 2017/12/26، دوائر مدنية متوافر علي الرابط: <https://lawyeregypt.net/>؛ طعن رقم 4778 لسنة 87 ق، جلسة 2017/12/26، متوافر علي الرابط <https://lawyeregypt.net/>؛ قضت أيضاً" المقرر في قضاء محكمة النقض- أن المادة 53 من القانون المدني تخول للأشخاص الاعتبارية حق التقاضي عن طريق نائب عن إرادتها، والمرجع في ذلك هو القانون الذي ينظم أحكامها ويعين النائب عنها وحدود هذه النيابة ومداهما". طعن رقم 990 لسنة 84ق، جلسة 2015/11/3، مكتب فني 66، 156ق، ص 1066، متوافر علي الرابط:

(<https://ahmedazimelgameil.blogspot.com>)

أن لها الشخصية المعنوية باستثناء شركة واحدة وهي شركة المحاصة (1).

وتتمتع الشركة بحق التقاضي كمدعية أو مدعي عليها كأى شخص معنوي، بواسطة أشخاص طبيعيين يمثلها في الدعاوي التي ترفع منها أو عليها نائب عنها، دونما حاجة إلي ادخال الشركاء كلهم أو بعضهم في الدعاوي، باعتبار أن شخصيتها متميزة عن شخصية كل من الشركاء فيها(2)، ولكل شركة قواعدها الخاصة، فالشركات التجارية يحدد القانون الهيئات التي تسند إليها سلطة التمثيل، وبالتالي يمثلها أمام القضاء إما مديرها أو رؤساء مجالس إدارتها(3) وذلك تبعاً لنوع الشركة، فمثلاً الشريك الموصي في شركة التوصية لا يجوز أن يتولى إدارتها ولا يُعد ممثلاً لها قانوناً، بل يقوم بذلك واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين أو يعهد بإدارتها إلي شخص أجنبي عنها(4).

وممثل الشخص الاعتباري قد يكون رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام والمديرين(5)، أو المصفي بعد حل الشركة وأثناء مرحلة التصفية، وبالتالي فإنه إذا كان رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب للشركة، هو صاحب الصفة في تمثيلها أمام القضاء، في أية خصومة تتعلق بأي شأن من شئونها، فإنه إذا اختصم الخصم رئيس قطاع الشركة رغم أنه لا صفة له في تمثيل الشركة أمام القضاء بشأن موضوع النزاع، فإن آثار الحكم لا تنصرف إليه وذلك لأنه ليس المعني بالخصومة(6).

وقد يأخذ بعض الفقه بنظرية العضو وإنما اعتبر ممثل الشخص الاعتباري بمثابة وكيل عن الشركة ولكن الرأي الراجح لا يقبل باعتبارها وكلاء، لأنهم أعضاء قانونيون في الشركة، وقد أولاهم القانون أو نظام الشركة الأساسي سلطة تمثيل الشركة في

(1) منصور القاضي وسليم حداد، المطول في القانون التجاري، الشركات التجارية، ج1، مجلد 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011، ط2، ص138، بند 1132.

(2) الياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ج1، دون ذكر دار نشر، ط3، 2008، ص292.

(3) حيث قضت محكمة النقض بأن عضو مجلس الادارة المنتدب هو الذي يمثل الشركة أمام القضاء في جميع الدعاوى (طعن رقم 338 لسنة 30ق، جلسة 1966/4/28-مكتب فني س 17، ج2، ص916)

(4) انظر في ذلك: إبراهيم الشريعي، الصفة في الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص158؛ وفي القانون اللبناني نجد أن المشرع اللبناني حدد كيفية تمثيل الشركات أمام القضاء: فمثلاً حددت المادة 56 من قانون التجارة اللبناني كيفية تعيين مدير شركة التضامن والمادة 58 من نفس القانون حددت ماهية سلطاته. أما الشركات المساهمة فيتم تعيين رئيس مجلس إدارتها بالاستناد إلى المادة 144 تجارة وسلطاته معينه بالاستناد إلى المادة 157 تجارة والتي من بينها تمثيل الشركة أمام القضاء ضمن حدود سلطته واختصاصه. والمادة 16 فقرة 1 من المرسوم الاشتراعي 35 لسنة 1967 المتعلقة بالشركات المحدودة المسئولية حددت كيفية تعيين المدير، وسلطاته في الفقرة 2 من نفس المادة.

(5) مشار إليه لدي: مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص166.

(6) الطعن رقم 1649 لسنة 72، جلسة 2014/6/1 موقع محكمة النقض الإلكتروني.

أعمالها القانونية، والتزامها بأعمالهم، إذا كانت تجري ضمن حدود السلطة الممنوحة لهم قانوناً أو نظاماً، وهذا ما قضت به المحاكم التي اعتبرت أنه عندما يمثل شخص طبيعى، شخصاً طبيعياً آخر، فالشخصان بنظر القانون مختلفان عن بعضهما بعضاً، أما الجهاز التمثيلي لشخص معنوي فليس مستقلاً عنه، بل منبثق عنه، وهو عنصر محتم لدي كل شخص معنوي إذ أن الأشخاص المعنويين لا يستطيعون بوجه من الوجوه، العمل إلا بواسطة الأجهزة المنبثقة عنهم والمكلفة بتمثيلهم<sup>(1)</sup>.

ويجب علي المحكمة أن تتحقق من وجود ومدي سلطة الممثل بالاطلاع علي نظام الشركة أو علي الصك أو القرار الذي تم بموجبه تعيين المدير، وإذا كانت مباشرة الدعوي أو بعضها علي الأقل موقوفا علي صدور ترخيص مسبق من هيئة أخرى للشركة، كترخيص مجلس الإدارة مثلاً، فعلي المحكمة أيضاً التثبت من ذلك، لأن تقديم الدعوي قبل الحصول علي هذا الترخيص يؤدي إلي رفضها لانقضاء سلطة الممثل، أما الشركاء من حيث المبدأ لا يملكون الصفة للمخاصمة إلا في الدعاوي التي تهم مصالحهم الشخصية أو حقوقهم الفردية دون الدعاوي المتعلقة بالشركة<sup>(2)</sup>، مع العلم أنه قد تنتقل الصفة الإجرائية من المدير أو رئيس مجلس الإدارة إلي أحد الشركاء، فله أن يرفع الدعاوي نيابة عن الشركة، وذلك إذا تقاعس المدير أو رئيس مجلس الإدارة عن تمثيل الشركة أمام القضاء، ورفع الدعاوي نيابة عنها<sup>(3)</sup>.

#### – تمثيل النقابات<sup>(4)</sup> والجمعيات<sup>(5)</sup>:

يكن الفرق بين النقابة والجمعية في أن أعضاء النقابة لا بد أن يكونوا أبناء مهنة واحدة؛ لذا فإن هدف النقابة هو حماية هذه المهنة وابتائها المنتمين إليها قانوناً، لذا فإن النقابة تُمثل المهنة بشكل عام وخاص. فالنقابة هي تجمعٌ مدني يجمع أصحاب المهنة

(1) الياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، مرجع سابق. ص 295.

(2) ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 169.

(3) مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص 170.

(4) النقابة هي اتحاد جماعة من الناس يعملون في مهنة واحدة، أو مهن متشابهة، للتعاون علي ترقية شؤونهم والدفاع عن مصالحهم، وقد أصبح من السائد أن للنقابة أن ترفع الدعاوي للدفاع عن المصالح المشتركة لأعضائها؛ إذ تبين أن العضو كثيراً ما يعجز عن الدفاع عن حقه وعن تحمل عبء التقاضي ونفقاته، وقد أشار إلي ذلك الدستور المصري إلي الحق النقابي في المادة (76).

(5) عرفته لمادة الأولى من القانون رقم (149) لسنة 2019 الخاص بتنظيم ممارسة العمل الأهلي أنه كل جماعة ذات تنظيم، تهدف إلي المساهمة في تنمية الفرد والمجتمع وتحقيق متطلباته وتعظيم قدراته علي المشاركة في الحياة العامة والتنمية المستدامة، دون أن تهدف إلي ربح. طبقاً لنص.

الواحدة، ويكون هدفه الدفاع عن المهنة والعاملين بها ضد أي اعتداء أو تعسف، وذلك وفقاً للقانون الفرنسي الصادر في مارس 1920 والخاص بتوسيع النقابات المدنية، أما الجمعية فلا يشترط أن يكون أعضاؤها من أبناء مهنة واحدة ولا تربطهم رابطة مهنية كالنقابة؛ لذلك فإن الجمعية لا تمثل المهنة التي تنتمي إليها أعضاؤها (1).

واعترف الدستور المصري والقضاء بثبوت الشخصية الاعتبارية للنقابات والجمعيات، والزمها بالدفاع عن الحقوق والحريات المقررة لأعضائها وإداراتها لشؤونها، وكذلك مباشرة إجراءات الدعاوي المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم باعتبارها شخصاً اعتبارياً لها ما للخصوم وعليها ما عليهم من حقوق والتزامات (2)، ففي الجمعيات والنقابات يعود للشخص المعين في النظام الأساسي باتخاذ الإجراء القانوني، الذي هو عموماً يكون الرئيس، والنقابة يديرها مجلس وهذا المجلس ينتخب من بين أعضائه رئيساً ونائب رئيس وأمين سر وأمين صندوق، وتحدد صلاحيات كل عضو من أعضاء المجلس في النظام الداخلي للنقابة تحدد في النظام الداخلي صلاحيات المجلس والرئيس وأميني الصندوق وواجبات كل منهم، وعلي نفس النهج سار المشرع اللبناني (3)، أما بالنسبة للنقابات المهنية فالقانون الذي يقر انشائها وتنظيمها يعين غالباً الشخص الذي يقوم بتمثيلها أمام القضاء، كنقابة المحامين التي تتمثل بالنقيب (4)، وبالنسبة للجمعيات فإن المؤسسين هم من يحددون في نظامها الأشخاص الذين سيتولون تمثيلها أمام القضاء (5).

ويشترط لصحة تمثيل تلك الأشخاص تمتعهم بأهلية التقاضي؛ بأن يكونوا أهلاً للانتحاء إلى القضاء ومباشرة إجراءات الخصومة، ولا بد أن تتوافر هذه الأهلية من وقت بدء

---

(1) هايدي بلتاجي، الصفة في الدعوي، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها؛ انظر في نفس المعني: حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 119، لسنة 37ق، جلسة 2019/11/12، شبكة قوانين الشرق.

(2) انظر في ذلك: د. إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع المدني، مرجع سابق، ص 47؛ هايدي البلتاجي، الصفة في الدعوي، مرجع سابق، ص 171.

(3) حيث نص على ذلك في قانون العمل اللبناني في المادة 102، وكذلك نص على أن رئيس مجلس النقابة هو الذي يمثل النقابة أمام القضاء وذلك في المادة 27 من القانون الأساسي والنظام الداخلي لنقابة سائقي ومالكي السيارات العمومية في بيروت.

(4) ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 171.

(5) وهذا ما نصت عليه المادة (6) من قانون الجمعيات الصادر عام 1909 على مؤسسي الجمعية فور تأليفها أن يقدموا إلى وزارة الداخلية بياناً يتضمن فيه فضلاً عن عنوان وهدف الجمعية وغيرها من الأمور أن يتضمن أيضاً أسماء المسؤولين عن إدارة الجمعية، إلا أنه فيما خص إدارة الجمعيات التعاونية أوجب القانون إدارة أعمالها عن طريق ثلاث هيئات وهي مجلس الإدارة الجمعية العمومية ولجنة المراقبة، ومجلس الإدارة يتولى تمثيل التعاونية أمام القضاء.

اتخاذهم لهذه الإجراءات وصولاً للحكم، فإذا زالت ترتب علي ذلك بطلان الإجراءات (1)، وإذا زالت صفة الممثل الإجرائية أثناء سير الخصومة وقبل أن تكون الدعوي مهياًة للفصل فيها يترتب علي ذلك انقطاع الخصومة طبقاً لنص المادة 130 مرافعات؛ فالأصل في انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلاً للتقاضي، وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً. وواجب الخصم أن يراقب ما يطرأ علي خصمه من تغير في الصفة؛ حتي تأخذ الخصومة مجراها الصحيح (2).

---

(1) وقضت محكمة النقض في ذلك: بأنه "إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية" مفاده أنه إذا صدر حكم وحاز قوة الأمر المقضي وثبت بعد ذلك أن الخصم الذي صدر الحكم ضده لم يكن ممثلاً في الخصومة التي صدر فيها تمثيلاً صحيحاً بشخصه أو بمن ينوب عنه قانوناً فإن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم لا تعصمه من الطعن عليه بطريق الالتماس لهذا السبب - فيما عدا النيابة الاتفاقية - وأن ثبت المحكمة في حالة قبول الطعن في مسألة تمثيل الخصم مجدداً طالما ثبت لديها عدم صحة هذا التمثيل في تلك الخصومة بدليل مقطوع به اعتباراً بأن عدم تمثيل الخصم في الخصومة على وجه صحيح يؤدي إلى بطلان إجراءاتها بما في ذلك الحكم الصادر فيها ( الطعن رقم 1909 لسنة 51 ق جلسة 23 / 2 / 1992 مكتب فني 43 ج 1 ق 79 ص 365)

(2) راجع في ذلك. هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، مرجع سابق، ص 139 وما بعدها - وفي نفس

## المبحث الثاني

### صور الصفة الإجرائية وتمييزها عما يختلط بها من أفكار

أوضحنا فيما سبق أن الخصم قد يلجأ إلي التمثيل ليس بسبب غياب أهلية التقاضي ولكن من أجل إدارة الخصومة عن طريق متخصص، فليس هناك ما يمنع من أن يستعين الشخص في دفاعه بوكيل يقوم بتوصيل كلمته إلي القضاء بلغة وحجة قانونية سليمة، فالصفة للمخاصمة فضلاً عن ثبوتها لصاحب الحق أو من انتقل إليه تثبت أيضاً لمن يُمثل صاحب الحق كالوكيل الاتفاقي، أو الممثل القانوني (كالولي أو الوصي أو القيم) أو الممثل النظامي (كمدير شركة الأشخاص أو مدير عام شركة الأموال)<sup>(1)</sup>، والممثل هنا لا تكون له الصفة (عادية أو غير عادية) في الدعوي إنما تكون له الصفة في مباشرة إجراءات الدعوي ممثلاً لصاحب الصفة في الدعوي ولذا لا يُعد الممثل القانوني هو المدعي أو المدعي عليه<sup>(2)</sup>، ومن هنا يجب عدم الخلط بين الصفات القانونية بسبب الخلط الشائع بين الألفاظ المستعملة، فمدير الشركة لا صفة له إلا باعتباره ممثلاً لصاحب الصفة ذلك أن الدعوي ليست دعواه وإنما هي دعوي الشركة التي يمثلها، كذلك الأمر بالنسبة للولي، إذ أن الدعوي ليست دعواه وإنما هي دعوي القاصر، وإذا كان لأي منهما صفة فهي ليست صفة في الدعوي وإنما صفة إجرائية<sup>(3)</sup>، وبناءً عليه سوف نوضح فيما يلي صور الصفة الإجرائية في مطلب أول، ويليه تمييز تلك الصفة عن غيرها من الصفات القانونية المشابهة لها في مطلب ثانٍ وذلك علي النحو التالي:

### المطلب الأول

#### صور التمثيل الإجرائي

سبق أن أشرنا إلي أن التمثيل الإجرائي لدي الفقه القانوني: يقصد به أن يكون رافع الدعوي ليس صاحب الحق أو المركز القانوني المدعي به، وإنما تُرفع عن طريق النائب عن صاحب الحق أو المركز القانوني المدعي به، وبالتالي فإن الدعوي لا تُرفع ممن له صفة في الدعوي وإنما ممن يمثله قانوناً كالمحامي مثلاً إذا كان صاحب الحق المدعي به هو نفسه الذي يباشر إجراءات التقاضي، فإنه يجتمع له الصفة الإجرائية

(1) د. إدوارد عيد، موسوعة أصول محاكمات مدنية، ج1، مجلد1، ص131.

(2) د. احمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، 1989، ص173، بند 121.

(3) د. شريف الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء والفقه، ج2، دار العدالة، القاهرة،

والموضوعية، وأن الوكالة بالتقاضي هي صلاحية الشخص المتقاضي لمباشرة الإجراءات باسم غيره، كونها تتميز عن أهلية التقاضي التي هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسمه طبقاً للقواعد العامة التي تؤكد علي أن من يكون غير أهل للتقاضي يتقاضى عن طريق من يمثله قانوناً ويطلق عليه الممثل الإجرائي، ومن ثم فتمثيل الشخص الطبيعي قد يكون يتخذ إحدى الصور الآتية:

الصورة الأولى: التمثيل النيابي وهو التمثيل الذي يتطلبه القانون ويحدد فيه الممثل القانوني للشخص الطبيعي ويتخذ إحدى صورتين، هما: التمثيل القانوني وقد أوضحنا فيما سبق أنه يتم بقوة القانون دونما حاجة إلي تدخل القضاء، والتمثيل القضائي الذي يتبين بحكم قضائي وقد أوضحناه فيما سبق عند الحديث عن التمثيل الإجباري للأشخاص الطبيعيين ومنعاً من التكرار نحيل إليه.

الصورة الثانية: التمثيل العضوي وهو تمثيل الأشخاص المعنوية سواء كانت عامة أو خاصة وقد أشرنا إليه أثناء الحديث عن تمثيل الأشخاص المعنوية في المطلب الثاني من المبحث الأول ونحيل إليه منعاً للتكرار.

الصورة الثالثة: التمثيل الاتفاقي "الوكالة بالتقاضي" يقصد بوكيل التقاضي بأنه الممثل الإجرائي للخصم بناءً علي عقد وكالة يخوله الصفة في التقاضي عن الأصيل ويثبت للوكيل الصفة الإجرائية في التقاضي باسم الموكل بحيث يكون طرفاً مكماً للخصم الأصيل في الإجراءات، وسوف نوضح ذلك بالتفصيل في الفرع الأول من هذا المطلب.

الصورة الرابعة: التمثيل الفني "الوكالة بالخصومة" وهو مباشرة إجراءات الخصومة عن طريق محامي وذكرونا أن الأصل فيه أنه عمل اختياري للخصم إلا أن المشرع قد ألزم الخصم به في بعض الحالات وقد أشرنا إلى الوكالة فيما سبق وسوف نوضحه بشيء من التفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب.

## الفرع الأول

### التمثيل الاجرائي الاتفاقي " الوكالة بالتقاضي "

طبقاً للمبدأ العام في الدستور الذي ينص في المادة 68 علي " أن التقاضي حق مصون مكفول للناس كافة"، ويتوافر هذا الحق في حالة إذا كان الخصم كامل الأهلية، إذ يُمكن في هذه الحالة من مباشرة إجراءات الخصومة بنفسه، أو تُباشر في مواجهته، وخول له المشرع الحق في أن يختار بإرادته من يباشر تلك الإجراءات نيابة عنه، سواء كانت الدعوي مرفوعة منه أو عليه، بطريق الوكالة بالتقاضي وهي توكيل في تصرف

قانوني يخضع لحكم المادة 702 من القانون المدني والتي تنص علي أنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة... والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تفتضيه من توابع ضرورية...".

ومفاد هذا النص أن المقصود بالتوكيل الخاص في حكم المادة التوكيل الذي يتعين أن ينص فيه على نوع العمل القانوني الذي يوكل فيه الوكيل، إذ أن الوكالة الواردة في الفاظ عامة دون تخصيص لنوع العمل القانوني الذي يخوله للوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة عملاً بنص المادة 701 من التقنين المدني والتقاضي ليس عملاً من أعمال الإدارة و لذا وجب أن يتضمن التوكيل النص على نوع العمل الموكل فيه وهو التقاضي الذي عبر عنه النص بعبارة المرافعة أمام القضاء.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض: ولما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه باسمها بداءة ثم قامت بعد ذلك بتصحيح شكل الدعوى بموجب صحيفة معلنة بأن عدلت صفتها في إقامة الدعوى لتكون بصفتها وكيلة عن موكلها المذكور في إقامتها نيابة عنه، إذ جاء التوكيل المشار إليه الصادر لها محددًا الأعمال التي وكلت الطاعنة في القيام بها بشأن قطعة الأرض محل النزاع وليس من بين هذه الأعمال القيام بأعمال التقاضي نيابة عنه بشأن هذه القطعة والتي يلزم لها وكالة خاصة، ومن ثم فإن إقامة الدعوى الصادر فيها الحكم الطعين نيابة عن موكلها المذكور يعد خروجاً على حدود الوكالة المرسومة لها بموجب التوكيل المشار إليه، وتعدو والحال هكذا مفتقدة الحق والصفة في إقامة الدعوى المذكورة نيابة عن موكلها، الأمر الذي تكون معه الدعوى الصادر فيها الحكم الطعين غير مقبولة لرفعها من غير ذي صفة(1).

ويخضع التوكيل في التقاضي لأحكام عقد الوكالة بصفة عامة طالما لم يكن محل منازعة بين طرفيه فيعتبر عقداً رضائياً، يجب أن يكون ثابت بالكتابة لا جهالة فيه من حيث ما يجوز للوكيل القيام به بموجبها، كما يجب علي الوكيل أن يبين اسم موكله في جميع الأعمال التي يجريها أو تتخذ في مواجهته(2).

ولا يشترط في الوكيل بالتقاضي أن يكون محامياً، ولا أن يكون قريباً أو صهرًا

(1) حكم المحكمة الادارية العليا، الدائرة الحادية عشر، الطعن رقم 32252 لسنة 60 القضائية عليا -جلسة 2018/1/28 غير منشور.

(2) د. عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم، مرجع سابق، ص598؛ وسار المشرع الفلسطيني علي نفس نهج المشرع المصري حيث ورد ذلك في نص المادتين (1495 و1516) من مجلة الأحكام العدلية.

للموكل، أو تربطه به أية رابطة سوى رابطة الوكالة، وتثبت للوكيل بمقتضاها الصفة الإجرائية في التقاضي باسم الموكل، وقد تكون هذه الوكالة بأجر أو بدون أجر و تستوى في شأنه في كل ذلك القواعد العامة في الوكالة، وتخول الوكالة في التقاضي القيام بكافة ما يتصل بالتقاضي سواء كانت أعمالاً سابقة على رفع الدعوى كتوجيه إنذار أو إعدار أو تنبيه أو إجراءات رفع الدعوى كإيداع الصحيفة قلم الكتاب أو تقديم طلبات استصدار الأوامر الوقتية، أو أوامر الأداء أو إيداع صحف الدعاوى في الطعون أو إعلانها أو سداد الرسوم أو استلام وتسليم الأوراق وصور الأحكام أو مباشرة إجراءات التنفيذ، ولا يجوز للقضاء أو للخصوم التصدي للوكالة في التقاضي ما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله لأن في ذلك تجاوزاً في الاستدلال ضاراً بحقوق الناس، وإذا باشر المحامي إجراء قبل أن يستصدر توكيلاً له من ذي الشأن الذي كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن وكالته لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الإجراء الصحيح ما لم ينص القانون على غير ذلك<sup>(1)</sup>، واستقر قضاء محكمة النقض إظهاراً لذلك بأن الوكالة في التقاضي تتم بحسب الأصل بالتراضي ولا يلزم أن تفرغ في شكل خاص أو تدون في محرر فبمجرد تكليف الموكل الوكيل نيابة عنه في الالتجاء إلى القضاء وقبول الأخير ذلك صح له أن يباشر كافة الأعمال القانونية المتعلقة بالتقاضي من رفع الدعاوى والطعن على الأحكام - عدا الطعن أمام محكمة النقض - فإذا باشر المحامي إجراء قبل أن يستصدر توكيلاً له من ذي الشأن الذي كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن وكالته لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الإجراء الصحيح - ما لم ينص القانون على غير ذلك<sup>(2)</sup>.

يستتبع ذلك القول بأن الوكيل بالتقاضي هو الممثل الإجرائي للخصم بناءً على عقد وكالة يخوله الصفة في التقاضي وهو بذلك يختلف عن " الوكيل بالخصومة " والذي يعد ممثلاً فنياً للخصم ويعد وكيل الخصومة طرفاً مكماً للخصم الذي وكله يعتد به في الإجراءات فيحوز أن توجه منه الإجراءات أو توجهه إليه<sup>(3)</sup>، وكذلك تختلف الوكالة في التقاضي عن الوكالة بالحضور عن الخصم في الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية، أو بمعنى آخر، يختلف التوكيل بالخصومة القضائية عن التوكيل بالحضور عن الخصم أمام المحكمة، في الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية فقط، حيث أن

---

(1) مقال بعنوان التمييز بين التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة وبين المخاصمة بوكيل والوكالة بالحضور، منشور على موقع مدونة القوانين الوضعية متوافر على الرابط [/https://qawaneen.blogspot.com](https://qawaneen.blogspot.com)

(2) طعن رقم 10593، لسنة 76ق، جلسة 2008/2/26، مكتب فني 59ق، 49، ص 261.

(3) د. أحمد السيد صادق، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 2010، ص(566).

الوكالة بالخصومة القضائية تخول للوكيل بالخصومة القضائية مباشرة الأعمال الإجرائية داخل الخصومة القضائية، نيابة عن الخصم في الدعوى القضائية أو ممثلة القانوني، بينما التوكيل في الحضور أمام المحكمة، في الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية، والفصل في موضوعها، يتمثل في حضور الوكيل أمام المحكمة نيابة عن موكله فقط، حتى لا يعد غائباً من الناحية القانونية.(١).

ونستنتج مما سبق أن إذا كان للوكيل بالتقاضي توكيل محام نيابة عن الأصيل للقيام بكافة الإجراءات الفنية التي تستلزمها طبيعة الخصومة مثل الحضور والترافع والتوقيع على صحف الدعاوي والطعون؛ فإذا لم يحضر الموكل فلا تثبت الوكالة إلا إذا قدم توكيلاً خاصاً بالدعوى المنظورة، أو توكيلاً عاماً بالنسبة لجميع المنازعات.

**ويثور التساؤل عن مصير الإجراءات التي اتخذت في مواجهة الوكيل الذي تم عزله دون علم الخصم الآخر بذلك، وكذلك المتخذة من الوكيل رغم عزله دون علم الطرف الأخر؟**

نري أن هذه الإجراءات تُعد صحيحة علي اعتبار أن الخصم الآخر من الغير، ولا يسري في مواجهته عزل الوكيل إلا بمجرد علمه، وكل ما للموكل الرجوع علي الوكيل إذا كانت الإجراءات التي قام بها تضر به.

ونري أنه علي الرغم من اختلاف التمثيل الاتفاقي عن التمثيل القانوني من حيث المصدر إلا أن التمثيل الاتفاقي يرتب آثاراً علي الصعيد الإجرائي تشبه تلك التي يربتها التمثيل القانوني، ففي كل منهما يتوزع مركز الخصم بين شخصين هما الممثل والأصيل، فالأول يباشر الإجراءات بإرادته أو تتخذ في مواجهته، وبالتالي فإنه يعد

---

(١) د/ محمد علي راتب، محمد فارق راتب، محمد نصر الدين كامل، قضاء الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص(115)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض: أنه من " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق التقاضي غير المرافعة أمام القضاء، إذ أن التقاضي إنما هو رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء، أما المرافعة أمام القضاء التي تستلزم وكالة خاصة وفقاً للمادة 702/1 من القانون المدني. فهي النيابة في الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد أختص بها المشرع أشخاصاً معينة حسبما تقضي المادة 3 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 فحين يختار الخصم أو نائبه الذي لا نزاع في نيابته عدم الحضور بشخصه ويوكل آخر في الحضور عنه فإنه لا يكفي أن يكون هذا الوكيل موكلاً في التقاضي أو أن يفصح عن صفته واسم الأصيل وإنما يتعين أن يكون موكلاً في الحضور بالذات توكيلاً صحيحاً طبقاً للقواعد التي تحكم الوكالة في الحضور... كما أنه من المقرر أنه إذا لم يكن بيد المحامي توكيل من هذا القبيل كانت المحكمة على حق إن هي اعتبرت الخصم الذي جاء المحامي يمثله غائباً وإذا كان التوكيل صادراً إلى المحامي عن نفسه فلا ينسحب أثره في الخصومة في الحضور عنه" ( الطعن رقم 1262، لسنة 70ق، جلسة 2012/4/26، مكتب فني 63، ق102، ص669).

طرفاً في الخصومة وتسد إليه تأسيساً على ذلك الحقوق والواجبات المكونة لمركز الخصم في مباشرة الإجراءات، والثاني تباشر الدعوى باسمه، ومن ثم فإنه يعد طرفاً في الخصومة تتصرف إليه آثار الأحكام الصادر فيها.

## الفرع الثاني

### التمثيل الفني " الوكالة بالخصومة "

إذا كان الأصل. وكما قلنا من قبل. هو أن يباشر الخصوم بأنفسهم إجراءات الخصومة القضائية وأن حضور الخصم شخصياً جلسات نظر الدعوى هو حق أصيل لا يجوز حرمانه منه إلا في الحالات التي يقرها القانون، إلا أن استثناءً من هذه الأصل يحق للخصم أن ينوب عنه في مباشرة إجراءات الخصومة غيره ممن يسمح لهم القانون بذلك. وبالنظر إلي أن الأصل أن يمثل الشخص نفسه في الخصومة فإنه من المقرر أن الشخص لا يُعد طرفاً في خصومة بتمثيل الغير له إلا إذا كان هذا التمثيل مقطوعاً به اتفاقاً أو قانوناً<sup>(1)</sup>.

ولعل السبب في الخروج عن هذا الأصل هو كثرة التشريعات المنظمة للعلاقات القانونية - سواء في حالة السكون أو الحركة - حتى أصبحت توصف وبحق بأنها ترسانة تشريعية الأمر الذي أدى بدوره إلى وجود حاجة ماسة لوجود متخصصين يمتلكون درجة معينة من الثقافة القانونية حتى يستطيعون التعامل مع تلك التشريعات وتطبيقها على العلاقات القانونية وذلك لأن الشخص طبيعياً كان أو معنوياً لا يكون في الغالب الأعم من الأحوال ذو دراية بتلك التشريعات الأمر الذي حدا بالمشرعين في كل دول العالم تقريباً إلى قصر هذا النوع من التمثيل على طائفة معينة من رجال القانون<sup>(2)</sup>.

وباستقراء نص المادتين ٦٨، ٦٩ من الدستور نجد أن المشرع منح لكل شخص طبيعي أو اعتباري حق التقاضي، وذلك بجانب حقه في الدفاع عن نفسه أو عن ذاته أصالة أو بالوكالة، وباستقراء قضاء محكمة النقض نجد أنها فرقت بين حق التقاضي الذي يكون لكل شخص أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه والذود عنها وبين حقه في وكالة غيره للدفاع عنه، وكانت التشريعات المنظمة لإجراءات التقاضي والوكالة في الخصومة للدفاع أمام القضاء قد عنت بوضع القواعد المنظمة لكل من الحقين فتناولت مواد قانون المرافعات حق الشخص الطبيعي و الاعتباري في الدفاع عن نفسه أو عن

(1) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 568.

(2) د/ فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 141.

ذاته بالأصالة أو الوكالة (1) .

لذلك فإذا كان الأصل أن الشخص حر في اختيار من يباشر إجراءات الخصومة نيابة عنه – الوكالة بالتقاضي - إلا أن القانون خرج عن هذا الأصل وقرر أن الوكالة بالخصومة تقتصر - كقاعدة عامة – على شخص معين هو المحامي، ويتمثل النشاط الفني للوكيل بالخصومة في سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية والتعبير عن إرادته وصياغة وجهات نظرة في قوالب قانونية متعددة لحين الفصل في الدعوى، فالوكيل بالخصومة لا يعمل بإرادته هو وإنما بإرادة العميل(2) ، وهو ما قضت به محكمة النقض(3).

واتجه بعض الفقه إلى القول بأن العلاقة بين الخصم والمحامي الذي يمثله يحكمها عقد وكالة من نوع خاص يخضع للقواعد العامة في القانون المدني فيما لم يرد فيه نص خاص في قانون المرافعات أو قانون المحاماة، والوكيل لا يكون طرفاً في الخصومة، وإنما الطرف هو الخصم الذي يمثله المحامي، فالمحامي ليس هو صاحب الصفة الموضوعية، ولا صفة إجرائية، إنما ممثل فني للخصم، ومن ثم فإن آثار الحكم في الدعوى لا تنصرف إلى المحامي بل تنصرف إلى شخص الأصيل صاحب الصفة الموضوعية؛ وهو ما قضت به محكمة النقض تطبيقاً لذلك: " أن من ينوب عن أي من طرفي الدعوى في مباشرة إجراءات الخصومة لا يكون طرفاً في النزاع الدائر حول الحق المدعى به و لذا يُكْتَفَى منه أن تثبت له صلاحية هذا التمثيل قانوناً حتى

(1) الطعن رقم 10593 لسنة 76 قضائية، الدوائر المدنية - جلسة 2008/2/26، متوافر علي الرابط

[/https://ahmedazimelgamel.blogspot.com](https://ahmedazimelgamel.blogspot.com)

(2) انظر في ذلك: د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 568 وما بعدها.

(3) حيث قضت أن "مؤدى نص المادة 75 من قانون المرافعات - المنظمة لأحكام التوكيل بالخصومة - أن التوكيل بالخصومة يخول للوكيل بالإضافة إلى سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى والحضور أمام المحكمة ومتابعة الدعوى والدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في درجة التقاضي التي وكل فيها ... " ( طعن رقم 6764، لسنة 64 ق، جلسة 2010/12/26، مكتب فني 61، ق 173، ص 1017، متوافر علي الرابط [/https://ahmedazimelgamel.blogspot.com](https://ahmedazimelgamel.blogspot.com) ؛ وكذلك قضت أنه من "المقرر -في قضاء محكمة النقض - أن حق التقاضي غير المرافعة أمام القضاء، إذ أن التقاضي إنما هو رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء، أما المرافعة أمام القضاء التي تستلزم وكالة خاصة وفقاً للمادة 1/702 من القانون المدني. فهي النيابة في الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد اختص بها المشرع أشخاصاً معينة. حسبما تقضي المادة 3 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 فحين يختار الخصم أو نائبه الذي لا نزاع في نيابته عدم الحضور بشخصه وبيوكل آخر في الحضور عنه فإنه لا يكفي أن يكون هذا الوكيل موكلاً في التقاضي أو أن يفصح عن صفته واسم الأصيل وإنما يتعين أن يكون موكلاً في الحضور " (طعن رقم 1262، لسنة 70 ق، جلسة 2012/4/26، مكتب فني 63، ق 102، ص 669، متوافر علي الرابط [/https://ahmedazimelgamel.blogspot.com](https://ahmedazimelgamel.blogspot.com)

تكون له الصفة الإجرائية اللازمة لصحة شكل الخصومة (1).

علي أنه وإن كانت إنابة الخصم لأحد المحامين ليباشر عنه إجراءات الخصومة نيابة عنه هي في الأصل عمل اختياري إلا أن المشرع قد خرج عن هذا الأصل فاستوجب توكيل محام للتوقيع علي جميع صحف الطعون والدعاوي التي تزيد علي خمسين جنيه، وإذا قدم أي من هذه الصحف أو الطلبات دون أن يوقع عليها محام فإنه يكون غير مقبول، ويقع باطلاً كل إجراء يتم بالمخالفة لهذا الحكم؛ كذلك يشترط لمباشرة خصومة الطعن بالنقض محام مقبول للعمل أمامها لكون خصومة النقض تحتاج إلي إدراك تام لكافة الجوانب القانونية التي تحكم الطعن بالنقض (2).

## المطلب الثاني

### تمييز الصفة الإجرائية عما يختلط بها من أفكار

سبق أن أشرنا إلي أن الصفة الإجرائية أو التمثيل الإجرائي عبارة عن آلية لمباشرة الإجراءات القضائية، ابتدعتها المشرع؛ من أجل كفالة حق التقاضي لمن لا يتوافر به الأهلية القضائية اللازمة، فقرر نصوصاً خاصة أتاحت التقاضي أمام الأشخاص، عن طريق شخص آخر يمثلهم أمام القضاء (3)، إلا أن الأمر قد يختلط علي البعض فلا يستطيع التفرقة بين الصفة الإجرائية وبين غيرها من الأفكار المشابهة لها، وسنلقي الضوء عليها من حيث التفرقة بين الصفة في الدعوي والصفة في التقاضي وبين الصفة الإجرائية وأهلية التقاضي وبين الحلول الإجرائي والتمثيل الإجرائي وذلك في فرعين مستقلين وذلك علي النحو التالي:

الفرع الأول: الصفة العادية والصفة في التقاضي وأهلية في التقاضي.

الفرع الثاني: الحلول الإجرائي والتمثيل الإجرائي.

## الفرع الأول

### الصفة العادية والصفة في التقاضي وأهلية التقاضي

(1) د. محمد علي راتب، محمد فارق راتب، محمد نصر الدين كامل، قضاء الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص129؛ طعن رقم1137، لسنة65ق، جلسة2008/3/11، سبق ذكره في المبحث الأول.

(2) د. عبد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص570 وما بعدها.

(3) د. فتحي والي، المبسوط، ج1، مرجع سابق، ص302؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص549؛ د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، ص137.

عرضنا من قبل لصور الصفة الإجرائية في المطلب الأول وذكرنا أنها أربع صور تتمثل في التمثيل النيابة والتمثيل العضوي والوكالة بالتقاضي والوكالة بالخصومة وأوضحنا الأحكام العامة التي تتعلق بكل صورة؛ ومن خلال هذا العرض تبين لنا أن الصفة الإجرائية تثبت لمن تكون له صلاحية مباشرة الدعوي وإجراءات الخصومة الناشئة عنها، سواء كان هو صاحب الصفة في الدعوي أو ممثلاً له، وأنها شرط فيمن يباشر إجراءات الخصومة وفيمن تُباشر هذه الإجراءات في مواجهته، عكس الأمر بالنسبة للصفة العادية التي لا تثبت إلا لأطراف الحق المدعي به، وأنها شرط في المدعي وفي المدعي عليه، وفيما يلي سنوضح الفرق بين الصفة العادية والصفة في التقاضي وأهلية التقاضي.

وفي بدائه الأمر نجد إن مصطلح الصفة قد يكون له معانٍ متعددة فقد يستعمل للدلالة في بعض الأحيان علي سلطة التمثيل في الخصومة<sup>(1)</sup>، وذلك أن البعض خلط بين الصفة في الدعوي والتمثيل القانوني فذهبوا إلي أن الدعوي تكون من ذي صفة، لكن هذا الخلط غير مقبول لأن الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب لا صفة له إلا باعتباره ممثلاً للقاصر أو للمحجور عليه أو الغائب، لأن الدعوي ليست دعواه وإنما دعوي من يمثله، وكذلك الأمر بالنسبة للحارس ورئيس مجلس الإدارة، إذ أن الممثل القانوني يُعد طرفاً في الخصومة وليس طرفاً في الدعوي وصاحب الصفة في الدعوي هو القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي، فالأطراف في الدعوي هم أصحاب الصفة الموضوعية أما الأطراف بالخصومة فهم أصحاب الصفة الإجرائية وهذا ما صرحت به محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

ومن هنا يتبين لنا أن الصفة في الدعوي تختلف عن الصفة في التقاضي أو الصفة الإجرائية، حيث يخلط الفقه والقضاء بين الفكرتين بسبب الخلط الشائع بين الألفاظ المستعملة، مما أدى ببعض الفقه وأحكام القضاء إلي اعتبار الصفة في التقاضي هي

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، د. احمد خليل، د. احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص199، 200.

(2) حيث قضت محكمة النقض: أنه " من المقرر في قضاء محكمة النقض أن من يمثّل أياً من طرفي الدعوى في مباشرة إجراءات الخصومة , لا يكون طرفاً في النزاع الدائر حول الحق المدعى به , ولذا يكفي منه أن تثبت له صلاحية هذا التمثيل قانوناً , حتى تكون له الصفة الإجرائية اللازمة لصحة شكل الخصومة , ومؤدى ذلك أن الصفة في الدعوى , تختلف عن الصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني فيها , فإذا كانت الأولى شرط في الحق في الدعوى , ويترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى , فإن الثانية شرط لصحة العمل الإجرائي , ويترتب على عدم توافرها بطلان هذا العمل , دون أن يستطيل هذا البطلان إلى الحق في الدعوى , إذا ما رفعت صحيحة أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظره) طعن رقم 1135 لسنة 77ق، جلسة 2012/1/2 متوافر علي الرابط:

(/https://webcache.googleusercontent.com

الصفة في الدعوي فيجب عند استعمال مصطلح الصفة، تحديد هل هي صفة في الدعوي أم صفة في التقاضي لاختلاف كل منهما عن الأخرى ولأنه ينتج من عدم الدقة في التعبير خلط بين الأفكار القانونية.

ولذلك يجب التمييز بينهما حيث أن الصفة في الدعوي هي تعبير عن الصلة بين الشخص وموضوع الدعوي، وهي لهذا لا تثبت إلا لمن يدعي لنفسه حقاً أو مركزاً قانونياً ضد المعتدي فهي شرطاً من شروط وجود حق الدعوي. أما الصفة في التقاضي أو الصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني؛ فهي تعبير عن صلاحية الشخص في مباشرة الإجراءات القضائية في الدعوي دون ان تكون له أي صلة بموضوع الدعوي؛ ولذلك فهي شرطاً لصحة الإجراءات. فقد يستحيل علي صاحب الصفة في الدعوي مباشرة الدعوي وهنا يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كما في تمثيل الولي أو الوصي للقاصر، وتمثيل رئيس مجلس إدارة الشركة للشركة. فالممثل الإجرائي. أو الممثل القانوني. هنا لا تكون له صفة في الدعوي وإنما تكون له صفة الإجرائي - أي صاحب الصفة في التقاضي- هو المدعي أو المدعي عليه، وإنما يظل المدعي أو المدعي عليه في الدعوي هو صاحب الصفة في الدعوي (1).

وإن كان التشريع المصري اعتبر أن أصحاب الصفة في الدعوي هم أطراف الدعوي، أما أصحاب الصفة في التقاضي فهم أطراف في الخصومة فحسب دون أن يكونوا أطرافاً في الدعوي، فلا يُعد الولي أو الوصي أو الوكيل أو رئيس الشركة أصحاب صفة في الدعوي، لأنهم لا يطالبون بحق لهم وإنما لمن يمثلونهم، فهم أصحاب صفة إجرائية - أي تمثيل قانوني- فحسب في مباشرة الدعوي ومتابعة إجراءاتها، بدليل أن الدعوي إنما تُقام عليهم حسب ولايتهم أو وصايتهم أو قيمومتهم، وأن الحكم الصادر في الدعوي لا يُحتج به إلا علي صاحب الصفة في الدعوي وهو القاصر والمفقود والغائب والمحجور عليه، ولا يحتج به علي الولي أو الوصي أو القيم كونهم أصحاب صفة إجرائية - تمثيل قانوني- في الدعوي إلا أن الأمر يختلف في التشريع العراقي فأخذ بالقاعدة التي تنص علي أن الصفة شرط من شروط قبول الدعوي ثم خرج عليها واعتبر الولي أو الوصي أو القيم أصحاب صفة في الدعوي لا الخصومة (2).

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: اجياد ثامر نايف الدليمي، عوارض الدعوي المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص77 وما بعدها؛ د. علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، مرجع سابق، ص115.

(2) حيث أنه قد حسم الخلاف الذي صار بين فقهاء القانون من اعتبار الولي أو الوصي أو القيم ذو صفة في الدعوي أم لا حينما عدّ الصفة شرطاً من شروط قبول الدعوي في المادتين 4،5 من قانون المرافعات المدنية " بأنه من يترتب علي إقراره حكم أو من يكون محكوماً أو ملزماً بشيء علي

وهذه الصفة الإجرائية – أي صفة التقاضي- قد تثبت لصاحب الحق إذا طالب بنفسه بحماية حقه وبذلك تجتمع فيه الصفتان؛ الصفة في الدعوي والصفة في التقاضي؛ وقد تثبت لغير صاحب الحق، إذا كان صاحب الحق لا يستطيع مباشرة الدعوي بنفسه، إما لنقص في أهليته، أو لعدم استطاعته ذلك ل حجر أو لكونه محكوماً عليه بعقوبة جنائية، أو لكونه شخصاً معنوياً؛ ففي هذه الحالات يظل الخصم الأصيل- أي صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه- هو صاحب الصفة في الدعوي، وهو الذي يعود عليه الحكم الذي يصدر فيها بالنفع أو الضرر، وهو الذي يحتج بالحكم الصادر في الدعوي له أو عليه، وذلك علي النحو السابق ذكره في المبحث الأول.

ومن خلال ما سبق يترتب على التمييز بين الصفة في الدعوي أي الخصومة والصفة في التقاضي أي الصفة الإجرائية النتائج الآتية:

أولاً: أن كلتا الصفتين قد تثبت لنفس الشخص فيكون هو صاحب الصفة في الدعوي وفي مباشرة الإجراءات القضائية، في حين قد تثبت الصفة في الدعوي لشخص بينما تكون لآخر الصفة في رفع هذه الدعوي ومباشرة إجراءات الخصومة الناشئة عنها، سواء كان ذلك باختيار صاحب الصفة في الدعوي أو نتيجة لعدم تمتعه بالأهلية الإجرائية، وبناء علي ذلك فإن الصفة الإجرائية يمكن أن تثبت لواحد من أربعة اشخاص هم: من يكون طرفاً في الحق الموضوعي، والنائب القانوني لمن لا تتوافر له الأهلية الإجرائية، الممثل القانوني للشخص الاعتباري، والممثل الاتفاقي أو وكيل

---

تقدير ثبوت الدعوي" مما مؤداه أن الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب بالنسبة لمال الوقف ليست لهم صفة في الدعوي لأنهم لا يترتب علي إقرارهم حكم ولا يكونوا ملزمين بشيء في حالة ثبوت الدعوي؛ إلا أنه خرج عن هذه القاعدة واعتبرهم كذلك لحماية حقوق ومصالح الأشخاص الذين هم تحت ادارتهم كونهم غير قادرين علي الدفاع عنها لانعدام أهليتهم أو نقصها، وهو محل نظر؛ وذلك لأن الصفة في الدعوي تعبر عن الصلة بين الشخص موضوع الدعوي، ولما كان موضوع الدعوي يخص القاصر والمفقود والغائب والمحجور عليه، لذا فإن الصفة في الدعوي تثبت لهم ولا تثبت للولي أو الوصي أو القيم، لأن هؤلاء ليسوا أصحاب صفة في الدعوي، وانما هم أصحاب صفة إجرائية، ولهذا نري أنه كان الأجدر بالمشرع العراقي عدم اعتبارهم أصحاب صفة في الدعوي، وانما اعتبارهم أصحاب صفة إجرائية، بدليل أن تخلف الصفة أثناء نظر الدعوي يؤدي إلي الحكم برد الدعوي لدي التشريع العراقي، في حين أن تخلف الصفة الإجرائية أثناء نظر الدعوي يؤدي إلي قطع السير في الدعوي وهو ما ذكرناه سابقاً؛ لذا نقترح علي المشرع العراقي تعديل المادة(4) وجعلها بالصيغة الآتية: " يشترط أن يكون المدعي عليه خصماً يترتب علي اقراره حكم بتقدير صدور منه وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء علي تقدير ثبوت الدعوي، ومع ذلك يتمتع الولي أو الوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والغائب والمفقود والمحجور، بصفة إجرائية في الدعوي وينوب عنهم تحت ادارته نيابة قانونية في الدعوي" .

## الخصومة<sup>(1)</sup>.

ثانياً: أن الصفة في الدعوي -الخصومة- لا تثبت إلا لمن يدعي حقاً أو مركزاً قانونياً ضد المعتدي، في حين تثبت الصفة في التقاضي – الصفة الإجرائية- لصاحب الحق إذا طالب بنفسه بحماية حقه، كما تثبت لمن يمثله إذا كان صاحب الحق لا يستطيع مباشرة الدعوي بنفسه أو كان يستطيع مباشرة الدعوي، ولكن هناك من يمثله في الدعوي.

ثالثاً: أن الصفة في الدعوي – الخصومة -تثبت لمن تثبت له الشخصية القانونية طبيعياً كان أو معنوياً، أما الصفة في التقاضي – الصفة الإجرائية -لا تثبت إلا للشخص الطبيعي.

رابعاً: أن الصفة في الدعوي-تثبت للشخص الطبيعي سواء كان كامل الأهلية أم ناقصها، أما الصفة في التقاضي – الصفة الإجرائية – فلا تثبت إلا لمن كان كامل الأهلية الإجرائية، أي أهلية التقاضي لبلوغه سن الرشد أي بإتمامه الثمانية عشر من عمره.

خامساً: أن زوال الصفة في الدعوي -الخصومة- أثناء نظرها يؤدي إلى الحكم عدم قبول الدعوي<sup>(2)</sup>، في حين يؤدي زوال الصفة في التقاضي أثناء نظر الدعوي قطع السير في الدعوي<sup>(3)</sup>.

سادساً: أن الصفة في الدعوي تُخول صاحبها صلاحية مباشرة إجراءات التقاضي باسمه ولمصلحته وتخلفها يترتب عليه الحكم بعدم قبول الدعوي، في حين أن الصفة في التقاضي تُخول صاحبها صلاحية مباشرة إجراءات التقاضي باسم غيره ولمصلحة غيره وتخلفها يترتب عليه الحكم بالطلان.

## – التمييز بين الصفة الإجرائية وأهلية التقاضي<sup>(4)</sup>

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المجلد الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 559 وما بعدها.

(2) كما لو رفع شخص دعوي إزالة شيوخ بصفته وارثاً وأثناء نظرها يتم استبعاده من القسام الشرعي بعد تصحيح، لذا فإنه يفقد صفته في الدعوي مما يؤدي إلى الحكم بردها (راجع في ذلك: اجياد ثامر نايف الدليمي، أحكام قطع السير في الدعوي المدنية وأثاره القانونية، مرجع سابق، ص20).

(3) للمزيد من التفاصيل انظر: اجياد ثامر نايف الدليمي، عوارض الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص77 وما بعدها.

(4) لا يوجد في قانون المرافعات قواعد خاصة تحدد علي أساسها أهلية التقاضي، ومن ثم ينطبق عليها القواعد التي تنظم الأهلية والمنصوص عليها في القانون المدني، والأصل العام أن الخصم يكتسب أهلية التقاضي ببلوغ سن الرشد، غير محجور عليه لعارض من عوارض الأهلية، وهذا لا

يبدو من الواضح أن هناك احتمالية كبيرة لوقوع خلط بين أهلية التقاضي وبين الصفة في التقاضي، فقد تثير مسألة تمييزهما عدة صعوبات غير أنه يمكن القول بأن الصفة في التقاضي وسيلة فنية عالج بها المشرع مشكلة تخلف أهلية التقاضي فجعلها وسيلة لمباشرة الشخص الإجراءات القضائية باسم غيره؛ ويختلف الأمر هنا عن أهلية التقاضي التي هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه الإجراءات القضائية في الدعوي، علي نحو صحيح من الناحية القانونية، وهي صلاحية الخصم للقيام بالأعمال الإجرائية، سواء باسمه أو في مصلحة الآخرين علي نحو صحيح، بحيث يكون باطلاً إذا اتخذ ممن لا تتوافر فيه، لأنها شرط لصحة الإجراءات، وهي تتوافر فيمن يتمتع بأهلية الأداء بالنسبة للحق المطلوب حمايته، وتحدد كقاعدة عامة ببلوغ الشخص سن الرشد، دون أي عارض (1)، وقد حدد المشرع سن الرشد ببلوغ الخصم بإحدى وعشرين سنة ميلادية طبقاً لنص المادة 2/44 مدني.

وإن كان هذا هو الأصل إلا أن المشرع خرج تلك القاعدة بوضع استثناء علي بلوغ الخصم سن الرشد لتوافر أهلية التقاضي له وذلك في مسائل الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة(2) من القانون رقم 1 لسنة 2000 من أنه " تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية..." إذاً أقر القانون ثبوت أهلية التقاضي في قانون الأحوال الشخصية لمن بلغ سن الخامسة عشر عاماً إلا أنه يشترط لذلك: أن يبلغ الصغير سن الخامسة عشر وفقاً للتقويم الميلادي، وأن يكون أمر أهلية التقاضي قاصر فقط علي مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس وليس المال، وأن تتوافر لديه قواه العقلية بالأ يكون سفياً أو معتوهاً أو مجنوناً؛ فإذا ما توافرت تلك الشروط كان للصغير أن يباشر دعواه بنفسه والمقامة في مسألة من مسائل الولاية علي النفس، وجاء موقف المشرع الفلسطيني مختلف بعض الشيء عن نظيرة المصري (2)؛ وفي هذا الصدد

---

يعني أن الشخص لا يكتسب هذه الأهلية إلا ببلوغه هذه السن، فقد تثبت لشخص رغم عدم بلوغه سن الرشد، فالقاعدة أن من لا يكون له اهلاً للتقاضي، يمكنه التقاضي عن طريق من يمثله قانوناً الذي هو النائب عنه كالولي أو الوصي، أو القيم (عدي حميد حسن الشمري، الخصم في الدعوي المدنية ، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، عام 2019، ص 47).

(1) عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية في القوانين الفلسطينية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية، مجلد 20، عدد2، يونيو 2012، ص592، موجود علي الرابط الإلكتروني <file:///C:/Users/cf/Downloads/416-1195-1-PB.pdf> ؛ د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص137؛ مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص171.

(2) حيث لم يعترف بأهلية التقاضي للغير المميز الذي بلغ سن الخامسة عشر عاماً في مسائل الأحوال الشخصية للولاية علي النفس؛ وذلك في المادة(5) من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني

قضت محكمة النقض المصرية: " بلوغ الولد أو البنت عاقلاً خمس عشرة سنة أثره. زوال الولاية على نفسه مؤداه أن يخاصم ويختصم بشخصه فيما يتعلق بشئون نفسه" (1).

وتكمن أهمية الوقوف على أهلية التقاضي في أن نص المادة (3) مرافعات أنه " لا تُقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون...، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها في أي حالة عليها الدعوي بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين".

كما أن المستقر عليه لدي محكمة النقض أن الأصل في انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلاً للتقاضي وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً، وأن واجب الخصم أن يراقب ما طرأ على خصمه من تغيير بسبب الوفاة أو تغيير في الصفة أو الحالة حتي تأخذ الخصومة مجراها القانوني" (2).

**ويثور التساؤل هنا عن الحالات التي تتوافر فيها أهلية التقاضي لدي الخصم؟ وفر القانون حلولاً لهذا التساؤل مفادها بالنسبة للشخص الطبيعي الأصل أنه يجب أن تتوافر**

حيث جاء نص المادة (5) بأن موطن القاصر أو فاقد الأهلية أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً، فلم يعترف بأهلية التقاضي للمذكورين في النص ومنهم القاصر، الذي قد يكون مأذوناً بالتجارة، فلم يجعل له موطناً خاصاً به، وفعل ذات الأمر بخصوص التبليغ حيث ورد في نص المادة(7/16) " مع مراعاة نصوص هذا القانون أو أي قانون آخر يجري تبليغ الورقة القضائية علي الوجه التالي: فيما يتعلق بالقاصر أو فاقد الأهلية تسلم إلي من ينوب عنه قانوناً (انظر في ذلك: عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية في القوانين الفلسطينية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية، مرجع سابق، ص593).

(1) طعن رقم 834، لسنة 53ق، جلسة 1999/2/5، موقع محكمة النقض <https://www.cc.gov.eg>

(2) طعن رقم 6155، ل سنة86ق، جلسة 2021/3/21، سبق ذكره عند الحديث عن المحجور عليه قانوناً؛ وكذلك قضت أيضاً بأن " وجوب مباشرة الخصومة وإجراءاتها من قبل من تتوافر فيه أهلية التقاضي. الأهلية الإجرائية. المواجهة بين الخصوم. مناهطها مباشرة الخصومة وإجراءاتها من قبل من تتوافر فيه أهلية التقاضي تخلفها. أثره. وجوب توجيه الإعلانات وسائر الإجراءات إلي من ينوب عنه قانوناً التزام الخصم بما يطرأ علي خصمه من وفاة أو تغير في الصفة أو الحالة (طعن رقم 7353 لسنة 64ق، جلسة 2000/2/28)؛ كذلك قضت محكمة النقض بأنه من المقرر " سيادة الخصوم علي وقائع النزاع علي القاضي التقيد بنطاق الدعوي المطروحة عليه من حيث خصومها وسببها وموضوعها التزامه بالألا يجاوز حدها الشخصي بالحكم لشخص أو علي شخص غير ممثل فيها تمثيلاً صحيحاً، أو حدها العيني بتغيير سببها أو بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. علة ذلك. مجاوزته ذلك النطاق فصل فيما لم ترفع الدعوي وقضاء في غير خصومه ومخالفة للنظام العام"، (طعن رقم 2411، لسنة 71ق، جلسة 2002/5/12؛ طعن رقم 3478، لسنة 69ق، جلسة 2001/11/27؛ موقع محكمة النقض <https://www.cc.gov.eg>)

في الشخص الذي يباشر الإجراءات القضائية المكونة للخصومة أهلية التقاضي ويكون الشخص أهلاً للتقاضي، ببلوغه سن الرشد، ولكن إذا لم تكن لدى شخص أهلية التقاضي فلا يجوز أن يكون ذلك سبباً في حرمانه من الدفاع عن حقوقه عن طريق الالتجاء إلي القضاء<sup>(1)</sup>، ولهذا وجد المشرع حلاً لذلك عن طريق الاستعانة بوسيلة أخرى كالتمثيل القضائي، أو التمثيل الإجرائي للخصم عن طريق ممثل إجرائي وفقاً للقانون أو الاتفاق، أو عن طريق المساعدة القضائية، والتي تكون بمشاركة الخصم الأصيل ومساعدته في القيام بالإجراءات القضائية عن طريق ممثل قانوني، تكون لديه صلاحية مباشرة الإجراءات القضائية وتكون له بمقتضى هذا التمثيل صفة في التقاضي حتى تكون الإجراءات صحيحة، وبالنسبة للشخص الاعتباري يتولى ممثل قانوني مباشرة إجراءات التقاضي الخاصة به<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت الأهلية ضرورية لصحة العمل الإجرائي، بما يعني وجوب توافرها فيمن يباشر هذا الإجراء، فإنها أيضاً يجب توافرها فيمن يوجه إليه هذا الإجراء، وذلك كي يكون قادراً على الدفاع عن حقه، والرد على ما يتخذ في مواجهته من إجراءات. لذلك إذا بوشر الإجراء، أو وجه إلى من ليس أهلاً، كان باطلاً. ويكون التمسك بعدم توافر الأهلية عن طريق الدفع، وقد عدّه البعض دفعاً شكلياً، يترتب عليه البطلان؛ لأنه يعتبر الأهلية شرطاً من شروط صحة الخصومة، وذلك أن القيام بإجراءات الخصومة يتطلب أن تتوافر في الشخص أهلية التقاضي، فإذا لم تتوافر فيه الأهلية، فإن الإجراءات تكون باطلة، والعكس، فإذا كان من يقوم بالإجراءات القضائية يتوافر به أهلية التقاضي كانت إجراءات الخصومة صحيحة من هذا الجانب بينما عدّه آخرون دفعاً بعدم القبول، معتبرين الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوي مثلها مثل الصفة؛ باعتبار أن الأهلية شرط جوهرية من عناصر الصفة، ويجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوي، ولا يشترط لإعماله وقوع ضرر، ويكون التمسك به من قبل الشخص المقرر البطلان لمصلحته؛ أي لفاقد الأهلية أو ناقصها وورثته، وليس للخصم التمسك به، وُعد هذا الدفع من النظام العام<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

(1) د. علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص114.

(2) د. محمود التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية، مرجع سابق، ص52؛ مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص172.

(3) د. عبد الله الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم، مرجع سابق، ص593؛ وفي نفس المعنى: مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص172.

## الحلول الإجرائي والتمثيل الإجرائي

سبق أن تحدثنا بأن الأصل أن ظهور الشخص في الخصومة إما أن يكون لأنه طرف فيها، يطلب الحماية لحقه الموضوعي، وإما أن يكون ممثلاً لمن يطلب الحماية لحقه، ويكون عندها المطلوب حماية حقه هو الطرف في الخصومة، ويحدث أن يُعد الطرف في الخصومة طرفاً فيها، دون أن يكون طالباً حماية حق لنفسه، أو ممثلاً لمن يطلب الحماية لحقه، وإنما يحل محله كطرف في الخصومة، سواء كان شخصاً أو هيئة وهذا ما يطلق عليه بالحلول الإجرائي أو الصفة الاستثنائية<sup>(1)</sup>؛ الذي هو عبارة عن رابطة ذات طبيعة موضوعية بين الحال والمحال محلة ويخول له بناءً عليها الحال يمكنه من مباشرة الإجراءات باسمه، بحيث تنصرف هذه الآثار الموضوعية لهذه الإجراءات إلى المحال محله، وذلك برغم عدم اشتراكه فيها<sup>(2)</sup>.

ومن أمثلة الحلول الإجرائي أو الصفة الاستثنائية في القانون المصري ما نص عليه المشرع في المادة (236، 235) من القانون المدني والمادة (1/165) من قانون العمل<sup>(3)</sup> حيث نصت المادة (235) من القانون المدني المصري على أنه " لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز... ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدنية مقبولاً إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب عساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط اضرار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى". كما نصت المادة (236) من ذات القانون على أنه " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدنية نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج

(1) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج2، مرجع سابق، ص92، بند 56؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط4، مرجع سابق، ص146؛ ويطلق عليها أيضاً الصفة الاستثنائية أو الصفة غير العادية، فقد أجاز المشرع بان تحل إرادة صاحب الصفة الاستثنائية محل إرادة صاحب الصفة العادية في الدعوى، وتنصرف الآثار القانونية المترتبة على الدعوى إلى الأصل " صاحب الصفة العادية " بطريق مباشر، ويستفيد منها صاحب الصفة الاستثنائية بطريق غير مباشر وذلك بسبب ما لهذا الشخص من مركز قانوني مرتبط في نفاذ المركز القانوني المدعي، بحيث انه يكون لهذا الشخص مصلحة في المطالبة بحق غيره.

(2) E.D. GARBAGNATI: LA SOSTITUZIONE PROCESSUALE, NEL NUOVO CODICE DE PROEDURA CIVILE, MILANO, 1942, P. 1, T. P.-3.

مشار الية لدي: د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، ص513، ص547.

(3) د. حمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص208.

من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه (1)، وفي حقيقة الأمر نجد أن بعض التشريعات في الدول العربية لم تتجه لنفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري حيث لم يأخذوا بنظام الدعوى غير المباشرة، وذلك كالتشريع الفلسطيني (2).

ويترجم هذين النصين عملياً بما يعرف بالدعوى غير المباشرة وهي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بحقوق مدينة دون أن ينييه في ذلك، فهو يرفع الدعوى باسمه ومدافعاً عن حق غيره " المدين " فهو يعتبر خصماً أصلياً في الدعوى. وقد اختلف الفقهاء في تبرير هذه الصفة للدائن وغيره، فيرى البعض أن رفع الدائن للدعوى يستند لوجود مصلحة مشروعة له، والتي تبرر نيابته عن المدين، وفكرة النيابة هي التي يرد إليها آثار الدعوى المباشرة، وعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين، وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابته عن المدين، تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة، ولا يُقال إنه مادام الدائن نائباً عن المدين فقد كان ينبغي أن تُغني نيابته عن ادخال المدين في الدعوى، لأن النيابة هنا لصالح الدائن، وليس لصالح المدين، فكان لا بد من إدخال المدين خصماً في الدعوى، حتى يراقب إجراءاتها، ويستطيع حماية حقه بنفسه. كما أن إدخال المدين شرط لقبول الدعوى، لكي تسري الأحكام الصادرة فيها في حقه، مادام قد أصبح طرفاً فيها (3).

ويؤخذ على هذا الرأي أن تبرير الأول لفكره النيابة يتعارض مع أهم شروط رفع الدعوى غير المباشرة، وهي قعود وتقصير المدين عن المطالبة بحقه، فكيف يكون من هذا حاله رقيباً، ويريد حماية حقه بنفسه في هذه الدعوى، فلو توافرت في المدين مثل هذه المبررات، لانتفت العلة من الدعوى غير المباشرة، ولما جاز رفعها من الدائن. كما أن القول بوجود المصلحة للدائن لا تبرر نيابته، بل تبرر رفعه للدعوى باسمه، بصفته أصيلاً؛ لأن الادعاء يبني على المصلحة، ولم يقل أحد بشرط المصلحة للنيابة.

(1) د. محمد علي راتب، محمد فارق راتب، محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 83.  
(2) حيث جاء في المادة (1640) من مجلة الأحكام العدلية الفلسطينية " لا يكون مدين المديون خصماً للدائن " وجاء في المادة (1641) " لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع "، إلا أننا نرى مع من اتجهوا إلى ضرورة الأخذ بنظام الدعوى غير المباشرة، حماية للضمان العام للدائنين، وما يبرر ذلك هو رفعها من الدائن هي مصلحته في حماية ضمانه العام، مع ضرورة اختصاص المدين فيها وذلك لعدم وجود رابط مباشر بين الدائن المدعي ومدين مدينه (د. عبد الله الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم، مرجع سابق، ص 599).

(3) د. عبد الرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة، 1966، ص 945.

ورأي آخرون: أن عدم اعتبار الدائن حالاً، واعتباره نائباً عن المدين يتعارض مع وجوب إدخال المدين في الدعوى، حيث لا يدخل في الدعوى إلا من ليس طرفاً فيها، بمعنى أنه لو كان الدائن نائباً، لكان المدين طرفاً أصيلاً في الدعوى، ولم تكن بحاجة لإدخاله، كما أن هذا يتعارض مع أبسط النتائج التي ترتبها هذه الدعوى، وهي تحمل الدائن لمصاريفها، ولو قلنا بالنيابة هنا، لحملنا المصاريف للمدين؛ لأن آثار الخصومة جميعها ستنتصرف إليه (1).

**في حين ذهب البعض:** إلى أن الأساس القانوني لمنح الصفة غير العادية للدائن في الدعوى غير المباشرة إلى اعتبارها نوع من أنواع الحجز على أموال المدين لدي الغير ومنهم من اعتبرها مجرد إجراء تحفظي ومنهم من يردها إلى فكرة الضمان العام، وستحدث عنه لاحقاً.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه: يرى أن الحلول الإجرائي هنا في حقيقته صفة موضوعية عادية وليست استثنائية لأن المدعي يرفعها باسمه ولمصلحته هو فكان المشرع قد نقل إليه الحق وطالما أن الحق الموضوعي انتقل إليه فان صفته في المطالبة بهذا الحق تنتقل إليه أيضاً لأن الصفة تندمج مع الحق الموضوعي فتكون صفة رافع الدعوى هنا صفة موضوعية عادية لا استثنائية وينبغي التتويه أخيراً إلى ضرورة استمرار الصفة طوال مراحل الدعوى فإن زالت أصبحت الدعوى غير مقبولة، وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض: "العبرة في استخلاص الصفة في الدعوى بالخصم الحقيقي الذي يكون طرفاً في النزاع الدائر حول الحق المدعى به، أما صحة تمثيل هذا الخصم في مباشرة إجراءات الخصومة في الدعوى وهي ما تسمى بالصفة الإجرائية فإن العبرة في تحديدها بقانون اسباغها (2)؛ ومن خلال ما سبق يمكن لنا التمييز بين الحلول الإجرائي والتمثيل الإجرائي وذلك علي النحو التالي:

#### \* أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحلول الاجرائي والتمثيل الاجرائي:

يتفق الحلول الاجرائي مع التمثيل الإجرائي في الشخص الذي يباشر الإجراءات عن شخص آخر، لكنهما يختلفان في أن التمثيل الاجرائي يقصد به أن يتقاضى الخصم صاحب الصفة الموضوعية وهو الخصم الأصيل وذلك بواسطة شخص آخر يطلق عليه الممثل الإجرائي أو الخصم الممثل ونجد ذلك في حالة تمثيل الولي أو الوصي للقاصر في الخصومة، لكن تنحصر سلطة الخصم الممثل في مباشرة إجراءات

(1) د. عبد المنعم الشرفاوي، د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977، ص14 وما بعدها.

(2) الطعن رقم 9559 لسنة 65 ق، جلسة 2008/6/8، دوائر مدنية، مكتب فني 59، ق112، 642.

الخصومة دون غيرها من إجراءات أخرى. وبالتالي فالخصم الأصيل هو الذي يتحمل كافة الإجراءات وبالتالي تنصرف إليه آثار الحكم الصادر فيها والممثل القانوني لا يعد طرفاً في الخصومة وإنما هو الذي يمثل الخصم، فتثبت له الصفة الإجرائية باعتباره ممثلاً للخصم (1)؛ إذاً الممثل الإجرائي هنا يطالب باسم غيره، بحق هذا الأخير، ولا يكون طرفاً في الدعوى، وإنما يكون الأصيل هو الطرف فيها.

أما الحلول الإجرائي فهو أن يحل شخص ويطلق عليه "الحال" محل شخص آخر عليه "المحال محله" في مباشرة الإجراءات، فالحال إجرائياً يعمل لمصلحة ذوي الشأن وليس لمصلحته أو لحسابه وحده، وبالتالي يثبت للحال والمحال محله الصفة في مباشرة الإجراءات وتثبت لهما أيضاً الصفة الموضوعية، وهذا لا يتحقق في حالة التمثيل الاجرائي، وبالتالي لا يعد التمثيل الاجرائي حلاً إجرائياً (2).

والحلول الإجرائي قد يقترب من التمثيل الإجرائي لكنه يبقى متميزاً عنه بعيداً أن يختلط به وهذا في حالة خروج طالب الضمان من الخصومة الأصلية وإدخال الضامن ليحل محله في الخصومة، وبالتالي لا يمكن اعتبار الضامن ممثلاً عن طالب الضمان الخارج من الخصومة لذلك فإن آثار الحكم لا تُصرف أيضاً إلى الضامن (3)، وبناء على هذا فيحق لهما الطعن في الحكم الصادر في الخصومة الأصلية وذلك على الرغم من خروج طالب الضمان منها (4).

فلا يوجد الحلول الإجرائي إلا بنص في القانون، وبناء على ذلك نص المشرع في المادة (1/440) من القانون المدني على أنه "إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله" فالمشرع بناء على هذا النص لقد اعترف بفكرة الحلول الاجرائي في هذه الحالة، وذلك حتى لا يخسر المشتري مساعدة البائع في الدفاع عنه في دعوي الاستحقاق ويضطر بعد ذلك الي رفع دعوي اصلية امام محكمة البائع (5).

- 
- (1) د. فتحي والى الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٠٢، بند ١٩٨.
  - (2) د. محمود مصطفى يونس، نظرية الحلول الإجرائي في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٤٣، بند ١٩.
  - (3) د أحمد ماهر زغلول، دعوي الضمان الفرعية، دراسة تحليلية تطبيقية، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، ص ١٦٣، بند ١٦٢.
  - (4) د. محمود مصطفى يونس، نظرية الحلول الاجرائي، مرجع سابق، ص ٧٦، بند ٢٧.
  - (5) د. فتحي والى، الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٣١، بند ٢١٠؛ د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٢٥٢، بند 167.

ولقد نظم المشرع دعوى الضمان الفرعية أو دعوى اختصام الضامن وذلك في قانون المرافعات في المواد من (119، 123)، اما في المادة (121) نجد ان المشرع فرق بين الضمان البسيط أو الشخصي وبين الضمان الشكلي (1).

اما في حالة الضمان البسيط في هذه الحالة لا يجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى وذلك بسبب التزامه الشخصي قبل خصمه في الدعوى، وفي حالة الضمان الشكلي يكون لطالب الضمان استعمال رخصة الخروج التي قررتها المادة (121) من قانون المرافعات وبناء على ذلك يتخلى عن السلطات والحقوق المتفرعة عن حق الدعوى للضامن الذي يحل محله لممارستها وبالتالي لا يحق لمن حل محل الضامن في مباشرة الخصومة أن يتصرف في الخصومة تصرفاً يضر بحقوق طالب الضمان الخارج عن الخصومة مثل التصرف في الحق الموضوعي بالتنازل أو بالصلح (2).

اما الحق في الدعوى نجد انه يثبت لطالب الضمان "المحال محله" صاحب الحق الموضوعي، وعند إدخاله بموجب طلب الضمان يحل الحال إجرائياً في مباشرة إجراءات الخصومة دفاعاً عن حق المحال محله، وعن حقه ايضاً فيها، وبالتالي فانه يتحمل واجبات وأعباء الخصوم وحقوقهم (3).

### المبحث الثالث

#### الأثار المترتبة على زوال الصفة الإجرائية وعدم وجودها

ذكرنا فيما سبق أنه لا بد وان تتوافر الصفة الإجرائية فيمن يقوم بتمثيل الخصم في الدعوى سواء كان الخصم شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً، فاعتبار الشخص طرفاً في الخصومة بتمثيل الغير له بشرط أن يكون التمثيل صحيحاً، على أنه إذا انتفت هذه الصفة الإجرائية فإن الخصومة لا تكون قد وجهت لذلك الشخص اصلاً، وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض (4).

(1) النص المادة 121 من قانون المرافعات على أنه " إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكماً للمدعي الأصلي ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات. ويجوز للطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصي.

(2) د. ابراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع امام القضاء المدني، مرجع سابق، ص167.

(3) د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطول الإجرائية، مرجع سابق، ص66.

(4) حيث قضت " من المقرر أن الدفع بانتفاء الصفة الإجرائية لأحد الخصوم كالدفع بانتفاء صفة الولي أو الوصي أو القيم أو ممثل الشركة أو الشخص المعنوي هو مما يتعلق بشكل الخصومة وإجراءاتها كما أنه مما يستقل عن الحق موضوع الدعوى وسابق عليه ذلك أن الشخص طبيعياً كان أو معنوياً لا يُعد طرفاً في الخصومة بتمثيل غيره له إلا إذا كان هذا التمثيل صحيحاً ومقطوعاً به

والأمر يختلف عند انتفاء أو تخلف الصفة الموضوعية فإن الأثر المترتب علي ذلك عدم قبول الدعوى كما بينا سلفاً، أما تخلف الصفة الإجرائية في القائم بالعمل الإجرائي يترتب عليه الحكم بالبطالان-بطلان إجراءات الخصومة – وهو حكم شكلي تنحصر حجيته على الجانب الشكلي للدعوى، بما لا يمنع من إعادة رفعها ثانية برفعها من قبل الممثل الإجرائي للمدعي أو على الممثل الإجرائي للمدعي عليه، وذلك خلاف الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الصفة الموضوعية والذي يحوز حجية مانعه من إعادة عرض النزاع من جديد على المحكمة<sup>(1)</sup>، والدفع بانتفاء الصفة الإجرائية يثير العديد من التساؤلات، منها هل يعد الدفع بانتفاء الصفة الإجرائية من الدفع الشكلية أم الدفع الموضوعية أم دفع بالبطالان؟ وما هو الحكم فيما لو أقيمت الدعوى من أو على شخص لم يكن خصماً عند رفع الدعوى ثم تحققت فيه الصفة بعد رفع الدعوى؟ وما هو الحكم لو زالت صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى؟ إن الإجابة على التساؤلات المتقدمة تقتضي منا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: انقطاع سير الخصومة كأثر لزوال الصفة الإجرائية.

المطلب الثاني: بطلان الإجراءات كأثر لانتهاء الصفة الإجرائية.

## المطلب الأول

### انقطاع سير الخصومة كأثر لزوال الصفة الإجرائية

في هذا المطلب سأعالج مسألة غاية في الأهمية، وتواجه الخصوم أحياناً في ساحات المحاكم، حيث يحدث أثناء سير الخصومة أن تجد بعض الأمور التي تؤدي إلى انقطاع سيرها (كزول صفة النائب أو الممثل القانوني عن الخصم)، وبحدوث ذلك تنتفي الصفة الإجرائية في الدعوى ويصبح الممثل عن صاحب الحق عاجزاً عن ممارسة إجراءاته للدفاع عن يمثله؛ لذلك عالج المشرع تلك المسألة وقرر انقطاع الخصومة بشكل مؤقت وتأجيلها؛ لحين معاودة سير فيها بعد تصحيح المركز القانوني للخصم،

---

فإذا لم يكن كذلك فإن الخصومة قد وجهت أصلاً لذلك الشخص (طعن رقم 284، لسنة 67ق، جلسة 2013/1/10، دوائر تجارية، موقع محكمة النقض المصرية الإلكتروني ([/https://www.cc.gov.eg](https://www.cc.gov.eg)))

(1) انظر في ذلك: د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص121؛ انظر في نفس المعنى: مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص173.

وهذا ما قرره المشرع في المادة(130) مرافعات(1).

ولعل الهدف من ذلك يرجع إلي ضرورة المحافظة علي مبدأ احترام حقوق الدفاع، والمحافظة علي حقوق الخصم الذي قام به العارض وصار في حالة لا يستطيع معها اتخاذ الإجراءات بشكل صحيح، وبناءً علي ذلك فإذا قام سبب من أسباب الانقطاع فإن الخصومة تقف بقوة القانون ويترتب علي ذلك وقف جميع المواعيد في حق الخصم الذي قام به العارض، وبطلان الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع (2)؛ وبناء علي ذلك سوف نقسم دراسة هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم انقطاع السير في الخصومة.

الفرع الثاني: حالات انقطاع السير في الخصومة.

## الفرع الأول

### مفهوم انقطاع السير في الخصومة

أوضحنا سالفاً أن المشرع حدد الحالات التي يتم فيها انقطاع الخصومة لانتفاء صفة الخصم، في المادة(130) مرافعات، غير أن المشرع لم يورد تعريفاً يحدد ماهية الانقطاع، وحسناً فعل لأن وضع التعاريف هي أحد مهام الفقه وليس المشرع، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه وقف بقوة القانون لإجراءات الخصومة يقع بمجرد تحقق سبب من أسبابه الواردة في المادة 130 مرافعات (3).

ورجوعاً للمادة 130 مرافعات وأحكام محكمة النقض يمكننا القول إن انقطاع سير الخصومة يقصد به " عدم السير في الإجراءات أو وقفها بقوة القانون؛ لسبب طارئ يرجع إلي تغير المركز القانوني لأحد أطرافها، أو من ينوب عنه قانوناً أدي إلي تعطيل

(1) تنص المادة (130) مرافعات علي أنه "ينقطع سير الخصومة بحكم القانون، بوفاة أحد الخصوم أو بفقد أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين، إلا إذا كانت الدعوي قد تهيأت للحكم في موضوعها. ومع ذلك إذا طلب أحد الخصوم أجلاً لإعلان من يقوم مقام الخصم، الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع، وجب علي المحكمة-قبل أن تقضي بانقطاع سير الخصومة- أن تكلفه بالإعلان خلال أجل تحدده له، فإذا لم يقم به خلال هذا الأجل دون عذر، قضت المحكمة بانقطاع سير الخصومة، منذ تحقق سببه، ولا تنتقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوي، ولا بزوال وكالته بالتنحي أو بالعزل، وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذي توفي وكيله، أو انقضت وكالته، إذا كان قد بادر فعين له وكيلأ جديداً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانقضاء الوكالة الأولى".

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص616.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص613.

مبدأ المواجهة<sup>(1)</sup>، فإذا حدثت واقعة من شأنها منع الخصم من القيام بمباشرة إجراءات الخصومة، فإنها تقف بقوة القانون، ولعل الغرض من انقطاع الخصومة هو تفادي اتخاذ إجراءاتها في غفلة من الخصوم.

وقد عرفه بعض الفقه: أنه توقف السير فيها بقوة القانون لسبب عارض يمس حالة أو مركز الخصوم أو من يمثلونهم قانوناً؛ إذاً فإن الانقطاع يرجع إلي تصدع ركنها الشخصي، أي نشأة ما ينتقص من قدرة الخصم الشخصية علي مباشرة إجراءات التقاضي. ونجد نظام انقطاع الخصومة أساسه في ضرورة حماية الطرف الذي أصبح في وضع لا يستطيع معه ممارسة حقه في الدفاع أو حماية من سيحل محله بإعطائه فرصة للعلم بالخصومة والاستعداد للدفاع فيها<sup>(2)</sup>.

ونري أن السبب في حدوث الانقطاع لكون العلة تدور مع المعلول وجوداً وعملاً فإذا زالت العلة زال المعلول بمعنى أن وصاية الأب تبقى قائمة متحققة ما دام قاصراً وبالتالي ممارسة الولي الأعمال القانونية للقاصر لا يتقيد إلا في أمرين أما بلوغ القاصر سن الرشد أو بزوال صفة الوصي فالحكم لا يمكن أن يكون أوسع من موضوعه ولا المعلول أوسع من علته، فإذا أبيح الشيء لضرورة أو أجاز لعذر أو منع لمانع معين فبزوال الضرورة أو العذر يزول ما رتب عليه من حكم بالوجدان ويعود هذا الشيء ممنوعاً كما كان سابقاً.

## الفرع الثاني

### حالات انقطاع السير في الخصومة

اتفقت معظم التشريعات العربية علي أن الخصومة تنتقع بقوة القانون، إذا وقع أحد الفروض الواردة في القانون علي سبيل الحصر والتي يفقد بها الخصم أهليته، وحددتها المادة (1/130) مرافعات وهي (وفاة أحد الخصوم، وفقدان الأهلية، وزوال صفة الممثل القانوني)<sup>(3)</sup>، وعلي ذلك فأسباب الانقطاع ثلاثة، وهي:

(1) طعن رقم 2109، لسنة 70ق، جلسة 2021/6/16؛ طعن رقم 5203 لسنة 66ق، دوائر إيجارات، جلسة 2021/6/19، متوافر علي الرابط: <https://egylys.com>؛ طعن رقم 10069 لسنة 76ق، دوائر المدنية، جلسة 2015/2/21، موقع محكمة النقض المصرية.  
(2) د. عيد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 845.

(3) ومن تلك التشريعات التشريع الفلسطيني؛ في المادة (1/128) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 "أسباب انقطاع سير الدعوي المدنية في ثلاثة أسباب عندما نصت علي: " ينقطع السير في الدعوي بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوي مهياً للحكم في موضوعها"؛ كذلك التشريع العراقي في المادة (84) من

1- وفاة أحد الخصوم، سواء كان هو المدعي أو المدعي عليه، وسواء كان خصماً أصلياً أو متدخلاً. ولا يشترط لانقطاع الخصومة في هذه الحالة علم الخصم الآخر بحصول الوفاة؛ وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض: أن نص المواد (132، 131، 130) من قانون المرافعات؛ أن وفاة أحد الخصوم يترتب عليه انقطاع سير الخصومة في الدعوي بحكم القانون، ومقتضي ذلك أن الانقطاع يقع نتيجة حتمية للوفاة، وبغير حاجة لصدور حكم، ودون توقف علي علم الخصم الآخر بحصول الوفاة، وليس للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك... (1).

ففي هذا الفرض يحدث أن يعجز الخصم عن مزاولة إجراءات الدعوي علي نحو صحيح، ويتفق مع مبدأ المواجهة وكفالة حق الدفاع للخصم، لذلك قرر المشروع وقف الخصومة مؤقتاً لحين تعديل وتصحيح الوضع، حتي يضمن استمرار الخصومة علي نحو صحيح إجرائياً من هذا الجانب، فإذا استطاع خلف الخصم أن يعدل من هذه الأسباب، كأن يدخل في الدعوي بدلاً من مورثه المتوفي، فإن القاضي يأمر باستئناف السير في إجراءات الخصومة، بعد أن تحقق للخصم حق الدفاع عن مصالحه ومصالح مورثه، وتحقق أحد مقتضيات مبدأ المواجهة القضائية بتمثيل الخصوم علي نحو صحيح أمام المحكمة (2).

إذاً تنقطع الخصومة إذا رفعت دعوي باسم شخص أو في مواجهة آخر ثبت وفاته بعد بدء الخصومة وقبل إقفال باب المرافعة فيها، ويتحقق هذا الأثر بقوة القانون دون توقف علي علم الخصم الآخر بالوفاة (3)؛ أما القضاء الفرنسي فقد علق الأمر علي تحقق شرط ذاكراً بأنه إذا حدثت وفاة الشخص الطبيعي بعد رفع الدعوي فإن هذا يؤدي إلي الانقطاع لحين تعجيل الخصومة من الورثة، أو في مواجهتهم، ولكن بشرط أن تكون

---

قانون المرافعات" ينقطع السير في الدعوي بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه إلا إذا كانت الدعوي قد تهيأت للحكم في موضوعها. فإذا توفي الخصم فإن المرافعة تنقطع حتي يتم إصدار قسام شرعي فإذا حضر من يمثل الورثة تستأنف المرافعة من النقطة التي توقفت عندها" (انظر في ذلك: د. آدم وهيب، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 270).

(1) طعن رقم 7103، لسنة 78ق، جلسة 2011/4/12، متوافر علي الرابط الخاص بشبكة قوانين الشرق ياسر نصار [www.wastiaaws.com](http://www.wastiaaws.com).

(2) مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص 264؛ أنظر أيضاً في ذلك: د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 592.

(3) طعن رقم 2109، لسنة 70 ق، جلسة 2021/6/16؛ طعن رقم 14082، لسنة 84ق، جلسة 2021/5/23؛ طعن رقم 19680، لسنة 85ق، جلسة 2021/3/21؛ طعن رقم 1182، لسنة 85ق، جلسة 2021/3/21؛ طعن رقم 16657، لسنة 84ق، جلسة 2021/3/18، متوافر علي الرابط: [/https://kanonmisr.com](https://kanonmisr.com)

الدعوي قابلة للانتقال، وفي حالة عدم إمكانية نقل الدعوي تكون وفاة أحد الأطراف سبباً لانقضاء هذه الدعوي، وذلك وفقاً لنص المادة (384) مرافعات فرنسي<sup>(1)</sup>؛ أما محكمة التمييز العراقية أخذت نفس منحي القضاء المصري حيث قضت " ... أن المستأنف ضده قد توفي أثناء سير المرافعة وحسب أقوال وكيله المثبت في محضر الجلسة مما كان علي المحكمة أعمال نص المادة (84) مرافعات بقطع السير في المرافعة لأن القطع في هذه الحالة بقوة القانون لحين تنصيب متولي جديد..."<sup>(2)</sup>.

ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري أثناء سير إجراءات الخصومة، إذ أن زوال الشخص الاعتباري يُعد وفاة حقيقية له، وترتب الأثر ذاته، وتظل الخصومة في حالة ركود لحين توفيق الأوضاع، سواء تم حل الشخص الاعتباري، أم تم اندماجه، وأما مجرد تأميمه فلا يترتب عليه انقطاع الخصومة<sup>(3)</sup>.

كذلك يأخذ حكم الوفاة اندماج الشخص المعنوي في شركة أو مؤسسة أو هيئة عامة، تنتقع الخصومة بالنسبة للشركة المندمجة، وترتيباً علي ذلك؛ فقد قضت محكمة النقض أنه: "يترتب علي دمج مؤسسة بأخري أن تنقضي المؤسسة المندمجة وتُمحي شخصيتها الاعتبارية ودمتها المالية، وتحل محلها المؤسسة الدامجة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتختصم المؤسسة الدامجة وحدها في خصوص الحقوق والديون التي كانت للمؤسسة المندمجة أو عليها<sup>(4)</sup>.

2- زوال صفة الممثل القانوني لأحد الخصوم. والفرض هو وجود نائب قانوني يمثل الخصم في اتخاذ الإجراءات القضائية كالولي أو الوصي. فإذا زالت صفة النائب انقطعت الخصومة بقوة القانون لحين إعلان الخصم الأصيل بها. وتزول صفة النائب في حالتين: الأولى هي إذا فقد هذا النائب أهلية الخصومة بعزله أو بالحجر عليه لجنون أو لسفه أو بوفاته. والثانية هي اكتمال أهلية الخصم الأصيل. فإذا بلغ القاصر من الخصوم سن الرشد زالت صفة وليه أو وصيه في تمثيله وانقطعت الخصومة بقوة

(1) إبراهيم الشريعي، القضاء المدني، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها.

(2) حيث ذكر نص المادة (84) مرافعات عراقي بأنه ينقطع السير في الدعوي بحكم القانون ب وفاة أحد الخصوم أو يفقده أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه إلا إذا كانت الدعوي قد تهيأت للحكم في موضوعها؛ (طعن رقم 1605 لسنة 2008، جلسة 2008/7/8، محكمة التمييز الاتحادية، متوافر علي الرابط: <https://www.hjc.iq/qview.839>)

(3) خلودة بنت محمد بن خميس البلوشية، انقطاع الخصومة، انقطاع الخصومة في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2021، ص 182؛ انظر في نفس المعني: د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 847.

(4) طعن 1692 لسنة 53ق، جلسة 1983/3/30، مكتب فني س 33، ص 347 (مشار إليه لدي: خلودة البلوشية، انقطاع الخصومة، مرجع سابق، ص 193.

القانون (1).

بالنسبة للحالة الأولى من حالات زوال صفة النائب فيجب أن يحتفظ بصفته الإجرائية ابتداءً من رفع الدعوي إلي صدور حكم نهائي ويات في موضوعها، ويترتب علي زوال صفته الإجرائية بالعزل أو الحجر أثناء سير الخصومة انقطاع سير الخصومة بقوة القانون كنتيجة حتمية بغير حاجة لصدور حكم به ودون توقف علي علم الخصم الآخر بوقوع سبب الانقطاع وذلك طبقاً لنصوص المواد (130، 131، 132) مرافعات(2)، ويتفق هذا مع معظم أحكام محكمة النقض(3).

إلا أنه في حالة الوكالة بالخصومة إذا زالت صفة من يمثل الموكل، فلا يؤدي إلي الحكم بالانقطاع، وإن كانت الوكالة وجوبية وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للموكل لتوكيل محامٍ جديد أو مباشرة إجراءات الدعوي بنفسه، وهو ما قضي به القانون المصري والعراقي والقوانين المقارنة؛ إلا أن المشرع الفرنسي اعتبر هذه الحالة سبباً من أسباب انقطاع الخصومة(4)؛ والحكمة في ذلك ترجع إلي رغبة المشرع في قمع مشاكسة الخصوم، لأن انقطاع الخصومة في هذه الحالة يُمكن الخصوم من قطع سير الإجراءات بإرادتهم وذلك عن طريق عزل الوكيل، خاصة وأن الانقطاع يتم بقوة القانون بمجرد قيام سببه(5).

وأما عن الحالة الثانية من حالات زوال صفة النائب ببلوغ القاصر سن الرشد أثناء سير الدعوي نجد أن المشرع أعطي الحق للولي أو للوصي علي القاصر أن يحل محله في مباشرة إجراءات الدعوي نيابة عنه، ببلوغه سن الرشد في حالة رضائه وهو ما قضت به محكمة النقض في جميع أحكامها حيث قضت: بأنه إذا بلغ القاصر سن الرشد

(1) د. عيد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 846 وما بعدها؛ انظر في ذلك: محمود التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوي القضائية، مرجع سابق، ص 86؛ مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص 266.

(2) حيث تنص المادة(130) مرافعات " زوال صفة الوكيل بالوفاة أو التنحية أو العزل لا يؤدي إلي انقطاع الخصومة، يجوز للمحكمة أن تمنح أجلاً طالما الخصم الذي توفي وكيله أو عزل أو انقضت وكالته إذا كان الأصيل قد بادر بتعيين وكيلاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من انقضاء الوكالة الأولى".

(3) طعن رقم 5203 لسنة 66ق، جلسة 19 يونية 2021، الدوائر المدنية، متوافر علي الرابط: [/https://egyils.com](https://egyils.com)

(4) خلودة بنت محمد بن خميس البلوشية، انقطاع الخصومة في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 178.

(5) حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص 39؛ انظر في ذات المعني: خلودة البلوشية، انقطاع الخصومة، مرجع سابق، ص 179.

ومع ذلك استمر ولية في الحضور نيابة عنه وبرضائه فإن الخصومة لا تنقطع في هذه الحالة وإنما تتحول النيابة القانونية إلى نيابة اتفاقية<sup>(1)</sup>.

ولكن إذا زالت صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن الخصم، ببلوغ القاصر سن الرشد في أثناء سير الدعوي<sup>(2)</sup>، وأراد متابعة سير المحاكمة بنفسه فتزول هذه السلطة التي أعطاها المشرع للولي أو الوصي للمباشرة إجراءات الدعوي ويتابع الراشد سير المحاكمة باسمه الشخصي، لكن يلاحظ أن لفاقد الأهلية أن يباشر بنفسه الدعوي المتعلقة بعدم أهليته وأن لا سلطة ولا صفة لنائبه في رفع هذه الدعوي<sup>(3)</sup>، وهذا الزوال يؤدي إلى انقطاع الخصومة بقوة القانون حتي تجعل في مواجهة الخصم الأصيل أو ممثلة القانوني الجديد، ويستوي في ذلك أن تزول صفة للنائب القانوني أو الاتفاقي للمدعي أو المدعي عليه<sup>(4)</sup>.

وإن كان هذا هو الوضع بالنسبة للقاصر الذي بلغ سن الرشد إلا أن الأمر يختلف في حالة ما إذا رفع الصغير غير المميز -أي دون سن الثلاث عشر سنة- دعوي كان مصير تلك الدعوي هو بطلان إجراءات المطالبة القضائية، فإذا رفع الولي أو الوصي الدعوي نيابة عن الصغير غير المميز، هنا يتحقق القاضي أولاً من الصفة الإجرائية في الولي أو الوصي، فإن تحققت انصرف إلى تفحص الصفة العادية لدي الصغير غير المميز<sup>(5)</sup>.

(1) طعن رقم 525 لسنة 46 ق ، جلسة 1981/12/23، مجموعة الخمسين عام، مشار إليه لدي: د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 846.

(2) طعن مدني 1873، س57ق، جلسة 1999/7/20، مشار إليه لدي: د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص620.

(3) مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص166 و 268؛ د. إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، ج1، م1، مرجع سابق، ص160.

(4) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، ط1، ص82؛ ويقصد بالنائب هنا: كل من يمارس نيابته عن الخصم بحكم القانون، مثل الولي بالنسبة للقصر، وقد يكون بتعيين من القاضي كالوصي بالنسبة للقاصر، والقيم للمحجور عليه، وأمين التفليسة بالنسبة لأموال التفليسة (راجع في ذلك: د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص657؛ د. نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص354).

(5) وفي هذا المعنى نصت المادة 92 من قانون الأسرة أنه لا يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للقاصر إذا لم تكن له أم تتولي أمره أو تثبت عدم أهليتها لذلك، وفي حال تعدد الأوصياء، للقاضي اختيار الأصلح منهم وتنتهي مهمة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته، وبلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، وبانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، كما تنتهي مهمة الوصي بقبول عذره في التخلي عن مهمته، أو بعجزه، بناءً علي طلب من له

وقد اعتبر قضاء محكمة النقض المصرية أن سبب الانقطاع ليس هو البلوغ في حد ذاته للقاصر وإنما سبب الانقطاع هو الأثر المترتب علي البلوغ الذي هو زوال صفة من كان يباشر الدعوي حيث قضت "أن المادة ١٣٠/١ من قانون المرافعات تنص على أنه "ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أبو يفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين...، ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أو فقده أهلية الخصومة يترتب عليه بذاته انقطاع سير الخصومة أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدي بذاته إلى انقطاع سير الخصومة إنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن القاصر (1).

وقد اتفق قانون المحاكمات المدنية الأردني الجديد مع مسلك القضاء المصري حيث نص في المادة (65) قبول الدعوي المرفوعة من غير ذي صفة إذا أصبح الشخص ذو الصفة خصماً فيها قبل صدور الحكم بشأنها، فمجرد تحقق الواقعة التي يحدث نتيجة لها الانقطاع، كواقعة بلوغ القاصر سن الرشد أو دعوة الغائب مثلاً، لا يؤدي إلى انقطاع الخصومة وإنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب علي البلوغ أو العودة من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر أو الغائب، ولذلك فإن بلوغ القاصر سن الرشد أو عودة الغائب أثناء سير الخصومة لا يؤدي إلى انقطاع الخصومة إذا ظل الوصي أو الوكيل يباشر الإجراءات بقبول ورضاء القاصر أو الغائب إذ يستفاد من ذلك أن النيابة القانونية تحولت إلى نيابة اتفاقية ولذا ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية لأن الصفة الإجرائية ما زالت قائمة للوصي أو الوكيل وإن تغيرت طبيعتها ويتم هذا التغير في صورة عقد قضائي ضمني يفترض بمقتضاه أن سكوت القاصر أو الغائب هو قبول لحضور الوصي أو الوكيل في الخصومة وتمثيلها تمثيلاً صحيحاً (2)؛ هذا من جانب.

**ومن جانب آخر فإن موقف المشرع الفلسطيني جاء مغايراً لما سبق؛ حيث يري أن بلوغ القاصر يقطع سير الدعوي المدنية، وعليه أن يوالي دعواه بنفسه وأن يقوم بتوكيل**

---

مصلحة إذا أثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر، وذلك طبقاً لنص المادة 96 من قانون الأسرة.

(1) طعن رقم 150، لسنة 81ق، دوائر الإيجارات، جلسة 2018/6/25، متوافر علي الرابط: <https://webcache.googleusercontent.com>؛ طعن رقم 10069 لسنة 76ق، جلسة 2015/2/21، دوائر مدنية؛ طعن رقم 11176، لسنة 75ق، جلسة 2014/11/26، الدوائر المدنية، موقع محكمة النقض المصرية.

(2) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، ط1، ص82،

محام له إذا كانت الدعوي أمام محكمة البداية والاستئناف، أما إذا كانت الدعوي أمام محكمة الصلح فإن تمثيل الوصي للقاصر بعد بلوغه بموافقتة جائز باعتبارها وكالة اتفاقية لكون القانون لا يشترط تمثيل الخصوم أمام محكمة الصلح بواسطة محام (1).

وإن كان هذا هو موقف الفقه لديهم إلا أن الأمر اختلف لدي القضاء حيث سار علي نهج المشرع الأردني والقضاء المصري في بعض أحكامه حيث قضت محكمة النقض: " وقد يحصل اتصال الخصومة نتيجة استمرار صفة الممثل السابق للأصول تحت وصف جديد خلاف الوصف الذي كان له وزال عنه كأن يبلغ القاصر سن الرشد فتقطع الخصومة بزوال صفة الوصي عنه ثم يستمر هذا الوصي في الحضور في الدعوي بموافقة الأصيل ورضائه فتصبح صفته الجديدة هي صفة النائب الاتفاقي "وكيل" بعد أن كان نائباً "قانونياً" "وصي" إذ أن هذا التعديل في الصفة مباشرة قد يتم قبل أن تنقطع الخصومة، بأن تتغير صفة ممثل الأصيل من وصي مثلاً إلي وكيل اتفاقي وعلي الفور فعندئذ لا ينقطع سير الخصومة في الدعوي، لأنها تنقطع بزوال صفة النائب في تمثيل الأصيل وهي في هذه الحالة لم تزل وإنما تغيرت فقط فبعد أن كانت النيابة قانونية أصبحت نيابة اتفاقية، ولعل الاستئناس بما أوردته أعلاه ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية رقم 410 بتاريخ 1985/4/28 حيث جاء فيه " بلوغ القاصر سن الرشد أثناء سير الدعوي لا يؤدي إلي انقطاعها، إذ أن استمرار والده في تمثيله يعتبر تمثيلاً صحيحاً باعتبار أن نيابته عنه أصبحت اتفاقية بعد أن كانت قانونية (2).

3- زوال الأهلية الإجرائية لأحد الخصوم؛ تنقطع الخصومة إذا أضحى أحد الخصوم أثناء سير الدعوي غير أهل للتقاضي في النزاع المطروح؛ كإيقاع الحجر عليه، أو إشهار افلاسه، أو فرض قوامة علي أمواله، أو صدر حكم ضده بعقوبة جنائية، أو طرأ عليه عارض من عوارض الخصومة أدي إلي فقدانه الأهلية، يترتب علي ذلك بالنسبة للأخيرة الحكم بانقطاع سير الخصومة إلي حين تبليغ من يقوم مقام الخصم الذي فقد أهليته (3).

ويختلف الأمر لممثل الشخص المعنوي إذا فقد أهليته واعتراه عارض من عوارض الأهلية؛ لا يترتب علي ذلك انقطاع السير في الدعوي، وتغيير ممثل الشخص المعنوي

(1) سائد وحيد كامل حمد الله، انقطاع سير الدعوي المدنية في ظل القانون الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، نابلس، فلسطين، 2009، ص2.

(2) طعن رقم 758 لسنة 2016، جلسة 10 يونيو 2016 طعون حقوقية، متوافر علي الرابط:

[/https://webcache.googleusercontent.com](https://webcache.googleusercontent.com)

(3) خلودة البلوشية، انقطاع الخصومة، مرجع سابق، ص200.

لا يؤدي إلي الحكم بالانقطاع، فهو مجرد عضو للشخص الطبيعي؛ فأهلية الأداء بمقتضي أحكام القانون تثبت للشخص المعنوي وليس للشخص الطبيعي الذي يمثله، ولذا، فإن زوال أهلية مدير الشركة أو رئيس الجمعية بسبب عارض من عوارض الأهلية لا يؤدي إلي الحكم بالانقطاع، ويكون وجود الممثل القانوني للشخص الاعتباري مرده إلي أن الشخص المعنوي ليس له من الناحية الفعلية أن يتمتع بأهليته إلا بواسطة شخص طبيعي ينوب عنه ويمثله أمام القضاء<sup>(1)</sup>.

### أثر توافر حالة من حالات الانقطاع

ويترتب علي ذلك الانقطاع وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحدث أثناء الانقطاع، وتظل الخصومة مقطوعة حتي تُعجل من الورثة أو في مواجهتهم، ولا ينفى هذا وجود الخصومة، وإنما يكون باطلاً أي إجراء أو حكم يتخذ فيها أثناء الانقطاع<sup>(2)</sup>، ولا يحول بطلان الحكم دون حجبة الأمر المقضي حتي يتم إلغاؤه بطريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، ومع ذلك فإن بعض أحكام القضاء في مصر لا تفرق بين وفاة الخصم قبل رفع الدعوي ووفاته بعدها، وتري أنها في جميع الأحوال لا تؤدي إلي انعدام الخصومة أو انعدام الحكم الصادر فيها، بالحكم الصادر فيها، ولا يترتب علي إعلان الورثة في هذه الحالة سوي البطلان<sup>(3)</sup>.

### شروط انطباق أثر الانقطاع

وإذا كان المشرع قد صرح بأن الخصومة تنقطع عند حدوث أي من الحالات الثلاث المشار إليهم سابقاً، فإن المشرع قد اشترط أن يكون هذا الحدث قد تحقق بالفعل، أثناء سير الخصومة وليس قبل أن تبدأ، فيجب أن تزول صفة النائب القانوني بعد السير في الخصومة، فإذا ما حدث هذا التغيير انقطع السير في الخصومة، كأثر حتمي بحكم القانون، دون حاجة لصدور حكم بذلك من المحكمة، وإن كان العمل يجري بأن يصدر حكم تقريري بإيقاف السير في الخصومة، دون أن يكون للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالانقطاع متي قام سببه<sup>(4)</sup>؛ وأن يكون هذا الحدث قد تحقق قبا أن تكون الدعوي مهياً للحكم فيها، فإذا حدث سبب الانقطاع بعد هذا التاريخ، فلا يكون له أي أثر

(1) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ص 490.

(2) انظر في ذلك: د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 846.

(3) طعن رقم 22، لسنة 36، جلسة 1970/4/9، مكتب فني، السنة 21، ص 587؛ مشار إليه لدي:

إبراهيم الشريعي، القضاء المدني، مرجع سابق، ص 131.

(4) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 433؛ انظر في ذلك: د. عيد القصاص،

الوسيط، ص 487.

وتصدر المحكمة حكمها في الدعوي التي تهيأت للحكم<sup>(1)</sup>.

وينبغي الإشارة إلي وجوب التمييز بين صفة الممثل في التقاضي، والصفة في الدعوي من حيث الأثر، أي كشرط من شروط قبول الدعوي، إذ لا يؤدي زوال الصفة في الدعوي إلي انقطاع الخصومة، وإنما إلي الحكم بعدم قبول الدعوي، أو التأجيل لإعلان ذي الصفة؛ وإذا كان أحد أطراف الخصومة شخص اعتباري، فإن تغيير ممثل هذا الشخص في الخصومة لا يؤدي إلي انقطاعها، لأنه ليس نائباً عنه بل هو عضو فيه، والنعي قاصر علي قطع الخصومة في حال زوال صفة النائب فقط، ومن المنطقي أن تنتقطع الخصومة بزوال صفة النائب أياً كان مصدر نيابته، ولكن قدر المشرع أنه في حالة الوكالة لا يجوز أن يكون زوال صفة الوكيل مؤدياً إلي انقطاع الخصومة، لأن الوكالة صفة إرادية تزول بالإرادة وتقوم بالإرادة، ولأنه لو أقر بزوال الخصومة في حالة الوكالة لأدي ذلك إلي تعطيل الفصل في المنازعات، وفتح باب الكيد بين الخصوم بقيام الخصم بعزل وكيله بهدف قطع الخصومة<sup>(2)</sup>، وعلي نفس النهج سار المشرع الفلسطيني<sup>(3)</sup> أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أضاف حالة وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي محام أحد الخصوم أنه في هذه الحالة تنتقطع الخصومة هذا إذا كان التمثيل وجوبياً، أما إذا كان التمثيل جوازيماً فلا تنتقطع الخصومة؛ واعتبر انقطاع الخصومة في هذه الحالة سلاح إجرائي فعال وضع لخدمة حقوق الدفاع في الحالات التي حصرتها المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص المادة (210) من قانون المرافعات الإجرائية والإدارية<sup>(4)</sup>.

(1) د. عبد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 487.

(2) د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، مرجع سابق، ص 82.

(3) وذلك في نص المادة 1/128 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، حيث ذكر أن وفاة الوكيل بالخصومة أو تنحيه أو عزله لا يقطع سير الدعوي علي أن يبلغ الموكل في حالتي الوفاة والتنحي، كما تنص بذلك الفقرة الثالثة من القانون سالف الذكر، ولأن المحامي أحياناً يطلب انسحابه من الدعوي بدون علم الموكل فقد أوجب عليه القانون تبليغ الموكل قبل الانسحاب، وهذا ما تنص عليه المادة 24 من قانون رقم 3 لسنة 1999 بشأن مهنة المحاماة، غير أن عدم تبليغ الموكل لا يترتب عليه انقطاع سير الدعوي، وإنما تقف حكماً حتي يتم التبليغ ( أنظر في ذلك: سائد وحيد كامل حمد الله، انقطاع سير الدعوي المدنية في ظل القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها).

(4) عبد المالك يحيوي، عمرو خليل، عوارض الخصومة في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والراسات، مجلد6، عدد2، 2021، ص440؛ وقضت في ذلك المحكمة العليا "أن قضاة الموضوع قضوا بانقضاء الخصومة لوفاة المدعية مع أن الوفاة لا يترتب عنها انقضاء الخصومة بل تؤدي إلي مجرد انقطاعها إذا كانت الدعوى قابلة للانتقال إلي الخلف العام علماً بأن دعوى الحيازة قابلة للانتقال كما أن الخصومة ووفقاً للمادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تنتقطع

بقي أن نفرق بين انقطاع الخصومة وبين انعدام المطالبة بالإجراءات، وذلك أن الانقطاع لا يرد إلا على خصومة منعقدة بالفعل، وليس إلى انقطاع الخصومة، والضابط في ذلك أن ترفع الدعوى على خصم موجود وبإجراء صحيح، وينبغي للانقطاع أن يكون المتوفي هو الخصم نفسه، ويقاس على حالة الوفاة زوال الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، فيؤدي انقضاء الشخص الاعتباري إلى انقطاع سير الخصومة باعتباره مشابهاً لوفاة الشخص الطبيعي، لأن انقضاء الشخص الاعتباري يعني انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز قانوني وله حقوق وعليه التزامات؛ ولكن يشترط لانقطاع الخصومة التي طرحها شخص اعتباري أن يكون هذا الشخص قد انقضى بالفعل، أي أنه لم يعد له وجود قانوني<sup>(1)</sup>؛ ويضرب فقهاء القانون مثلاً لذلك كما في حالة اندماج شركة مع شركة أخرى<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### بطلان الإجراءات (3) كأثر لانتهاء الصفة الإجرائية

أشرنا أثناء دراستنا لهذا البحث أن الآثار المترتبة على زوال الصفة في الدعوى تختلف عن الآثار المترتبة على زوال الصفة في التقاضي وتم التفرقة بينهم من حيث الأثر

إذا كانت الدعوى مهياً للفصل فيها" (طعن رقم 1010369، جلسة 2017/1/12، متوافر على الرابط: [/https://webcache.googleusercontent.com](https://webcache.googleusercontent.com))

(1) د. محمود التحوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية، مرجع سابق، ص 214-217.  
(2) ففي مثل هذه الحالة تمنح شخصية الشركة المندمجة، وتُعد الشركة الدامجة التي تختصم، وتُمثل خصومة قائمة بصدد حقوق والتزامات الشركة المندمجة، بينما إذا انتقلت ملكية الشخص الاعتباري، ولكنه ظل محتفظاً بشخصيته المعنوية واستمر يباشر نشاطه كما كان قبل التغيير فإن الخصومة لا تنقطع، كذلك لا تنقطع إذا تغيرت شخصية ممثل الشركة، ولذلك فإن وضع شركة تحت التصفية لا يعتبر سبباً من أسباب الانقطاع، لأن ذلك لا يترتب عليه سوس تغيير شخصية الممثل لها في الخصومة ولا أثر لهذا التغيير في سير إجراءات الخصومة لأن الممثل ليس خصماً فيها وإنما الخصم في الخصومة هو الشخص الاعتباري نفسه؛ انظر في ذلك: د. أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص 82.

(3) البطلان هنا وصف يلحق بالعمل القانوني نفسه نتيجة لمخالفته لنموذج قانوني معين مما يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتبها عليه هذا القانون لو كان صحيحاً، (انظر في ذلك: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات "دراسة تأصيلية للأعمال الإجرائية في قانون المرافعات، وأسباب بطلانها الشكلية والموضوعية، وأنواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيه وأثاره"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959، ص 7؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 443؛ وفي نفس المعنى أنظر: د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 658؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل العراق، 2013، ص 338؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار نشر، دون تاريخ نشر، ص 450، د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 972.

فذكرنا أن زوال الصفة في الدعوي - الخصومة - أثناء نظرها يؤدي إلى الحكم عدم قبولها ، في حين يؤدي زوال الصفة في التقاضي أثناء نظر الدعوي قطع السير في الدعوي، غير اظنه وإن كان انتفاء الصفة في الدعوي يترتب عليه الحكم بعدم قبول الدعوي، إلا أن انتفاء الصفة في التقاضي يترتب عليه الحكم بالبطلان.

فكما حدد المشرع مقتضيات العمل الإجرائي وشروط صحته، حدد أيضا الأثر الإجرائي لتوقيعه عند مخالفة تلك المقتضيات أو تلك الشروط ويتمثل هذا الأثر الإجرائي في بطلان العمل ويقع هذا البطلان بقوة القانون باعتباره جزءا قانوني بالنظر لما يولده من آثار وهي عدم قدرة العمل الإجرائي المعيب علي توليد آثار كان يجب توليدها لو كان صحيحاً<sup>(1)</sup>، ولكي يمكن تطبيق ذلك البطلان، لابد وأن تتوافر حالة من حالات البطلان، وأن يُثبت أيضا المتمسك بالبطلان عدم تحقق الغاية من الشكل المعيب<sup>(2)</sup>، فإذا تحققت الغاية من الإجراء الباطل لا يُعد باطلاً، إذا توافرت في العمل الإجرائي شروطه الشكلية والموضوعية، وهذه الشروط وضعها المشرع من أجل تنظيم الإجراءات أمام القضاء، وحتى تسير العدالة في سبيلها وتطبق علي الجميع علي قدم المساواة<sup>(3)</sup>.

صفوة القول أن الأثر المترتب علي تخلف الصفة الإجرائية التي أوجبها القانون هو البطلان، وذلك لانعدام نيابة صاحب الصفة الإجرائية عن المدعي صاحب المصلحة أو المدعي عليه صاحب الصفة في الحق الموضوعي محل الدعوي<sup>(4)</sup>، وإن كان هذا هو موقف المشرع إلا أن القضاء في بعض أحكامه أتخذ اتجاه مغايراً له<sup>(5)</sup>.

(1) أنظر في ذلك" د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص194، بند 135؛ د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 658.

(2) د. محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، عام 1992، ص290.

(3) انظر في ذلك: مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص؛ انظر أيضاً: د. احمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 458 وما بعدها.

(4) د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، مرجع سابق، ص364؛ حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص38.

(5) حيث قضت محكمة النقض " أنه لما كان الدفع بعدم قبول الدعوى في مفهوم نص المادة ١١٥ من قانون المرافعات والذي تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها على موضوع الدعوى هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لرفع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتبار أن الفصل في ذلك الدفع يقتضي اتصالاً بموضوع الدعوى متمثلاً في عنصر أو أكثر من عناصرها الثلاثة وهي الخصوم والمحل والسبب ، ومن ثم فإن الدفع المقصود بالمادة ١١٥ سالف الذكر لا يختلط بالدفع بعدم القبول الإجرائي المتعلق بإجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها والذي يعد دفعا شكلياً لا تسري

والحاقاً لما سبق سوف نتناول بالتفصيل في هذا المبحث دراسة حالات البطلان المترتبة علي انتفاء الصفة الإجرائية، يليها القواعد المتعلقة بالدفع بالبطلان المترتب علي انتفاء الصفة الإجرائية وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول:** حالات البطلان المترتبة علي انتفاء الصفة الإجرائية.

**الفرع الثاني:** القواعد المتعلقة بالدفع ببطلان الإجراء المترتب علي انتفاء الصفة الإجرائية.

## الفرع الأول

### حالات البطلان المترتبة علي انتفاء الصفة الإجرائية

من المعروف ان العمل الإجرائي شأنه شأن أي عمل قانوني – يكون جزء من الخصومة ويترتب عليه أثراً إجرائياً مباشراً<sup>(1)</sup>، والقانون يفترض لوجود العمل الإجرائي مقتضيات معينة منها ما يعد مقتضيات موضوعية ومقتضيات أخرى شكلية<sup>(2)</sup>، وليس صحيحاً القول أن ليس الشرط الوحيد لصحة العمل الإجرائي هو الشكل وانما لا بد أن يصدر هذا العمل عن أشخاص لهم صلاحية القيام به بمعنى أن يكون العمل صادراً عن خصم تتوافر فيه أهلية اتخاذ الإجراء، وهي الأهلية الإجرائية، وينبغي ايضاً أن يكون العمل من الأعمال التي يمكن للخصوم اتخاذها بأنفسهم دون الاستعانة بمحام، اما إذا كان الإجراء الذي لا يقوم به شخص لا يعتبر خصماً، وبالتالي يجب أن تتوافر فيه الصفة في اتخاذه، أي يكون ممثلاً للخصم الذي يتخذ الإجراء باسمه تمثيلاً صحيحاً<sup>(3)</sup>، واذا لم يتوافر أي شرط من الشروط الموضوعية اللازمة في العمل الإجرائي لصحته كان محلاً للبطلان، غير أن هذا البطلان يختلف في أحكامه عن البطلان الناشئ عن مخالفة شرط من الشروط الشكلية المبينة من قبل<sup>(4)</sup>.

ومن المتفق عليه من قبل المشرع المصري أن تنظيم حالات البطلان إنما يتعلق

---

عليه أحكام الدفع بعدم القبول الموضوعي السالف البيان، ولا تستند به محكمة الدرجة الأولى ولايته (طعن رقم 3936 لسنة 82، جلسة 2021\1\18، موقع محكمة النقض الإلكترونية).

(1) د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 387، د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 153، بند 110؛ وقد عرفته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي بأنه (يقصد بالإجراء العمل القانوني الذي يكون جزءاً من الخصومة وتترتب عليه آثار إجرائية) ويرى الدكتور/ وجدى راغب بأنه يستلزم أن يباشر العمل الإجرائي بمسك إيجابي لمن يقوم به.

(2) د فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، 1999، مرجع سابق، ص 399. بند 246.

(3) د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 387، بند 207.

(4) د. عبد الحكيم عباس قرني سابق، ص 356، بند 286.

بالبطلان لعيب شكلي، وبالتالي لا يجوز تطبيق هذا التنظيم على انتفاء المقتضيات الموضوعية بطريق القياس<sup>(1)</sup>، إلا أن البعض أشار إلي أن انعدام السلطة لدي من يحضر أمام القضاء كممثل لشخص طبيعي فاقد الأهلية الإجرائية أو لشخص معنوي، متي انتفت سلطة تمثيله وفقاً لنصوص القانون أو حكم القضاء بالنسبة إلي فاقد الأهلية أو ناقصي الأهلية، أو وفقاً لأحكام القانون أو النظام التأسيسي بالنسبة للأشخاص المعنويين، يعتبر عيباً موضوعياً يفضي إلي البطلان، ويطبق ذات الحكم أيضاً في حالة انتفاء أهلية أو سلطة الشخص الذي يمثل أحد الخصوم أمام القضاء؛ ذلك أن القانون عندما يفرض تمثيل الخصوم أمام المحاكم بواسطة المحامين أو وكلاء الدعوي يشترط أن يكون هذا التمثيل صحيحاً أي حاصلاً بمقتضي توكيل متفق مع أحكامه، فإذا حصل إخلال في التوكيل أدى إلي عدم صحة التمثيل أي فقدان الوكيل سلطة تمثيل الخصم الموكل، نشأ عن ذلك عيب موضوعي يؤدي إلي بطلان الإجراءات الحاصلة من قبل الوكيل أو في مواجهته<sup>(2)</sup>، والحقاً لما سبق سوف نعالج فيما يلي أسباب البطلان لعيب موضوعي على النحو التالي:

- تخلف أهلية الحضور أمام المحكمة (أهلية الاختصام).

- تخلف الأهلية لدى الممثل لأحد أطراف الدعوي.

- تخلف الأهلية لدى شخص يقوم بتمثيل شخص في الخصومة ويجدر بنا استعراض تلك الحالات كل على حده:

### أولاً: تخلف أهلية الحضور أمام المحكمة (انتفاء أهلية الاختصام)

القاعدة العامة أن لكل شخص أهل للاختصام، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً<sup>(3)</sup>، وأهلية الاختصام تلك تدور مع الشخصية القانونية وجوداً أو عدماً، فهي توجد بوجود الشخص منذ ولادته أو الاعتراف بوجوده وتزول بزواله بوفاته أو انقضاء الشخص الاعتباري<sup>(4)</sup>؛ لكن متي انتفت الشخصية القانونية، فإن أهلية الاختصام تنتفي بدورها، وبالتالي يكون مصير إجراءات الخصومة البطلان لوجود عيب موضوعي، فإذا رفعت الدعوى نيابة عن شخص توفي قبل رفع الدعوي أو رفعت ضد هذا

(1) د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، 1999، ص400، بند 246.

(2) إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، الدفوع، ج3، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1985، ص179 وما بعدها؛ انظر في نفس المعني: استئناف بيروت، غرفة رقم 5، قرار 125، جلسة 1994/2/7، النشرة ال قضائية 1994، عدد7، ص637.

(3) انظر في ذلك: د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، مرجع سابق، ص364-د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص533.

(4) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص225، بند 152.

الشخص، فإن الخصومة لا تبدأ، وتكون المخالفة هنا مخالفة موضوعية ويكون جزاؤها هو البطلان الموضوعي، ويكون رفع الدعوى باطلاً لكون الخصومة لا تتعقد إلا بين الأحياء<sup>(1)</sup>، ويتفق المشرع اللبناني مع ما ذهب إليه المشرع المصري في هذا الشأن وكذلك قضاء محكمة التمييز اللبنانية التي اعتبرت أن الخصومة لا تتعقد إلا بين الأحياء<sup>(2)</sup>، وإذا صدر حكم فيها رغم ذلك يكون هذا الحكم منعدم، وبالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يؤدي فوات مواعيد الطعن فيه إلى تحصينه وتصحيحه<sup>(3)</sup>، ويمكننا أيضاً رفع دعوى أصلية ببطلانه<sup>(4)</sup>.

ويختلف الأمر في حالة إذا حدث وتوفي أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى، فإن هذا يؤدي إلى انقطاع الخصومة بقوة القانون<sup>(5)</sup>، حتى تُعجل من الورثة أو في مواجهتهم، وهذا لا ينفى وجود الخصومة، لكن يكون باطلاً أي إجراء يتخذ أثناء فترة الانقطاع<sup>(6)</sup>، وعدم توافر أهلية الاختصاص يتعلق بعدم توافر الشخصية القانونية لدى إحدى المجموعات بالنسبة للشخص الاعتباري. ومثال ذلك شركات المحاصة فهي ليس لها شخصية قانونية، ولا أهلية الحضور للمحكمة للمرافعة، ومن حيث المبدأ فإن للمجموعات غير المتمتعة بالشخصية القانونية لا يجوز أن يعترف لها بالحق في التقاضي. ومع ذلك فقد نجد أن القانون أعطي الحق لبعض المجموعات المتمتع بأهلية الاختصاص دون أن تثبت لها الشخصية القانونية<sup>(7)</sup>.

- 
- (1) د. فتحي والي، الوسيط مرجع سابق، 1999، ص301، بند 198.
- (2) فقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية أنه لا انعقاد للخصومة إلا بين الأحياء الأمر الذي يجعل الادعاء غير قائم قانوناً بسبب العيب الموضوعي الذي اعتراه والمتمثل بفقدان المدعي عليه أهليته للتقاضي قبل إقامة الدعوى بسبب الوفاة وحيث أن انتفاء الأهلية للتقاضي بسبب الوفاة يشكل عملاً بالفقرة الأولى من المادة 60 أ.م.م عيباً موضوعياً يؤدي إلى بطلان الإجراء القضائي منذ انعقاده، وهذا البطلان لا يمكن تصحيح العيب الذي يعتريه، عملاً بالقواعد التي ترعي المخاصمة أمام القضاء ومنها ضرورة توجيه الخصومة ضد شخص طبيعي غير متوف وأهليته للتقاضي غير منتفية. وحيث أن البطلان الناتج عن انتفاء الأهلية للتقاضي يختلف عن بطلان الإجراءات لعيب في الشكل المنصوص عنه في المادة 58 أ.م.م والذي لا يؤدي إلى البطلان إلا متى توفرت الشروط التي نصت عليها المادة (59) أ.م.م (تمييز مدني، غرفة رقم 1، قرار رقم 97، جلسة 1999/11/12، صادر في التمييز في القرارات المدنية 1999، ص205، فقرة 1.
- (3) د. وحدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص534.
- (4) د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص628، بند 351.
- (5) أنظر بالفصيل في الفرع الأول؛ المادة (130) من قانون المرافعات المصري، ويقابلها المادة (370) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.
- (6) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، من 225، بند 152.
- (7) مثال ذلك ما تنص عليه المادة (869/2) مدني بالنسبة لاتحاد ملاك الطبقات بان " ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر وما تتصل عليه المادة (885/1) مدني بالنسبة للتركة التي عين لها مصف بانه على المصفي في أثناء التصفية ان يتخذ ما تطلبه أموال

---

التركة من الوسائل التحفظية وان يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة و عليه أيضا أن ينوب عن الحركة في الدعاوى وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت " ؛ وما تنص عليه المادة 573 تجاري على أن " يقوم امين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تفتضيها هذه الإدارة".

## ثانياً: تخلف الأهلية لدي ممثل الشخص الطبيعي أو الاعتباري

كما ذكرنا سابقاً أن فاقد اهلية التقاضي يباشر إجراءات التقاضي عن طريق من يمثله بحكم القانون وذلك كالولي، أو بحكم القضاء كالوصي أو القيم، أي أنه إذا اتخذ الإجراء من غير الممثل الإجرائي أو في مواجهة غيره كان الإجراء باطلاً، وهو يخضع لذات نظام البطلان الذي يترتب علي انتفاء أهلية التقاضي لأن القانون ينظم الصفة في التقاضي كوسيلة بديلة لأهلية التقاضي، ويسري الوضع علي ممثل الشخص الاعتباري إذا تخلفت لديه أهلية مباشرة الإجراءات ولذا يترتب علي تخلف أهلية التقاضي لممثل الشخص الطبيعي أو الاعتباري البطلان.

### أ- عدم توافر الأهلية لدي ممثل الشخص الطبيعي

نص المشرع الفرنسي في المادة (117) مرافعات على أن عدم توافر سلطة التقاضي لممثل الشخص الطبيعي ليس لديه أهلية أداء وذلك بالبطلان، فيتقاضى فاقد أهلية التقاضي وذلك عن طريق من يمثله أي النائب عنه بحكم القانون كالولي أو بحكم القضاء كالوصي أو القيم<sup>(1)</sup> أي أنه إذا اتخذ الإجراء من غير الممثل الإجرائي أو في مواجهة غيره، كان هذا الإجراء اجراء باطلاً<sup>(2)</sup>، ويخضع لذات نظام البطلان الذي يترتب علي انتفاء أهلية التقاضي لأن ذلك القانون هو الذي ينظم الصفة في التقاضي وذلك علي انه وسيلة بديلة لأهلية التقاضي<sup>(3)</sup>. وبالتالي يترتب على عدم توافر التمثيل القانوني بطلان هذا العمل الإجرائي، فان هذا البطلان لا يتعلق بالشكل ولا يخضع للمادة (20) من قانون المرافعات المصري<sup>(4)</sup>؛ وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: "إقامة الطعن من الولي الطبيعي للمحكوم ضدها حال عدم كونه ممثلاً بهذه الصفة في الدعوي أمام محكمة الموضوع بدرجتها وزوالها ببلوغها أهلية التقاضي وقت صدور الحكم المطعون فيه وحققها في الطعن بالنقض. أثره. بطلان الطعن لرفعه من غير ذي صفة<sup>(5)</sup>."

(1) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط4، مرجع سابق، ص548؛ انظر في نفس

المعني: إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع، مرجع سابق، ص221.

(2) د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص395، بند 213.

(3) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص230، بند155.

(4) د. فتحي والي، الوسيط، 1999، مرجع سابق، ص304، بند 198؛ انظر في نفس المعني: إبراهيم

الشريعي، الصفة في الدفاع، مرجع سابق، ص222.

(5) كذلك قضت بأنه "إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة هي التي أقامت الدعوة المبتدئة وصدر

فيها الحكم ضدها فاستأنفته وصدر الحكم في الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي وقد طعن عليه بطريق

النقض والدها بصفته ولياً طبيعياً عليها، وكان الثابت بوثيقة زواج المدعية" المستأنفة المذكورة"

أنها مواليد 1979، وكان الحكم المطعون فيه صادراً عام 2000 مما يكون معه المستأنفة قد أتمت

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الرأي في المادة (117) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، فهو يعتبر أن انتفاء أهلية التقاضي للخصم هي إحدى حالات بطلان الإجراءات<sup>(1)</sup>، لكن يرى البعض أن بطلان الإجراء الناجم عن انتفاء الأهلية ما هو الا بطلان لانتفاء عنصر موضوعي في الإجراء وليس عنصراً شكلياً، وبالتالي فإنه لا يخضع للمادة (20) من قانون المرافعات المصري، لكن يترتب البطلان بسبب انتفاء الأهلية وذلك بصرف النظر عن الغاية<sup>(2)</sup>.

### ب- عدم توافر الأهلية لدي ممثل الشخص الاعتباري

القاعدة العامة أن الشخص الاعتباري له الحق في التقاضي لكن عن طريق من يمثله وفقاً للقانون أو نظامه الداخلي سواء في ذلك الشخص الاعتباري العام أو الخاص إذ يقتضي طبيعته أن يمثله شخص طبيعي في الإجراءات<sup>(3)</sup>، فإذا صدر إجراء من ممثل الشخص الاعتباري دون أن يتوافر له سلطة اتخاذ هذه الإجراءات فإن هذا الإجراء يشوبه بطلان موضوعي، لكن ينبغي التحقق من نطاق سلطات الممثل وذلك بالرجوع إلى القواعد القانونية المتعلقة بهذا الشخص الاعتباري وليس بالاستناد إلى قواعد التوكيل في شأن إقامة الدعوى المنصوص عليها في المادة (416) مرافعات فرنسي، وعلى ذلك الخلاف السابق فإن القضاء الفرنسي أحياناً يكون أكثر مرونة ويعتبر بمثابة عيب شكلي وبالتالي فالإشارة غير الدقيقة لتكليف سلطات أو ألقاب الممثل إذا تعلق الأمر بغلط مادي بسيط<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: عدم توافر أهلية شخص يتكفل بتمثيل أحد أطراف القضية المنظورة أمام المحكمة

هذه الحالة من حالات البطلان تشير الي وجود عيب موضوعي في الأشخاص الذين يتكفلون بتمثيل أطراف الخصومة أمام المحكمة، وكذلك المساعدين القضائيين وذلك

---

سن خمس عشرة سنة في هذا التاريخ بما يثبت لها أهلية التقاضي وقت صدور الحكم المطعون فيه، وإذ خلت الأوراق مما يفيد أن هذا الطاعن كان ممثلاً في الدعوى الصادر فيها هذا =الحكم أو أنه طعن فيه بصفته نائباً عن المحكوم عليها فيه بأية صورة أخرى، فإن ما باشره من إجراءات رفع الطعن تكون باطلة بما يتعين معه القضاء ببطلان الطعن لرفعه من غير ذي صفة (طعن رقم 402 لسنة 70ق، جلسة 2008، 7، 4، مكتب فني سنة 59- قاعدة 68- ص 337 متوافر علي الرابط:

[/https://lawyeregypt.net](https://lawyeregypt.net)

(1) وقضت محكمة النقض الفرنسية بذلك، مشار إليه لدي: إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع، مرجع سابق، ص 222.

(2) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 544.

(3) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 552.

(4) إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 220 وما بعدها.

فضلاً عن الوكلاء الخصوصيين حينما يكون مسموحاً للخصوم بأن يمثلهم أحد الوكلاء الخصوصيين غير المحامي أو وكيل الدعوى، وتوافر الأهلية لدى هؤلاء الأشخاص المشار إليهم، يقصد بها هو عدم توافر توكيل للتمثيل أو عدم وجود توكيل سواء كان توكيل عام أو توكيل صريح تقتضيه بعض النصوص، كما نجد أن تعيين محام غير مقبول أمام المحكمة التي يترافع أمامها يعد ذلك سبباً للبطلان لعيب موضوعي، كما لا يجوز أيضاً تقديم صحيفة الدعوى أو صحيفة الاستئناف أو طلبات استصدار أوامر الأداء إلى المحاكم الابتدائية إلا إذا كانت موقعة من محام مقبول أمامها، فلا بد من توقيع المحامي عليها لقبولها<sup>(1)</sup>، ولا يجوز أيضاً تقديم صحف الدعاوى أو طلبات استصدار أوامر الأداء إلى المحاكم الجزئية إذا تجاوزت قيمة الدعوى أو الطلب خمسين جنيهاً مصرياً ما لم تكن موقعة من محام<sup>(2)</sup>، كما لا يقبل أي استئناف أمام محاكم الاستئناف العليا إلا إذا كان موقفاً على صحيفة من محام مقبول وذلك للمرافعة أمام محاكم الاستئناف، وبالتالي إذا لم توقع كان باطلاً وليس قابلاً للإبطال<sup>(3)</sup>، كما نجد أن نفس الأمر ينطبق على حالة الوكيل غير المختص الذي يتم تعيينه في مكان آخر مثل محام في دعاوى في إجراءات مرافعات تكون فيها وكالة الأخير وكالة إجبارية أمام المحكمة<sup>(4)</sup> أما حيث لا يكون التمثيل إجبارياً، فالمشكلة الوحيدة متعلقة بتبرير سلطة الوكيل الخاصة<sup>(5)</sup>.

وفي نهاية الأمر قد يثور التساؤل حول الأثر المترتب على تخلف أهلية التقاضي؟

تحديد نوع الجزاء المترتب على تخلف أهلية التقاضي، مسألة تباين فيها رأي الفقه، فلم يتفق الفقه الإجرائي على جزاء واحد، يترتب كأثر لتخلف أهلية التقاضي، وإنما ذهب الاتجاه الراجح في الفقه، أنه يترتب على تخلف أهلية أحد الخصوم بطلان الإجراءات، وأن الوسيلة الفنية للتمسك بعيب تخلف أهلية الخصم أثناء الخصومة هو دفع إجرائي يعطل الإجراءات، لحين اشتراك ممثل الخصم عديم الأهلية في الخصومة، وإذا تم السير في الخصومة، وانتهت بحكم دون القيام بتصحيح هذا العيب يكون باطلاً، ويجوز التمسك بالبطلان بكافة طرق الطعن المقررة، وهو رأي منتقد من قبل البعض، وعلى الجانب الآخر، هناك من الفقه من لم يرتب بطلان الإجراءات،

(1) انظر في ذلك: إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع، مرجع سابق، ص 223.

(2) المادة (58) من قانون المحاماة المصري.

(3) المادتين (37، 58) من قانون المحاماة المصري.

(4) ويكون البطلان متعلقاً بالنظام العام وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويمكن الدفع به لأول

مرة ولو أمام محكمة الاستئناف؛ د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 308، بند 200.

(5) د. شامل سليمان عسلة، الأثر القانوني لانتهاء الصفة المطلق في الدفاع أمام القضاء المدني دراسة

مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والثلاثون، المجلد الأول، 2017م، ص 13.

كأثر ناشئ جزاء تخلف أهلية التقاضي، وإنما رأي هذا الجانب الفقهي، أن الأهلية تعد شرطاً لقبول الدعوي، ويترتب علي تخلفها عدم قبول الدعوي، ويرتكب هذا الجانب الفقهي علي حجة، مفادها أن الأهلية مثل الصفة تتصل المعيبة أهليته، من خلال من يمثله قانوناً؛ لأن الصفة تعد شرطاً من شروط قبول الدعوي(1)، وقد انتقد هذا الجانب من الفقه، الرأي الذي يرتب البطلان كأثر لتخلف أهلية التقاضي، وذلك علي سند من القول، بأن الأهلية شكلية إجرائية، يترتب علي تخلفها بطلان الإجراء، ومن ثم فإن التمسك بها لا تسري في شأنه نظام الدفع الشكلي، وإنما نظام الدفع بعدم القبول، إذ يجوز التمسك بعيب نقص الأهلية، في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ويجوز للمدعي عليه الدفع بعدم قبول الدعوي المرفوعة من القاصر، بينما تؤدي مسايرة منطق الاتجاه الذي يأخذ بجزاء البطلان، إلي جعل هذا الدفع قاصراً علي ناقص الأهلية، الذي تقرر هذا العيب لمصلحته؛ وذلك باعتباره بطلاناً نسبياً(2).

وللترجيح بين هذين الرأيين، نتفق مع القائلين بأن الرأي الأول هو الأولي بالتأييد، إذ لا يتعارض الأخذ به مع ما توجبه النظرية العامة للقانون، التي ترتب البطلان كجزاء لنقص الأهلية، كما أنه ليس صحيحاً محاولة التقريب بين أهلية التقاضي والصفة العادية والقول بأن تخلف الأهلية ينجم عنه تخلف الصفة، يشكل خلط بين الأهلية والصفة، فالصفة المطلوبة في حالة تخلف أهلية التقاضي هي الصفة الإجرائية وليست الصفة الموضوعية.

وتتجلي الأهمية العملية من تحديد نوع الجزاء، المترتب علي تخلف أهلية التقاضي، بالرجوع إلي ما تقتضيه المادة 221 مرافعات، من جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، بسبب بطلان الحكم أو بطلان في الإجراءات اثر في الحكم، وإذا ما تم اعتبار عيب نقص أهلية الخصم، موجبا للبطلان فإن هذا سيؤدي إلي قابلية هذا الحكم للاستئناف، وأما إذا تم اعتبار الجزاء في هذه الحالة هو عدم قبول الدعوي، فإن هذا يجيز لمن صدر ضده الحكم أن يستأنفه (3).

أما حال تخلف الصفة، فلا حق في الدعوي، ويحكم القاضي في هذه الحالة بعدم قبولها،

(1) د. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، بدون دار نشر، طبعة عام 1957، الجزء الأول، ص 589؛ د. محمد عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول في القانون القضائي الخاص، دون دار نشر، طبعة عام 2003، ص 163؛ عدي الشمري، الخصم في الدعوي، مرجع سابق، ص 51.

(2) د. محمد عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول في القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 162؛ عدي حميد حسن الشمري، الخصم في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 52.

(3) عدي حميد حسن الشمري، الخصم في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها.

فالمحكمة وفقاً للمادة (3) من قانون المرافعات، تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوي، لتخلف شرط الصفة، وبالتالي فإن تخلف الأهلية يبطل الإجراءات، ويمكن تصحيحها، ولا يحكم بعدم قبول الدعوي (1).

## الفرع الثاني

### القواعد المتعلقة بالدفع ببطلان الإجراءات

يكون التمسك ببطلان الإجراءات لانتفاء الصفة الإجرائية عن طريق دفع إجرائي، ونجد ان هذا الدفع لا يخضع في الكثير من أحكامه لما تخضع له الدفوع الإجرائية بصفة عامة، والدفع بالبطلان لوجود عيب في الشكل بصفة خاصة، وإنما يخضع لنظام إجرائي يتشابه مع النظام الإجرائي في الكثير من أحكامه للدفع بعدم القبول (2)، اما عن النظام الحالي للبطلان في قانون المرافعات المصري يتلخص في أن المشرع لم يأخذ بالتفرقة بين البطلان الشكلي والبطلان الموضوعي، كما فعل المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد 1975، فهو لا ينظم الا البطلان الشكلي فقط (3).

لكن في تنظيمه للبطلان لعيب في الشكل ضمن المواد (20، 21) الواردة في قانون المرافعات الحالي (4) حدد حالات البطلان ومن له الحق في التمسك بالبطلان، وأما الدفع بالبطلان فقد أخضعه لنص المادة (108) التي تنظم الدفوع الإجرائية. ووضع معيارا عاما لتحديد البطلان وهو معيار الغاية والذي يقابل قاعدة لا بطلان بغير ضرر (5).

ويبقى بعد هذه اللمحة السريعة أن نشير إلي طبيعة هذا البطلان، أو بمعنى آخر هل يعد جزءا البطلان الناتج عن تخلف الصفة الإجرائية، بطلاناً متعلقاً بالنظام العام؟ أم

(1) د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص121؛ مي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، مرجع سابق، ص173.

(2) د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، مرجع سابق، ص364، بند 291.

(3) حيث نظم المشرع الفرنسي حالات البطلان العيب شكلي من المادة (112) حتى المادة (116) أما حالات البطلان لعيب موضوعي فقد نظمها من المادة (117) حتى المادة (121)؛ (د. شامل سليمان عسله، الاثر القانوني لانتفاء الصفة المطلق في الدفاع أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص32).

(4) نصت المادة (20) من قانون المرافعات المصري على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسبب الغاية من الاجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

(5) د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع العصري والفرنسي، كلية الحقوق، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، 1992، ص288.

يعد بطلاً مقررًا للمصلحة الخاصة؟

لا يخلو هذا التساؤل من أهمية، فمن المعلوم بالضرورة في فقه المرافعات، اختلاف الأثر المترتب علي اختلاف طبيعة البطلان، فإذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام، فإن هذا يجيز لأي طرف في الخصومة الحق في التمسك به، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوي، وللمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، أما في حالة اعتبار هذا البطلان مقررًا للمصلحة الخاصة؛ فإن ذلك يؤدي إلي قصر الحق في التمسك به، علي الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته<sup>(1)</sup> بيد أن الأمر يختلف في التشريع الفرنسي الذي لم يفرق بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة، لكنه فرق بين البطلان الموضوعي والبطلان الشكلي وذلك في المواد من (117) إلى (121) الواردة من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، لكن المادة (120) نظمت حكم البطلان لعيب موضوعي والذي يتعلق بالنظام العام<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق بقانون المرافعات المصري فيكون البطلان متعلق بالنظام العام إذا مس إجراءات تتعلق بهذا النظام، كبطلان تشكيل المحكمة، وبطلان رفع الدعوي بغير الإجراءات المحددة في القانون؛ ولكن غالبية حالات البطلان لا تتعلق بالنظام العام، لأن الخصومة تهدف إلي حماية حقوق خاصة للخصوم، وللخصوم سيادة معينة علي هذه الخصومة. وبالتالي يكون للخصوم سلطة التمسك به أو إسقاط حقهم في التمسك بها والإبقاء علي الإجراء المعيب وتركه يولد كافة الآثار التي لا يولدها إلا الإجراء الصحيح؛ وليس معني ذلك أنه قد حصل تصحيح للإجراء، بل علي العكس فالإجراء يظل معيباً ولكن لا اعتبارات متعلقة بالحق الموضوعي واستمرار سير الإجراءات،

(1) انظر المادتين (21، 22) مرافعات مصري، وتجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام تعبر عن المصلحة العليا للمجتمع، وهي فكرة متغيرة تختلف باختلاف المجتمعات، بل أنها تختلف داخل المجتمع الواحد من زمن إلى آخر، ولذا فإن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق نشاط المشرع، ليدخل في سلطة القاضي (د. فتحي والي، الوسيط مرجع سابق، ص408، بند 200؛ أنظر في نفس المعني: د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، مرجع سابق، ص367، بند 294؛ د. عبيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 685؛ عدي الشمري، الخصم في الدعوي، مرجع سابق، ص54).

(2) فالفقه بدوره انقسم إلى اتجاهين نتيجة لهذا الاختلاف بين موقف التشريع المصري والفرنسي بأن البطلان لعيب موضوعي بسبب انتفاء الصفة الإجرائية **الاتجاه الأول**: يذهب هذا الراي إلى القول بأن بطلان العمل الإجرائي لانتهاء الصفة الإجرائية هو بطلان يتعلق بالنظام العام، لكن هناك بعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي تؤيد هذا الرأي، ونجد بعض من الفقه المصري أيضاً يؤيد هذا الرأي **الاتجاه الثاني**: يذهب هذا الراي إلى القول بأن بطلان العمل الإجرائي لانتهاء الصفة الإجرائية ما هو الا بطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة وهو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي( انظر في ذلك: إبراهيم الشريعي، الصفة في الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص235 وما بعدها).

فإن المشرع نزع من الإجراء الباطل آثاره وابقاه مولداً لكل آثار الإجراء الصحيح، فالإجراء يظل معيب ولكنه يولد آثار الإجراء الصحيح؛ لذلك يجب أن يقتصد المشرع الإجرائي في تحديد الجزاءات الإجرائية؛ لأن الإفراط في أعمال الجزاء الإجرائي علي كل مخالفة ما قد يؤدي إلي إهدار الحقوق الموضوعية فيجب إذن الاقتصاد في استعمالها<sup>(1)</sup>.

**ونحن نتفق مع الرأي القائل بأن الأصل في قواعد الأهلية المقررة لحماية الشخص ناقص الأهلية أو عديمها تتعلق بمصلحة خاصة، وأن حماية الشخص ذاته هي أيضا وراء قواعد أهلية التقاضي، ومعني ذلك أن هذه القواعد مقررة لمصلحة خاصة وهذه المصلحة هي مصلحة الشخص الذي تخلفت أهليته، مثلها في ذلك مثل الصفة الواجب توافرها في المدعي عليه، وعلى خلاف المصلحة الواجب توافرها في المدعي والتي تتعلق بالنظام العام طبقاً لنص المادة (3) مرافعات؛ وعلى ذلك فلا يجوز علي المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لعدم توافر الصفة الإجرائية، ويكون بطلان الحكم المترتب على هذا العيب بطلاناً من نوع خاص، وبالتالي لا يجوز الا للخصم ناقص الأهلية أن يتمسك به عن طريق الطعن، وذلك إذا ما صدر ضده أو من يمثله<sup>(2)</sup>؛ ويؤيد رأينا هذا قضاء محكمة النقض في العديد من أحكامها بأن بطلان العمل الإجرائي المبني على انتفاء صفة أحد الخصوم الإجرائية بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، لكنه بطلان متعلق بمصلحة خاصة، أي وضع لمصلحة من تقرر لحمايته، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها<sup>(3)</sup>؛ هذا في حالة صدور حكم منهي للخصومة.**

أما في حالة عدم صدور حكم منهي للخصومة فإن الأمر يختلف كامل الاختلاف إذ أن البطلان النسبي المترتب علي انتفاء أهلية التقاضي هو بطلان متعلقا بالنظام العام، لأنه تنشأ بجانب المصلحة الخاصة للخصم مصلحة أخرى وهي مصلحة عامة وقائية في تقادي السير في إجراءات معيبة بعيب انتفاء الأهلية وبالتالي تنتهي بحكم مهدد

(1) د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 660 وما بعدها؛ انظر في نفس المعني: د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 468.

(2) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 544، عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 54.

(3) طعن رقم 14304، لسنة 89ق، جلسة 2022/6/6، متوافر على الرابط: <https://kanonmisr.com/>؛ نقض مدني، الطعن رقم 10 لسنة 34 ق، جلسة 1967/5/23، مكتب فني، من 18، ص 1084، نقض مدني، طعن رقم 136، سنة 33 ق، جلسة 1967/2/21 مكتب فني، سن 18، ص 418، نقض مدني، طعن رقم 371، سنة 39 ق، جلسة 1974/10/22 مكتب فني، من 25، ص 1153.

بالإلغاء وذلك بسبب هذا العيب. لكن بعد صدور الحكم فتنقضي هذه المصلحة العامة الوقائية، وبالتالي لا تبقى سوى مصلحة الخصم ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، وبالتالي وبحسب الأصل يصبح البطلان خاصاً<sup>(1)</sup>.

ويُستنتج من خلال التحليل السابق، أن عيب تخلف أهلية التقاضي، يكون أثناء الخصومة متعلقاً بالنظام العام، وبصير بعد إصدار الحكم مقررراً للمصلحة الخاصة، ولئن كان هذا الاستنتاج يبدو غريباً في ظل أن الأصل أن قواعد الأهلية مقررة للمصلحة الخاصة، ومن ثم كان ينبغي أن يكون البطلان الناتج عن تخلف أهلية التقاضي بطلاناً خاصاً، يقتصر الحق في التمسك به علي الخصم الذي تخلفت أهليته أو من يمثله، ولكن من الملاحظ أنه أثناء سير الخصومة، ينشأ إلي جانب المصلحة الخاصة لمن تعيبت أهليته في التقاضي مصلحة عامة، هدفها الوقاية من السير في إجراءات معيبة بهذا العيب؛ ويترتب علي ذلك؛ أنه يجب علي القاضي الكشف عن هذا العيب، والتعرض له من تلقاء نفسه، ويجوز لأي من أطراف الخصومة أن يثير انتباه المحكمة إلي هذا العيب، ولو في أثناء إبداء الدفوع الموضوعية<sup>(2)</sup>.

### آثار البطلان

يترتب علي البطلان عدم قدرة الإجراء علي توليد الآثار التي كان من الممكن أن يولدها لو كان صحيحاً. والبطلان كجزء إجرائي يقع بقوة القانون، سواء تعلق بالصالح العام أو تعلق بالصالح الخاص. ولكن وقوع البطلان لا يُغني عن ضرورة صدور حكم قضائي يقرره. وبصدور هذا الحكم يعتبر الإجراء باطلاً من تاريخ اتخاذه فتزول آثاره الإجرائية والموضوعية ويعتبر وكأنه لم يتخذ. وهذا البطلان لا يحول دون إمكانية تجديد الإجراء مرة ثانية بشكل صحيح<sup>(3)</sup>، والذي له الحق في التمسك بالبطلان هو الخصم الذي شرع الجزاء لصالحه، وهو دائماً المدعي عليه، فلا يجوز أن يتمسك به الخصم الذي تسبب فيه لأنه لا يجوز أن يفيد أحد من خطأه، ويستوي أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كالمحامي أو الوصي أو الولي<sup>(4)</sup>.

(1) د. وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني. مرجع سابق، ص 169 – 171، بند 53.

(2) عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، مرجع سابق، ص 55.

(3) د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 667 وما بعدها؛ أنظر أيضاً: د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 689.

(4) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 470؛ د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 667 وما بعدها. د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 688.

وهو ما استقر عليه الفقه من أن الدفع ببطلان الإجراءات لانتهاء الصفة الإجرائية للممثل القانوني عن الأصل، هو دفعاً شكلياً وليس دفعاً بعدم القبول، فيكون التمسك ببطلان الإجراء لانتهاء الصفة الإجرائية، من قبل الخصم في الدعوي، قبل التطرق إلي الموضوع وقبل إبداء أي طلب أو دفاع أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق في التمسك به، وذلك طبقاً لنص المادة(108) مرافعات<sup>(1)</sup>.

ولكن محكمة النقض ذهبت إلي عكس ما استقر عليه الفقه بخصوص الصفة الإجرائية؛ حيث قضت "أن الممثل القانوني هو صاحب الصفة في الدعوي وبالتالي فإن رفع الدعوي علي الوصي بعد بلوغ القاصر سن الرشد يؤدي إلي الحكم بعدم القبول وليس ببطلانها"<sup>(2)</sup>، وهو اتجاه منتقد وذلك لأن الممثل القانوني ليس طرفاً في الدعوي لأنه فاقد شرط الصفة الموضوعية دليل ذلك أن آثار الحكم الصادر في الدعوي لا تنصرف إليه بل تنصرف إلي شخص الأصل صاحب الصفة في الدعوي، ومن جهة أخرى فهذا الممثل لا يدعي لنفسه حقاً أو مركزاً موضوعياً يريد حمايته، وبالتالي فالحكم بعدم قبول دعواه إذا رفعت الدعوي منه أو عليه غير صحيح. والصحيح الحكم ببطلان الدعوي لعدم وجود ذات الحق فيها<sup>(3)</sup>.

وتنفيق مع ذلك الرأي لاتفاقه مع نص المادة(3) مرافعات الذي قيد قبول الدعوي بشرط الصفة والمصلحة، ولا يندرج شرط الصفة الإجرائية للممثل القانوني تحت شروط قبول الدعوي، بل هو شرط لصحة الإجراءات كما ذكرنا سابقاً، يترتب علي تخلفه دفعاً شكلياً وليس دفعاً بعدم القبول.

وإذا قلنا إنه يجب أن يتوافر في هذا البطلان إحدى الحالات التي وردت في المادتين(20،21) من قانون المرافعات، أو أن تكون الغاية من الإجراء لم تتحقق -فلا بطلان بغير ضرر-؛ فيمكننا إذاً من خلال ما سبق حصر آراء الفقهاء القانونيين في مسألة الدفع بانتفاء الصفة الإجرائية هل هو من الدفوع المتعلقة بالنظام العام أم تتعلق بالمصلحة الخاصة؟ بأن الفقه انقسم في هذا إلي اتجاهين:

الاتجاه الأول: يجد أن انتفاء الصفة الإجرائية يلحق البطلان بالعمل الإجرائي، وأنه بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام، ويتعلق بالمصلحة العامة، ومن ثم يمكن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، كما يجوز ايضاً التمسك به من أي خصم ذي مصلحة في

(1) حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص39 وما بعدها.

(2) د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص409 وما بعدها، بند 251؛ مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص249 وما بعدها.

(3) حسام محفوظ، الصفة والمصلحة، مرجع سابق، ص40.

الخصومة، وفي أي حالة تكون عليها الإجراءات، وفي أي درجة من درجات التقاضي (1).

**الاتجاه الثاني:** يري أن البطلان المترتب علي انتفاء الصفة الإجرائية هو بطلان نسبي، يتعلق بالمصلحة الخاصة للخصم، فالقاعدة تُلزم للحكم بالبطلان أن يتم التمسك به من الخصم نفسه الذي شرع لمصلحته ولم يتسبب فيه أو يتنازل عنه تنازلاً صحيحاً، وهذا في الوقت الذي حدده القانون، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم ببطلان الإجراءات التي يقوم بها الخصم، الذي لا يحوز الصفة الإجرائية التي يتطلبها القانون، كما في حالة البطلان المترتب علي عيب نقص الأهلية وتخلفها، فهو عيب متعلق بمصلحة الخصم الخاصة، وليس بمصلحة عامة، أي أن انتفاء الصفة الإجرائية يضر بالخصم، وبالتالي فله وحده أو من يمثله أن يدفع ببطلان الإجراء، فيما لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالبطلان؛ لانتفاء الصفة الإجرائية(2).

وهذه القاعدة تنطبق على نوعي البطلان الشكلي والبطلان الموضوعي، ومن ثم فالبطلان الناشئ عن انتفاء الصفة الإجرائية وذلك إذا كان متعلقاً بمصلحة خاصة، فالخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته يتمسك به، وبالتالي إذا كان البطلان ناشئاً عن انتفاء تلك الصفة وكان متعلقاً بمصلحه عامة فيجوز لكل من له مصلحة أن يتمسك به، وعلى القاضي أيضاً أن يثير هذه المسألة من تلقاء نفسه(3).

**وننق مع أصحاب الاتجاه الثاني القائل:** بأن البطلان المترتب علي فقدان أحد الخصوم صفته في الدعوي القضائية-فقدان الصفة في مباشرة الإجراءات- هو البطلان النسبي الذي لا شأن له بالنظام العام، حيث أن الخصم يستطيع أن يمارس هذا الحق، في أي مرحلة من مراحل الدعوي، فله أن يطلب البطلان لانتفاء الصفة أمام محكمة النقض إذا لم يكن الطلب يستدعي فحصاً في الواقع؛ ذلك لأن التمسك بانتفاء الصفة الإجرائية ينظمه قواعد الدفع بعدم القبول، والتي تسمح بطرح الدفع أمام أية محكمة وفي أي مرحلة من مراحل الدعوي(4)، كما هو الحال في البطلان المقرر لصالح من

(1) د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 409 وما بعدها، بند 251؛ مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص 249 وما بعدها.

(2) د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 458؛ د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 410، بند 251؛ انظر في ذلك أيضاً د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 667 وما بعدها.

(3) د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، مرجع سابق، ص 365، بند 292؛ د محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص 304 - 308.

(4) مي محمود خشبة، أهلية التقاضي، مرجع سابق، ص 250 وما بعدها.

شرع انقطاع الخصومة القضائية لحمايتهم، وهم خلفاء المتوفي، أو من يقوم مقام من فقد أهليته، أو من زالت صفته، والبطلان الناجم عن انعدام صفة شخص ما في تمثيل شركة<sup>(1)</sup>.

وهكذا كان موقف الفقه المصري الناتج عن عدم تحديد المشرع المصري لطبيعة الدفع بالبطلان لانتهاء الصفة الإجرائية، وما إذا كان يتعلق بالمصلحة الخاصة أو بالمصلحة العامة.

أما موقف المشرع الفرنسي في هذا الشأن في المصلحة العامة كان واضحاً فقد نظم البطلان لعيب موضوعي وذلك في المواد (117) إلى (121) الواردة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وقد قرر في المادة (117) حالات البطلان لوجود عيب موضوعي وإحدى هذه الحالات هو انتهاء الصفة الإجرائية، وفي المادة (120) نظم حالات حكم البطلان المؤسس على عيب موضوعي فجعله يتسم بصفة النظام العام، وللقاضي يحكم به من تلقاء نفسه. ولا بد من الضروري تحديد الحالات التي تكون فيها قواعد وموضوع الدعوى المتعلقة بإجراءات المرافعات المدنية متخذة صفة النظام العام أو تتسم بصفة المصلحة الخاصة<sup>(2)</sup>.

صفوة القول؛ إذا تحققت المحكمة من توافر حالة من حالات البطلان قضت ببطلان الإجراءات واعتباره كأن لم يكن وزوال كافة الآثار القانونية المترتبة عليه، وهذا البطلان أيضاً لا يؤثر على الحق في الدعوى أو الحق الموضوعي المرفوعة به، وذلك إلا إذا انقضى الحق الموضوعي لسبب آخر كالتقادم<sup>(3)</sup>.

### \* وسائل الحد من آثار البطلان وتفاديها

لأن جزاء البطلان قاسي، فهو إذ يطيح بالإجراء المعيب إذا تمسك به صاحب الحق فيه، عند قضاء المحكمة بذلك، فإن كافة الإجراءات المبنية على الإجراء الباطل تنداعي وتعتبر كأن لم تكن؛ وتطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة (24) مرافعات بأنه: "لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه، أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه"، فالإجراء السابق إذا كان باطلاً، فهو يؤدي إلي بطلان الإجراءات التالية، ولو كانت قد صدرت صحيحة، وفي المقابل فإن الإجراءات السابقة للإجراء الباطل، تظل محتفظة بوضعها الصحيح الذي صدرت عليه، دون أن تتأثر

(1) د. محمود سيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية، مرجع سابق، ص 217.

(2) د. شامل سليمان عسله، مرجع سابق، ص 35.

(3) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، من 459، د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 211، بند 144.

بالإجراء اللاحق الباطل، أي أن الإجراءات اللاحقة للإجراء الباطل، طالما كانت مبنية علي هذا الإجراء، فإنها تكون باطلة بالتبعية أيضاً<sup>(1)</sup>.

وقد حاول المشرع جاهداً وضع عدداً من الوسائل الإجرائية لكي يتفادى البطلان، وايضا للحد من آثاره؛ وهي الوسائل التي يصنفها الفقه، إلي التصحيح، والتحول، والتبويض، أو الانتقاص من الإجراء، بهدف توفير الوقت والنفقات علي الخصوم، واستكمال سير الخصومة بإجراءات صحيحة، بعد اتخاذ الإجراء المطلوب، سواءً كان تصحيحاً أو تحولاً أو تبويضاً.

### أ-تصحيح الإجراء الباطل

يقصد بتصحيح البطلان في هذه الحالة استدراك العيب الذي شاب العمل فأدي إلي استحقاقه البطلان، ولذا يقال إن التصحيح قد تم بإكمال أو تعديل العمل المعيب أي زواله، وبناء علي ذلك يصبح العمل المعيب القابل للإبطال غير قابلة له<sup>(2)</sup>. وبالتالي يجوز التصحيح سواء كان هذا البطلان متعلقا بالنظام العام أو بطلان مقررا لمصلحة أحد الخصوم، إلا أن هذا التصحيح لا يرد على العمل الإجرائي المنعدم<sup>(3)</sup>. كما نري ان المشرع يجيز تصحيح الإجراء الباطل وذلك بشرط ان يتم في الميعاد المقرر له قانونا لكي يتخذ هذا الإجراء، وبالتالي إذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت له المحكمة ميعادا مناسباً لتصحيح هذا الإجراء<sup>(4)</sup>، اي لا يعتد بهذا الإجراء الا من تاريخ تصحيحه<sup>(5)</sup>، كذلك لا بد أن يتم في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها الإجراء المعيب، وأن يتم بإجراء صحيح في ذاته<sup>(6)</sup>، ويتم تصحيح الإجراء إما بزوال العيب او تصحيحه مع البقاء بهذا العيب ذلك علي النحو التالي:

(1) د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاة المدني، مرجع سابق، ص444؛ د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 668 وما بعدها.

(2) د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص478، ص248؛ د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 670؛ د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 692.

(3) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في القانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي القاهرة، 1980، ص380.

(4) وفي هذا قضت محكمة النقض: أنه " المقرر-في قضاء-محكمة النقض-أن تصحيح الإجراء الباطل يجب أن يتم في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها هذا الإجراء" (طعن رقم 3584 لسنة 83ق، جلسة 2014/2/17، متوافر علي الرابط: <https://lawyeregyp.net/>)

(5) تنص المادة (23) من قانون المرافعات المصري على انه يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاد مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالأجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

(6) د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص694.

التصحيح بزوال العيب يتم بتكملة ما نقص في العمل الإجرائي وبالإضافة المقتضى المعيب سواء كان هذا المقتضى شكليا أو مقتضى موضوعيا مثل عيب الأهلية أو التمثيل القانوني وذلك بحيث تتوافر في العمل الإجرائي كل مقتضياته الأمر الذي يمنع الحكم ببطلان هذا الاجراء<sup>(1)</sup>، ويقتصر علي العيوب والمخالفات الإجرائية، وهو جائز حتي لو تعلق البطلان بالنظام العام وهذا هو الرأي السائد فقهاً وقضاً، كما يتم تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الشكل، فإذا تحققت الغاية من الإجراء أصبح صحيحاً بزوال العيب منه<sup>(2)</sup>.

أما التصحيح مع بقاء العيب يتم رغم بقاء العيب، فتبقى المخالفة الشكلية على كما هي علي حالها، وذلك يتنازل الخصم المقرر البطلان لمصلحته عن التمسك به صراحة أو ضمناً<sup>(3)</sup> إلا أن هذا النزول يحدد بفكرة النظام العام، فإذا تعلق ذلك النزول ببطلان النظام العام، فإن هذا النزول لا ينتج أي أثر بالنسبة له<sup>(4)</sup> وكذلك ايضاً إذا حدث واقعة قانونية يكون من شأنها عدم الحكم بالبطلان للعيب الشكلي، كما لو حدد المشرع واقعة معينة مثلاً فيجب التمسك بالبطلان قبل حدوثها (إن كان هذا البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة) وبذلك فيسقط حق الخصم في التمسك بالبطلان بعدها<sup>(5)</sup>.

## ب- التصحيح بتحول العمل الباطل<sup>(6)</sup> أو انتقاصه

(1) د. احمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 479- 480، بند 48.

(2) د. آدم وهيب، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص 345 و 478.

(3) نص المادة (22) من قانون المرافعات المصري على أنه " يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك عدا الحالات التي يتعلق البطلان بالنظام العام، والنزول الصريح يكون بإعلان الخصم إرادة النزول عن حقه في التمسك بالبطلان؛ أما النزول الضمني، فأمر تستنتجه المحكمة من سلوك الخصم (انظر في ذلك: د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط، مرجع سابق، ص 475) ؛ كما نص المشرع العراقي أيضاً في المادة (89) مرافعات حيث أجازت المادة للخصم أن يتنازل أثناء الدعوي عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعة صراحة، ويعد الإجراء أو الورقة كأن لم تكن، علي أن يتم ذلك بموافقة المحكمة وأن تحفظ صورة مصدقة من هذه الأوراق في أضيابة الدعوي (م 20 من قانون الإثبات العراقي) راجع في ذلك: د. آدم وهيب، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص 345.

(4) د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 415، بند 353؛ د. احمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 475.

(5) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 145؛ د. احمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 475.

(6) اخذت فكرة تحول الإجراء الباطل عن فكرة تحول العقد أو نظرية تحول التصرف القانوني المنصوص عليها في المادة (144) من القانون المدني حيث تنص على أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد. د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع

نص المشرع في المادة 24 علي أنه إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره وهو ما يعرف بتحول الإجراء الباطل، وعليه فإذا كان الإجراء باطلاً، ولكنه يتضمن في ذاته عناصر عمل آخر صحيح، ففي هذه الحالة لا يحكم ببطلان العمل في هذا الخصومة، وإنما يجب ان يتحول إلى العمل الإجرائي الذي توافرت فيه عناصره، وذلك وحتى ولو لم تنجح إرادة القائم بالعمل الباطل إلى هذا العمل الجديد الذي يتحول إليه (1) والمثال علي ذلك بطلان الطلب العارض بناء على بطلان المطالبة القضائية، وبالتالي فإنه يتحول إلى مطالبه أصلية صحيحة إذا كان ذلك قد قدم بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة وتم إعلانها على يد محضر، وعلي ذلك تستمر الخصومة للفصل فيه (2).

**وقد ذهب اتجاه في الفقه العراقي:** إلى إمكانية تطبيق نظرية التحول في التصرف القانوني إذا كانت المقترضات الباقية غير المعيبة تكون إجراء قضائياً آخر يعرفه القانون، ويتطلب لذلك أن يكون الإجراء القضائي باطلاً وأن يتضمن إجراء آخر صحيح، وبهذا قضت محكمة التمييز العراقية "يجوز التحول من طلب أجر المثل إلي طلب الأجر المسمى حسب المادة(4) من قانون الإثبات التي أوجبت تبسيط الشكلية إلي الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلي التقريط بأصل الحق المتنازع عليه" (3).

- أما عن التصحيح بالانتقاص (4) يقصد به أن الإجراء إذا كان باطلاً في شق

---

سابق، ص 649، بند 363. د. محمود محمد هاشم قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 213، بند 145.

(1) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 462؛ د. نبيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 671، د. احمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 479؛ د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 694.

(2) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 462؛ د. احمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 479؛ د. عيد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، ص 494.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 343 وما بعدها.

(4) هذه الفكرة مأخوذة عن فكرة انتقاص العقد المنصوص عليها في المادة (143) من القانون المدني حيث تنص على انه " إذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ( د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 654، بند 366 – 375، د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، من 462) ؛ وكذلك نصت المادة(139) من القانون المدني العراقي علي أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما باقي العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً" (د. آدم وهيب، أصول المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 344).

منه، وصحيح في شق آخر، فإن الشق الأول وحده هو الذي يبطل ويصح الشق الثاني<sup>(1)</sup> ويفترض في الانتقاص ان هذا الاجراء مركب من عدة آثار بعضها صحيح والآخر معيب، ولذا لا يلحق البطلان إلا الجزء المعيب فقط. أما بالنسبة للآثار الصحيحة فإنها تنتج اثارها القانونية المترتبة عليها، وأما إذا كان العمل الإجرائي عمل بسيط وتعييب في شق منه، فإنه يعتبر باطلاً بأكمله لعدم قابليته للانقسام<sup>(2)</sup>.

---

(1) تنص المادة (24/2) من قانون مرافعات مصري على أنه وإذا كان الأجراء في شق منه باطلاً فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل (د. أحمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 480) .  
(2) د. محمود محمد هاشم، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 214، هامش رقم 178؛ انظر في ذلك أيضاً: د. آدم وهيب، أصول المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 344.

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين الذي أعانني على كتابة هذا البحث المتضمن الصفة الإجرائية، لما له من أهمية في مباشرة إجراءات الخصومة بشكل صحيح، ولكن يجب أن نؤمن أن لكل نظام قضائي عيوب، والنظام القضائي في مصر شأنه شأن أي نظام آخر يحتاج كثير من الوقت والمجهود ولهذا يحتاج مجتمعنا إلي البحث الدائم والدعوى عن وسائل تكفل مباشرة الإجراءات الخاصة بالدعوي بشكل صحيح دون إشكاليات وتعقيد ولن يتحقق هذا إلا بتطوير وتحديث نصوص قانون المرافعات لمسايرة هذا التطور للواقع وذلك لكون قانون المرافعات هو الشريعة العامة بين التشريعات الإجرائية؛ ولهذا كان اختيارنا لفكرة الصفة الإجرائية لكي تكون محلاً للبحث لتمتع هذه الفكرة بأهمية كبيرة داخل الهيكل الإجرائي، وكان مظهر هذه الأهمية بادياً فيما تؤديه الصفة الإجرائية من دور هام داخل الأدوات الفنية التي تستخدم من خلال تلك الهياكل الإجرائية من مباشرة إجراءات الدعوي منذ انعقاد الخصومة ومروراً بسير هذه الأخيرة وحتى صدور حكم صحيح قائم علي إجراءات صحيحة، ولقد كان سعينا دائماً يتركز في محاولة إجلاء تعقد تلك الفكرة من خلال تلمس خطورة عدم اتباع القواعد القانونية اللازمة لمباشرة إجراءات الخصومة؛ ولذلك توصلنا إلي بعض النتائج والتوصيات بعد دراستنا لهذا البحث كما يلي:

### النتائج:

الآن وقد أدرك هذا البحث نهايته فإنه يمكننا أن نجمل نتائجها فيما يلي: -

1- استبان لنا من خلال هذا البحث أن المشرع لم يكن غافلاً لمسألة التمثيل الإجرائي واعتبره وسيلة قانونية وفنية إجرائية تهدف إلى حماية الشخص الذي يعجز عن التعبير عن إرادته؛ لذا أوجب تمثيله إجرائياً في الدعوي الموجهة منه بمباشرة إجراءات الدعوي باسمه ولحسابه، وقد يباشرها بالاتفاق بينه وبين الممثل الإجرائي، أو دون أن يكون له دور في اختياره بل يفرض عليه بنص القانون مباشرة أو بموجب حكم قضائي.

2- المشرع العراقي لم يُعطي الوصف القانوني للسليم للممثل الإجرائي واعتبره خصماً وأطلق اصطلاح الخصومة علي توافر صفة رفع الدعوي أي من له حق رفع الدعوي وهو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه أو المهدد بالاعتداء عليه. كما أنه خلط بين الصفة في الدعوي بالصفة في التقاضي باعتبارها هي الوسيلة البديلة لفقدان أهلية التقاضي لدي الخصم سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث نفي

الصفة الإجرائية عن الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب بالنسبة لمال الوقف وجعل لهم صفة موضوعية في الدعوي لحماية حقوق ومصالح الأشخاص الذين هم تحت ادارتهم كونهم غير قادرين علي الدفاع عنها لانعدام أهليتهم أو نقصها، وهو اتجاه محل نظر.

3- من واقع الحياة العملية والمتمثلة في أحكام المحاكم نجد أنها تتفق مع سياسة الشارع نحو استبدال عجز الشخص عن مباشرة دعواه باللجوء إلي شخص اخر يمثله؛ ولعلنا عرضنا لبعض تلك الأحكام ما يؤيد ذلك؛ ولكننا نجد أنه في بعض الأحيان التي اغفل فيها المشرع توضيح بعض الأحكام العامة التي تحكم موضوع الصفة الإجرائية؛ الأمر الذي أدي بمحكمة النقض التصدي له وتقرير أحكام منشئة مثلاً فيما يتعلق بحقوق الحمل المستكن في التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء موت مورثه، نجد أنها تصدت لتلك الإشكالية وقررت أنه وإن كان القانون أقر له حقوق بعينها كالجنسية والوصية والوقف والمواريث، وحقوق أخري أنكرها عليه كما في حالة حقة في التعويض عن الضرر الشخصي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب مورثه قبل ولادته حياً؛ إلا أن أحكامها لم تتفق في هذا الشأن وانشقت إلي اتجاه مؤيد لحق الحمل المستكن للتعويض وأخر معارض لذلك.

4- أجاز المشرع لأقارب الخصوم، أن يكونوا وكلاء بالخصومة عن أقاربهم وأصهارهم حتي الدرجة الثالثة؛ بخلاف القانون العراقي الذي قيد نطاقها علي دعاوي معينة، فلا يشمل جميع الدعاوي، وإنما يقتصر علي دعاوي الأحوال الشخصية؛ وقيدھا القانون الأردني علي الدعاوي الصلحية فقط.

5- التمثيل الإجرائي قد يكون يتخذ إحدى الصور الآتية: الأولى: التمثيل النيابة وهو التمثيل الذي يتطلبه القانون ويحدد فيه الممثل القانوني للشخص الطبيعي وقد يكون تمثيل قانوني أو قضائي الثانية: التمثيل العضوي وهو تمثيل الأشخاص المعنوية سواء كانت أشخاص معنوية عامة أو خاصة؛ الثالثة: التمثيل الاتفاقي "الوكالة بالتقاضي" يقصد بوكيل التقاضي الممثل الإجرائي للخصم بناءً علي عقد وكالة يخوله الصفة في التقاضي عن الأصل؛ أما الصورة الرابعة فهي التمثيل الفني "الوكالة بالخصومة" وهو مباشرة إجراءات الخصومة عن طريق محامي.

6- اعتبر المشرع أن انقطاع الخصومة لأحدي الأسباب الثلاثة الآتية سلاح إجرائي فعال وضع لخدمة حقوق الدفاع في الحالات التي حداها علي سبيل الحصر؛ أولها: وفاة أحد الخصوم وقد اتفق القضاء المصري ونظيره العراقي علي ذلك؛ أما القضاء الفرنسي فقد علق الأمر علي تحقق قابلية الدعوي للانتقال، وفي حالة عدم

إمكانية نقل الدعوي تكون وفاة أحد الأطراف سبباً لانقضاء هذه الدعوي، وذلك وفقاً لنص المادة (384) مرافعات؛ كما أنه من الأسباب المنطقية القاطعة للخصومة زوال الصفة الإجرائية لممثل الشخص الطبيعي أياً كان مصدر نيابته، والسبب الثالث: زوال الأهلية الإجرائية لأحد الخصوم واتفقت التشريعات العربية علي تلك الأسباب؛ بيد أن هناك من أضاف لتلك الأسباب الثلاثة أسباباً أخرى تنقطع فيها الخصومة كالمشرع الجزائري مثلاً فقد أضاف حالة وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي محام أحد الخصوم أنه في هذه الحالة تنقطع الخصومة هذا إذا كان التمثيل وجوبياً، أما إذا كان التمثيل جوازياً فلا تنقطع الخصومة.

7- كما قرر المشرع جزاء البطلان كأثر للإخلال الصفة الإجرائية، وقد اعتبر أن تنظيم حالات البطلان إنما يتعلق بالبطلان لعيب شكلي، وبالتالي لا يجوز تطبيق هذا التنظيم على انتفاء المقتضيات الموضوعية بطريق القياس؛ غير أن بعض الفقه أشار إلي أن انعدام السلطة لدي من يحضر أمام القضاء كممثل لشخص طبيعي فاقد الأهلية الإجرائية أو لشخص معنوي، متي انتفت سلطة تمثيله يعتبر عيباً موضوعياً يفضي إلي البطلان.

8- كان حرص المشرع علي تقرير جزاء البطلان لقاء الإخلال بالقاعدة الإجرائية مماثلاً لحرصه علي خلق وسائل للحد من هذا الجزاء وتفاديه ومحاربة الهدر الإجرائي لكونه يطيح بالإجراء المعيب، وهذه الوسيلة يصنفها الفقه بالتصحيح، وذلك بتصحيح الإجراء المعيب بالبطلان لإعطاء ذي المصلحة فرصة موازنة أمره.

9- وانطلاقاً من ذات النظرة وفي إطار سياسة المشرع نحو مباشرة إجراءات الدعوي وتصحيح الاجراء المعيب فقد وظف المشرع فكرة التصحيح بزوال الاجراء المعيب، وهذا الأخير يقتصر علي تصحيح العيوب والمخالفات الإجرائية، أو بتحقق الغاية من الشكل؛ كما أنه وظف فكرة تصحيح الإجراء المعيب ولكن مع إبقاءه، وذلك بتنازل الخصم المقرر البطلان لمصلحته، كوسيلة للحد من بطلانها؛ وبذات المنطق سمح المشرع بالتصحيح عن طريق تحول الإجراء الباطل إلي إجراء صحيح إذا توافرت فيه عناصر إجراء آخر، أو بالانتقاص من الإجراء إذا كلن باطلا في شق منه وصحيح في شق آخر.

## التوصيات:

بعد استعراض ما اسفرت عنه الدراسة من نتائج فإن ثمة توصيات نقترحها وندعو المشرع للأخذ بها وتفادي الإشكاليات العملية التي قد يواجهها التطبيق العملي لنظرية الصفة الإجرائية علي أرض الواقع على النحو التالي:

أولاً: لا بد من أن يحتوي قانون المرافعات المصري على كافة الجوانب الخاصة بموضوع الصفة الاجرائية وذلك كونها تطبيق عملي بحت واسع الانتشار في الحياة العملية ويحتاج إليه القضاء وجميع المتخصصين في دراسة القانون؛ لذا نهيىب بالمشرع المصري أن يخصص وينظم فصلاً مستقلاً لها بشكل واضح شامل "تعريفها. أنواعها. صورها، وقواعد تميزها عن غيرها من الأفكار الإجرائية التي قد تختلط بها من ناحية، والخلط بينها وبين الصفة في الدعوي من ناحية أخرى؛ وذلك لقطع الطريق أمام أحكام محكمة النقض المتضاربة والمختلفة.

ثانياً: نوصي المشرع المصري بضرورة التدخل بالنص علي معالجة وكالة الخصم لاحد اقاربه، فان هذا النوع من التوكيل ضئيل الوجود في الخصومات ونادرا ما يشاهد في الواقع العملي، كما ان هذا التوكيل ينجم عنه نفس الاثار السلبية الناجمة عن حضور الخصوم بأنفسهم لمباشرة خصوماتهم امام القضاء، لذا نكرر الدعوة التي تتبنى فكرة حصر نطاق التوكيل بالخصومة بالمحامين فقط دون غيرهم.

ثالثاً: نقترح تعديل نص المادة (1/72) التي تنص علي أنه "في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة"؛ لتصبح بالشكل الاتي:

- 1- في اليوم المعين للمرافعة لا يجوز للخصوم ان يحضروا امام المحاكم للنظر في الدعوى الا بواسطة محامين يمثلونهم بمقتضى سند التوكيل.
- 2- على المحامي الوكيل ان يثبت وكالته عن موكله بسند توكيل مصدق من الشهر العقاري او المحكمة المنظورة امامها الدعوى.

3- استثناء من حكم البند اولا من هذه الفقرة لمحاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية قبول حضور الخصوم أنفسهم لنظر الدعوى ومتابعتها، وللمحكمة تكليف أي من الخصوم إحضار وكيل عنه من المحامين إذا أخل بالأصول السليمة للمرافعة.

رابعاً: نقترح علي المشرع العراقي تعديل نص المادة (4) مرافعات التي تنص علي أنه " يشترط أن يكون المدعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور

إقرار منه وان يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف" فنجد أنه اعتبر الولي أو الوصي أو القيم، أصحاب صفة موضوعية في الدعوى؛ ولهذا كان الأجدر به اعتبارهم أصحاب صفة إجرائية، بدليل أن تخلف الصفة أثناء نظر الدعوى يؤدي إلي الحكم برد الدعوى لدي التشريع العراقي، في حين أن تخلف الصفة الإجرائية أثناء نظر الدعوى يؤدي إلي قطع السير في الدعوى؛ لذا نوصي بتعديل المادة وجعلها بالصيغة الآتية: " يشترط أن يكون المدعي عليه خصماً يترتب علي اقراره حكم بتقدير صدور منه وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء علي تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك يتمتع الولي أو الوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والغائب والمفقود والمحجور، بصفة إجرائية في الدعوى وينوب عنهم تحت ادارته نيابة قانونية في الدعوى".

وختاماً نقول إن ما كتبته إن أصبت فيه فهو هديّ من الله، وإن لم أوفق فمن تقصيري وعجزتي، وقد اعتذر عنّا جميعاً العميد الأصفهاني عندما قال:

" إنني رأيت ألا يكتب انساناً في يومه إلا قال في غده لو غير كذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لأن يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل علي استيلاء النقص على جملة البشر".

**وأسأل الله لنا التوفيق لما يحب ويرضي**

## المصادر والمراجع

### • المراجع القانونية

- 1- احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة النشر.
- 2- أحمد السيد صادق، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 2010.
- 3- أحمد ماهر زغلول، دعوي الضمان الفرعية، دراسة تحليلية تطبيقية، ط4، بدون دار نشر، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.
- 4- أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع، ط1، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.
- 5- احمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، 1989م. الوكالة بالخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 6- أحمد السيد صادق، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 2010.
- 7- اجياد ثامر نايف الدليمي، عوارض الدعوي المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 8- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثالثة، عام 2011.
- 9- إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، الدفوع، الجزء الثالث، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 1985.
- 10- إدوارد عيد، موسوعة أصول محاكمات مدنية، الجزء الأول، المجلد الأول، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.
- 11- الياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، دون ذكر دار نشر، الطبعة الثالثة، 2008.
- 12- حبيب عبيد مزره العماري، الخصم في الدعوي المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- 13- حسام محفوظ، المصلحة والصفة، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1997.
- 14- حسن كيرة، المدخل إلي القانون، منشأة المعارف، 1974.
- 15- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

- 16- شريف الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء والفقه، الجزء الثاني، دار العدالة، القاهرة، 2010-2011،
- 17- عاشور مبارك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، عام 1988م.
- 18- عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في القانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي القاهرة، 1980.
- 19- عبد الرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة، 1966.
- 20- عبد المنعم الشراوي، فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977.
- 21- عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المجلد الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- 22- عدنان ضناوي وعدنان الخير، الاسناد التجارية والإفلاس، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2001.
- 23- علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1996.
- 24- عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل العراق، 2013.
- 25- فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 26- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات (دراسة تأصيلية للأعمال الإجرائية في قانون المرافعات، وأسباب بطلانها الشكلية والموضوعية، وأنواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيه وأثاره)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959.
- 27- محمد عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول في القانون القضائي الخاص، دون دار نشر، طبعة عام 2003.
- 28- محمد شتا أبو أسعد، الموجز العملي في الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1977.
- 29- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ط2، دار الهدى، 2004.

- 30- محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، المطبعة النموذجية، القاهرة، 1958.
- 31- محمود السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوي القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 32- محمود سيد التحيوي، الصفة غير العادية وأثارها في رفع الدعوي القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2002.
- 33- محمود مصطفى يونس، نظرية الحلول الإجرائي في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة تطبيقية مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- 34- منصور القاضي وسليم حداد، المطول في القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011 .
- 35- نبيل إسماعيل عمر، احمد خليل، احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 36- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999.
- 37- نزيه نعيم شلالا، وكيل التفليسة والقاضي المشرف، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

#### • الرسائل:

- 1- إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007.
- 2- خلودة بنت محمد بن خميس البلوشية، انقطاع الخصومة، انقطاع الخصومة في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2021
- 3- رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، 2010، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين.
- 4- سارة حشاني، الحجر في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.
- 5- سائد وحيد كامل حمد الله، انقطاع السير في الدعوي المدنية في ظل قانون المرافعات الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح نابلس، فلسطين، 2009.
- 6- عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، الصفة في العمل الإجرائي، رسالة دكتوراه، بني سويف، 1995.

- 7- عدي الشمري، الخصومة في الدعوي المدنية، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2019.
- 8- كرار ماهر كاظم، الحضور وأثره في تصحيح البطلان، رسالة دكتوراه، عام 2018.
- 9- محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع العصري والفرنسي، كلية الحقوق، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، 1992.
- 10- مي علي محمود خشبة، الصفة في التقاضي، رسالة دكتوراه، 2020.
- 11- هايدي السيد هشام أحمد بلتاجي، الصفة في الدعوي، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2021.

#### ● أحكام النقض:

- 12- طعن 20735 لسنة 77 ق دوائر مدنية، جلسة 2017/11/21.
- 13- طعن رقم 1135 لسنة 77 ق، جلسة 2012/1/2 متوافر علي الرابط :  
<https://webcache.googleusercontent.com>
- 14- طعن رقم 10069 لسنة 76 ق، دوائر المدنية، جلسة 2015/2/21، موقع محكمة النقض المصرية.
- 15- طعن رقم 1010369، جلسة 2017/1/12، متوافر علي الرابط :  
<https://webcache.googleusercontent.com>
- 16- الطعن رقم 10593 لسنة 76 قضائية، الدوائر المدنية - جلسة 2008/2/26، متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com>
- 17- طعن رقم 11176، لسنة 75 ق، جلسة 2014/11/26، الدوائر المدنية، موقع محكمة النقض المصرية.
- 18- طعن رقم 1137 لسنة 65 قضائية جلسة 2008\3\11، مكتب فني 59 ق 57، متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com>
- 19- طعن رقم 1182، لسنة 85 ق، جلسة 2021/3/21.
- 20- طعن رقم 12105 لسنة 82 ق، جلسة 2014/4/23، مكتب فني 65 ق 97، متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com> :
- 21- الطعن رقم 1224، لسنة 2015، حلقة 29 ديسمبر 2015، طعن حقوقي، فلسطين، متوافر علي الرابط :
- <https://webcache.googleusercontent.com>
- 22- طعن رقم 1262، لسنة 70 ق، جلسة 2012/4/26، مكتب فني 63، ق 102، متوفر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/>

- 23- طعن رقم 13641 لسنة 85ق، جلسة 2017/2/5، متوافر علي الرابط  
file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/في-قضاء-محكمة-النقض(pdf).  
24- طعن رقم 1382 لسنة 52، جلسة 1989/1/1، مكتب فني، س40، ق13.  
25- طعن رقم 14082، لسنة 84ق، جلسة 2021/5/23.  
26- طعن رقم 14304، لسنة 89ق، جلسة 2022/6/6، متوافر علي الرابط :  
https://kanonmisr.com  
27- طعن رقم 14393 لسنة 85ق، جلسة 2021/5/17 الدوائر المدنية، متوافر  
علي الرابط https://www.muraf3at.com :.  
28- طعن رقم 150، لسنة 81ق، دوائر الإيجارات، جلسة 2018/6/25، متوافر  
علي الرابط https://webcache.googleusercontent.com :.  
29- طعن رقم 1605 لسنة 2008، جلسة 2008/7/8، محكمة التمييز الاتحادية،  
متوافر علي الرابط ( <https://www.hjc.iq/qview.839> ) :  
30- الطعن رقم 1649 لسنة 72، جلسة 2014/6/1 موقع محكمة النقض  
الإلكتروني.  
31- طعن رقم 16657، لسنة 84ق، جلسة 2021/3/18، متوافر علي الرابط :  
https://kanonmisr.com  
32- طعن رقم 18532 لسنة 84ق، جلسة 2020/2/20، مكتب فني 71، ق22؛  
متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com> :.  
33- الطعن رقم 1909 لسنة 51 ق جلسة 23 / 2 / 1992 مكتب فني 43 ج 1 ق  
79.  
34- طعن رقم 19680، لسنة 85ق، جلسة 2021/3/21.  
35- طعن رقم 2109، لسنة 70ق، جلسة 2021/6/16؛ طعن رقم 5203 لسنة  
66ق، دوائر إيجارات، جلسة 2021/6/19، متوافر علي الرابط :  
https://egyils.com  
36- طعن رقم 2109، لسنة 70 ق، جلسة 2021/6/16.  
37- طعن رقم 22، لسنة 36، جلسة 1970/4/9، مكتب فني، السنة 21.  
38- طعن رقم 2411، لسنة 71ق، جلسة 2002/5/12؛ طعن رقم 3478، لسنة  
69ق، جلسة 2001/11/27؛ موقع محكمة النقض <https://www.cc.gov.eg>  
39- الطعن رقم 2509 لسنة 60، 60 ق، جلسة 1996/2/27، س47 عدد 1، ق  
73؛ انظر

- 40- طعن رقم 284، لسنة 67ق، جلسة 2013/1/10، دوائر تجارية، موقع محكمة النقض المصرية الإلكتروني <https://www.cc.gov.eg>
- 41- طعن رقم 288 لسنة 58ق، جلسة 1992/7/28.
- 42- طعن رقم 2895 لسنة 4ق، جلسة 2013/7/25، متوافر علي الرابط <https://lawyeregypt.net>
- 43- طعن رقم 293 لسنة 59 ق، جلسة 1993/1/28.
- 44- طعن رقم 3020 لسنة 72ق، الدوائر المدنية، جلسة 2013/3/23 متوافر علي الرابط. <https://webcache.googleusercontent.com> :
- 45- طعن رقم 3337 لسنة 67ق، جلسة 2010/2/27، متوافر علي الرابط : <http://sub.eastlaws.com>؛
- 46- طعن رقم 338 لسنة 30ق، جلسة 1966/4/28-مكتب فني س 17، ج 2.
- 47- طعن رقم 3584 لسنة 83ق، جلسة 2014/2/17، متوافر علي الرابط : <https://lawyeregypt.net>
- 48- الطعن رقم 377 لسنة 65، جلسة 2002/1/26، المكتب الفني، س 53 ع 1، ق 31.
- 49- طعن رقم 3936 لسنة 82، جلسة 2021\1\18، موقع محكمة النقض الإلكترونية.
- 50- طعن رقم 402 لسنة 70ق، جلسة 2008، 4، 7، مكتب فني سنة 59-قاعدة 68-متوافر علي الرابط <https://lawyeregypt.net> :
- 51- طعن رقم 402 لسنة 70ق، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/4/7، مكتب فني سنة 59 قاعدة 68.
- 52- طعن رقم 4778 لسنة 87ق، جلسة 2017/12/26، متوافر علي الربط <https://lawyeregypt.net>
- 53- طعن رقم 514 لسنة 51ق، جلسة 1987/3/30، مكتب فني س 38، ج 1.
- 54- طعن رقم 6155 لسنة 86ق، جلسة 2021/3/21، طعن رقم 9019 لسنة 84ق، جلسة 2016/5/8.
- 55- الطعن رقم 6458 لسنة 86 ق، الدوائر التجارية -جلسة 2017/1/18.
- 56- طعن رقم 6764، لسنة 64ق، جلسة 2010/12/26، مكتب فني 61، ق 7، 173، متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com>
- 57- طعن رقم 6891 لسنة 75، جلسة 2007/10/22، المكتب الفني،، ق 116.
- 58- طعن رقم 7353 لسنة 64ق، جلسة 2000/2/28.

- 59- الطعن رقم 7404، لسنة 79ق، جلسة 2018/3/18، شبكة قوانين الشرق الإلكترونية.
- 60- طعن رقم 758 لسنة 2016، جلسة 10 يونيو 2016 طعون حقوقية، متوافر علي الرابط <https://webcache.googleusercontent.com> :
- 61- طعن رقم 7871 لسنة 78ق، الدوائر المدنية، جلسة 2018/5/14، متوافر علي الرابط <https://webcache.googleusercontent.com> :
- 62- الطعن رقم 7887 لسنة 74ق، جلسة 2014/4/23، الدائرة المدنية، مكتب فني.
- 63- طعن رقم 8084 لسنة 63 ق، جلسة 202/11/12، متوافر علي الرابط <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads> الوكالة-قانوناً-وقضاء-عقداً-وإجراء- في-قضاء-محكمة-النقض(pdf).
- 64- طعن رقم 834، لسنة 53ق، جلسة 1999/2/5، موقع محكمة النقض <https://www.cc.gov.eg>
- 65- طعن رقم 866 لسنة 73ق، جلسة 2013/6/11، متوافر علي الرابط <https://lawyeregypt.net>
- 66- طعن رقم 8684 لسنة 75ق، جلسة 2015/10:2 متوافر علي الرابط : <https://webcache.googleusercontent.com>؛
- 67- طعن رقم 9236 لسنة 75ق، دائرة أحوال شخصية، جلسة 2007/5/23 متوافر علي الرابط <https://webcache.googleusercontent.com> :
- 68- طعن رقم 9412 لسنة 87ق، جلسة 2018/4/10.
- 69- طعن رقم 949 لسنة 80ق، جلسة 2011/7/7؛ متوافر علي الرابط : <https://lawyeregypt.net>
- 70- الطعن رقم 9559 لسنة 65 ق، جلسة 2008/6/8، دوائر مدنية، مكتب فني 59، ق112، 642.
- 71- طعن رقم 990 لسنة 84ق، جلسة 2015/11/3، مكتب فني 66، ق6، 156، متوافر علي الرابط <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com> :
- 72- طعن رقم 1137، لسنة 65ق، جلسة 2008/3/11، سبق ذكره في المبحث الأول.
- 73- طعن رقم 9225 لسنة 85ق، جلسة 2016/2/30؛ طعن رقم 10550 لسنة 83ق، جلسة 2015/11/8؛ الدائرة المدنية والتجارية متوافر علي الرابط : <https://qadaya.net/?p=10554>

## • الدوريات والمجلات:

- 1- شامل سليمان عسله، الاثر القانوني لانتفاء الصفة المطلق في الدفاع أمام القضاء المدني دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والثلاثون، المجلد الأول، 2017م.
- 2- عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم في القوانين الفلسطينية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، 2012.
- 3- عبد المالك يحيوي، عمرو خليل، عوارض الخصومة في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والرسات، المجلد السادس، العدد الثاني، 2021.
- 4- مقال بعنوان التمييز بين التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة وبين المخاصمة بوكيل والوكالة بالحضور، منشور علي موقع مدونة القوانين الوضعية متوافر علي الرابط <https://qawaneen.blogspot.com>

## • القوانين:

- 1- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لسنة 2001.
- 2- قانون الأسرة الجزائري.
- 3- قانون التجارة الجزائري.
- 4- قانون الجمعيات الصادر عام 1909.
- 5- قانون العقوبات الأردني.
- 6- قانون العقوبات الجزائري.
- 7- قانون العقوبات اللبناني.
- 8- قانون العمل اللبناني.
- 9- قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983.
- 10- القانون المدني الاردني.
- 11- القانون المدني الجزائري.
- 12- القانون المدني السوري.
- 13- قانون المرافعات العراقي.
- 14- قانون تنظيم مهنة المحاماة اللبناني.
- 15- القانون رقم (149) لسنة 2019 الخاص بتنظيم ممارسة العمل الأهلي.
- 16- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 151 عام 1983 المعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم 23 عام 1985 والمتعلق بتنظيم وزارة العدل.

- 17- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 35 لسنة 1967 المتعلق بالشركات المحدودة المسؤولة.
- 18- المرسوم الاشتراعي رقم 340، صادر في 1/3/1943، موقع الكتروني ويكي الجندر) رابط <https://genderiyya.xyz/wiki>
- 19- مشروع القانون المدني الفلسطيني.

• المراجع الأجنبية

- 1- E.D. GARBAGNATI: LA SOSTITUZIONE PROCESSUALE, NEL NUOVO CODICE DE PROEDURA CIVILE, MILANO, 1942.