

2020

## إضاءات على بعض أحكام القضاء المصري

الأستاذ الدكتور محمد حسن قاسم  
استاذ القانون المدني- عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية في جامعة بيروت العربية-بيروت-لبنان  
Mohammad.kassem@bau.edu.lb

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal>

### Recommended Citation

"إضاءات على بعض أحكام القضاء المصري" (2020), قاسم, ح. قاسم, "الأستاذ الدكتور محمد ح. قاسم," *BAU Journal - Journal of Legal Studies*: Vol. 2020 , Article 2.

Available at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal/vol2020/iss2020/2>

This Article is brought to you by Digital Commons @ BAU. It has been accepted for inclusion in BAU Journal - Journal of Legal Studies by an authorized editor of Digital Commons @ BAU. For more information, please contact [ibtihal@bau.edu.lb](mailto:ibtihal@bau.edu.lb).

## تمهيد:

إيماناً منا بأن القانون لا تصنعه النصوص فقط بل يشارك القضاء أيضاً في صنعه باعتباره – كما يقال – "القانون الحي" أو القانون في "حالة الحركة"<sup>(١)</sup> كانت هذه الإضاءات التي من خلالها نتناول بعضاً من الأحكام الحديثة الصادرة عن القضاء المصري، وبخاصة تلك الصادرة عن المحاكم العليا، بعرض ما تتضمنه من مبادئ، وسواء كانت تأكيداً لما استقر عليه القضاء أو عدولاً عنه، وذلك ببيان الأبعاد الحقيقية لما قرره هذه المبادئ، وما تنبئه من تساؤلات ومناقشتها، وملاحظاتنا بشأنها.

تهدف هذه الإضاءات إلى استنهاض همم الباحثين في مجال الدراسات القانونية إلى مزيد من الاهتمام بالأحكام القضائية على مختلف درجات المحاكم الصادرة عنها، فالمعرفة القانونية لا تكتمل إلا بالإحاطة بهذا الجانب التطبيقي للنصوص القانونية، ذلك أن القانون وكما يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري<sup>(٢)</sup>، "ليس.... مما يمكن حصره في دفتي كتاب أو مجموعة من النصوص... القانون كائن حين ينمو ويتطور في البيئة التي نشأ فيها، وهو أكثر مرونة من أن يعيش في نصوص جامدة، ما دامت الحياة في تطور مستمر". وليس من شك في أن هذا الجانب التطبيقي للنصوص هو الذي يكفل للأخيرة الاستمرارية والقابلية لمواكبة تطور الحياة.

إلى ذلك أيضاً فإن هذه الإضاءات هي دعوة للقائمين على المجالات القانونية في عالمنا العربي إلى الاهتمام بهذا الجانب التطبيقي للقانون من خلال تضمينها باباً مستقلاً دائماً للتطبيق على الأحكام القضائية في فروع القانون المختلفة، فالملاحظ أن هذه المجالات تكاد لا تتناول هذه الأحكام إلا نادراً، وذلك خلافاً للمتبع في المجالات القانونية الصادرة في الدول الأوروبية، ومنها على سبيل المثال الصادرة في فرنسا، والتي لا تخلو واحدة منها من الأقسام المخصصة للتعليقات والملاحظات على الأحكام من قبل كبار الفقهاء في كافة فروع القانون.

هذه الدعوة ليست مجرد رغبة في تقليد ما هو أجنبي، وإن كانت كذلك فلا بأس، فهي دعوة علمية خالصة. وهي في ذات الوقت دعوة لإحياء ما كان متبعاً من قبل كبار أساتذتنا، منذ ثلاثينيات القرن الماضي ولفترة من الزمن، في بعض المجالات المصرية العريقة، حيث كانت تعليقاتهم وملاحظاتهم على أحكام القضاء بمختلف درجاته عنوناً ثابتاً ودائماً في هذه المجالات<sup>(٣)</sup>. نذكر من هؤلاء على سبيل المثال: محمد حامد فهمي، زكي عبد المتعال، حامد زكي، محمد علي عرفه، سليمان مرقس، حسن بغدادي، حلمي بهجت بدوي، محمد عبد الله العربي، رؤوف عبيد، محمود مصطفى، لبيب شنب وسليمان الطماوي.

أما عن إضاءاتنا هنا فقد تناولنا فيها، وكما ذكرنا سابقاً، مجموعة من الأحكام الحديثة الصادرة في موضوعات متنوعة، حرصنا، قبل معالجتها، على تصدير كل منها بخلاصة ما انتهى إليه في ضوء وقائع وظروف الدعوى التي صدر بخصوصها، وقمنا بترتيبها بأرقام متتابعة مستقلة.

تشتمل هذه المجموعة من الأحكام على مسائل متنوعة في: التحكيم، حجية الرسائل الإلكترونية، اليمين المتممة والحاسمة، التعويض عن العدول عن إبرام العقد، ورجوع جهة الإدارة على تابعها بما أدته عنه من تعويض.

وأخيراً، فتلك محاولة<sup>(٤)</sup> أمل أن تحقق جزءاً مما قصدت، وأن يعيننا الله على استمراريتها.

## ١- البطلان الجزئي لحكم التحكيم لاشتماله على ما يخالف النظام العام – اقتصار البطلان على الأجزاء المخالفة فقط في حال إمكان فصلها عن بقية الأجزاء وامتداد ذلك إلى الصيغة التنفيذية. (محكمة النقض – الدائرة المدنية والتجارية – الطعن رقم ٢٨٢ س ٨٩ ق – جلسة ٢٠٢٠/١/٩)

تتمثل الوقائع التي صدر بشأنها الحكم المذكور في تقدم إحدى الشركات بطلب إلي رئيس محكمة استئناف القاهرة لإصدار الأمر بوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الصادر لصالحها من محكمة لندن. أصدر القاضي أمره برفض الطلب. تظلمت الشركة من هذا الأمر طالبة إلغاءه ووضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم. استجابت المحكمة لهذا الطلب.

تم الطعن في هذا الحكم من قبل الشركة الصادر ضدها حكم التحكيم أمام محكمة النقض. أقامت الشركة الطاعنة طعنها على أسباب ثلاثة. تناول السببان الأول والثاني مسائل إجرائية، انتهت المحكمة بشأنها إلي اعتبارها غير سديدة، لذلك لن نعرض لها، وسنقتصر على السبب الثالث من الأسباب التي بنى عليها الطعن، وهو ما نود تسليط الضوء عليه.

(١) راجع دراستنا، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي، مجلة الدراسات القانونية، تصدرها كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، عدد ٢٠١٨ ص ١٠ وما بعدها.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد – السنة السادسة، العدد الأول – يناير ١٩٣٦ ص ٣ – ١٤٤ خاصة ص ٣.

(٣) راجع الأعداد الأولى من مجلات: القانون والاقتصاد (جامعة القاهرة) الحقوق (جامعة الإسكندرية) العلوم القانونية والاقتصادية (جامعة عين شمس).

(٤) من تعليقاتنا الحديثة على أحكام القضاء: المستأجر في زمن الكورونا: قراءة في حكم محكمة دمياط الابتدائية – الدائرة الرابعة – مدني بتاريخ ٢٠٢٠/١٠/١٨ في القضية رقم ٦٠٩ لسنة ٢٠٢٠ مدني كلي دمياط، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع (نادي قضاة مصر) المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٢١ ص ١٢ – ٣٤. الضرر الأدبي والشخص الاعتباري: قراءة تحليلية انتقادية لحكم محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية، بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٢، مجلة الدراسات القانونية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، عدد ٢٠١٩، متاح على الموقع الإلكتروني.

<https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2019/iss2019/1>

وأيضاً: إلغاء العقد بالإرادة المنفردة: تعليق على قرار قاضي الأمور المستعجلة في المتن رقم ٧٥٧ بتاريخ ٢٠١٣/٢/٥، مجلة العدل (تصدرها نقابة المحامين في بيروت) السنة ٥٠، العدد الأول ص ٣٨٧ وما بعدها.

استناداً إلى هذا السبب الثالث ادعت الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وإخلاله بحق الدفاع، ذلك أنها – وبحسب قولها – تمسكت أمام المحكمة المطعون في حكمها بمخالفة حكم التحكيم الأجنبي – محل التظلم – للنظام العام في مصر وما نصت عليه المادتين (٢٢٦ و ٢٢٧) من القانون المدني المصري من تحديد سعر الفائدة بـ ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية ، وألا يتجاوز سعر الفائدة الإثباتية ٧%، غير أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع وقضي بوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الأجنبي الذي احتسب فائدة ٨% سنوياً على القيمة الرئيسية للفواتير من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد، إضافة إلى احتساب فائدة مركبة ٤% على المبلغ الرئيسي لإشعارات المدين، رغم خلو الأوراق من وجود اتفاق على الفائدة.

اعتبرت الشركة الطاعنة أن ذلك يعيب الحكم المطعون ويستوجب نقضه.

من ناحيتها أكدت محكمة النقض على سلامة ما أخذته الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه من هذه الناحية مستندة في ذلك إلى الفقرتين ١ (ج) و ٢ (ب) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك الخاصة بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها ( ١٩٥٨ ) ، حيث أن مؤدى هاتين الفقرتين، وفقاً للمحكمة، أنه يتعين على القاضي المصري رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي متى وجد به ما يخالف النظام العام في مصر، ولا يكفي في ذلك تعارضه مع أية قاعدة قانونية ولو كانت أمراً ما دامت غير متصلة بالنظام العام . استدركت المحكمة في هذا الصدد، وبعد ذلك بالقول: إلا أنه إذا كانت مخالفة النظام العام قاصرة على جزء فقط من الحكم أمر القاضي بتنفيذ الشق الذي لا مخالفه فيه طالما أمكن فصله عن الآخر، وهو في ذلك لا يتجاوز حدود سلطته، إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون تنفيذاً جزئياً للحكم فرضته مقتضيات النظام العام دون مساس بموضوع الحكم الأجنبي ذاته.

أرادت المحكمة بذلك، وبحق، التأكيد على أن حكم التحكيم الأجنبي يمكن رفض تنفيذه متى انطوى على مخالفة للنظام العام. ويستفاد من قضائها هذا أنه إذا كان الحكم في كل أجزائه منطوياً على مخالفة للنظام العام في مصر يتعين رفض تنفيذه كلياً. أما إذا اقتصرت المخالفة على جزء من أجزاء الحكم فإن هذا الجزء وحده هو الذي يكون محلاً لرفض التنفيذ، شريطة أن يكون بالإمكان فصل هذا الجزء عن بقية أجزاء الحكم المطلوب تنفيذه.

هذا ما أدى بالمحكمة إلى أن تخلص إلى القول بأنه لما كان الثابت من الأوراق " أن حكم التحكيم محل النزاع قد تضمن قضاءه بإلزام الطاعنه بفوائد بسعر ٨% على القيمة الرئيسية للفواتير فضلاً عن فائدة مركبة ٤% على المبلغ الرئيسي من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد أي بما يتجاوز نسبة الـ ٥% الحد الأقصى للسعر القانوني للفوائد في المواد التجارية في القانون المدني المصري، وهو وفقاً للمقرر – في قضاء هذه المحكمة – مما يتصل بالنظام العام في مصر ، لذا كان متمتعاً بتنفيذ هذا الحكم فيما يتجاوز ذلك الحد ، أما ما دون ذلك فكان متعيناً بالأمر بتنفيذه ."

لذلك، وحيث أن الحكم المطعون فيه لم يلتزم ما سبق فقد اعتبرته المحكمة قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه جزئياً. ولما كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، فقد انتهت المحكمة إلى القضاء بقصر الفائدة المستحقة للشركة المطعون ضدها على ٥% سنوياً وتأييد الحكم المطعون فيه فيما عدا ذلك.

هذا وإذا كانت محكمة النقض بهذا الحكم قد عابت على محكمة الاستئناف أنها قررت منح الصيغة التنفيذية لكامل حكم التحكيم رغم بطلانه جزئياً لمخالفته النظام العام في شق منه، فالواقع أن البطلان الجزئي هنا يعود في أصله وحقيقته إلى حكم التحكيم ذاته ومخالفته في شق منه النظام العام ، وليس إلى حكم محكمة الاستئناف بمنحه الصيغة التنفيذية.

هذا ويلاحظ أن حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/١/٩ هو في الواقع امتداد للقضاء السابق لذات المحكمة، وتطبيق له. ففي حكمها الصادر عن دائرتها المدنية والتجارية بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٥ – الطعن رقم ٨١٠ س ٧١ ق مثلاً قضت المحكمة ، واستناداً لنص المادة ٥٣ (١) (و) و (٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه "إذا فصل حكم هيئة التحكيم في مسائل خاضعة للتحكيم وأخرى غير خاضعة له أو إذا تضمن ما يخالف النظام العام في بعض أجزائه أو في شق منه وأمكن فصل بعضها عن البعض الآخر، فإن البطلان لا يقع إلا على أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الغير خاضعة لاتفاق التحكيم وتلك التي خالفت النظام العام وحدها دون باقي أجزاء الحكم، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان حكم التحكيم برمته لمخالفته النظام العام في مصر حين قضى بفوائد تزيد عن الحد الأقصى المقرر بالمادة ٢٢٧ مدني دون أن يبين بمدوناته مقدار فائدة الليبور ( فائدة بنوك لندن ) + ٣% وما إذا كانت تزيد عن الحد الأقصى المقرر قانوناً من عدمه حتى يمكن القول بأنها مخالفة للنظام العام في مصر بما يعيبه بالقصور، فضلاً عن أنه مد البطلان إلى باقي أجزاء حكم هيئة التحكيم الأخرى، رغم إمكان فصلها عن الأجزاء المقال ببطلانها وهو ما أدى إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن ..... "

وبهذا المعنى وبصياغة مطابقة تقريباً جاء أيضاً حكم المحكمة الصادر عن دائرتها التجارية والاقتصادية بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٨ ، الطعن رقم ٩٨٨٢ س ٨٠ ق.

إذا كان هذا القضاء لا يمكن أن يقوم أي جدل جدي في صحة ما ذهب إليه ولا في سلامة المبادئ والحجج التي بني عليها، فإن من نتيجته طرح السؤال التالي: ماذا لو كان الجزء من الحكم المشوب بعيب مخالفة النظام العام في مصر لا يمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم التحكيمي؟

لا شك لدينا في أن مؤدى القواعد التي استند إليها هذا القضاء والسير في منطقتها السليم، يقتضي الإجابة على هذا التساؤل بأنه في هكذا حالة وحيث تختلط في حكم التحكيم الأجزاء المخالفة للنظام العام بغير المنطوية على مثل هذه المخالفة على نحو يتعدى الفصل بينها يتعين القضاء ببطان حكم التحكيم بأكمله لتعذر إجراء تجزئته، وبالتبعية لذلك رفض تنفيذه بأكمله (قارب حكم محكمة استئناف القاهرة ، مأمورية استئناف الجيزة، الدائرة (٦٣) تجاري، دعوى البطان رقم ١٢ س ١٣٥ ق جلسة ٢٠١٨/٥/٩، مجلة التحكيم العالمية، العدد الواحد والأربعون - كانون الثاني (يناير) ٢٠١٩، السنة الحادية عشر ص (٤٩٠).

وهذا في الواقع ما يستفاد مما جاء في عبارات الحكم ، وحيث قضت المحكمة بأنه " .... إذا كانت المخالفة للنظام العام قاصرة على جزء فقط من الحكم أمر القاضي بتنفيذ الشق الذي لا مخالفة فيه طالما أمكن فصله عن الآخر .... " فمن الواضح من ذلك أن الأمر بالتنفيذ الجزئي للشق غير المتضمن مخالفة للنظام العام مشروط بإمكان فصله عن بقية الأجزاء.

## ٢- إلغاء مركز التحكيم لا يؤثر على العملية التحكيمية وصحة الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية. ( محكمة النقض - الدائرة التجارية والإقتصادية - الطعن رقم ٦٦٢٧ س ٨٩ قضائية - جلسة ٢٠١٩/١٢/١٠ )

ذلك هو مضمون الحكم الصادر عن محكمة النقض بالتاريخ المذكور.

تتحصل وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن الطاعنة (شركة دار البناء للتعمير والإنشاء) قد اتفقت مع الجمعية المطعون ضدها (الجمعية التعاونية للبناء والإسكان لأجيال المستقبل لأحياء الإسكندرية) على إخضاع المنازعات التي تنشأ بشأن تنفيذ عقد المقاول المبرم بينهما أو بسببه للتحكيم لدى مركز التحكيم بالاتحاد التعاوني والإسكاني المركزي المنشأ بقرار وزير الإسكان رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠٠٤. أقامت الطاعنة دعواها التحكيمية بتاريخ ٢٠١٧/٥/٢، وتم تشكيل هيئة التحكيم وفق إرادة الطرفين، وبأشرت الهيئة التحكيمية بالإجراءات التحكيمية بتاريخ ٢٠١٧/٧/١٠، وأثناء نظر الدعوى، أصدر وزير الإسكان القرار رقم ٦٢٥ لسنة ٢٠١٧ بإلغاء مركز التحكيم المشار إليه والقرارات المنظمة له، وتم نشر القرار بتاريخ ٢٠١٧/١١/٩ بالوقائع المصرية.

استمرت الهيئة التحكيمية في نظر الدعوى دون اعتراض أي من الطرفين وأصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١٨/١/٣ .

اعتراضا على هذا الحكم أقامت الجمعية المطعون ضدها دعوى أمام محكمة استئناف الإسكندرية بطلب بطلان حكم التحكيم ، مستندة في ذلك إلى قرار وزير الإسكان بإلغاء مركز التحكيم والقرارات الوزارية المنظمة له، وأنه بذلك " أصبح كل ما يصدر عن هذا المركز بعد ذلك ..... هو والعدم سواء ".

استجابت محكمة الاستئناف لطلب الجمعية ، فطعن الشركة في هذا الحكم بطريق النقض.

أقامت الشركة الطاعنة طعنها مستندة إلى أربعة أسباب نعت بها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والتناقض، ذلك أنه قضى ببطان الحكم الصادر عن مركز التحكيم واعتبار كل ما يصدر عنه بعد نشر قرار إلغائه باطلا بطلاناً مطلقاً، دون أن يفتن إلى أن الدعوى التحكيمية قد أقيمت قبل صدور هذا القرار، وأن تشكيل الهيئة التحكيمية تم باتفاق الطرفين وليس من مركز التحكيم، وأن هذه الهيئة استمرت في نظر الدعوى دون أي اعتراض من الجمعية، كما أن حكم التحكيم إنما تصدره هيئة التحكيم وليس مركز التحكيم، بما يعني أن إلغاء مركز التحكيم لا يؤثر على العملية التحكيمية. إضافة إلى ذلك أخذت الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه ما شابه من تناقض وذلك بتضمينه أن حالات بطلان حكم التحكيم وردت على سبيل الحصر في المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري، ثم عاد وقضى بالبطلان على الرغم من عدم توافر حالة من حالاته تلك.

عند نظر الطعن بالنقض اعتبرت محكمة النقض في حكمها المذكور أن ما نعتته الشركة الطاعنة على حكم محكمة الاستئناف في محله، ونقضت الحكم المطعون فيه، وقضت برفض دعوى البطان، حيث كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجاء بحكم المحكمة تأسيساً لقضائها:

- أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، وأن إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه .....
- استمرار الهيئة التحكيمية في مباشرة إجراءات الدعوى دون اعتراض من جانب أي من الطرفين رغم علمهما بقرار إلغاء مركز التحكيم وذلك بنشر قرار وزير الإسكان بإلغائه يحول دون إثارة أي اعتراض في هذا الشأن.

أرادت المحكمة بذلك القول بأن إلغاء مركز التحكيم وعلم الأطراف بذلك دون اعتراض من قبل أحدهم مؤداه موافقتهم الضمنية على استمرار الهيئة التحكيمية في مهامها مما لا يجوز معه الاعتراض على حكمها بعد ذلك والطعن عليه، فإرادة الأطراف هي قوام التحكيم وهي التي توجد .

اعتبرت المحكمة إذن أن هذه الإرادة متوافرة على الرغم من إلغاء مركز التحكيم الذي ارتضى الأطراف به للنظر فيما ينشأ بينهم من نزاعات، أو على الأقل اعتبرت المحكمة عدم الاعتراض بإلغاء المركز أثناء نظر الدعوى نزولاً عن الحق في الاعتراض، وذلك استلهاماً لحكم المادة ٨ من قانون التحكيم والتي جاء بها: إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً عن حقه في الاعتراض.

– أخذت المحكمة على الحكم المطعون فيه أيضاً ما ذهب إليه من انتفاء ولاية مركز التحكيم بعد نشر قرار إلغائه، واعتبار كل ما يصدر عنه بعد ذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يقبل التصحيح، مؤكدة على أن " حكم التحكيم إنما يصدر عن هيئة التحكيم ولا يصدر عن مركز التحكيم، مضيفة أن المشرع حدد في المادة (١)٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الحالات التي تقبل فيها دعوى بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر وليس من بينها حالة إلغاء مركز التحكيم ".  
لتخلص المحكمة من ذلك إلي أن إلغاء مركز التحكيم بمجرد لا يؤدي إلى إلغاء التحكيم وإجراءاته.

بحسب محكمة النقض إذن، فإن زوال الإطار التنظيمي للتحكيم الذي اختاره الأطراف لا يؤثر في صحة العملية التحكيمية ذاتها، ولا في صحة الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية، وفي ذلك تقول المحكمة أن " إلغاء مركز التحكيم بمجرد لا يؤدي إلى إلغاء التحكيم وإجراءاته، فمركز التحكيم ذاته لا يتدخل في إجراءات التحكيم إلا بالقدر الذي يرتضيه أطراف التحكيم ... ويقوم المركز على تسيير المسائل الإدارية والتنظيمية اللازمة لسير إجراءات التحكيم.... هذا إلى أن وجود مركز التحكيم من عدمه لا يمس صحة ما تم من إجراءات سابقة من هيئة التحكيم أو أية إجراءات لاحقة على قرار الإلغاء.... "

وخلصت المحكمة بالبناء على ما سبق إلى أن الأمر في هذه الحالة لن يتجاوز " في أقصى تقدير تحول التحكيم من تحكيم مؤسسي إلى تحكيم حر " وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى ببطلان حكم التحكيم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه.

وفقاً لهذا الحكم إذن فإن إلغاء مركز التحكيم الذي ارتضاه أطراف اتفاق التحكيم لنظر منازعاتهم، أثناء نظر الدعوى، دون اعتراض من قبلهم، لا أثر له في سلامة العملية التحكيمية أو صحة الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية.

هذا ونعتقد من جانبنا أن ظروف الدعوى التي صدر بشأنها هذا الحكم، ومسارها الإجرائي، قد انعكست على ما انتهى إليه حكم محكمة النقض. فالمؤكد أن هناك اختلافات واضحة بين التحكيم المؤسسي، الذي اختاره الأطراف، والتحكيم الحر، ولا نعتقد أن هذه كانت غائبة عن بال المحكمة العليا، غير أن استمرار الهيئة التحكيمية في نظر الدعوى دون اعتراض من قبل أي من أطرافها لم يكن ممكناً حمله إلا على أنه إرادة ضمنية مشتركة بقبول استمرار الهيئة المذكورة في نظر الدعوى والقبول بما يصدر عنها بشأنها. إضافة إلى ذلك يمكن القول بأن الاعتراض من قبل أحد الأطراف بإلغاء مركز التحكيم بعد صدور الحكم التحكيمي، على الرغم من سبق العلم بذلك، وعدم إثارة هذا الاعتراض أثناء نظر الدعوى، ثم أخذ هذا الإلغاء ذريعة للنيل من الحكم الصادر في الدعوى، هو بمثابة إخلال واضح بمقتضيات حسن النية الإجرائي مردود على من اقترفه.

على الرغم من سلامة وصحة ما انتهى إليه الحكم موضوع الإضاءة يبقى أنه، ومن خلال سياقه، يثير بالنسبة لنا تساولين أساسيين:

### التساؤل الأول الذي يثيره هذا الحكم هو الآتي:

ماذا لو اعترض أحد أطراف اتفاق التحكيم، أثناء نظر الدعوى، بإلغاء الإطار المؤسسي الذي ارتضى به، هل من أثر لهذا الاعتراض على اتفاق التحكيم ذاته، أم أن الاتفاق يكتسب بمجرد إتمامه قوة مطلقة وذاتية لا يطال منها إلغاء الإطار التنظيمي الذي يتم من خلاله. وبعبارة أخرى، هل يصبح الاتفاق على التحكيم كوسيلة لحل خلافات الأطراف، بمجرد إبرامه مستقلاً عن إرادة الفرقاء، بحيث يبقى قائماً رغم إلغاء الجهة التي اعتمدها هؤلاء لتتم العملية التحكيمية تحت مظلتها أو من خلالها، أم أن اعتماد هذه الجهة يعد جزءاً من الاتفاق ذاته بحيث يؤدي زوالها إلى زواله بالتبعية؟

لا شك أن للجهة التي اعتمدها الأطراف لحل خلافاتهم تحت مظلتها أهمية في نظر هؤلاء. صحيح أن الحكم التحكيمي يصدر عن الهيئة التحكيمية وليس عن الجهة التي تنطوي تحتها هذه الهيئة، ولكن، من الناحية الواقعية، هذه الجهة محل اعتبار لدى أطراف اتفاق التحكيم من ناحية ما تتمتع به من سمعة وخبرة وثقة، وكل ذلك، بلا شك، محل تقدير واعتبار من قبل هؤلاء.

إذا ما أردنا تلمس إجابة على التساؤل المطروح من خلال الحكم موضوع الإضاءة يمكننا ملاحظة أنه تضمن تلميحاً بإجابة ضمنية على هذا التساؤل، وذلك حين انتهت المحكمة، وعلى نحو ما أشرنا آنفاً، إلى أن الأمر هنا (أي في الحالة المعروضة عليها) لن يتجاوز في أقصى تقدير "تحول التحكيم من تحكيم مؤسسي إلى تحكيم حر".

قد يفهم من ذلك أنه وفقاً لمحكمة النقض لا أثر للاعتراض استناداً إلى إلغاء مركز التحكيم على اتفاق التحكيم في ذاته، وإن أدى هذا الإلغاء، من الناحية الواقعية، إلى تحول التحكيم إلى تحكيم حر بعد أن كان القصد أن يكون مؤسسياً. العبرة إذن في نظر المحكمة بوجود اتفاق على التحكيم كوسيلة لحل خلافات الأطراف، فهذا هو المعول عليه ولو زال الإطار التنظيمي الذي ارتضاه هؤلاء لإعمال اتفاقهم، فإذا ما دخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ وتشكلت الهيئة التحكيمية وباشرت في أداء مهمتها، فلا يجوز – بحسب ما قد يفهم من عبارة محكمة النقض – بعد ذلك التذرع بإلغاء الإطار الذي نشأت في ظله هذه الهيئة.

هذا ما نعتقد أن المحكمة قد ألمحت إليه. الاعتراض استناداً إلى إلغاء مركز التحكيم أثناء نظر المنازعة، سعيًا للنيل من سلامة الحكم التحكيمي والقول ببطلانه مردود وغير جائز وفقاً لما يمكن استخلاصه مما ورد بهذا الحكم.

لا شك أن فهم ما جاء بالحكم على هذا النحو، والإجابة على التساؤل المثار من خلال هذا الفهم أيضاً، يتضمن دعماً ومساندة لاتفاق التحكيم وتأكيداً لاستقلاليتهم.

إضافة إلى ما تقدم يمكن القول بأن ما أوجت به محكمة النقض من خلال عبارتها السابق ذكرها، وبالعودة للسؤال المطروح، إنما يعني أن الاعتراض من قبل أحد الأطراف بإلغاء مركز التحكيم أثناء نظر الدعوى، يتضمن إخلالاً بمقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ الاتفاق على التحكيم ورافده الأساسي الذي يوجب التعاون على الإبقاء على الاتفاق وتفعيله وليس السعي لإهداره، فإذا ما كان الاعتراض هكذا فيصبح سعيًا مردوداً.

والواقع أن مثل هذه المحاولة للإجابة على هذا التساؤل المطروح هنا من خلال ما انتهى إليه حكم محكمة النقض موضوع الإضاعة وما ورد في حيثياته قد يُعترض عليها بأنها تنتافي وإرادة الأطراف التي قصدت أن يكون التحكيم بشأن منازعاتهم تحكيمًا مؤسسياً وليس تحكيمًا حرًا.

لا شك أن هذا الاعتراض هو اعتراض لا يمكن إغفاله وذلك بالنظر إلى أن قوام وأساس اتفاق التحكيم هو إرادة أطرافه، لذلك فإن إجابة دقيقة على التساؤل الأول المثار تتوقف على بيان حقيقة إرادة أطراف اتفاق التحكيم، وهذا ما يقتضي التمييز بين فرضين: **الفرض الأول:** أن يتبين من خلال البحث عن هذه الإرادة أن مركز التحكيم الذي وقع عليه اختيار الأطراف كان محل اعتبار لدى هؤلاء، وأنه كان مقصوداً لذاته لنظر منازعاتهم وتحت مظلتهم. في مثل هذا الفرض لا شك أن زوال مركز التحكيم بإلغائه يستتبع زوال اتفاق التحكيم، ولا يمكن القول في هذه الحالة بتحول التحكيم المؤسسي إلى تحكيم حر وذلك نظراً للاختلافات الجوهرية بينهما، والقول بغير ذلك يتضمن مخالفة صريحة لإرادة الأطراف الواضحة على حل النزاع عن طريق التحكيم المؤسسي وضمن مركز معين بذاته. **أما الفرض الثاني:** فهو خاص بالحالة التي يتبين فيها أن اتفاق الأطراف كان جوهره اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع، بمعنى أن اللجوء إلى مركز معين لم يكن هو محل الاعتبار لدى هؤلاء، بل أن ما قصده أطراف الاتفاق هو حل النزاع بينهما تحكيمياً أي كان الإطار التنظيمي الذي يتم من خلاله هذا التحكيم، وسواء كان تحكيمًا مؤسسياً أم حرًا. في مثل هذه الحالة لا يمكن القول بزوال اتفاق التحكيم بإلغاء مركز التحكيم، ويصبح مقبولاً القول بتحول التحكيم المؤسسي إلى تحكيم حر، وليس في ذلك مخالفة لإرادة أطراف الاتفاق، فالفرض أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى التحكيم كوسيلة لحل الخلاف، أي كان الإطار المنظم له. بل يمكن القول أيضاً بأن ذلك هو مقتضى حسن النية في تنفيذ اتفاق الأطراف.

هذا ويخضع استخلاص إرادة أطراف الاتفاق لسلطة هيئة التحكيم التقديرية (أو المحكمة الناظرة في قرارها) في ضوء ظروف وملابسات التعاقد موضوع النزاع والعرف الجاري في مجاله، والعلاقات السابقة بين أطراف النزاع، وكل ظرف آخر من شأنه استجلاء حقيقة هذه الإرادة.

### **أما التساؤل الثاني الذي يستتبعه الحكم الذي نحن بصدده فهو:**

ماذا لو تم إلغاء مركز التحكيم المتفق عليه قبل نشوء النزاع، وبالتالي قبل بدء عملية التحكيم وتشكيل الهيئة التحكيمية، هل من أثر لذلك على اتفاق التحكيم؟

في هذه الحالة أيضاً تتوقف الإجابة على استظهار حقيقة إرادة أطراف الاتفاق. لا شك أنه فيما يتعلق بالشق من هذا الاتفاق والخاص بالمركز الذي وقع عليه الإختيار يصبح هذا الشق منعدماً بزوال محله، ويبقى التساؤل قائماً بشأن الاتفاق على التحكيم كآلية لحل ما قد ينشأ من خلاف بين أطرافه.

كما ذكرنا فيما تقدم فإن المعول عليه في تحديد مصير الاتفاق في هذه الحالة هو إرادة الأطراف. وعلى نحو ما سبق بشأن الإجابة على التساؤل الأول، فإذا ما تبين من خلال البحث عن حقيقة هذه الإرادة أن المركز الذي وقع عليه اختيار الأطراف كان محل اعتبار لديهم بحيث لم يكن متصوراً اعتماد غيره لحل نزاعهم، فلا شك أن ذلك يؤدي إلى زوال اتفاق التحكيم، ويعود النظر فيما قد ينشأ من نزاع بينهم إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظره، وذلك بطبيعة الحال ما لم يتفق الأطراف على تحديد جهة أخرى لتولي العملية التحكيمية عند الحاجة إليها.

أما إذا تبين أن المركز المختار من قبل الأطراف لم يكن محل اعتبار لديهم وأن القصد الحقيقي لهؤلاء هو حل منازعاتهم تحكيمياً وسواء كان التحكيم لدى هذا المركز أو غيره من المراكز، أي في جميع الأحوال في كنف مركز ما، فإنه في هذه الحالة لا يمكن القول بزوال اتفاق التحكيم، بل أنه وبموجب قاعدة وجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية يكون على أطراف هذا الاتفاق تحديد جهة أخرى لتولي العملية التحكيمية. فإذا لم يتفق الأطراف على ذلك فإنه، وفي اعتقادنا، وإعمالاً لما تبين من حقيقة إرادة أطراف اتفاق التحكيم، لا مناص من استلزام أحكام المادة (١٧) من قانون التحكيم والتي تتضمن الإجراءات الواجبة الإلتزام في حال عدم اتفاق أطراف التحكيم على اختيار المحكمين وكيفية ووقت اختيارهم والمحكمة المختصة بذلك.

تبقى فرضية أخيرة تتمثل في أن يتبين أن الواقع الحقيقي لإرادة الأطراف في اتفاقهم على التحكيم هو أن يتم حل خلافاتهم من خلال التحكيم سواء كان مؤسسياً أو حرًا، في مثل هذه الحالة لا يمكن القول بزوال اتفاق التحكيم بإلغاء المركز المتفق عليه، وإلا كان ذلك مخالفة واضحة لإرادة الأطراف على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم. في مثل هذه الحالة واحتراماً لهذه الإرادة، وإعمالاً أيضاً لمقتضيات حسن النية في تنفيذ الاتفاق، يتعين على الأطراف إما الاتفاق على مركز بديل لنظر ما قد ينشأ من نزاع بينهم أو الاتفاق على

اختيار طريق التحكيم الحر. وفي حال عدم الاتفاق فهنا أيضاً، وكما سبق وأشرنا، يمكن إعمال واستلهم أحكام المادة (١٧) من قانون التحكيم، باعتبار تضمنها آلية دعم ومساندة من أجل إعمال وتفعيل اتفاق التحكيم والحؤول دون إهداره وبما يتفق ونية أطرافه.

إجمالاً لما تقدم يمكن القول بأنه إذا كان جوهر التحكيم وأساسه هو إرادة الأطراف التي تتجسد اتفاقاً على حل خلافاتهم من خلال هذه الوسيلة فإن مصير هذا الاتفاق، في حال زوال إطاره التنظيمي المتفق على أن يتم في كنفه، إنما يكون من خلال تقصي حقيقة إرادة أطرافه ومقتضيات حسن النية في تنفيذه.

٣- حجبة الرسائل الإلكترونية في الإثبات مشروطة باستيفانها للشروط المنصوص عليها قانوناً.  
( محكمة النقض – الدائرة المدنية والتجارية – الطعن رقم ١٧٠٥١ س ٨٧ ق – جلسة ٢٠١٩/٣/٢٨ ، – الدائرة التجارية والاقتصادية – الطعن رقم ١٧٦٨٩ س ٨٩ ق – جلسة ٢٠٢٠/٣/١٠ )

بموجب قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٤/٢١، ساوى المشرع المصري في مجال الإثبات بين كل من الكتابة التقليدية، أي التي تثبت على دعامات ورقية، والكتابة الإلكترونية، التي تثبت على دعامة إلكترونية، أي كان نوعها، وأكد على هذا التساوي من حيث قوة كل منهما في الإثبات. فقد نصت المادة ١٥ من هذا القانون على أنه " للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون."

وبتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٥ صدر قرار وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم ١٠٩ باللائحة التنفيذية لهذا القانون، ونصت المادة (٨) من هذه اللائحة على أنه " مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون، تتحقق حجبة الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها، إذ توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

- أن يكون متاحاً فنياً لتحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحركات.
- أن يكون متاحاً فنياً لتحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية، الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها.
- في حالة إنشاء وصور الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجبتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحركات.

هذه هي الأحكام الأساسية التي استند إليها الحكمان المشار إليهما في التأكيد على حجبة الرسائل الإلكترونية في الإثبات وشروط ثبوت هذه الحجبة لها، على تفصيل في كل منهما سنوضحه فيما يلي.

قبل توضيح مجريات الوقائع في كل حكم من هذين الحكمين وما انتهى إليه كل منهما تجدر الإشارة إلي بعض الملاحظات بشأن ما ورد بالنصوص السابق ذكرها.

**يلاحظ أولاً** في هذا الصدد أن المشرع منح الكتابة الإلكترونية، والمحركات الإلكترونية ذات القوة الثبوتية التي للكتابة التقليدية، أي الكتابة على دعامة ورقية، وفقاً لقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مما مؤداه أن الكتابة الإلكترونية لها حجبة مساوية للكتابة التقليدية وليست حجبة تفوق حجبة هذه الأخيرة، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلي قانون الإثبات، باعتباره الشريعة العامة في هذا الصدد، لتحديد مدى هذه الحجبة أو قوتها وكيفية إسقاطها أو الطعن عليها.

**يلاحظ ثانياً** أن الحجبة التي منحها المشرع للكتابة الإلكترونية هي حجبة مشروطة بتوافر الشروط والضوابط الفنية والتقنية التي يحددها القانون ولائحته التنفيذية.

**يلاحظ أخيراً** أن المشرع المصري لم ينظم مسألة الترجيح بين الكتابة التقليدية والكتابة أو المحركات الإلكترونية في حال توافر كليهما، مما يثير معه السؤال عن أي منهما يكون له الحجبة على الآخر، وما هو معيار الترجيح بين المحرر التقليدي والمحرر الإلكتروني.

على هدى هذه الملاحظات نسلط الضوء فيما يلي على ما جاء بحكمي محكمة النقض المشار إليهما.

في الحكم الأول الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٣/٢٨ تتلخص الوقائع في الآتي:

أقام المطعون ضده دعوى مطالباً فيها الشركة الطاعنة بإلزامها بدفع مبلغ ٣٠٩٨٩٧,٨٨ جنيه قيمة المديونية المستحقة عليها والفوائد القانونية بواقع ٥% من تاريخ الاستحقاق وحتى تمام السداد، وكذلك بمبلغ خمسمائة ألف جنيه تعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به، وذلك استناداً إلي عدم قيام الشركة الطاعنة بسداد المتوجب عليها بموجب عقد التوريد المبرم بين الطرفين.

حكمت المحكمة برفض الدعوى بحالتها. استأنف المطعون ضده الحكم فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف، وقضت بإلزام الطاعن بأداء مبلغ المديونية المدعي به والفوائد بالسعر المذكور من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد، وبرفض طلب التعويض، فطعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض.

من الواضح من خلال ما ورد بهذا الحكم أن المطعون ضده وفي سبيل إثبات العلاقة التعاقدية بالطاعن، وإخلال الأخير بالتزاماته الناشئة عنها، استند إلى رسائل مرسلة عبر البريد الإلكتروني .

أخذ الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه رغم تمسكه أمام محكمة الموضوع بجحد الصورة الضوئية للرسائل الواردة بالبريد الإلكتروني المقدمة من المطعون ضده وعدم مناقشته مضمون تلك الرسائل المجردة ، وعدم إثبات المطعون ضده صحتها، قضى الحكم بإلزامه بالمبالغ المقضي بها ، مقتصرأ في ذلك على الدليل المستمد من تلك الرسائل المجردة بمقولة أنه ( أي الطاعن ) تناول موضوعها.

من خلال ذلك يتبين أن الطاعن أقام طعنه ضد الدليل الذي استند إليه المطعون ضده على اعتبار أن هذا الدليل هو صورة محرر عرفي، ومن المقرر أن هذا المحرر لا يكون حجة في الإثبات إلا إذا لم ينكره الشخص المنسوب إليه. فحجية هذا المحرر موقوفة على اعتراف من وقعة بصحة هذا التوقيع ، أو على الأقل عدم إنكاره له . والثابت كذلك أن صورة هذا المحرر ليست لها بحسب الأصل أية حجية في الإثبات طالما أنها غير موقعة ممن صدرت عنه، ذلك أن قيمة المحررات العرفية وحجيتها إنما تستمد من هذا التوقيع والمفترض أن صورة هذه المحررات خالية من التوقيع، لذلك لا تكون لها حجية في الإثبات.

لذلك اعتبرت محكمة النقض في حكمها محل الإيضاح ما نعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه في محله . فبعد أن عرضت المحكمة لنصوص قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية ذات الصلة بموضوع الطعن ( وهي المادة ١٥ من القانون والمادة ٨ من لائحته التنفيذية، والسابق ذكرهما) خلصت إلى القول بشأن المراسلات التي تتم بين أطرافها بالبريد الإلكتروني أنه لا يكون " لهذه المراسلات عند جحدها أو إنكارها ثمة حجية إلا بمقدار توافر الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني " .

تريد المحكمة بذلك أن تقول أن الرسالة المرسلة بالبريد الإلكتروني هي صورة محرر عرفي ولذلك فهي تقبل أن تجحد أو تنكر ، فإذا ما أنكرت هذه الرسالة فلا يكون لها قيمة في الإثبات إلا بمقدار توافر الشروط التي نص عليها قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، أي إلى حين إثبات صحتها.

في ذلك تستهدي المحكمة بقضائها المستقر بشأن حجية صورة المحرر العرفي التقليدي ( أي في صورته الورقية ) من أنه لا حجية لمثل هذه الصورة " ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه ، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه " ( أنظر على سبيل المثال نقض ١٩٨٢/١٢/٢١ طعن رقم ٧٠٤ س ٤٩ ق ) .

وهنا وبشأن الرسالة الإلكترونية تؤكد المحكمة على أنه عند إنكارها من قبل من يحتج بها عليه فلا يكون لها ثمة حجية إلا بمقدار توافر الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، فإذا لم يتم التحقق من توافر هذه الشروط فلا يعتد بها كدليل في الإثبات. الرسالة المرسلة عن طريق البريد الإلكتروني تقبل إذن – بحسب الدائرة المدنية والتجارية لمحكمة النقض – الجحد أو الإنكار، ولا " قيمة لها في الإثبات ما لم يقبلها خصم من تمسك بها صراحة أو ضمناً.

فإذا ما تم ذلك من قبل الخصم الذي يحتج عليه بمثل هذه الرسالة، تعين البحث في مدى استيفائها الشروط الفنية والتقنية التي حددها قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية ، باعتبار أن هذه الشروط هي شروط صحة الرسالة المذكورة.

وإذا لم يفعل الحكم المطعون ذلك فإنه يكون – وبحسب ما انتهت إليه محكمة النقض وعلى ما سنرى – مستحق النقض.

لذلك، وكما تقول المحكمة، ولما كان الطاعن " قد جحد الصورة الضوئية للرسائل الإلكترونية الواردة بالبريد الإلكتروني والتي تمسك بها المطعون ضده كدليل على وجود علاقة تجارية بين الطرفين و صدور أوامر توريد من الطاعن بصفته، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام الطاعن بأداء المبالغ وكان الحكم .... قد أقام قضاءه بناء على الدليل المستمد من الرسائل الإلكترونية الواردة بالبريد الإلكتروني والذي تمسك الطاعن بجحدها دون أن يتطرق إلى مناقشة مدى توافر الشروط الفنية والتقنية فيها طبقاً للقانون المنظم لها ولائحته التنفيذية، واعتبرها أوراق تصلح كدليل على وجود علاقة تجارية بين الطرفين ومديونية الطاعن .... فإنه يكون معيباً بالفساد في الاستدلال الذي أدى به لمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه .... " .

ولهذا خلصت المحكمة إلى نقض الحكم المطعون وأحالت القضية إلى محكمة الاستئناف مصدره الحكم للفصل فيه مجدداً بهيئة أخرى .

من الواضح إذن أن المحكمة بحكمها هذا وإن كانت قد نقضت الحكم المطعون فيه لاستناده فيما قضى به للصورة الضوئية للرسالة إلا أنها قد أقرت بحجية الصورة الضوئية للرسائل الإلكترونية المرسلة بالبريد الإلكتروني شريطة أن تستوفي الشروط التي نص عليها القانون في هذا الصدد، وأن عدم توافر هذه الشروط يؤدي إلى إسقاط هذه الحجية. لكن الملاحظ في هذا الصدد أن المحكمة وإن كانت قد أخذت على الحكم المطعون فيه عدم تطرقه إلى مناقشة الشروط المشار إليها فلم يتبين من حكمها من يقع عليه عبء إثبات عدم توافر هذه الشروط، فهل على المحكمة الناظرة في الدعوى التحقق من مدى توافر هذه



الشروط؟ أم على الخصم الذي ينكر هذه الصورة يقع هذا العبء، وإن كان الأمر كذلك فما هو الطريق الذي يجب عليه أن يسلكه في هذا السبيل؟

تساؤلات لم يتضمن الحكم محل الإضاءة إجابات عليها رغم أهميتها.

ربما تكون تلك الإجابات قد تضمنها الحكم الثاني الصادر عن الدائرة التجارية والإقتصادية بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٠ والذي تتولى الإضاءة عليه فيما يلي.

في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم تتحصل الوقائع في الآتي: أقامت الشركة الطاعنة على الشركة المطعون ضدها دعوى أمام محكمة القاهرة الإقتصادية بطلب إلزامها بأن ترد لها مبلغ ٥٥٠,٠٠٠ جنيه وتعويض مادي وأدبي قدره عشر ملايين جنيه، وذلك بمقولة أنها اتفقت مع الشركة المطعون ضدها على أن تقوم الأخيرة بأداء أعمال تطوير وتصميم وإدارة الأعمال الإنسانية وغيره من الأعمال الهندسية في المشروع المملوك لها مقابل الأجر المتفق عليه خلال مدة زمنية معينة. وبحسب ادعاء الشركة الطاعنة تقاضت الشركة المطعون ضدها المبلغ المطالب برده كمقدم للأعمال إلا أنها لم تقم بتنفيذ التزاماتها مما تسبب لها في أضرار مادية وأدبية. ادعت الشركة المطعون ضدها فرعياً بطلب الحكم برفض الدعوى الأصلية، ومطالبة فرعياً بإلزام الشركة الطاعنة بأن تؤدي لها مبلغ ٣,٨١٣,٩٧٧ جنيه قيمة مستحقاتها لديها والتعويض الذي تقدره المحكمة عما أصابها من أضرار مادية وأدبية نتيجة إخلال الطاعنة بالتزاماتها التعاقدية.

قضت المحكمة برفض الدعوى الأصلية، وفي الدعوى الفرعية بإلزام الشركة الطاعنة بأن تؤدي للشركة المطعون ضدها المبلغ الذي طالبت به إضافة إل مبلغ مليون جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية.

من الناحية التي تهمنا في هذه الإضاءة على الحكم المذكور، وهي تلك المتعلقة بحجية الرسائل الإلكترونية المرسله عبر البريد الإلكتروني، أخذت الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه أنها " تمسكت أمام لجنة الخبراء ومحكمة الموضوع بجحد جميع الصور الضوئية للرسائل الإلكترونية المرسله عبر البريد الإلكتروني المقدمة من الشركة المطعون ضدها ... ومع ذلك فقد التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع وعول على تقرير لجنة الخبراء .... رغم ابتناؤه على صور ضوئية لرسائل بريد إلكتروني مجودة منها .... "

من الواضح إذن أن الطاعن بني طعنه على الحكم المطعون فيه على أساس أنه استند فيما قضى به على صورة ضوئية للرسالة المرسله عبر البريد الإلكتروني، رغم أنه جحد هذه الصورة، وهو يريد بذلك القول بأنه طالما أنه جحد هذه الصورة، والتي هي صورة لمحرر عرقي، فكان من المتعين ألا يلتفت إليها الحكم كدليل للإثبات ضده ولا التعويل عليها لإلزامه بما انتهى إليه الحكم إلي أن يثبت صدورها عنه.

اعتبرت محكمة النقض أن ما أخذه الطاعن على الحكم المطعون فيه في غير محله.

وفي هذا السبيل وبعد عرض مفصل لبيان حرص المشرع المصري على مواكبة التطور التكنولوجي العالمي في المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ما دفعه إلي منح الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية الرسمية والعرفية ذات الحجية التي للكتابة والمحركات في مفهومها التقليدي، متى توافرت فيها الضوابط الفنية والتقنية التي حددها قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتي تستهدف التيقن من جهة إنشاء أو إرسال المستندات والمحركات الإلكترونية، وجهة أو جهات استلامها وعدم التدخل البشري والتلاعب بها للإيهام بصحتها، بعد ذلك قررت المحكمة أنه إذا ما توافرت هذه الشروط والضوابط فإن الرسائل المتبادلة بطريق البريد الإلكتروني تكتسب حجية في الإثبات تتساوى مع تلك المفرغة ورقياً والمذيلة بتوقيع كتابي .... ولهذا " فإنها تكون عصرية على مجرد جحد الخصم لمستخرجاتها وتمسكه بتقديم أصلها، إذ أن ذلك المستخرج ما هو إلا تفرغ لما احتواه البريد الإلكتروني أو الوسيلة الإلكترونية محل التعامل ..... "

بناء على ذلك تخلص المحكمة إلي أنه لا يبقى أمام من ينكر الرسالة المرسله بطريق البريد الإلكتروني من سبيل لإسقاط حجيتها في مواجهته إلا " طريق وحيد هو المبادرة إلي الإدعاء بالتزوير " وفق الإجراءات المقررة قانوناً تمهيداً للاستعانة بالخبرة الفنية في هذا الخصوص.

يمكن القول إذن ومن خلال ما ذكرته المحكمة صراحة، على النحو السابق بيانه، أن الرسالة الإلكترونية في نظر المحكمة لا تقبل الجحد أو الإنكار من قبل الخصم، وأنه لا يجوز لهذا الأخير التمسك بتقديم أصل الرسالة بإدعاء أنها صورة ضوئية لا قيمة لها في الإثبات إلا بتقديم أصلها، حيث تقول المحكمة في هذا الخصوص أنه " في حالة جحد الصورة الضوئية، فلا يملك مرسل رسالة البريد الإلكتروني أن يقدم أصل المستند أو المحرر الإلكتروني، ذلك أن كل مستخرجات الأجهزة الإلكترونية لا تعدو أن تكون نسخاً ورقية مطبوعة خالية من توقيع طرفيها .... " وإذا كان ذلك كذلك، فإنه، وحسب المحكمة، لا يكون أمام الخصم في سبيل إسقاط حجية الرسالة الإلكترونية إلا سلوك طريق الإدعاء بالتزوير.

إعمالاً لما تقدم بشأن الطعن المائل أمام المحكمة، تلاحظ الأخيرة، ومن خلال الأوراق، أن الشركة المطعون ضدها " قدمت أمام لجنة الخبراء مستخرجات من البريد الإلكتروني المرسله منها للشركة الطاعنة وتمسكت بدلاتها، إلا أن الشركة الطاعنة قد اكتفت بجحدها بمقولة أنها صورة ضوئية لا قيمة لها في الإثبات إلا بتقديم أصلها، على الرغم من أن هذه المستخرجات في حقيقة الأمر ليست إلا تفرغاً لما احتواه البريد الإلكتروني ..... وليس لها أصل ورقي بالمعنى التقليدي مكتوب ومحفوظ لدى مرسلها وبذلك تكون بمنأى عن مجرد الجحد، ولا سبيل للنيل من صحتها إلا بالتمسك بعدم استلام البريد

الإلكتروني ابتداء من جهة الإرسال، أو التمسك بحصول العيب في بياناته بعد استلامه والمبادرة إلى سلوك طريق الادعاء بتزويرها وعدم مطابقتها للشروط والضوابط المطلوبة بالقانون لصحة المحررات والبيانات الإلكترونية".

ما ذكرته المحكمة يؤدي بنا إلى التساؤل الآتي: إذا كانت المحكمة قد جعلت الصورة الضوئية لرسالة البريد الإلكتروني " عvisة " أو " بمنأى " عن مجرد الجحد لأنه ليس لها أصل ورقي محفوظ لدى مرسلها، فهل معنى ذلك أنها افترضت هنا أن تلك الصورة مطابقة لأصلها، وبالتالي تكون قد أعطت هذه الصورة حجبية في الإثبات تفوق الحجبية المقررة لمثيلتها الورقية، على الرغم من أن القانون قد ساوى بينهما في الحجبية؟

وإذا كانت المحكمة، ومن ناحية أخرى، قد أكدت على أنه لا يبقى من سبيل أمام الطاعن - وبالنتيجة لما سبق لها قوله - للنيل من صحة هذه الصورة الضوئية للبريد الإلكتروني، إلا طريق الطعن بالتزوير أفلا يعني ذلك أن حجبية هذه الصورة تكون في نظر المحكمة معادلة لحجبية المحرر العرفي الموقع عليه أو المعترف به، والذي لا يجوز إسقاط حجبيته إلا باتباع الطريق المذكور؟

على الرغم من أن صياغة الحكم محل الإضاءة تحتمل الإجابة على التساؤلات المطروحة بالإيجاب إلا أننا نعتقد أن المحكمة في رفضها الطعن في الحكم المطعون فيه إنما كان ذلك تأييداً لاطمئنان هذا الحكم لما جاء بتقرير لجنة الخبراء بشأن توافر الشروط المطلوبة قانوناً لصحة الصورة الضوئية لرسالة البريد الإلكتروني مما يجعلها، وبناء على ذلك، في نظر محكمة النقض، " بمنأى عن الجحد " وبحيث لا يبقى أما منكرها إلا سبيل الطعن بالتزوير على هذه الصورة.

وإذا كان الطاعن لم يفعل ذلك أمام محكمة موضوع فقد أكدت محكمة النقض على أن تلك المحكمة " غير ملزمة بلفت نظر الخصوم إلى مقتضيات دفاعهم أو تكليفهم بإثباته أو تقديم المستندات الدالة عليه .... "

هذا وإذا كانت محكمة النقض قد خلصت في حكمها هذا والصادر في العام ٢٠٢٠ إلى رفض الطعن على الحكم المطعون فيه، وتأييدها بذلك حجبية الصورة الضوئية لرسالة البريد الإلكتروني في الإثبات متى توافرت فيه الشروط المطلوبة قانوناً، فإنها بذلك تتفق وحكم ذات المحكمة الصادر عن دائرتها المدنية والتجارية في العام ٢٠١٩ من هذه الناحية، وإن كان بطريقة سلبية، وذلك بنقض الحكم المطعون فيه لعدم تطرقه لمناقشة مدى توافر الشروط المشار إليها في الصورة الضوئية لرسالة البريد الإلكتروني.

إذا كان الحكمان قد اتفقا - كل على طريقته - بشأن حجبية الرسالة الإلكترونية المرسله عبر البريد الإلكتروني في الإثبات شريطة توافر ما نص عليه قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية من شروط في هذا الصدد فمن ناحيتنا، وفي نهاية هذه الإضاءة، نود أن نلفت إلى مسألتين:

**المسألة الأولى:** يلاحظ أن الدعويين الذين صدرا فيهما الحكمان محل الإضاءة هنا كان النزاع فيهما متعلقاً بمسائل تجارية وبين تاجرين، ومن المعروف أن المبدأ في هذه المسائل هو حرية الإثبات. هذا المبدأ لم يرد بقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية ما يقيد أو يوقف إعماله، على الرغم من ذلك لم يتضمن أي من الحكمين ما يشير إلى هذا المبدأ، بينما كان السياق مههداً لإثارة هذا المبدأ في الدعويين.

**المسألة الثانية:** إذا كان قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني قد منح الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية ذات الحجبية المقررة للكتابة في صورتها التقليدية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ووفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي حددتها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، فالواقع أن ذلك يقتضي التفرقة بين أمرين: **الأمر الأول:** يتعلق بتوافر الشروط والضوابط المذكورة، فهذه وتلك متطلبات لصحة الكتابة أو المحررات الإلكترونية، فإذا ما توافرت هذه المتطلبات يتم الانتقال إلى **الأمر الثاني** وهو قيمة هذه الكتابة أو المحررات في الإثبات. وهذه القيمة الثبوتية وبنص القانون، تتحدد في ضوء ما هو مقرر في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، فمن خلال هذا القانون تتحدد حجبية الكتابة أو المحررات الإلكترونية، وقوتها في الإثبات.

خلاصة لهذه الإضاءة يمكننا القول إن أن إعمال قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، لا يحول دون تطبيق أحكام قانون الإثبات باعتباره هو الشريعة العامة في هذا المجال، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الإلكتروني باعتباره قانوناً خاصاً.

٤- رفض الدعوى بعدم دستورية نص المادة ١١٩ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ما يخوله للقاضي من سلطة توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين.  
( المحكمة الدستورية العليا - الدعوى رقم ٧ لسنة ٣١ ق " دستورية " جلسة ٢٠١٩/٣/٢ - الجريدة الرسمية - العدد ١٠ مكرر (ب) في ٢٠١٩/٣/١١ )

بدأت الوقائع التي انتهت بالدعوى الدستورية والحكم الصادر فيها بدعوى أمام إحدى المحاكم الابتدائية أقامها أحد الأشخاص لمطالبة خصمه، (أم وابنيها)، متضامنين بأداء مبلغ معين سبق أن سلمه لهم مقابل شراء أجهزة تكييف، دون أن يحرر أي مستند يفيد ذلك، لسابقة التعامل التجاري بينهم، إلا أنهم لم ينفذوا ما التزموا به ورفضوا رد المبلغ المشار إليه. قضت

المحكمة بإلزام الأم وابنيها برد المبلغ المشار إليه استناداً إلى إقرار الأم ضمناً بالدين لدى سؤالها بمحضر رسمي ووعدها بسداد المبلغ لمقيم الدعوى.

طعن الأم وولديها على الحكم بالاستئناف. ارتأت محكمة الاستئناف أن الدعوى ليس بها دليل كامل ، كما أنها ليست خالية من أي دليل ، وتبعاً لذلك قررت، وإعمالاً لنص المادة ١١٩ من قانون الإثبات، توجيه اليمين المتممة إلي المستأنف ضده. أدى الأخير اليمين ، إلا أن الأم وولديها قدموا أمام المحكمة مذكرة دفعوا فيها بعدم دستورية نص المادة ١١٩ من قانون الإثبات، فصرحت المحكمة للمستأنفين إقامة الدعوى الدستورية طعناً على ذلك النص.

يجرى النص المطعون عليه على النحو التالي : للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلي أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به .

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل " .

يتبين من هذا النص أن اليمين المتممة بوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ليكمل بها قناعته عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم، وهو يوجهها إلي أي من الخصمين وفقاً لتقديره . ويستفاد من هذا النص أيضاً أن اليمين المتممة لا يوجهها القاضي إلا إذا كان هناك دليل ناقص ويبريد تكلمته ، لكن إذا لم يكن هناك دليل أصلاً فلا يوجهها . وإذا حلف من وجهت إليه اليمين فإن هذا لا يؤدي إلي حسم النزاع، ذلك أن القاضي له السلطة التامة في تقدير نتيجتها ، فله أن يأخذ بها ، كما أن له أن يرفض الأخذ بها ، أي أن القاضي غير ملزم بالحكم لمصلحة من حلف اليمين.

أخذت المدعية ( في الدعوى الدستورية ) على هذا النص وبصفة أساسية إخلاله بمبدأ تكافؤ الفرص وذلك بإجازته للقاضي أن يتدخل لإصطناع دليل لأحد طرفي الخصومة ضد الآخر، حال أن المدعي هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وفقاً للمادة (١) من قانون الإثبات، وكذا إخلاله بمبدأ المساواة إذ أتاح للقاضي ، بحسب قول المدعية ، إعلاء طرف في الخصومة على الآخر، وهما في المركز القانوني ذاته، فضلاً عن مساسه بحق التقاضي الذي كفله الدستور، وانتهت المدعية من ذلك إلي أن نص المادة ١١٩ (إثبات) يتعارض مع نصوص المواد (٨ ، ٤٠ ، ٦٨) من دستور سنة ١٩٧١ .

في ردها على الأسباب التي بني عليها الطعن أكدت المحكمة أولاً، وحيث كان الطعن بعدم الدستورية مبنياً على نصوص دستور العام ١٩٧١، على أن الرقابة الدستورية على القوانين إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، وهي تعني بذلك نصوص دستور العام ٢٠١٤، وخلصت المحكمة من ذلك إلي أن رقابتها على النص المطعون فيه ، أي نص المادة ١١٩ من قانون الإثبات، تكون من خلال أحكام الدستور الجديد الصادر في ٢٠١٤، التي تقابل المواد (٤ ، ٩ ، ٥٣ ، ٩٧) منه المواد (٨ ، ٤٠ ، ٦٨) من دستور عام ١٩٧١ .

أما من حيث ما أخذ على النص المطعون فيه إخلاله بمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص اللذين حرص الدستور على كفالتهما في المواد (٤ ، ٩ ، ٥٣) منه ، وبعد أن أوضحت المحكمة سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة وشروط توجيهها ، أضافت أن النص المطعون فيه جاء انتهاجاً من المشرع المصري للمذهب المختلط في الإثبات " والذي يجعل للقاضي دوراً إيجابياً محدوداً لا توسع فيه في مجال توجيه الدعوى ، واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية وصولاً إلى الحقيقة فيها، ابتغاء حكم عادل في الأنزعة الماثلة أمامه ..... وهو يمارس هذه السلطة بالنسبة لأي من الخصوم، ليستكمل بها دليلاً ناقصاً في الدعوى، حسبما يراه مجدداً في تحرى الحقيقة فيها، ويكون القاضي بعد توجيهها وأدائها سلطة في تقدير الأدلة في الدعوى، فهي لا تعتبر حجة ملزمة للقاضي بل هي دليل تكميلي ..... " .

وتتابع المحكمة أن النص المطعون فيه جاء على النحو السابق بيانه بقاعدة عامة مجردة تنطبق في مجال إعماله دون تمييز بين الخصوم في الدعوى، وإذ يتفق هذا التنظيم مع الأهداف التي تعيها المشرع بتحقيقها بالنص المطعون فيه، وهي تحري الحقيقة في الدعوى، وصولاً إلى تحقيق العدل، وحسم موضوع النزاع المعروض على القضاء ، ارتكنا على أسس موضوعية تبرره، فإن قالة مخالفته لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص ... تكون على غير أساس صحيح" .

أما من ناحية ما أخذته المدعية على النص المطعون فيه من مساسه بحق التقاضي الذي كفله الدستور بموجب المادة ٩٧ منه والتي نصت على أن " التقاضي حق مصون ومكفول للكافة...." فقد أكدت المحكمة على أن " .... الأصل في سلطة المشرع في تنظيمه لحق التقاضي، أنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم لاختيار أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها .... وليس من قيد على مباشرة المشرع لهذه السلطة إلا أن يكون الدستور ذاته قد فرض في شأن مباشرها ضوابط محددة تعتبر تحوماً لها ينبغي التزامها، وفي إطار قيامه بهذا التنظيم لا يتقيد المشرع بإتباع أشكال جامدة لا يريم عنها ..... بل يجوز له أن يغير فيما بينها، وأن يقدر لكل حالة ما يناسبها، على ضوء مفاهيم متطورة تقتضيها الأوضاع التي يباشر الحق في التقاضي في نطاقها ..... " .

وخلصت المحكمة من ذلك إلي أنه إذا كان النص المطعون فيه قد حول القاضي سلطة توجيه اليمين المتممة لأي من الخصوم " استكمالاً لدليل ناقص في الدعوى، سعياً للوصول إلي الحقيقة في موضوع النزاع المثار فيها، وقد انتظمت هذا الأمر قاعدة تقررت وفق مقاييس موحدة يطبقها القاضي عند توافر شروطها، وقد جاءت هذه القاعدة ابتغاء تحري الحقيقة وتحقيق العدالة، والعمل على سرعة الفصل في القضايا ..... " فإن القول بمصادمة التنظيم الذي تضمنه النص المطعون فيه لنص المادة (٩٧) من الدستور يكون في غير محله، ومفتقداً لسنده المبرر له .

ولهذا قضت المحكمة قضاء سديداً برفض الدعوى، مؤكده بذلك على دستورية نص المادة (١١٩) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

لا عوار دستوري إذن بنص المادة ١١٩ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية فيما خوله للقاضي من سلطة توجيه اليمين المتممة لأي من الخصمين. فقد تقرر هذا النص بموجب قاعدة عامة مجردة متضمنة ضوابط موضوعية يمارس من خلالها القاضي السلطة المخولة له في توجيه اليمين المذكورة باعتبارها أداة بيد القاضي لتحري الحقيقة وتحقيق العدالة، وسرعة حسم نزاع لم يتوافر دليل كامل بشأنه.

٥- **عدم جواز تجزئة اليمين الحاسمة بتوجيهها إلى بعض من وجهت إليهم دون البعض الآخر على خلاف إرادة صاحبها.**

**( محكمة النقض – الدائرة المدنية – الطعن رقم ١٨٣٠٣ - جلسة ٢٠١٩/٣/١٨ )**

تتعلق الوقائع التي صدر بشأنها الحكم المذكور بعقد بيع أرض زراعية. أقام الطاعنون على المطعون ضدهم دعوى أمام محكمة الدرجة الأولى بطلب الحكم بإلزام المطعون ضده الأول بأداء قيمة الشرط الجزائي الوارد بعقد البيع المؤرخ في ١٩٩٨/١٢/٣، ومبلغ آخر نفاذاً لعقد الاتفاق المؤرخ ١٩٧٦/٩/١٠ مع تسليم أطيان التداعي، وإلزام المطعون ضدهم بالتضامن مبلغاً آخر على سبيل الربيع عن فترة المطالبة وذلك استناداً إلى أنه بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٩٨/١٢/٣ اشترى مورث الطاعنين من المطعون ضده الأول أطيان النزاع وسدد له كامل الثمن إلا أن الأخير لم ينفذ التزامه بالتسليم ووضع وباقي المطعون ضدهم اليد عليها دون سند، فضلاً عن أن الطاعنين يحق لهم استرداد نصف ثمن الأرض المدفوع من مورثهم وفقاً لعقد الاتفاق المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بتاريخ ١٩٧٦/٩/١٠ والذي ينص على ملكيتهما مناصفة لكل قطعة أرض يتم استصلاحها وهو ما ينطبق على أرض النزاع، فأقاموا الدعوى .

تقدم المطعون ضدهما الثاني والثالث بطلب عارض بعدم نفاذ عقد البيع المؤرخ ١٩٩٨/١٢/٣ في حقهما لملكيتهما لأطيان النزاع بعد أن اختصا بها بموجب عقد قسمة مؤرخ ١٩٩٥/٨/٢٥ مبرم بين والنتهما- المطعون ضدها الخامسة – بصفتها وصية عليهما وبين المطعون ضده الأول.

بعد أن أودع الخبير الذي انتدبه المحكمة تقريره قدم المطعون ضده الأول طلباً عارضاً بفسخ عقد البيع سالف البيان مدعياً عدم سداد مورث الطاعنين للثمن.

قضت المحكمة برفض الطلب العارض المبدي من المطعون ضده الأول وألزمته في الدعوى الأصلية بقيمة الشرط الجزائي ورفضت ما عداه، وقضت للمطعون ضدهما الثاني والثالث بطلبتهما.

استأنف الطاعنون الحكم أمام محكمة الاستئناف، واستأنفه كذلك المطعون ضده الأول أمام المحكمة ذاتها، ضمت المحكمة الاستئنافيين للإرتباط.

طلب الطاعنون توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم من الأول للخامس بأن عقد القسمة منجز وحقيقي ولم يجر في تاريخ لاحق على رفع الدعوى أو بقصد التحايل على حق الطاعنين الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٩٨/١٢/٣.

قضت المحكمة بتوجيه اليمين للمطعون ضده الأول ( فقط ) فحلفها ثم حكمت برفض الاستئنافيين.

هذه هي المسألة التي نود الإضاءة عليها هنا وهي التي كانت محلاً للطعن أمام محكمة النقض، والتي صدر بشأنها الحكم المذكور.

أخذ الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ذلك أنهم طالبوا بتوجيه اليمين الحاسمة إلى طرفي عقد القسمة المؤرخ ١٩٩٥/٨/٢٥ إلا أن المحكمة اكتفت بتوجيهها إلى أحدهما فقط وهو المطعون ضده الأول، وأخذت بنتيجتها وقضت بصحة العقد، رغم أنه كان متعيناً – بحسب الطاعنين – لتكون اليمين حاسمة في النزاع أن توجه إلى طرفي العقد باعتبار أن موضوعها غير قابل للتجزئة، واعتبر الطاعنون أن الحكم بذلك يكون معيباً ويستوجب النقض.

عند نظرها الطعن اعتبرت محكمة النقض أن ما عابه الطاعنون على حكم الاستئناف سديداً قائلة في هذا الصدد ان مؤدى نصوص مواد قانون الإثبات المنظمة لأحكام اليمين الحاسمة أن هذه اليمين ملك للخصم لا للقاضي ومتى وجهت وكانت مستوفية لشروطها القانونية، وجب عليه أن يجيب طلب توجيهها "وهو ما يستتبع أن تكون اليمين الحاسمة في موضوعها وصياغتها وشخص الموجهة إليه معبرة عن إرادة صاحبها وتتفق مع قصده منها".

تؤكد المحكمة بقولها هذا على ضرورة التزام ما طلبه الخصم من ناحية من توجه إليه اليمين الحاسمة، فهي ملك له من هذه الناحية ومادام قد ارتضى الاحتكام إلى ذمة من يطلب منه أداها.

في تصديها لما أخذ الطاعنون على الحكم المطعون فيه لاحظت المحكمة وبحق أن نصوص قانون الإثبات المنظمة لأحكام اليمين الحاسمة وكذلك العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ( وهي المصادر الثلاثة الأولى للقاعدة القانونية وفقا لما جاء بنص المادة الأولى من القانون المدني المصري) قد خلت من حكم يتبعه القاضي في حالة توجيه اليمين الحاسمة إلى اثنين أو أكثر عن واقعة مشتركة بينهم في موضوع لا يقبل التجزئة ( كما هي الحال في الطعن المرفوع أمامها ) ونتيجة لذلك أقرت المحكمة أنه ليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا أن يجتهد رأيه وفقا لما تقتضي به قواعد العدالة باعتبارها المصدر الاحتياطي الأخير من مصادر القاعدة القانونية وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري.

إعمالاً لهذا النظر المحق والسديد لمحكمة النقض ، فإنه وبحسب قول المحكمة ذاتها "لا يجوز حرمان الخصم من حق كفه القانون له في الاحتكام إلى ذمة خصمه .... ذلك أن اليمين الحاسمة ترجع في أحكامها إلى الذمة ومقتضيات الأخلاق والعدالة ولا يولد بها - في الغالب الأعم- إلا الخصم الذي ليس لديه أي دليل " .

نتيجة لذلك رأت المحكمة أنه " لا يجوز في الحالة سالفة البيان تجزئة اليمين الحاسمة بتوجيهها إلى بعض من وجهت إليهم دون البعض الآخر على خلاف إرادة صاحبها لأنها لا تحقق الغرض الذي يرمي إليه من توجيهها " .

وتتابع المحكمة منطقتها السديد بالقول " كما لا يصح ( في هذه الحالة ) الامتناع عن توجيهها ( اليمين ) تحسباً لما قد يقع من اختلاف في مواقف الموجهة إليهم اليمين الحاسمة في الحلف أو النكول " معللة ذلك بأنه مع قيام هذا الاحتمال فإنه يحتمل أيضاً أن يتحد موقف من وجهت إليهم ، وليس أحد الاحتمالين بأولى من الآخر، ولذلك يتعين توجيه اليمين إليهم فإن اتحد موقفهم في الحلف أو النكول وجب الأخذ بما يسفر عنه توجيهها بحيث يترتب على نتائجها الفصل في الدعوى .

وتتابع المحكمة في ذلك عارضة للفرض الآخر في هذه الحالة، وهو فرض اختلاف موقف من وجهت إليهم اليمين الحاسمة بحيث حلف البعض ونكل البعض الآخر وكانت يمين كل منهم يتعدى أثرها إلى الآخر مع عدم إمكان التفضيل بينهم ، وبرغم أن الأصل ( وفقاً لأحكام اليمين الحاسمة ) أنه لا يجوز طرح الدليل المستمد من حلف اليمين الحاسمة ولا نقضها أو إثبات كذبها ، انتهت المحكمة في هذا الفرض إلى أنه في مثله " وإزاء تناقض موقف من وجهت إليهم اليمين الحاسمة بين حلف ونكول واستحالة الجمع بين الموقفين بما يجعل الدليل المستمد منها متهاتراً متساقطاً يهدر بعضه بعضاً فلا مناص في هذه الحالة من إهدارهما معاً بحيث يضحى على موجه اليمين الحاسمة أن يلجأ في إثبات دعواه إلى طرق الإثبات الأخرى غير اليمين الحاسمة.

وحيث تبين للمحكمة أن الحكم المطعون فيه خالف ما تقدم إذ تمسك الطاعنون بصورية عقد القسمة المؤرخ ١٩٩٥/٥/٢٥ صورية مطلقة والمحزر بين المطعون ضده الأول والمطعون ضدهم الثاني والثالث والخامس، ووجه الطاعنون إلى هؤلاء اليمين الحاسمة بأن هذا العقد منجز ولم يحرر في تاريخ لاحق على رفع الدعوى ولم يقصد به التحايل على حقهم في الأرض موضوع النزاع، إلا أن الحكم المطعون فيه قام بتجزئة اليمين الحاسمة ووجهها إلى المطعون ضده الأول وحده وعول في قضائه على حلفها برغم أن الصورية المطلقة تقوم على تواطؤ طرفي ذلك العقد ... مما لازمه ومقتضاه توجيه اليمين الحاسمة إلى طرفي عقد القسمة سالف الذكر، فقد اعتبرته المحكمة - وبحق - مخالفاً للقانون ومخطئاً في تطبيقه مستوجباً للنقض.

اليمين الحاسمة، وفقاً لمحكمة النقض، هي إذن ملك لصاحبها، أي من وجهها، مودى ذلك أنه يجب احترام إرادته في الإحتكام إلى ذمة من وجهها إليهم. فإذا ما وجهها إلى أكثر من خصم فلا يجوز تجزئتها بتوجيهها إلى البعض دون البعض الآخر على خلاف قصده.

## ٦ - العدول عن إبرام العقد بعد الدعوة له لسبب غير مشروع بوجب التعويض.

( محكمة النقض - الدائرة المدنية - الطعن رقم ١١٧٠٦ س ٧٨ ق - جلسة ٢٠١٨/٥/١٠ )

ذلك هو ما قضت به المحكمة بصفة أساسية في حكمها المشار إليه. إلي جانب ذلك يتضمن هذا الحكم مسائل قانونية هامة جديرة بتسليط الضوء عليها.

في الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم - وهي وقائع بسيطة واضحة - كان الأمر يتعلق بقيام المطعون ضدهما ( محافظ الجيزة بصفته، ورئيس الوحدة المحلية لمدينة الجيزة ) بالإعلان عن طرح وحدات سكنية في بناء مزعم إنشاؤه. تقدم الطاعن للشراء وخصصت له وحدة سكنية وقام بسداد كامل أقساط الثمن. فوجئ الطاعن بعد ذلك بصور قرار من المطعون ضده الأول (المحافظ) بإيقاف أعمال البناء في طابقين من البناء المزعم إنشاؤه منهما الطابق الذي خصصت فيه الوحدة السكنية للطاعن. ورغم أنه قد صدر الحكم بوقف تنفيذ ذلك القرار لدى الطعن عليه أمام القضاء الإداري، وتأييد الحكم من المحكمة الإدارية العليا، إلا أن المطعون ضدهما لم يستكملا أعمال البناء في الطابقين المذكورين.

اعتبر الطاعن ما قام به المطعون ضدهما إخلالاً بالتزاماتها التعاقدية، فأقام دعواه طالباً الحكم بفسخ العقد ورد المبالغ التي قام بسدادها للمحافظة فضلاً عن التعويض عما لحقه من أضرار مادية وأدبية.

حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى . استأنف الطاعن الحكم فقضت محكمة الاستئناف ( محكمة استئناف القاهرة ) بأن يُرد له الثمن الذي قام بدفعه، وبرفض ما عدا ذلك من طلبات .

طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض ، فقضت المحكمة ( وبشان ما نود تسليط الضوء عليه هنا ، أي ودون تناول المسائل الإجرائية ) بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً فيما خص رفض طلب التعويض، وأحالت القضية إلي محكمة الاستئناف مصدرة الحكم.

هذا وتجدره الإشارة إلي أن التعاقد في هذه الدعوى كان يتعلق بملك من أملاك الدولة الخاصة، وهذا ما انعكس على المسائل القانونية المثارة بهذا الحكم، وهي المسائل التي نتناولها فيما يلي .

– **المسألة الأولى التي يثيرها هذا الحكم هي تلك المتعلقة باللحظة التي يعتبر فيها التعاقد بشأن الأملاك الخاصة بالدولة تاماً، وما يستتبعه ذلك من تحديد التعبير عن الإرادة الذي يعتبر إيجاباً وذلك الذي يعتبر قبولاً ينعقد به العقد.**

يلاحظ ، بشأن هذه المسألة، أن الطاعن قد عاب على الحكم المطعون فيه أنه قضي برفض طلبه فسخ العقد استناداً إلي عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، وأن ما تم سداه كئمن للوحدة السكنية كان مودعاً لدى المطعون ضده بصفته على سبيل الأمانة، على الرغم ( بحسب الطاعن) من أن الثابت من الأوراق وتقرير الخبير أن إرادتهما قد تلاققت على إبرام العقد إذ تقدم لشراء هذه الوحدة وتم تخصيصها له من قبل الجهة الإدارية المختصة بالمحافظة، لقاء ثمن معلوم تم سداه.

رداً على هذا السبب من أسباب الطعن أوضحت المحكمة أن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين الحكومة وبين طالب الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه ، وهو وفقاً للقانون المنظم لذلك للمحافظين كل في دائرة اختصاصه بعد موافقة اللجنة التنفيذية بالمحافظة، وأن هذا التصديق هو القبول بالبيع.

مؤدى ذلك أن إعلان الحكومة عن رغبتها في البيع ، والإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبي الشراء، لا يعد إيجاباً من جانبها.

الإعلان عن البيع من جانب الحكومة لا يعتبر إذن هو الإيجاب، وإنما الإيجاب في مثل هذه الحالة يكون من جانب الراغب في الشراء، من خلال تقدمه للشراء على أساس سعر معين، وهو في حالتنا هذه الطاعن.

أما القبول الذي ينعقد به العقد في هذه الحالة إنما يكون من قبل الحكومة التي يوجه إليها الإيجاب الصادر من الراغب في الشراء. وتأكيداً لذلك تقول المحكمة أن قبول الجهة البائعة ( أي الحكومة ) استلام المبلغ الذي يدفعه راغب الشراء على أنه ثمن أو جزء منه لا يعد قبولاً من جهتها بل يكون على سبيل الأمانة.

قبل صدور هذا القبول لا يمكن القول إذن بوجود عقد تام ، وفي حالتنا لا يمكن القول بتمام البيع حيث لم يتوافر القبول الذي ينعقد به العقد. والقبول في هذه الحالة يأخذ شكل التصديق على العقد من الجهة صاحبة الاختصاص بذلك.

لذلك وحيث انتهت المحكمة إلي عدم قيام العقد بين المطعون ضده والطاعن على هذا النحو فقد أقرت حكم محكمة الاستئناف برفض طلب الطاعن بفسخ العقد، حيث لا وجود لعقد يمكن فسخه.

– **وهنا ننتقل إلي المسألة الثانية التي يثيرها الحكم.** هذه المسألة تبدأ في اعتقادنا من تحديد الطبيعة القانونية للتعبير عن الإرادة الصادر عن الجهة المطعون ضدها في هذا الحكم ، فإذا كانت المحكمة قد انتهت في حكمها إلي أن هذا التعبير لا يعد إيجاباً صادراً عن هذه الجهة ، فبماذا يمكن وصف هذا التعبير والذي تمثل بحسب وقائع الدعوى في طرح وحدات سكنية في بناء مزعم إنشاؤه ؟

هذا في الواقع ما أجابت عليه المحكمة في معرض ردها على سبب آخر من أسباب الطعن التي استند إليها الطاعن.

أخذ الطاعن بهذا السبب على الحكم المطعون فيه رفضه طلبه بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق به مستنداً في ذلك علي أنه مؤسس على المسؤولية العقدية وأن المحكمة انتهت إلي انتفاء هذه العلاقة بين طرفي الدعوى وكانت ملزمة بسبب الدعوى وطلبات الخصوم فيها ....، مع أنه من المتعين، على المحكمة – وحسب ما قاله الطاعن – أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي الدعوى، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، مهما كانت طبيعته المسؤولية التي استند إليها المضرور في تأييد طلبه.

أجابت المحكمة على السؤال المطروح بطريقة غير مباشرة ومن خلال بيانها طبيعة المسؤولية التي يمكن أن تنعقد في مواجهة الجهة المطعون ضدها. ويتبين من خلال ذلك وبوضوح أن التعبير عن الإرادة الذي صدر عن هذه الجهة وإذا ما انتفت عنه صفة الإيجاب فهو في حقيقته دعوة للتقدم بإيجاب، أو دعوة للتعاقد، ومؤدى ذلك أن الاستجابة لهذه الدعوى هي التي تعتبر إيجاباً يحتاج إلي قبول لكي ينعقد به العقد .

– **والسؤال الذي يطرح هنا هو الآتي :** إذا كان الأصل أن لمن وجه إليه الإيجاب حرية قبوله أو رفضه ، دون أن تقع عليه مسؤولية ما حيث أن ذلك هو مقتضى حرية التعاقد، فهل يجوز في حالتنا هذه للجهة التي وجه إليها هذا الإيجاب أن ترفضه؟

على الرغم من هذا الأصل فإن رفض الإيجاب ممن وجه إليه قد يرتب مسؤوليته إذا ما اقترن هذا الرفض بخطأ منه ، حيث يعد من وجه إليه الإيجاب في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه في الرفض. ويحدث ذلك غالباً عندما يكون الشخص الذي وجه إليه الإيجاب هو الذي استدرج مثل هذا الإيجاب، وذلك كما في حال التجار الذين يرسلون الكتيبات الدعائية والكتالوجات الخاصة ببضاعتهم إلى الجمهور وأصحاب الفنادق والمطاعم ..... الخ المفتوحة أبوابها لاستقبال الزبائن، مثل هذه المواقف تتضمن استدرجاً للإيجاب ودعوة إليه ، والاستجابة لهذه الدعوة تعد إيجاباً لا يجوز رفضه إلا استناداً إلى سبب مشروع ، وإلا اعتبر رفضاً تعسفياً يرتب مسؤولية الرفض.

وهذا في الواقع ما ينطبق على الحالة التي صدر بشأنها الحكم محل الإضاءة، فالجهة المطعون ضدها هي التي دعت إلى التعاقد، أو بمعنى آخر هي التي استدرجت الإيجاب وحثت عليه، وذلك من خلال طرحها بيع وحدات سكنية في مشروعها المزمع إقامته، هذا فضلاً عن قبضها الأقساط المستحقة على الوحدة التي تم تخصيصها للطاعن ، ولو كان ذلك على سبيل الأمانة.

ولذلك اعتبرت محكمة النقض، وعلى ما يتبين مما جاء بحكمها، أن ما صدر من الجهة الإدارية المطعون ضدها من عدم استكمال أعمال البناء للطابق الذي خصصت به الوحدة السكنية للطاعن خطأ موجب المسؤولية.

ولكن وحيث لم يصدر قبول من هذه الجهة ينعقد به العقد ، وعلى النحو السابق بيانه، كان لا بد من تحديد طبيعة هذا الخطأ والمسؤولية الواجبة الأعمال في هذا حالة.

هذا في الواقع ما أبانت عنه المحكمة بوضوح تام في ردها على سبب الطعن الذي استند إليه الطاعن، والذي نحن بصده.

اعتبرت المحكمة أن ما أخذه الطاعن على الحكم المطعون فيه من هذه الناحية سديداً.

فإذا كانت المحكمة قد انتهت إلى انتفاء العلاقة العقدية بين الجهة المطعون ضدها والطاعن لعدم توافر أركان هذه العلاقة فقد أكدت على ما هو مستقر عليه من أن الخطأ في مرحلة تكوين العقد أو المراحل الممهدة لإبرامه يمكن أن يرتب المسؤولية التقصيرية ، ويوجب بالتالي - في بعض صوره - التعويض ، حيث قالت المحكمة في هذا الخصوص أنه " ولئن كانت المسؤولية العقدية، تقتضي وجود عقد بين المسؤول والمضروب، ولا وجود لها قبل إبرام العقد، ولا بقاء لها بعد انقضائه أو زواله، إلا أن الخطأ عند تكوين العقد، أو بمناسبة إبرامه أو في المراحل التمهيديّة لإبرامه، يكون موجباً - في بعض صوره - للتعويض ، إذا حال دون انعقاده كما إذا اقترن العدول عن التعاقد، أو صاحبه، خطأ ارتكبه أحد الطرفين ألحق ضرراً بالآخر، فتكون المسؤولية التقصيرية هي وحدها الواجبة التطبيق "

بذلك تريد المحكمة القول بأن الخطأ الذي يرتكب في المرحلة السابقة على انعقاد العقد يمكن أن يرتب المسؤولية التقصيرية ويكون سبباً للتعويض ( هذا مع مراعاة ما قد يترتب من مسؤولية عقدية في هذه المرحلة ، إذ ما وجد عقد يترتب الأوضاع المختلفة لهذه المرحلة ).

وتعود المحكمة في هذا الصدد لتوضيح ما قالته وذلك ببيانها الأصل الحاكم لمرحلة ما قبل العقد، وهو حرية العدول عن التعاقد، بقولها أن " الأصل لكل مقدم على التعاقد حرية كاملة - في هذه المرحلة - في العدول عن إبرام العقد دون أن يسأل عن أسباب عدوله". هذه المرحلة هي في الواقع مرحلة الحرية ، حرية في إبرام العقد أو العدول عنه.

إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل يحدها ضوابط معينة يمكن جمعها تحت عنوان "العدول وفق مقتضيات حسن النية وأمانة التعامل " وما يقتضيه ذلك من عدم الإخلال بالثقة المشروعة في التعامل، بحيث يمكن وصف سلوك من يعدل خلال هذه المرحلة بالمسلك الخاطئ إذا ما خرج على هذه المقتضيات، وتتحقق بالتالي مسؤوليته. والجدير بالذكر أن المسؤولية هنا لا تكون عن العدول في ذاته، فهذا العدول يمكن وصفه بأنه حق مشروع غير أن الظروف المحيطة به هي التي قد تجعل منه مسلكاً خاطئاً وتدل بالتالي على أن العادل عن التعاقد قد خالف مقتضيات حسن النية على نحو يستتبع انعقاد مسؤوليته.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة بقولها " .... إذا اقترن هذا العدول بمواقف معينة، مستقلة عن واقعة العدول ذاتها، تعتبر خطأ في جانبه تنهض مسؤوليته عن التعويض". وتمثل المحكمة لهذا المسلك الخاطئ بمن يستحث المفاوضات العقدية دون نية جادة في التعاقد أو من يوجه الدعوة إلى التعاقد مع الإيحاء للطرف الآخر بالثقة في إتمام إبرام العقد أو تأكيد الرغبة في إبرامه.

وتخلص المحكمة من ذلك إلى أنه " إذا اقترن الرفض من جانب الداعي للتعاقد بخطأ منه، التزم بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية، متى كان الرفض مؤسساً على اعتبار لا يجعل منه الرجل العادي سبباً لرفض التعاقد، لأنه بذلك يكون قد احل بالثقة المشروعة التي ولدتها دعوته في نفس الموجب ...."

هذا في الواقع ما ينطبق على الوقائع التي صدر بشأنها الحكم محل الإضاءة .

فالجهة المطعون ضدها هي صاحبة الدعوة للتعاقد والتي بناء عليها تقدم الطاعن بإيجابه، غير أن هذا الإيجاب لم يلق قبولاً من الجهة الداعية إليه ، رغم كون هذا القبول ملزماً لها ، كونها هي التي دعت إلى التعاقد، ورفضها كان دون سبب مشروع ، فقد توقفت أعمال البناء بقرار من جانبها، وصدر حكم قضائي بوقف تنفيذ هذا القرار وصار حكماً نهائياً بتأييده من المحكمة الإدارية العليا، وبذلك يكون قد انتفى السبب المشروع للعدول عن الدعوة للتعاقد التي صدرت عن هذه الجهة.

هذا وقد عمدت محكمة النقض إلى تأكيد دقة ما قالت به، على النحو السابق بيانه، بإحالتها في ذلك لما كان يتضمنه المشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد، حيث كانت المادة ١٣٦ منه تنص على أنه "يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة".

وإذا كان هذا النص قد حذف ، فذلك وبحسب ما جاء بالمذكرة التفسيرية " لأن القواعد العامة في المسؤولية تكفي لإعمال حكمه إذا تقضي المادة ١٦٣ من القانون المدني بأن : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".

وإذا كانت المحكمة قد انتهت وعلى ما سبق بيانه إلى انعقاد المسؤولية التقصيرية للجهة المطعون ضدها، فالملحوظ أن المحكمة في هذا الصدد قد أيدت ما أخذه الطاعن على الحكم المطعون فيه من رفضه طلب التعويض نظراً لانقضاء العلاقة العقدية بين طرفي الدعوى ( براعى أن الطاعن كان قد طالب أمام محكمة الدرجة الأولى بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية العقدية ، ورفض طلبه على أساس من القول بانتفاء هذه العلاقة، وبهذا أيضاً أخذت محكمة الاستئناف ) رغم أنه كان من المتعين على المحكمة أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح للعلاقة بين طرفي الدعوى وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، مهما كانت طبيعة المسؤولية التي استند إليها المضرور في تأييد طلبه. وتوضح المحكمة قولها بالتأكيد على أن قيام المحكمة بذلك ، أي بإعطاء الوصف القانوني الصحيح لطبيعته المسؤولية التي استند إليها الطاعن في طلب التعويض من تلقاء نفسها، لا يعد منها تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها وهو ما لا تملكه من تلقاء نفسها.

لكل ما سبق انتهت المحكمة إلى نقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض طلب الطاعن بالتعويض عما لحقه من ضرر مادي وأدبي، مؤكدة بذلك على أن العدول عن إبرام العقد بعد الدعوة له لسبب غير مشروع يوجب التعويض.

٧- رجوع جهة الإدارة على تابعها بما أدته عنه من تعويض وفقاً لنص المادة (١٧٥) من القانون المدني يقيد النص الخاص.

(محكمة النقض - الدائرة المدنية - الطعن رقم ٢٥٩٧ س ٨٤ ق - جلسة ٢٠٢٠/٦/١ - ورد أيضاً بالنبذة التشريعية والقانونية - المجموعات المدنية لشهر يونيو ٢٠٢٠ ص ٣١ - الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة)

في الحكم المشار إليه قضت المحكمة بنقض حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه واعتبرته معيباً بالقصور في التسيب والخطأ في تطبيق القانون ذلك أنه، وبحسب قول المحكمة « أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به في دعوى الضمان الفرعية المقامة من المطعون ضده الثاني (المتبوع - جهة الإدارة) على الطاعن (التابع) بالزامه (أي التابع) بالتعويض المحكوم به، دون أن يستظهر ما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الطاعن جسيماً أو مدفوعاً فيه بعوامل شخصية، بما يجيز للمطعون ضده الثاني المتبوع حق الرجوع على الطاعن التابع بالتعويض المحكوم به عليه من عدمه...»

يتبين مما قضت به المحكمة، ومما جاء بحكمها موضوع الإضاعة، وعلى ما سنرى فيما بعد، أن المسألة التي كانت مطروحة على المحكمة تتعلق بمسؤولية المتبوع، وهو في الحالة الماثلة الدولة أو جهة الإدارة، عن أعمال تابعها، وعلى وجه التحديد حق المتبوع في الرجوع على تابعه بما آذاه عنه من تعويض للمضرور نتيجة ما اقترفه التابع من خطأ.

تناول المشرع المصري، وكما هو معروف، تنظيم أحكام هذه المسؤولية بالمواد (١٧٤) و(١٧٥) من القانون المدني، حيث نصت الأولى في فقرتها الأولى على أنه «يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها». وجاء بنص المادة (١٧٥) أنه «للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر».

هذه هي القواعد الحاكمة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. ومن المعلوم والمستقر عليه فقهاً وقضاء أن هذه القواعد هي قواعد عامة التطبيق، بمعنى أنها تطبق على الأفراد كما تطبق على الأشخاص المعنوية الخاصة والعامة، فالدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة الأخرى تكون مساءلتها وفقاً لأحكام القانون المدني بشأن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كما للأشخاص الطبيعية، متى توافرت شروطها من علاقة تبعية، وخطأ التابع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها وضرر نشأ عن هذا الخطأ. فلا شك أن للدولة على موظفيها سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه فيما يؤديه من أعمال، وهو أساس المسؤولية التي تقتضيها المادة (١٧٤) مدني، ولهذا تقوم مسؤولية الدولة عما يحدثه تابعوها من فعل ضار على أساس مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، وهي مسؤولية تبعية تقوم عما يرتكبه التابع من خطأ حال تأديته وظيفته أو بسببها. إلى ذلك أيضاً فإن الاختصاص بنظر دعوى التعويض استناداً إلى أحكام هذه المسؤولية يكون لمحاكم القضاء العادي باعتباره الجهة المختصة بنظر طلبات التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن أفعال مادية منسوبة للإدارة أو موظفيها، بينما يختص مجلس الدولة، كجهة قضاء إداري، بطلبات التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن القرارات الإدارية.

بعد هذا التوضيح، وبالعودة إلى الحكم موضوع الإضاعة، فإن وقائع الدعوى التي صدر بشأنها هذا الحكم تتحصل في الآتي:



- أقام المطعون ضده الأول (رئيس الإتحاد المصري لرفع الأثقال بصفته) على الطاعن (تابع المطعون ضده الثاني) والمطعون ضده الثاني (المتبوع - وزير الدفاع بصفته) دعوى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية، طالباً الحكم بإلزامهما (التابع والمتبوع) بأن يؤدي له مبلغ مائتي وخمسين ألف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية الناتجة عن حادث تسبب فيه الطاعن - تابع المطعون ضده الثاني - بخطئه في إصابة المدرب الأجنبي التابع له وإتلاف السيارة. وكان قد حُرر بهذه الواقعة جنة عسكرية قُضي فيها بحكم بات.
  - وجه المطعون ضده الثاني (المتبوع) بصفته دعوى ضمان فرعية ضد تابعه طالباً الحكم عليه بما عسى أن يحكم به ضده.
  - في المقابل وجه الطاعن (التابع) دعوى فرعية ضد المطعون ضده الثاني (المتبوع) طالباً إلزامه بأن يؤدي إليه ما عسى أن يحكم به نهائياً ضده، وإلزامه بمبلغ خمسين ألف جنيه تعويضاً عما أصابه من أضرار نتيجة تنفيذ أوامره.
  - قضت المحكمة في الدعوى الأصلية، دعوى المضرور، بإلزام الطاعن (التابع) والمطعون ضده الثاني (المتبوع) بأن يؤدي بالتضام للمطعون ضده الأول (المضرور) مبلغ سبعين ألف جنيه تعويضاً مادياً وثلاثين ألف جنيه تعويضاً أدبياً.
- أما في الدعوى الفرعية المقامة من المتبوع (المطعون ضده الثاني) فقد قضت المحكمة بإلزام التابع (الطاعن) بأن يؤدي له ما تم إلزامه بأدائه في الدعوى الأصلية، أي بإلزام التابع بأن يؤدي للمتبوع ما حكم به عليه.
- إلى ذلك أيضاً فقد قضت المحكمة برفض الدعوى الفرعية المقامة من الطاعن (التابع).

يتبين إذن مما تقدم أن المضرور أقام دعوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة خطأ التابع على الأخير والمتبوع، جهة الإدارة، معاً، ذلك أنه يحق للمضرور أن يوجه المطالبة بالتعويض إلى أي من التابع أو المتبوع أو إلى الإثنين معاً. وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للمتبوع «أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور» (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١١ ص ١١٩٠، وقارن عكس ذلك، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، المسؤوليات المفترضة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة - دون ذكر الناشر - ١٩٩٢ ص ٩١٨). وهذا الفرض الأخير هو ما قام به المتبوع فاستجابت المحكمة لطلبه، وقضت بإلزام التابع (الطاعن) بأن يؤدي للمتبوع (جهة الإدارة) ما تم إلزامه بأدائه في الدعوى الأصلية، أي مبلغ التعويض الذي قضى به لصالح المضرور، فكان ذلك من المحكمة إعمالاً للحكم العام الوارد بنص المادة (١٧٥) من القانون المدني.

- استأنف المطعون ضده الثاني (المتبوع) حكم محكمة الدرجة الأولى أمام محكمة استئناف القاهرة، كما استأنفه المطعون ضده الأول (المضرور) وكذلك الطاعن (التابع) أمام ذات المحكمة.
- بعد أن ضمت المحكمة الاستئنافات قضت بتعديل مبلغ التعويض المستحق للمضرور والذي قضت به محكمة الدرجة الأولى ليكون سبعين ألف جنيه عن الأضرار المادية والأدبية، بدلاً من المائة ألف التي قضت بها الأخيرة.

وبحسب ما يتبين مما جاء بالحكم موضوع هذه الإضاءة فإن محكمة الاستئناف اكتفت بتعديل مقدار التعويض المستحق للمضرور فقط، أي دون تناول باقي ما قضت به محكمة الدرجة الأولى، لذلك يعتبر ما قضت به هذه المحكمة - وفيما عدا تعديل مقدار التعويض - قد تم تأييده بحكم الاستئناف «وتبقى أسبابه قائمة في هذا الخصوص» (سليمان مرقس، السابق، ص ٨٢٦، وإشارته إلى نقض مدني في ١٩٧٩/١٧/٣٠ مج س ٣٠، الجزء الأول، ص ١٩٥، رقم ٤٧)، ومنها، وعلى ما يفهم مما ورد بحكم النقض، على ما سدرى فيما بعد، إقامة قضاءه على التابع بإلزامه بأن يؤدي للمتبوع ما التزم بأدائه للمضرور إعمالاً لنص المادة ١٧٥ من القانون المدني.

مؤدى ذلك أن محكمة الاستئناف قد أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى فيما قضى به في الدعوى الفرعية المقامة من المطعون ضده الثاني (المتبوع) بإلزام الطاعن (التابع) بأن يؤدي له ما قد حكم به عليه من تعويض، أصبح بموجب حكم الاستئناف سبعين ألف جنيه.

من الواضح مما تقدم أن محكمة الدرجة الأولى، مؤيدة بعد ذلك من محكمة الاستئناف، قد أعملت نصوص مواد القانون المدني بشأن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بشأن الدعوى المرفوعة أمامها. وإذا كان البين مما جاء بالحكم موضوع الإضاءة أنه قد توافرت شروط تحقق مسؤولية المتبوع عن العمل غير المشروع الذي ارتكبه تابعه وفقاً لما نصت عليه المادة ١٧٤ من القانون المدني فكان من نتيجة ذلك، وعلى ما يتبين أيضاً مما جاء بالحكم المشار إليه، أن انتهى الحكم المطعون فيه إلى إعمال نص المادة ١٧٥ من القانون المذكور، وإلزام الطاعن (التابع) بالتعويض الذي حكم به لصالح المضرور، حيث يقضي هذا النص بأن يكون للمتبوع حق الرجوع على تابعه بكامل التعويض الذي دفعه للمضرور.

هكذا يتبين لنا أن الحكم المطعون فيه قد أنزل أحكام القانون المدني بشأن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع والمتضمنة بالمادتين ١٧٤ و ١٧٥ من القانون المدني على الدعوى المعروضة عليه باعتبارها الأحكام العامة في مجال هذا النوع من المسؤولية على النحو السابق ذكره.

والواقع أنه إذا كان مما لا شك فيه، وفي ضوء ما ورد بالحكم موضوع الإضاعة، أنه قد تحققت شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في الحالة الماثلة وفقاً لما تتطلبه المادة (١٧٤) مدني، فإنه في المقابل قد فات محكمة الاستئناف، ومن قبلها محكمة الدرجة الأولى، البحث فيما عساه أن يحد أو يقيد من أعمال أحكام هذه المسؤولية، وعلى وجه التحديد فيما يتعلق بحق المتبوع في الرجوع على تابعه، من نصوص خاصة، وذلك في علاقة الدولة أو جهة الإدارة بتابعيها.

فالجدير بالإشارة هنا أن نص المادة (١٧٥) مدني فيما قرره من حق المتبوع في الرجوع على تابعه بما يكون قد أداه عنه من تعويض قد أطلق هذا الحق، بحيث يكون للمتبوع مثل هذا الرجوع في كل أنواع خطأ التابع، وأياً كان قدر هذا الخطأ، ولو كان خطأ يسيراً، أو كان بعيداً عن إساءة استعمال شؤون الوظيفة. (حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقديّة والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف ١٩٧٩ ص ٦٦٨، وانظر أيضاً، محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مصادر الالتزام - دون ذكر الناشر - ٢٠٠٣ ص ١١٧٦).

**والسؤال الذي يطرح هنا هو الآتي:** هل الحكم الذي تضمنه نص المادة (١٧٥) من القانون المدني، بالمعنى المتقدم بيانه، كان هو الحكم الواجب الأعمال في علاقة الدولة، أو جهة الإدارة، بتابعها وكما هي الحالة التي نحن بصددنا هنا؟ أم أن هذه العلاقة تحكمها اعتبارات أخرى، وربما نصوص تشريعية أخرى توجب الحد من الحكم العام الذي تضمنه نص المادة (١٧٥) مدني؟

الواقع أن هذا السؤال كان هو السؤال الأساسي بشأن الحكم موضوع الإضاعة هنا، وعلى نحو ما سوف نرى فيما يلي.

**يقضي السياق المتقدم،** ومن أجل توضيح السؤال المطروح، ان نعرض بإيجاز للتفرقة المتبعة في مجال القانون الإداري، والتي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، بخصوص مسؤولية الدولة، أو جهة الإدارة، عن أخطاء موظفيها، بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي أو المصلحي (في تفاصيل هذا الموضوع راجع، سليمان الطماوي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي ١٩٥٦ وبخاصة ص ٩٦ وما بعدها، وله أيضاً، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي ١٩٩٦ خاصة ص ١٠٧ وما بعدها، كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧ - ١٩٦٨ ص ١٤٨٨ وما بعدها، محمد فؤاد مهنا، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، ١٩٧٢ ص ١٥٤ وما بعدها).

طبقاً لهذه التفرقة، فإن الموظف يسأل عن خطئه الشخصي فقط، بعكس الخطأ المرفقي أو المصلحي (أو الخطأ الإداري، كما يطلق عليه بعض الفقه، وحيد رأفت، مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمام القضاء، مجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة، العدد الثالث، مارس ١٩٣٩ ص ٢٣٩ وما بعدها، خاصة ص ٢٦٧) الذي يقع من الموظف حيث تسأل عن هذا الخطأ الدولة، أو جهة الإدارة وحدها، بمعنى أنها لا ترجع على تابعها بما أدته من تعويض للمضرور نتيجة خطأ هذا التابع لها فهي تتحمل بهذا التعويض بصفة نهائية.

في تبرير هذه التفرقة ونتائجها يرى فقه القانون الإداري أن «إعفاء الموظف من المسؤولية عن الأخطاء المرفقية يمكنه من العمل بحرية في خدمة المصلحة العامة دون أن يخشى الوقوع تحت طائلة المسؤولية طالما أنه يعمل بحسن نية مستهدفاً الخدمة العامة (فؤاد مهنا، السابق ص ٣٢).

وفي بيان المقصود بالخطأ المرفقي يرى البعض أنه «خطأ موضوعي يرتد إلى المرفق وينسب إليه بحيث يعتبر المرفق أنه مرتكب الخطأ وذلك بصرف النظر عن ارتكبه من الموظفين وعمال الإدارة سواء أمكن إسناد الخطأ لشخص معين أو لم يمكن ذلك، فالمفروض أن المرفق هو الذي أخطأ في ممارسته لنشاطه وأنه مسؤول وحده عن هذا الخطأ» (كامل ليلة، السابق ص ١٤٩١ - ١٤٩٢)، وبحسب البعض من الفقه «يمكن وصف الخطأ المصلحي بأنه الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي، والذي ينبىء عن موظف عرضة للخطأ والصواب... أو أنه الخطأ الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة فيعتبر من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظفون... أو هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد تحقيق غرض إداري» (الطماوي، القضاء الإداري، سابق الإشارة إليه ص ١٢١).

ويرى البعض أن الخطأ يكون شخصياً، يسأل عنه الموظف وحده دون الدولة في ثلاثة أحوال:

(١) إذا كان راجعاً إلى سوء القصد من جانب الموظف الذي ارتكبه، كالرغبة في الانتقام، أو التشفي وما شاكل ذلك.

(٢) إذا كان جسيماً بالغا درجة الفحش.

(٣) إذا كان مما يجرمه قانون العقوبات (وحيد رأفت، السابق ص ٢٦٧).

وفي التمييز بين النوعين من الأخطاء قضت محكمة القضاء الإداري بأنه «من المبادئ المقررة في فقه القانون الإداري أن الموظف لا يسأل عن أخطائه المصلحية، وإنما يسأل فقط عن خطئه الشخصي. ويفصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف، فإذا كان لا يهدف من وراء القرار الذي أصدره تحقيق الصالح العام أو كان خطؤه جسيماً فإنه يعتبر خطأ شخصياً يسأل عنه من ماله الخاص (حكمها من ١٩٥٠/٦/٢٩، قضية رقم ٨٨ س ٣ ق، مجموعة مجلس الدولة، المكتب الفني السنة ٤ ص ٩٥٦).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الخطأ يكون شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه وشهواته وعدم تبصره. أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي وينم عن موظف معرض للخطأ والصواب فإن الخطأ يكون مصلحياً. فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفية، فكلما قصد النكابة والإضرار أو تغيا منفعته الذاتية كان خطؤه شخصياً يتحمل هو نتائجه. ويفصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف، فإذا كان يهدف من القرار الذي أصدره إلى تحقيق الصالح العام أو كان قد تصرف لتحقيق الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية، فإن خطاه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها؛ ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام، ويكون خطأ الموظف هنا مصلحياً. أما إذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية أو كان خطؤه جسيماً بحيث يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر شخصياً» (حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٩/٦/٦، القضية رقم ٩٢٨ ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، السنة الرابعة ص ١٤٣٥).

يتضح مما سبق أن التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يتحقق من خلال معيارين: الأول معيار نية الموظف والثاني مدى جسامته الخطأ، وكفي توافر أحد المعيارين في الخطأ المرتكب لوصفه بالخطأ الشخصي، وإذا لم يتوافر أحد المعيارين في عمل الموظف فإن خطؤه يكون مرفقياً. (صالح ناصر العتيبي، تكامل القانونين المدني والإداري في تطلب الخطأ لقيام المسؤولية المدنية للموظف العام ومدى اعتبار ذلك ضماناً وظيفية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الثالث، السنة ٢٨، سبتمبر ٢٠٠٤ ص ١٠٩ وما بعدها خاصة ص ١٧١).

فإذا ما تحقق الخطأ الشخصي بالمعنى السابق كان الموظف مسؤولاً شخصياً، بما يرتبه ذلك من اقتضاء مبلغ التعويض عن الضرر الذي سببه خطؤه من ماله الخاص. أما حيث يكون الخطأ مرفقياً فإن الإدارة هي التي تتحمل التعويض ولا يلزم تابعها بشيء. وهذه النتيجة تترتب على الرغم من أن الخطأ في الحالتين صادر عن الموظف وارتكبه مادياً، وتبرير ذلك أن الخطأ الشخصي ينسب إلى الموظف، أما الخطأ المرفقي فينسب إلى الوظيفة ويندمج بها بحيث لا يمكن فصله عن مقتضياتها.

يتبين مما تقدم الفارق الأساسي بين النظرية التي ابتدعها القضاء الإداري في التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وحق المتبوع في الرجوع على تابعه بما أده عنه من تعويض عما ارتكبه من خطأ.

**فإذا كانت قواعد القانون المدني (عمامة التطبيق) تجعل للمتبوع، تطبيقاً للمبدأ الذي تقرره المادة (١٧٥)، حق الرجوع على تابعه في كل أنواع الخطأ، وأيا كان قدر جسامته خطأ التابع، أي في جميع حالات الخطأ بلا تفرقة، فإنه وفقاً للنظرية الإدارية لا يحق للدولة، أو جهة الإدارة، الرجوع على تابعها إلا إذا كان ما ارتكبه خطأ شخصياً بالمعنى السابق بيانه، أي إذا كان خطأ جسيماً أو ينم عن سوء نية هذا التابع. فإذا لم يكن الخطأ كذلك فيوصف بأنه خطأ مرفقي تسأل عنه جهة الإدارة وحدها، ولا يجوز مساءلة الموظف عنه، ولا يجوز لجهة الإدارة الرجوع عليه بشيء مما يحكم عليها به.**

**هذه التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وما يترتب عليها من نتائج، لم تعد في القانون المصري نظرية قضائية، فقد تم تكريسها تشريعياً منذ صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ بنظام العاملين بالدولة والذي نصت المادة (٥٨) منه على أن «لا يسأل العامل مدنياً إلا عن خطئه الشخصي». واستمر التأكيد على هذه القاعدة في القوانين التالية للقانون المشار إليه (قانون العاملين المدنيين لسنة ١٩٧١ المادة (٥٥) ثم قانون سنة ١٩٧٨ المادة (٧٨) وحتى القانون الحالي، قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ وحيث وردت القاعدة ذاتها بنص الفقرة الأخيرة من المادة (٥٨) منه، وقد جاء فيها «ولا يسأل الموظف مدنياً إلا عن خطئه الشخصي».**

و الواضح من عبارة هذه النصوص أنها تأخذ بالتفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، وأنها تقر عدم مسؤولية الموظف عن الخطأ المرفقي، وأن مسؤوليته عن الخطأ الشخصي فقط (سليمان مرقس، السابق، المجلد الأول، ص ٤٤٦. إضافة إلى ذلك فإن هذا النص هو نص عام ملزم «لجميع جهات القضاء» سليمان الطماوي، القضاء الإداري، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٩، سليمان مرقس، السابق ص ٤٤٧).

وهذا في الواقع ما فات حكم محكمة الاستئناف، ومن قبله حكم محكمة الدرجة الأولى، والتنبيه إليه، وكان هو الأساس الذي بني عليه الطعن على حكم الاستئناف.

لذلك أخذ الطاعن (التابع)، وعلى ما يتبين مما جاء بحكم محكمة النقض، على الحكم المطعون فيه «مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، إذ قضى بإلزام الطاعن بالتعويض المحكوم به، برغم ثبوت مسؤولية المتبوع... «عن كافة أعمال تابعه»... مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه».

على الرغم من عدم تضمن الحكم موضوع الإضاءة تفصيلاً لأسباب الطعن على الحكم المطعون فيه، فالملاحظ مما ذكر فيما تقدم أن السبب الذي بني عليه الطعن جاء بصياغة عامة مطلقة كانت في حاجة إلى مزيد من الدقة والتحديد، فليس صحيحاً أن المتبوع مسؤول عن كافة أعمال تابعة، فالمتبوع مسؤول عن أعمال تابعة متى توافرت شروط معينة، ويمكن الرجوع عليه بما أده عنه من تعويض في حدود ما سبق بيانه.

اعتبرت محكمة النقض أن ما أخذه الطاعن على حكم الاستئناف «سديداً» وجاء في حيثياتها أن «النص في المادة ١٧٥ من التقنين المدني على أن للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر ولنن كان يخول المتبوع إذا رجع عليه المضرور واستوفى منه التعويض عن الضرر الذي أحدثه تابعه بعمله غير المشروع حق الرجوع بما دفعه على التابع، إلا إنه لما كان المتبوع الذي يستخدم تابعين له في القيام بأعمال ورعاية مصالحه ينتفع من نشاطهم، فإنه في المقابل يجب أن يتحمل ما يترتب على هذا النشاط من التزامات أو مسؤوليات ناجمة عن خطأ تابعه، متى كان هذا الخطأ من الأخطاء اليسيرة الشائعة التي تعتبر من مخاطر نشاط التابع، فقد خلصت مغانمه للمتبوع فمن العدل أن يتحمل مغارمه، ذلك أنه ليس من المنطق أو العدالة - في علاقة المتبوع بالتابع - أن يتحمل التابع وحده أي خطأ يقع منه، ولو كان من الأخطاء اليسيرة الشائعة الملازمة للنشاط وتعد من مخاطره، لأن تحميل التابع بالتعويض من ذمته المالية الخاصة ينطوي على إجحاف في حقه، إذ يجعل غم النشاط للمتبوع وغرمة على التابع وحده، برغم أن الأول هو الأقر على حمل عبء مسؤولية هذا الخطأ».

**الملاحظ من هذه الحيثية ومن خلال صياغتها العامة المطلقة أن المحكمة تميل إلى تأسيس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع استناداً إلى مبدأ تحمل التبعة أو الغرم بالغنم، وذلك على الرغم مما وجه إلى هذا الأساس من نقد باعتباره لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع «بما تقتضيه من خطأ يقع من التابع، وما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع» (السنهوري، ج١، المجلد الثاني، ص ١١٨٤). فالقانون يوجب لتحقيق مسؤولية المتبوع أن يقع خطأ من التابع، الأمر الذي يستبعد فكرة تأسيس المسؤولية هنا على تحمل التبعة والقول بالتالي أن المتبوع له الغنم فيما يؤديه له التابع، فعليه الغرم في ذلك. كما يؤيد تنفيذ هذه الفكرة ما للمتبوع من حق في الرجوع على تابعه بما يؤديه من تعويض «إذ لو كانت المسؤولية تقوم على تحمل التبعة، لما كان للمتبوع هذا الحق» (حسين عامر وعبد الرحيم عامر، السابق ص ٦٣٣ و ٦٣٤).**

**كانت المحكمة إذن في غنى عن إثارة أساس المسؤولية هنا على هذا النحو الذي أتت عليه في حيثياتها التي نحن بصدددها، خاصة بعد أن استقر قضاؤها على أن هذه المسؤولية هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني، فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، وبالتالي يكون للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضرور (انظر على سبيل المثال، نقض مدني ٢٠١٨/٥/٩ الطعن رقم ٨١٢٣ س ٨٠ ق، ٢٠١٥/٦/٦ الطعن رقم ٨٤٣١ س ٨٤ ق، ٢٠١٣/١٢/٢٣ الطعن رقم ٦٢٧٣ س ٧٣ ق، ٢٠١١/٦/٢٨ الطعن رقم ١٠٢٢١ س ٧٧ ق، ٢٠١٠/١٢/٢٥ الطعن رقم ٤٧٥٢ س ٦٨ ق، ٢٠٠٨/٥/١٤ الطعن رقم ٨٧٢٣ س ٧٧ ق، ٢٠٠٢/٦/٢٦ الطعن رقم ٣٢٢٢ س ٥٨ ق، ١٩٩٠/١٢/٢٧ مج س ٤١ ص ١٠٢٣).**

**من الجائز تفهم ما أوردته المحكمة بهذه الحيثية، وفي الحدود السابق بيانها، على أنه محاولة من جانبها لمراعاة ظروف التابع وعدم تحميله عبء تعويض المضرور، وهذا ما يتبين مما تضمنته هذه الحيثية من عبارات تنحو منحى وجدانياً، منها: ليس من المنطق أو العدالة... أن يتحمل التابع وحده أي خطأ يقع منه ولو كان من الأخطاء اليسيرة... إلخ.**

فإن كان ذلك كذلك فليس معناه أن ما قصدت إليه المحكمة في هذه الحيثية خطأ في ذاته، فعمل المحكمة أرادت بمثل هذه الصياغة التنبيه إلى ضرورة التخفيف من مسؤولية التابع (لجهة الإدارة) في علاقته بالمتبوع (جهة الإدارة) في الحالة الماثلة وتبرير ذلك.

**على فرض أن ذلك هو ما قصدت إليه المحكمة فكان يكفيها هنا، وبعد أن أشارت إلى نص المادة (١٧٥) من القانون المدني، وهو كما أسلفنا، الحكم العام في مسألة رجوع المتبوع على تابعه، أن تردفه مباشرة بالنصوص الأخرى التي أشارت إليها بعد ذلك باعتبارها نصوصاً خاصة، تقيد أعمال هذا النص وتحد منه في مجال إعمالها، سيما وأن هذه النصوص قد تضمنت ما قد تكون المحكمة قد قصدت إليه، وذلك باعتمادها النظرية الإدارية في التفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي الذي يتحمل تبعته الموظف كتابع في علاقته بجهة الإدارة كمتبوع. كان على المحكمة إذن وبهدف وضوح الصياغة ودقتها والابتعاد بها عما قد يعترى حكمها من التباس أن تبرز هذه النصوص مباشرة بعد إشارتها إلى نص المادة (١٧٥) مدني باعتبار كونها نصوص خاصة وأنه مع وجود النص الخاص «فإنه لا يجوز الرجوع إلى النص العام المقرر بالمادة (١٧٥) مدني» وذلك على نحو ما قررته ذات المحكمة في قضائها السابق والمستقر، بطريقة مباشرة وبإفصاح جهير، وعلى نحو ما سنرى فيما بعد.**

ولذلك نلاحظ أن المحكمة، وبعد ما أوردته من العبارات والاعتبارات السابق ذكرها بحيثياتها التي نحن بصدددها، قد سارعت إلى تدارك ما فاتها وبالنتيجة له إلى القول أنه «يشترط لرجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض عن الضرر الذي أحدثه تابعه بخطئه أن يكون الخطأ جسيماً، أو كان مدفوعاً فيه بعوامل شخصية قصد بها مجرد النكاية أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية سواء له أو لغيره، وذلك اتباعاً لنهج المشرع في حصر حق المتبوع في الرجوع على تابعه بما حكم به عليه من تعويض في الحالات السابقة بنص المادة ٥٨ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ المقابلة للمادة ٣/٧٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ و ٣/٥٨ من القانون ٨١ لسنة ٢٠١٦، وفي المادة ٥٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ في شأن هيئة الشرطة المقابلة للمادة ٤/٧٣ من القانون اللاحق رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١».

من ذلك يتبين أن المحكمة، ومن خلال إشارتها إلى هذه القوانين التي ذكرت، وهي المواد التي كرست قاعدة عدم مساءلة الموظف مدنياً إلا عن خطئه الشخصي، إنما أرادت القول بأن النص الخاص هو الذي كان واجباً إعماله في الحالة الماثلة وليس النص العام، أي نص المادة (١٧٥) من القانون المدني، لتؤكد بذلك على أنه ليس لجهة الإدارة الرجوع على تابعها إلا في حالة الخطأ الشخصي.

ولذلك وإعمالاً للنص الخاص انتهت المحكمة وكما ذكرنا في بداية هذه الإضاءة إلى نقض الحكم المطعون فيه واعتباره معيباً بالقصور في التسبب والخطأ في تطبيق القانون فيما انتهى إليه من إلزام التابع بالتعويض الذي حكم به على المتبوع، أي جهة الإدارة، دون بيان ما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه جسيماً أو مدفوعاً فيه بعوامل شخصية، أي دون بيان ما إذا كان خطأ التابع خطأ شخصياً يجيز للمتبوع (جهة الإدارة) الرجوع عليه بالتعويض المحكوم به عليه.

**هذا ونجد فيما انتهت إليه محكمة النقض بحكمها موضوع الإضاءة وما تضمنته أسباب هذا الحكم ثلاث مسائل جدية يبرزها:**

١. مؤدى ما خلصت إليه المحكمة، وعلى ما تبين مما أوردته من أسباب، أن رجوع الدولة، أو جهة الإدارة، على تابعها بما توديه عنه من تعويض نتيجة خطأ ارتكبه مشروط بكون هذا الخطأ خطأ شخصياً، وفي ذلك إشارة واضحة إلى التمييز بين الخطأ المرفقي الذي تتحمل التعويض عنه جهة الإدارة، والخطأ الشخصي الذي يتحمل التعويض عنه تابع الإدارة في ماله الخاص.
٢. عرفت المحكمة الخطأ الشخصي (دون أن تسمه) للتابع في هذا المجال بأنه الخطأ الجسيم أو الذي يكون مدفوعاً فيه التابع بعوامل شخصية قصد بها النكايه، أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية سواء له أو لغيره.
٣. يتبين من خلال الحكم موضوع الإضاءة، وبوضوح، وجه الاختلاف بين النص العام بشأن رجوع المتبوع على تابعه، وهو نص المادة (١٧٥) من القانون المدني، والذي، وكما أسلفنا، لم يقيد هذا الرجوع بنوع معين من الخطأ الذي ارتكبه التابع، بل أطلق هذا الحق أياً كان قدر الخطأ المرتكب، والنص الخاص بعلاقة الدولة أو جهة الإدارة كمتبوع بتابعها حيث اشترط النص الخاص لإمكان هذا الرجوع أن يكون خطأ التابع خطأ شخصياً بالمفهوم السابق بيانه. وفي ظل وجود هذا النص الخاص، وفي مجال إعماله، لا يجوز إعمال النص العام.

**والواقع أن هذا الحكم ليس فريداً في نوعه،** فقد سبقته في تقرير ما انتهى إليه أحكام عديدة لذات المحكمة، وما هو إلا تأكيد لما استقر عليه قضاء المحكمة في موضوعه، وذلك بتقريرها أنه «وإن كانت الإدارة مسؤولة مع الموظف أمام المضرور عن التعويض المستحق له، عما يصيبه من ضرر، بسبب الخطأ الذي يرتكبه هذا الموظف، على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، المنصوص عليها في المادة ١٧٤ من القانون المدني، سواء كان هذا الخطأ مرفقياً أو شخصياً، إلا أنه ليس لها أن ترجع على هذا الموظف بمقتضى نص المادة ١٧٥ مدني بما حكم عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع منه خطأ شخصياً وليس خطأ مصلحياً أو مرفقياً، ولا يعتبر ما وقع من الموظف خطأ شخصياً إلا إذا كان خطؤه جسيماً، أو كان مدفوعاً فيه بعوامل شخصية قصد بها مجرد النكايه أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية له أو لغيره» (نقض مدني ٢٠١٥/٣/١٦ الطعن رقم ٥٢٠١ س ٥٧ ق، وانظر أيضاً، نقض ٢٠١٤/١١/١٧، الطعن رقم ١٣٤٦٣ س ٧٥ ق، ٢٠٢٠/٥/١٧، الطعن رقم ٤٤٠٨ س ٦٧ ق). وقضاؤها أيضاً في هذا الصدد، وعلى نحو أكثر وضوحاً وتحديداً، بأن «المقرر في قضاء محكمة النقض أن المادة ٧٨ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ - المنطبق على الواقعة المطروحة - (المقابلة للمادة ٥٨ من قانون الخدمة المدنية الحالي رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦) تنص في فقرتها الأخيرة على أنه «ولا يسأل العامل مدنياً إلا عن خطئه الشخصي» ومع قيام هذا النص الخاص فإنه لا يجوز الرجوع إلى النص العام المقرر بالمادة ١٧٥ من القانون المدني.... ومن ثم فقد استقر قضاء هذه المحكمة على أنه وإن كانت الإدارة مسؤولة مع الموظف أمام المضرور عن التعويض المستحق له عما يصيبه من ضرر بسبب الخطأ الذي يرتكبه هذا الموظف على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع المنصوص عليها في المادة ١٧٤ من القانون المدني سواء كان هذا الخطأ مرفقياً أو شخصياً، إلا أنه ليس لها أن ترجع على هذا الموظف بما حكم به عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع منه خطأ شخصياً وليس خطأ مصلحياً أو مرفقياً، ولا يعتبر ما وقع من الموظف خطأ شخصياً إلا إذا كان خطؤه جسيماً أو كان مدفوعاً فيه بعوامل شخصية قصد بها النكايه أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية له أو لغيره» (نقض مدني ٢٠١٧/١/٢٨ الطعن رقم ٩٤ س ٧٦ ق، وأيضاً نقض ٢٠١٤/٥/١٩ الطعن رقم ١٧٣٠٥ س ٨٢ ق، ٢٠١٢/٣/٢٠ الطعن رقم ٨٠١٤ س ٧٩ ق، ٢٠٠٩/٦/١٤ الطعن رقم ١١٣٦٧ س ٧٧ ق).

إجمالاً لما تقدم يمكن القول أنه لا جدال في صحة وسلامة ما خلص إليه الحكم موضوع الإضاءة من ناحية مضمونه. أما من ناحية ما أثارناه من ملاحظات بشأن ما تضمنته بعض من حيثيات هذا الحكم فهي في الواقع تنصب على الصياغة التي كانت، في اعتقادنا، بحاجة إلى مزيد من الدقة والتحديد منعاً للالتباس، وخاصة في ضوء ما استقر عليه قضاء النقض بشأن موضوع هذا الحكم من ناحية، والقواعد الناظمة للعلاقة بين الحكم العام والحكم الخاص من ناحية أخرى. من هنا كان على المحكمة، وكما أسلفنا، تجنب إثارة أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في ضوء استقرار قضائنا على اعتبار المتبوع كفيلاً متضامناً للتابع، فكان على المحكمة إذن النأي بنفسها عما يرد عليه الجدل والاختلاف، وكان عليها كذلك صياغة ما انتهت إليه، وكما ورد بقضائنا المستقر، باعتباره إعمالاً لقاعدة تغليب النص الخاص على النص العام، والابتعاد بذلك عن استخدام عبارات عامة تسمح بالاستنتاج أو التأويل.